

Cesar Riboli
Head Organizer

Fundamentals and practices in the judicial field

Curitiba
STUDIES PUBLICAÇÕES E EDITORA
2024



Cesar Riboli
Head Organizer

STUDIOS
**Fundamentals and practices
in the judicial field**
PUBLICAÇÕES

Curitiba
2024

Copyright © Editora Studies Publicações
Copyright do Texto © 2024 Os Autores
Copyright da Edição © 2024 Editora Studies Publicações
Diagramação: Editora
Edição de Arte: Editora
Revisão: Os Autores

Todas as informações incluídas nesta obra, como texto, gráficos, tabelas e imagens são de responsabilidade de seus respectivos autores. Dessa forma, está permitido o download do livro e uso das informações, desde que sejam mencionados os autores dos capítulos. Qualquer outra cópia, distribuição, retransmissão ou modificação das informações contidas neste material, na forma eletrônica ou impressa, sem permissão anterior expressa, é estritamente proibida.

Conselho Editorial:

Maria Lucia Teixeira Guerra de Mendonça – Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brazil.

Fernando Busato Ramires – University of Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brazil.

Halley Ferraro Oliveira

Federal University of Sergipe, Sergipe, Brazil.

Nelson Barrelo Junior – University of Sao Paulo, São Paulo, Brazil.

Adriane Aparecida de Souza Mahl Mangaroti – State University of Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul, Brazil.

Educélio Gaspar Lisbôa – State University of Pará, Pará, Brazil.

Aldalúcia Macêdo dos Santos Gomes – State University of Amazonas, Amazonas, Brazil.

Educélio Gaspar Lisbôa – State University of Pará, Pará, Brazil.

Aldalúcia Macêdo dos Santos Gomes – State University of Amazonas, Amazonas, Brazil.

Paula Wiethölter – Faculdade Especializada na Área de Saúde do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, Brazil.

Andréa Cristina Marques de Araújo – Fernando Pessoa University, Porto, Portugal.

Fernando Busato Ramires – University of Passo Fundo, Rio Grande Sul, Brazil.

Sérgio Eustáquio Lemos da Silva – Paulista State University, São Paulo, Brazil.

Lucas Araújo Ferreira – Universidade Federal do Pará, Pará, Brasil.

Shirleide Pereira da Silva Cruz – Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil.

Ronaldo Salvador Vasques – Universidade Estadual de Maringá, Paraná, Brasil.

Francisca das Chagas Gaspar Rocha – Universidade Federal do Piauí, Piauí, Brasil.

Nayara Kelly Felix Ferreira – Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, Pernambuco, Brasil.

Wenderson Gomes dos Santos – Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Amazonas, Brasil.

Ano 2024

STUDI**S**
PUBLICAÇÕES

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C866f Riboli, Cesar

Fundamentals and practices in the judicial field / Cesar Riboli.
Curitiba. Editora Studies Publicações, 2024.
25 p.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui: Bibliografia

ISBN: 978-65-983413-7-4

DOI: 10.54033/stebook.978-65-983413-7-4_1

1.Justiça. 2.Direito. I. Riboli Freitas, Cesar. II. Título.

Editora Studies Publicações
Curitiba – Paraná – Brasil
www.studiespublicacoes.com.br
editora@studiespublicacoes.com.br

Ano 2024

STUDI**S**
PUBLICAÇÕES

APRESENTAÇÃO

O campo judicial é uma das áreas mais complexas e fundamentais da sociedade, desempenhando um papel crucial na manutenção da ordem, na proteção dos direitos e na garantia da justiça. Compreender os fundamentos e as práticas que orientam o sistema judicial é essencial não apenas para estudantes e profissionais da área, mas também para todos aqueles que desejam aprofundar seus conhecimentos sobre o funcionamento das instituições e os princípios que regem a justiça.

Este livro, "*Fundamentals and Practices in the Judicial Field*", foi concebido para ser um guia abrangente e acessível, direcionado a um público diversificado. Alunos de direito encontrarão aqui uma base sólida sobre os conceitos fundamentais e as práticas que compõem o sistema jurídico. Professores poderão utilizar este material como um recurso didático, que aborda de forma clara e objetiva os principais temas do direito. Para os profissionais da área, esta obra servirá como um compêndio útil de consulta e reflexão sobre as práticas judiciais contemporâneas. Além disso, aqueles que têm interesse no tema, mas que não possuem formação específica na área, descobrirão que este livro oferece uma visão geral informativa e envolvente sobre o universo judicial.

O objetivo desta obra é proporcionar uma compreensão integrada e atualizada do campo judicial, abordando desde os princípios teóricos até as práticas cotidianas que moldam o sistema de justiça. Esperamos que, ao final da leitura, os leitores se sintam mais capacitados para navegar pelas complexidades do mundo jurídico e para contribuir, de maneira informada e crítica, para a construção de uma sociedade mais justa.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 01	1
A CONVIVENCIA FAMILIAR COMO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE AO PERTENCIMENTO E FORMAÇÃO HUMANA	
Cesar Riboli	
Alessandra Riboli	
Marcos Vinicius Riboli	
DOI: 10.54033/stebook.978-65-983413-7-4_2	
CAPÍTULO 02	20
A DEMOCRACIA MILITANTE EM TEMPOS SOMBRIOS: A OUTRA FACE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Álvaro Ricardo de Souza Cruz	
Gilberto Marcos Martins	
DOI: 10.54033/stebook.978-65-983413-7-4_3	
CAPÍTULO 03	44
O PAPEL DO DELEGADO “GARANTISTA” AO SE FAZER JUÍZOS NEGATIVOS DE IMPUTAÇÃO	
Francielle da Conceição Drumond Figueiredo	
DOI: 10.54033/stebook.978-65-983413-7-4_4	



CAPÍTULO

01

A CONVIVENCIA FAMILIAR COMO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE AO PERTENCIMENTO E FORMAÇÃO HUMANA

Cesar Riboli

Doutor em Educação

Instituição: UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Endereço: Frederico Westphalen, Rio Grande do Sul, Brasil

e-mail: criboli@uri.edu.br

Alessandra Riboli

Especialista em Direito.

Instituição: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Endereço: Frederico Westphalen, Rio Grande do Sul, Brasil

E-mail: aleriboli@hotmail.com

Marcos Vinicius Riboli

Advogado. Especialista em Direito Empresarial

Instituição: Universidade Federal de Santa Maria - RS

Endereço: Frederico Westphalen, Rio Grande do Sul, Brasil

E-mail: marcosvriboli@gmail.com

RESUMO: O texto trata das relações de convivência familiar enquanto um direito ao pertencimento à família no contexto da maternidade em ambientes carcerários. Os direitos inerentes às crianças e adolescentes submetidos a este cenário fazem parte do seleto grupo das garantias fundamentais do ser humano. São analisadas as regras previstas na legislação brasileira para demonstrar a ocorrência ou não do efetivo cumprimento dos direitos básicos da criança e da mãe. O pertencimento a uma família decorre de uma relação de convivência harmônica e qualificada entre eles, quando esta for desrespeitada, violado será o princípio da intranscendência da pena, que veda transferência da punição para outra pessoa. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 143.641/SP, decidiu pela possibilidade de aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por prisão domiciliar de mães detentas. A conclusão aponta para a existência de amparo legal para aplicação de pena alternativa que viabiliza e protege a maternidade e propicia a convivência e o pertencimento familiar da criança, contribuindo para a educação e formação cidadã, contudo, a falta de infraestrutura adequada e pessoal com preparo profissional nos estabelecimentos prisionais dificulta a efetivação do direito ao pertencimento.

PALAVRAS-CHAVE: convivência familiar, pertencimento, maternagem, direitos fundamentais, prisão de mães.

ABSTRACT: The text deals with family relationships as a right to belong to the family in the context of motherhood in prison environments. The rights inherent to children and adolescents subjected to this scenario are part of the select group of fundamental human guarantees. The rules laid down in Brazilian legislation are analyzed in order

to demonstrate whether or not the basic rights of children and mothers have been effectively fulfilled. Belonging to a family stems from a relationship of harmonious and qualified coexistence between them; when this is disrespected, the principle of non-transcendence of punishment, which prohibits the transfer of punishment to another person, is violated. The Federal Supreme Court, in the judgment of Habeas Corpus No. 143.641/SP, ruled that it is possible to replace the custodial sentence with house arrest for mothers who are in prison. The conclusion points to the existence of legal support for the application of an alternative sentence that enables and protects motherhood and provides for the child's coexistence and family belonging, contributing to education and citizen training, however, the lack of adequate infrastructure and professionally trained staff in prisons hinders the realization of the right to belonging.

KEYWORDS: family life, belonging, motherhood, fundamental rights, mothers in prison.

1. INTRODUÇÃO

A partir da implementação do Estado Democrático de Direito, pela Constituição Federal, promulgada em 1988, a atuação do Estado brasileiro passou a ter grande relevância dentro dos direitos inerentes à pessoa humana. Desde então, é dever do Estado garantir condições dignas de vida e acesso aos direitos e às garantias primordiais aos seus cidadãos.

No âmbito geral, as problemáticas enfrentadas pelo sistema penitenciário brasileiro são de interesse público, da política criminal utilizada até a superlotação e condições subumanas vivenciadas pela população carcerária. Nessa seara, é visível a importância da implantação de medidas alternativas para pessoas específicas, como é o caso das mulheres gestantes e mães de filhos menores, quando estas estiverem sujeitas a uma condenação judicial.

Haja vista a esfera do punitivismo, a sociedade pode julgar que o fato de uma mulher estar reclusa de sua liberdade é um pressuposto para também ser privada da companhia e convivência materna com seu filho. Todavia, o presente estudo, ao analisar os direitos fundamentais garantidos ao filho menor, constitucionalmente previstos, pretende evidenciar que a pena imposta à mulher não pode exceder à sua pessoa, porque estaria sendo ferido um dos princípios basilares da Constituição Federal: o princípio da intranscendência da pena ou da pessoalidade, o que impede o convívio familiar.

Nessa ótica, ao ser observada a atuação do Estado em relação à problemática, verifica-se que a aprovação do Habeas Corpus (HC) Coletivo nº 143.641, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), impetrando o intuito e reconhecendo o direito de conversão da pena de prisão preventiva de liberdade em prisão domiciliar, em casos de mulheres presas, em qualquer local do território nacional, desde que elas sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das demais medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Estando, de fato, sacramentado o referido entendimento, é necessário averiguar se tal determinação é a melhor “solução” para a garantia dos direitos dos filhos menores, como detentores de todos os direitos constitucionais, assegurando o direito ao pertencimento familiar.

Para a realização desta pesquisa, são analisadas as normas e doutrinas constitucionais acerca do princípio da intranscendência e individualização da pena,

a fim de promover uma reflexão prática sobre o desenvolvimento psíquico da criança submetida ao ambiente carcerário. Ainda, busca-se enfatizar a divergência entre os termos “maternidade” e “maternagem” e apurar a efetividade da aplicação do HC nº 143.641/SP, tencionando demonstrar a realidade enfrentada no sistema penitenciário brasileiro.

O objetivo do presente artigo é o de analisar as relações de convivência familiar enquanto um direito ao pertencimento à família no contexto da maternidade em ambientes carcerários de modo a evidenciar o cumprimento dos direitos fundamentais da criança e adolescente e a sua contribuição para a educação e formação cidadã.

2. MATERNIDADE E O VÍNCULO FILIAL NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Inicialmente, cabe observar a existência de distinção entre os termos “maternidade” e “maternagem”, a fim de que se possa viabilizar o entendimento de como o vínculo materno filial é de suma importância para o desenvolvimento sadio de toda a criança.

De acordo com Miranda e Martins (2007, p. 12-13), a maternidade define-se como “o conjunto de cuidados dispensados ao bebê com o objetivo de atender às suas necessidades”. Dessa forma, a maternidade é somente a condição biológica, expressando, meramente, a posição de “ser mãe”. Por outro lado, a maternagem diz respeito ao vínculo afetivo construído entre mãe e filho, em que existe a escolha afetiva do cuidado, da proteção e do amor, superando todas as questões naturais de sobrevivência, o de estar pertencente a uma família. A maternagem está integralmente relacionada ao desenvolvimento psíquico da criança, uma vez que a figura materna será o principal fundamento para a construção da estabilidade emocional e da personalidade do menor.

Bowlby (2002, p. 11) refere que “considera-se essencial para a saúde mental do recém-nascido e da criança de pouca idade, o calor, a intimidade e a relação constante com a mãe (ou quem, em caráter permanente, a substitua)”. Nesse prisma, no momento do rompimento compulsório do elo materno-filial por mães encarceradas, enfrenta-se o risco de ocorrência de diversidades no desenvolvimento infantil, podendo gerar condições psíquicas irreparáveis, além de expor a criança a uma

família extensa ou substituta, o que pode ocasionar ainda mais violência, é o que diz Rogério Greco (2015, p. 573):

Esses lares substitutos passam a ser fontes de violência contra essas crianças, que são maltratadas, abusadas sexualmente etc. Por isso, como o Estado não possui programas sérios que atendam às necessidades dos filhos menores daquelas que se encontram presas no sistema penitenciário, o melhor é permitir que a própria mãe cuide de seus filhos.

Nessa toada, discorrendo sobre os malefícios do encarceramento dos menores junto às mães, Kurowsky (1990, p. 15) defende que

é comprovadamente produtivo considerar muitos distúrbios psiconeuróticos e da personalidade nos seres humanos com um reflexo de um distúrbio na capacidade para estabelecer vínculos afetivos, em virtude de uma falha no desenvolvimento na infância ou de um transtorno subsequente.

Por sua vez, Stella e Sequeira (2006, p. 18) sustenta que as condições ofertadas nos estabelecimentos prisionais brasileiros condicionam uma vivência que prejudica o desenvolvimento, dado que “os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos para promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil”.

É cristalina a constatação de que a omissão do estatal diante da presença das mães e gestantes encarceradas e, principalmente, perante as crianças expostas às consequências que a falta do laço materno pode acarretar e perdurar pela vida. “A prisão da mãe reconfigura o ambiente de desenvolvimento da criança, necessitando de políticas públicas específicas que deem conta da condição particular desse grupo de crianças” (Stella; Sequeira, 2006, p. 32).

Este raciocínio também se faz presente quando da interpretação do princípio constitucional da intranscendência da pena (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988), visto que a criança não tem capacidade civil e, sendo detentora de todos os direitos inerentes à pessoa humana, passa, efetivamente, a cumprir pena junto com a mãe, que é autora do delito, causando inúmeros prejuízos à formação das crianças no aspecto educacional e de formação cidadã, capaz de deixar marcas negativas insuperáveis.

3. O SISTEMA PUNITIVO ADOTADO PELO BRASIL

3.1 LEGISLAÇÃO QUE TRATA DO APRISIONAMENTO FEMININO

Em contexto internacional, os preceitos jurídicos elementares que abordam as especificidades das medidas a serem adotadas no encarceramento feminino estão dispostos nas Regras de Bangkok, lavradas em 2010, momento em que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou regras de tratamento sob a ótica dos direitos humanos, voltadas à utilização de deliberações diversas da prisão.

Segundo Cerneka (2013), as Regras de Bangkok acrescentam normas mínimas de tratamento humano, levando em conta as necessidades específicas das mulheres, corroborando que se faz indispensável a aplicação de um tratamento diferenciado, mas não superior ao do público masculino.

As diretrizes apresentadas pelas Regras de Bangkok determinam que as singularidades do gênero feminino deverão ser observadas pelos responsáveis pela aplicação da sanção às detentas, como forma de garantir a igualdade material entre os encarcerados. É o que se pode notar na primeira Regra verificada, conforme segue:

Regra 1 A fim de que o princípio de não discriminação, incorporado na regra 6 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos, seja posto em prática, deve-se ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção a essas necessidades para atingir igualdade material entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória (Brasil, 2016, p. 21).

Ademais, o mencionado diploma possui grande pertinência nas políticas públicas de desencarceramento, uma vez que dispõe que se deve priorizar a aplicação de medidas alternativas ante a prisão. É o que impõe a Regra 57:

Observações Preliminares

(...)

2. Reconhecendo a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras e levando em conta várias resoluções relevantes adotadas por diferentes órgãos das Nações Unidas, pelas quais os Estados-membros foram convocados a responder adequadamente às necessidades das mulheres presas e infratoras, as presentes regras foram elaboradas para complementar, conforme seja apropriado, as Regras mínimas para o tratamento de reclusos e as Regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio), em conexão com o tratamento de mulheres presas e alternativas ao encarceramento para mulheres infratoras (Brasil, 2016, p. 18).

Regra 57 As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado-membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado (Brasil, 2016, p. 36).

No que se refere aos direitos das mulheres gestantes, puérperas, com filhos e lactantes na prisão, o documento impõe que deverá ser assegurado o direito à prestação de assistência médica e nutricional no estabelecimento:

Regra 48. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.
3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos(as) filhos(as) não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento (Brasil, 2016, p. 34-35).

Outrossim, no que tange à manutenção dos filhos dentro do ambiente prisional, o diploma institui que as decisões deverão basear-se no melhor interesse do menor, garantido o direito de acesso à saúde e à educação, de maneira a não prejudicar o seu desenvolvimento.

Regra 49 Decisões para autorizar os(as) filhos(as) a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 51 1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários. 2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão (Brasil, 2016, p. 35).

O supracitado diploma também dispõe acerca da separação compulsória da mãe em relação ao filho, que deverá ser conduzida da forma menos gravosa ao menor, visando evitar prejuízos à saúde psíquica da criança, devendo ser resguardado, à mãe, o máximo de oportunidade e condições para encontrar-se com seus filhos, de convivência familiar.

Regra 50 Mulheres presas cujos(a) filhos(as) estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 52 1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente. 2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares. 3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida (Brasil, 2016, p. 35)

No plano nacional, cumpre destacar, desde logo, que a Constituição impõe uma série de princípios e direitos fundamentais aos indivíduos que praticam condutas confrontantes à lei, o que limita o poder punitivista do Estado.

O artigo 5º da Carta Magna apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, objetivando a proteção integral da população. Consoante Alexy (2008, p. 50), “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”. Dentre eles, sobrepõe-se o direito da não submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante. Lado outro, o Supremo Tribunal Federal reconhece, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, que o próprio sistema prisional já possui condições desumanas e degradantes, gerando o chamado “*estado de coisas inconstitucionais*”.

Nesse linhame, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) traz uma série de disposições, tencionando a efetivação da pena imposta pelo Estado. Delibera, no seu artigo 1º, que objetivo da execução da pena é propiciar o cumprimento da sentença judicial e proporcionar condições com vistas à integração do condenado à sociedade (Brasil, 1984). Já o artigo 3º alude que, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (Brasil, 1984, art. 3).

Em seu artigo 41, o legislador promove diversos direitos aos apenados, garantindo-lhes os direitos básicos como alimentação, vestuário, assistência jurídica e social e o exercício de atividades profissionais, desde que compatível com a execução da pena e igualdade de tratamento, ressalvados, contudo, casos excepcionais ou previstos no ordenamento jurídico (Brasil, 1984).

No que concerne à proteção da mulher gestante e parturiente, a Lei nº 11.942/2009 trouxe diversas alterações à Lei de Execução Penal (LEP). Além dos direitos dispostos no artigo 88 da LEP, a penitenciária feminina deverá prover seção

de gestantes e parturiente, bem como dispor de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, a fim de possibilitar a assistência às crianças desamparadas, cuja responsável estiver presa (Brasil, 2009).

Do mesmo modo, o artigo 83, § 2º, da LEP, versa sobre a necessidade de haver berçários para que as detentas consigam amamentar seus filhos, visando o desenvolvimento saudável das crianças. No mesmo sentido, o artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) institui que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade” (Brasil, 1990, art. 9).

No entanto, apesar da previsão legal, a realidade é muito distante, a grande maioria das casas prisionais do país não possuem essas condições mínimas, de acordo como o que consta no Relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 2020.

3.2 A PRISÃO DOMICILIAR E A DECISÃO NO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP

Em um Estado Democrático de Direito, o legislador deve delinear penas que protejam os bens jurídicos substanciais sem atingir de forma drástica a dignidade da pessoa a ser condenada. À vista disso, além das penas restritivas de liberdade e de direitos, a prisão domiciliar funda-se na ideia de o Estado conseguir solucionar os conflitos gerados pelo cometimento de uma infração penal, aspirando que seja apresentada uma resposta à sociedade ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais do agente criminoso sejam respeitados.

Foucault (2008, p. 88) ensina “que se precisa modelar e calcular os efeitos de retorno do castigo sobre a instância que pune e o poder que ela pretende exercer”. Pois é o resultado para a sociedade que a aplicação de uma punição deve objetivar quando há terceiros envolvidos.

Nesse viés, a prisão preventiva em residência trata-se de uma medida cautelar prevista no artigo 317 do Código de Processo Penal: “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (Brasil, 1941, art. 317). Sua aplicação é limitada, tal como fixa o artigo 318 do mesmo dispositivo:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta anos);

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (Brasil, 1941, art. 318, inc. I-IV).

Em 2016, entrou em vigor, no Brasil, a Lei nº 13.257, que alterou determinados dispositivos do Código de Processo Penal, determinando a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar às gestantes e mães com filhos de até 12 anos de idade. À época, a maior parte dos pedidos das mães eram indeferidos pelo Poder Judiciário, tendo por fundamento a gravidade do delito e a necessidade de prova da inadequação do ambiente prisional à situação gestacional.

Além de ser ilegal, a manutenção da prisão somente pela gravidade do delito praticado, em 2018, foi julgada pelo Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP, o qual dispõe que nada justifica a permanência de mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade em estabelecimento prisional, assim como sob a ótica das crianças a serem submetidas a um tratamento desumano, cruel e degradante, contrariando integralmente o disposto na Carta Magna e aos Direitos Humanos:

A prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda ao respeito à integridade física e moral da presa (Brasil, 2018, p. 4).

Ademais, faz-se necessária a observância da condição especial da mulher face o cárcere, sobretudo àquela que enfrenta a pobreza e a escassez de acesso à justiça e à escolaridade. Magistrados e doutrinadores contrariam tal regra, tendo em vista que mulheres são presas, em sua maioria, pelo tráfico de drogas. Entretanto, a conduta da mulher não pode ser alcançada pelos seus filhos, nascidos ou gerados, de maneira que a determinação do STF deve ser devidamente aplicada a quem possuir seu direito adquirido, sem burocracias ou qualquer tipo de discriminação. Isto assegura o direito ao pertencimento familiar.

4. O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

4.1 A MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

Desde o princípio, no direito penal, a constrição da liberdade pretende a transição comportamental dos indivíduos encarcerados, demonstrando um caráter retributivo, penalizador e ressocializador da pena (Porto, 2007). Carmem Sílvia de Moraes Barros (2001) afirma que a restrição da liberdade como penalidade tem o propósito de apresentar um meio alternativo aos procedimentos punitivos utilizados até o século XVIII, momento no qual se empregava a violência como castigo, a fim de que a sociedade se eximisse de contrariar as leis do Estado.

Conforme entendimento de Mesquita Júnior (2010), a pena privativa de liberdade surge em substituição à pena de morte. Todavia, considerando a situação carcerária atual, a restrição da liberdade é mais cruel do que a pena capital. Nesse sentido, é inegável a inobservância estatal diante das mulheres grávidas que estão inseridas no sistema prisional, já que se permite a inserção de seres recém-nascidos ou na primeira infância à mercê de um ambiente despreparado, em situação deplorável de convivência materna e familiar.

Desde a Constituição Federal de 1824, artigo 179, inciso XX, o legislador daquela época já se preocupava em determinar que a pena deveria ser executada apenas sobre os infratores da norma jurídica.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá, em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmitirá aos parentes em qualquer gráo, que seja (Brasil, 1824, art. 179, inc. XX).

Desde então, o caráter personalíssimo da pena foi estendido em todas as Constituições brasileiras seguintes. Na Constituição Federal de 1988, encontra-se essa disposição contida no artigo 5º, inciso XLV:

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:

[...]

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (Brasil, 1988, art. 5, inc. XLV).

Para Nucci (2021, p. 185), o princípio da intranscendência da pena ou princípio da personalidade “tem por fim exclusivo assegurar que a punição direta do Estado em relação ao indivíduo não se espraie, atingindo terceiros, não participantes do delito”. Similarmente, Cleber Masson (2019, p. 111) assevera que ninguém poderá ser responsabilizado por fato realizado por terceiro, de modo que a pena não passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF/88). Dessa forma, não seria admissível que a penas fosse aplicada a filhos menores em razão de mãe ter praticado algum delito.

4.2 A REALIDADE DO EXERCÍCIO DA MATERNIDADE E A PUNIÇÃO INDIRETA AOS FILHOS NASCIDOS NO CÁRCERE

É notória a violação dos direitos das mães encarceradas pelo Estado e, conseqüentemente, dos seus filhos, seja na sua forma estrutural, ante a ausência de unidades prisionais ou inadequação das já existentes, seja pela falta de efetivo apto a fornecer suporte digno à pessoa da mãe e filho. Nesse horizonte, relativamente à mulher encarcerada, além da afronta aos direitos inerentes à pessoa humana, estas estão reféns a situações da própria natureza feminina. Muitos são os casos de violência obstétrica dentro dos presídios brasileiros, por exemplo, não havendo respeitar à decisão de escolha da gestante em relação ao pré-natal, parto e pós-parto.

Acerca das características estruturais, Nana Queiroz (2019) descreve a realidade vivenciada pelas mulheres encarceradas em estabelecimentos prisionais projetados, originalmente, para o sexo masculino:

Até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? [...] Não havia exames médicos, o kit de higiene era insuficiente (Queiroz, 2019, p. 133).

Outro ponto constantemente comentado, porém, fortemente desconsiderado pelo poder público, é a superlotação carcerária existente na maioria dos presídios brasileiros. Afora a pessoa encarcerada, nascerá mais uma criança, que será

submetida às condições ultrajantes do sistema prisional. Nesse enquadramento, Queiroz (2019, p. 117) reitera que:

A dificuldade está em não estender a pena da mãe à criança, uma medida difícil de atingir. O último levantamento do Ministério da Justiça mostrava que 166 crianças viviam no sistema prisional no país. Destas, só 62 estavam em locais dignos. As demais moravam em presídios mistos, com pouca ou nenhuma adaptação para recebê-las. Cadeias de homens e mulheres ainda predominam fora das capitais e, quando nascem em locais assim, as crianças vivem em celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães. Apiedadas pelos filhos, muitas presas preferem devolvê-los à família ou entregar para adoção a vê-los vivendo em tais condições.

Bitencourt (2004) entende que o índice de casos de depressão aumenta consideravelmente entre os condenados a sanções longas, contrariando integralmente o ideal ressocializador da pena privativa de liberdade. Desse modo, a retirada compulsória dos filhos amplifica a ocorrência de danos psicológicos às mães, expandindo a probabilidade de episódios depressivos, culminando, em extremos casos, no pensamento suicida.

Queiroz (2019) ratifica que, por muitas vezes, as mulheres detentas precisam optar por serem transferidas para unidades prisionais adaptadas às necessidades maternas ou permanecerem em cidades próximas àquelas em que os seus outros filhos residem. Um terceiro caminho é o de abdicar do convívio com o neonato que, por vezes, é a medida mais plausível a ser tomada (Queiroz, 2019, p. 76) frente à realidade vivida.

Nesse rumo, atinente à separação entre mãe e filho, a autora declara que o psicológico das detentas não se sustenta ao ter de escolher o “destino” de seus filhos, seja por decidir cuidá-los, seja por entregar à família ou, na pior das hipóteses, constituir-los para o sistema de adoção brasileiro (Queiroz, 2019). Tais atitudes acabam por destituir o núcleo familiar, ocasionando um abalo emocional e psicológico geralmente irreversível para a genitora ou para a sua prole.

5. A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DIREITO AO PERTENCIMENTO

Consoante dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (Brasil, 2020), um total de 59,98% das mulheres brasileiras que estão privadas de liberdade advêm da prática do crime de tráfico. Em segunda posição está o crime de roubo, que conta com um percentual de 12,90% dos casos. Percebe-se uma significativa diferença entre o primeiro e o segundo tipo de ilícito, o crime de furto é o motivo de 7,80% das prisões; homicídio, de 6,96%; o porte ilegal de arma, 1,6%; latrocínio, 1,54%; e outras tipificações penais, de 9,22% (Brasil, 2020).

Nesse cenário, frisa-se, também, qual é o perfil da mulher presidiária brasileira, nos termos da definição da literatura nacional:

O perfil das mulheres presas no Brasil é de pessoas muito vulnerável, e ainda sobrecarregadas pelo sustento de seus filhos. Elas são, em sua maioria, jovens (50% têm até 29 anos), solteiras (57%), negras, (68%), com baixa escolaridade (50% têm o ensino fundamental incompleto, sendo que apenas 10% delas completaram essa primeira fase dos estudos). Acima de tudo, elas são pobres, condenadas a penas entre 4 e 8 anos (35%), em regime fechado (45%). Dados da América Latina apontam que as detentas, em geral, são chefes de família e responsáveis pelo sustento dos filhos. Sabemos, inclusive, que 80% delas são mães (Boiteux, 2016, p. 5).

Em harmonia com as informações do INFOPEN (Brasil, 2020), em relação à faixa etária, o levantamento realizado indica que grande parte das mulheres detentas são jovens, sendo 47,33% com menos de 30 anos de idade. No tocante ao estado civil, 58,55% são solteiras, 24,44% vivem em união estável, 8,24% são casadas, 1,25% separadas judicialmente, 2,52% divorciadas, 2,32% são viúvas e 2,68% não informado.

A realidade da população carcerária feminina no Brasil, segundo o Relatório *Justiça em Números*, do CNJ, sinaliza para uma população carcerária feminina que é composta, na absoluta maioria, por mulheres negras, pobres e de baixa escolaridade, o que agrava ainda mais a sua situação e a de seus filhos. Em contrapartida, a Constituição Federal garante de forma expressa o direito à convivência familiar, dispondo, em seu artigo 226, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Brasil, 1988, art. 226). Contudo, o dever familiar e do Estado para com a prole vem expresso no artigo 227, da Carta Política de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (Brasil, 1988, art. 227).

Ao ser instituída a proteção do Estado através da garantia da assistência social, que terá como objetivo “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes” (Brasil, 1988, art. 203), pretendeu o constituinte assegurar expressa proteção à convivência familiar, reconhecendo a importância de sua proteção por parte do Poder Público. Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente seguiu as premissas da Carta Magna e das Declarações Internacionais de Direito, estabelecendo farta proteção dos menores no que diz respeito aos mais elementares direitos, incluindo o da convivência familiar como um pressuposto para o desenvolvimento integral.

Assim, concernente ao pertencimento familiar de uma criança, esse não pode ser violado em nenhuma hipótese, nem sequer diante da segregação da liberdade da mãe que tenha praticado um crime e, por conseguinte, necessite de uma punição pelo Estado. Isso porque o direito ao pertencimento familiar, que deve ser certificado preponderantemente aos infantes, representa o direito e a oportunidade de estar em um lugar de ocupação no sistema familiar, o que deve ser garantido, independentemente dos acontecimentos que a vida pode apresentar, notadamente para as mães.

Como ser humano que é, todo menor tem direito ao pertencimento familiar, trata-se de proteção a uma necessidade básica e crucial de um ser humano, pois, ao nascer de uma família, a ela é o direito de pertencer. Sob outro viés, o pertencimento assegura à criança o direito de não ser excluída da convivência familiar, de fazer parte desse ambiente. A exclusão de um ambiente familiar implica nas mais diversas formas de exclusão humana, consequência que não é apenas prejudicial ao desenvolvimento integral da criança, implica em prejuízo para a sociedade e para o próprio Estado, dadas as repercussões na vida dos seus indivíduos.

6. CONCLUSÕES

Em consonância com o reportado ao longo do presente estudo, a realidade das encarceradas, mães e gestantes, é aviltante, tanto sob a perspectiva moral quanto ao seu aspecto físico, situação que viola o direito ao convívio familiar e ao seu pertencimento. A situação é ainda mais crítica dada a desproteção social das mulheres encarceradas, que, em sua absoluta maioria, são: pobres, de pouca escolaridade e de raça negra.

Observa-se que as afrontas aos dispositivos legais partem do Poder Público, desde a escassez de políticas públicas adequadas até a própria desatenção aos dispositivos constitucionais inerentes à pessoa humana da mãe e do filho. Ademais, embora o sistema prisional brasileiro tenha por finalidade a ressocialização do indivíduo, conforme previsto pela Lei, vê-se, não raramente, a chamada “cultura do encarceramento”, que se trata de uma tendência do Estado em prender infratores de modo que seja dada uma resposta à sociedade, como forma de punição. Nesta acepção, Nogueira (2015, p. 9) adverte “O que se vê, atualmente dentro da magistratura brasileira é uma tentativa de massificar o instituto da prisão processual como resposta à população, indignada com o alto grau de violência que assola o meio social brasileiro”.

Para o autor, a prisão, ainda que inconsciente, possui teor vingativo e punitivista, é influenciada pelo clamor social que ganha imaginário de solução, não é tratada como deveria: justiça e ressocialização. Desse modo, constrói-se um cenário de falsa segurança jurídica, uma vez que a pena não cumpre o seu efetivo papel e o apenado não se liberta como um ser “ressocializado”. A prisão, por si só, mostra-se como um meio hostil de privação de liberdade que tem capacidade de gerar danos psíquicos irreparáveis.

Logo, não há motivo plausível para manter encarceradas às mães, gestantes e parturientes em ambiente prisional, em situação de extrema precariedade, pois implica aos filhos conviver com suas mães em um local insalubre e em desacordo com as condições de dignidade humana. Outrossim, a prisão não deve ser tratada como única medida penal existente no ordenamento jurídico, visto que a existência de penas alternativas já se encontra positivada e aptas ao uso, motivo pelo qual cabe ao magistrado a escolha da sanção menos gravosa, analisando sempre o caso concreto, precipuamente se for o caso de uma mãe.

Cabe ressaltar que, não havendo a observância dos preceitos jurídicos, bem como a inobservância das penas alternativas dispostas no ordenamento jurídico, não há como se pensar em ressocialização e não reincidência criminal. Isso se deve ao fato de que os encarcerados são frequentemente violentados em um ambiente estatal, local onde a sua dignidade deveria ser efetivamente preservada, por se tratar de um espaço fiscalizador da lei.

Por fim, o encarceramento de mães implica em aplicar penalidade aos filhos, que nada tem a ver com o delito praticado por ela. Dessa forma, ao atingir os menores com as punições aplicadas pelo Estado a mães recolhidas a estabelecimentos prisionais, despreparados para tratar de tal situação, está-se violando o direito ao pertencimento familiar e sua convivência.

Tais conclusões, devem considerar as limitações do estudo, em decorrência das definições, escolhas e amplitude. Mesmo com a despretensão de esgotar as observações e compreensões, o texto apresenta importantes contribuições para a sociedade e para as pesquisas futuras no que diz respeito aos aspectos teóricos e compreensões relacionadas as relações de convivência familiar enquanto um direito ao pertencimento à família no contexto da maternidade em ambientes carcerários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robwrt. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. **Rede de Justiça Criminal**, [S. l.], v. 9, set. 2016. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/50147922/Artigo>. Acesso em: 13 jun. 2024.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/18onstituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jan. 2024.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/18onstituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília/DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20070/2009/lei/l11942.htm. Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília/DF, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília/DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/l8069.htm>. Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade**: junho de 2020. Brasília/DF, 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN2017.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas corpus Coletivo nº143641- SP**. Prisão Domiciliar. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 24 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jan. 2024.

CERNEKA, Heidi Ann. **Regras de Bangkok**: está na hora de fazê-las valer. 27 jun. 2013. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/AsRegras-de-Bangkok-ibccrim.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral – volume 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

KUROWSKY, Cristina Maria. **Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina**. Porto Alegre, 1990.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral – volume. 1. 13. ed. São Paulo: Método, 2019.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa. **Execução Criminal**: teoria e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Maria Aparecida; MARTINS, Marilza de Souza. **Maternagem**: Quando o bebê pede colo. Brasília/DF: NEINB, 2007. (Coleção percepções da diferença: negros e brancos na escola).

NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. A cultura do encarceramento e a segurança pública brasileira. **Jus.com**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40317/a-cultura-do-encarceramento>. Acesso em: 18 jan. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral – volume 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2019.

STELLA, Claudia; SEQUEIRA, Vânia Conselheiro. Guarda de filhos de mulheres presas e a ecologia do desenvolvimento humano. **Revista Eletrônica de Educação**, São Carlos, v. 9, n. 3, p. 379- 394, 2015.



CAPÍTULO

02

A DEMOCRACIA MILITANTE EM TEMPOS SOMBRIOS: A OUTRA FACE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Possui graduação em Economia pela PUC-MG, graduação em Direito, mestrado e doutorado pela UFMG. Atualmente é Desembargador Federal no TRF da 6ª Região e Professor Adjunto III da PUC-Minas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: estado democrático de direito, hermenêutica, direito comparado, relações igreja-estado e direito contemporâneo. Coordenador do Grupo de Estudos Avançados em Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional. Brasil.

E-mail: alvaro.sc@terra.com.br

Gilberto Marcos Martins

Bacharel em Direito pela PUC Minas. Licenciado em História pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras do Alto São Francisco Pós-graduado em História Moderna e Contemporânea pela PUC Minas. Mestre em História Social do Brasil e de Minas pela Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações. Doutorando em Direito Constitucional na PUC Minas (Com bolsa da FAPEMIG). Membro do Grupo de Estudos Avançados em Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional. Advogado. Bolsista FAPEMIG. Brasil.

E-mail: advogadogilberto@hotmail.com

RESUMO: A democracia militante está baseada na premissa de que, diante de ataques à sua própria existência, os regimes democráticos têm legitimidade para acionar medidas restritivas de direitos de grupos ou indivíduos movidos por projetos autoritários. A centralidade crescente ocupada pelo Supremo Tribunal Federal, revela uma pretensa jurisprudência ativista. Em que pese uma atuação que revela um espírito de constitucionalismo abusivo, a Corte, soube utilizar dos mecanismos da democracia militante para impedir ataques ao regime democrático. A proliferação de *fake news* com aptidão para contaminar o espaço público e influir na vontade dos eleitores no processo eleitoral de 2022, fez com que o TSE editasse uma Resolução - 23.714/2022 - visando inibir a propagação de *fake news*. O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, através da ADI 7.261 que considerou constitucional a referida Resolução, mediante a interpretação de que a mesma não configura censura, e tampouco exorbita a competência normativa do Tribunal. Assim, a partir da teoria Karl Loewenstein, busca-se analisar a conjuntura que justificou a decisão da Corte.

PALAVRAS-CHAVE: democracia militante, constitucionalismo abusivo, fake news, supremo tribunal federal.

ABSTRACT: Militant democracy is based on the premise that, faced with attacks on their own existence, democratic regimes have the legitimacy to take measures restricting the rights of groups or individuals driven by authoritarian projects. The growing centrality accelerated by the Federal Supreme Court reveals an activist

pretension. Despite an action that reveals a spirit of abusive constitutionalism, the Court could use the mechanisms of militant democracy to prevent attacks on the democratic regime. The regulation of fake news to the exclusion of contaminating public space and influencing the will of participants in the 2022 electoral process led the TSE to issue a resolution - 23.714/2022 - temporarily inhibiting the spread of fake news. The case was taken to the Federal Supreme Court, through ADI 7,261, which considered the aforementioned Resolution constitutional, upon the interpretation that it does not constitute censorship, nor does it exceed the Court's normative competence. Thus, based on Karl Loewenstein's theory, we seek to analyze the situation that justified the Court's decision.

KEYWORDS: militant democracy, abusive constitutionalism, fake news, federal supreme court.

1. INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX marcou o início de um processo de revigoração e expansão da democracia. Mas esse processo tem sido marcado por ameaças de variadas espécies. Populismo, racismo, xenofobia, medidas iliberais e neoconservadorismo têm marcado presença como elementos de resistência aos postulados da democracia.

Esse cenário reacendeu o debate no sentido de que a democracia deve se defender de seus inimigos fazendo uso de instrumentos constitucionais que possibilitem a exclusão do processo democrático daqueles que se voltam contra ele. A experiência brasileira, especialmente nessa última década, tem revelado um processo de erosão constitucional que alçou o Supremo Tribunal Federal – STF- a um protagonismo impróprio e inusual. Isso porque a intervenção judicial se caracteriza pela prevenção e não pela reação como tem acontecido.

A centralidade crescente ocupada pelo STF ao longo, das últimas décadas da vida político-institucional brasileira, trouxe à lume uma pretensa jurisprudência ativista, de natureza progressista e garantista. Em que pese uma atuação que revela um espírito de constitucionalismo abusivo, a Corte, especialmente no momento em que a democracia brasileira passou por seu maior teste de resistência, soube utilizar dos mecanismos da democracia militante para impedir ataques deletérios à democracia, sendo esta a contribuição teórica aqui almejada. Portanto, justifica-se esta pesquisa em razão da importância que a decisão proferida pela Corte assumiu no contexto de combate às *fake news*, demonstrando que a liberdade de expressão não poder escudo para a propagação de desinformação.

O propósito deste artigo é analisar a decisão proferida na ADI 7.261. O quadro fático, que sedimentou a atuação da Corte, deu-se a partir da proliferação de *fake news* com aptidão para contaminar o espaço público e influir indevidamente na vontade dos eleitores. O que fez com que o TSE editasse uma Resolução visando inibir a propagação de *fake news*, evitando, que a desinformação pudesse comprometer a escolha consciente dos eleitores nas eleições de 2022. O caso foi levado ao STF, que considerou constitucional a Resolução 23.714/2022 do TSE, mediante a interpretação de que a mesma não configura censura, e tampouco exorbita a competência normativa do Tribunal.

O método utilizado será o indutivo-dedutivo, a partir de revisão bibliográfica e arcabouço jurisprudencial do STF. Na perspectiva da teoria da democracia militante, o objetivo é analisar o pressuposto segundo o qual, a Corte em defesa da democracia, entende, que nenhum direito fundamental é absoluto. De modo que procura-se mostrar que a decisão foi legítima, enquanto jurisprudência de contexto, pois evitou que o uso de institutos democráticos pudessem subverter a democracia.

Trata-se de uma decisão importante, no contexto de outras tantas decisões proferidas pela Corte em seu papel de militância democrática. O objetivo da pesquisa é demonstrar que a atuação da Corte, mesmo em momentos de polarização política, tem o compromisso de proteger garantias fundamentais. No entanto, alguns questionamentos são inevitáveis quando se analisa a decisão proferida na ADI 7261, a saber: quais são os impactos da utilização do instituto da democracia militante por parte do STF? A Corte está atuando no campo do constitucionalismo abusivo ou da democracia militante? A democracia como autocorreção abre caminho para a falta de autocontenção? A hipótese a ser defendida é a de que, a curto prazo, a decisão foi acertada, pois garantiu, ou pelo menos minimizou o impacto das *fake news* no processo eleitoral de 2022. No entanto, a médio e longo prazo, os efeitos de uma atuação responsiva e de autodefesa podem pavimentar o caminho para a falta de autocontenção, dando à democracia militante o espírito de constitucionalismo abusivo.

2. A DEMOCRACIA MILITANTE E SEUS NOVOS DESAFIOS

A expressão democracia militante é associada ao constitucionalista alemão Karl Loewenstein, que, pouco após a ascensão do Partido Nazista na Alemanha, escreveu em 1937, dois artigos intitulados “*Militant Democracy and fundamental Rights*”, argumentando que as técnicas fascistas haviam obtido êxito em razão das condições oferecidas pelas instituições democráticas.

Essas técnicas fascistas só poderiam ser vitoriosas sob as condições extraordinárias oferecidas pelas instituições democráticas. O seu sucesso baseia-se na sua perfeita adaptação à democracia. A democracia e a tolerância democrática têm sido utilizadas para a sua própria destruição. Ao abrigo dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, a máquina antidemocrática poderia ser construída e posta em funcionamento legalmente. (LOEWENTEIN, 1937a, p. 423)*

* Tradução livre: *This technique could be victorious only under the extraordinary conditions offered by democratic institutions. Its success is based on its perfect adjustment to democracy. Democracy and*

Loewenstein (1937a, p.424) argumenta que a democracia foi incapaz de impedir seus opositores de fazerem uso de instrumentos democráticos contra ela própria. Aos fascistas foram concedidas todas as oportunidades e garantias das instituições democráticas. Permitiu-se o surgimento e ascensão de um movimento antidemocrático, no âmbito do formalismo exagerado de um Estado de Direito, assentado na igualdade formal. Esse formalismo, impossibilitou excluir do jogo os que negavam a própria existência da democracia. O fundamentalismo democrático mostrava-se incapaz de combater o emocionalismo fascista, isso porque a democracia representa o *fair play* para os direitos fundamentais.

Os escrúpulos constitucionais já não podem impedir restrições aos fundamentos democráticos, com o objetivo de, em última análise, preservar esses mesmos fundamentos. A ordem liberal-democrática conta com tempos normais. A garantia dos direitos individuais e coletivos serve de base jurídica para o compromisso entre interesses que, certamente, podem entrar em conflito, mas que, no entanto, são animados pela lealdade comum para com os fundamentos do governo (LOEWENSTEIN, 1937a, p . 432)*

O apego cego das democracias aos seus próprios princípios evidenciava a fraqueza estrutural desses regimes. Sob a lógica do paradoxo democrático, as Constituições permitem mudanças pacíficas a partir de métodos regulares. No entanto, Loewenstein argumenta que elas precisam ser “endurecidas” ou adotarem normas “de reação” em face de movimentos que pretendam a sua destruição, basicamente por meio da sua exclusão do processo político e mesmo da suspensão temporária de direitos fundamentais. Esse seria o custo para que a democracia pudesse salvar a si mesma: “*Se a democracia está convencida de que ainda não cumpriu o seu destino, deve combater no seu próprio plano uma técnica que serve apenas ao propósito do poder. A democracia deve tornar-se militante*” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423)*.

demo- cratic tolerance have been used for their own destruction. Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-demo- cratic machine could be built up and set in motion legally (LOEWENSTEIN, 1937a, p . 423).

* Tradução livre: *Constitutional scruples can no longer restrain from restrictions on demo- cratic fundamentals, for the sake of ultimately preserving these very fundamentals. The liberal-democratic order reckons with nor- mal times. The guarantee of individual and collective rights serves as a legal basis for compromise between interests which, to be sure, may fall into conflict, but which nevertheless are animated by common loyalty toward the fundamentals of government* (LOEWENSTEIN, 1937a, p . 432).

* Tradução livre: *If democracy is convinced that it has not yet fulfilled its destination, it must fight on its own plane a technique which serves only the purpose of power. Democracy must become militant* (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423).

Embora o tema tenha sido primeiramente introduzido por Loewenstein, outros estudiosos também vieram a discorrer sobre o assunto, entre eles Karl Popper (1974, p. 289) que se referiu ao “*paradoxo da tolerância*”, advertindo que a tolerância sem limites levaria ao desaparecimento da tolerância. Para Popper, a tolerância não deve ser concedida aos intolerantes. Qualquer movimento que pregue a intolerância deve ser colocado à margem da lei. Sob essa perspectiva, Svetlana Tyulkina (2015a, p. 519) defende que “*a democracia pode ser mais agressiva para com aqueles que não acreditam nela e nos seus valores*”.

A democracia militante associa-se a uma forma de democracia constitucional autorizada a proteger a sua continuidade como tal, restringindo preventivamente o exercício das liberdades civis e políticas. Em sua primeira manifestação, na Alemanha, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, o alvo foram os partidos políticos com propostas antidemocráticas. Nos últimos anos, houve um alargamento do campo de abrangência da democracia militante, que passou a incluir ameaças como o terrorismo e o fundamentalismo religioso, bem assim, em alguns casos, tentativas de restrição de direitos fundamentais realizadas por governos autoritários, acompanhadas de redução ou fim da autonomia do Judiciário. A popularização das redes sociais, fez com que esta via de comunicação também se contaminasse pelas propostas antidemocráticas, ampliando ainda mais o campo de abrangência da democracia militante. Isso ocorreu em razão do uso das redes sociais com a finalidade de proliferação de *fake news* com aptidão para contaminar o espaço público e influir indevidamente na vontade dos eleitores.

O conceito de democracia militante nasceu, portanto, como uma tentativa de resposta ao desafio de como a democracia deve se defender de seus inimigos não democráticos. Ele se volta para as ações do Estado dirigidas à autodefesa contra seus inimigos internos de modo a manter-se fiel a si mesma.

Não há, porém, uma definição universal para ela, mas há um relativo consenso sobre aquilo que o termo militante acrescenta à democracia. Como bem observa Svetlana Tyulkina (2015a), a noção de prevenção em relação a um inimigo comum, que se volta contra as estruturas democráticas do Estado, que abusa dos direitos e privilégios garantidos pela democracia, são características cruciais para determinar a militância de um sistema constitucional. De modo que se pode dizer que a democracia militante se refere à capacidade das democracias liberais de produzirem ações preventivas para se

defenderem do abuso, por parte de seus inimigos, de instituições e procedimentos democráticos, visando à instituição de regimes autoritários ou, no mínimo, híbridos.

3. AS BASES DA DEMOCRACIA MILITANTE E SUA NOVA ROUPAGEM

Para ser salva, Loewenstein (1935, p. 593) defendia, que a democracia precisava se tornar militante. Não poderia ser culpada por aprender com seus inimigos a aplicar também a coerção que seus adversários utilizavam contra ela. Para Loewenstein (1937b), o legislador deveria aprovar normas que pudessem neutralizar o fascismo, fundadas em uma vontade indomável de sobrevivência.

Karl Mannheim, em 1943, se posicionou sobre o assunto, defendendo que os governos democráticos poderiam fazer uso das mesmas técnicas e ferramentas utilizadas pelos regimes totalitários, visando alcançar objetivos legítimos. Mas, para tanto, seria necessária a valorização das virtudes democráticas fundamentais. Para Mannheim a democracia deveria se tornar

militante para defender o justo processo de mudança social e virtudes e valores básicos que são o alicerce do funcionamento pacífico de uma ordem social. (...) a nova democracia militante desenvolverá, portanto, uma nova atitude em relação aos valores (...) terá a coragem de reconhecer alguns valores básicos, aceitos por todos que compartilham das tradições da civilização ocidental (MANNHEIM 1943, p.7)*.

A democracia militante não deve se distanciar do liberalismo, todavia. Mannheim somente não concorda com a tolerância excessiva dos liberais, que poderia colocar em risco sua existência. Para ele, construir uma democracia de caráter militante era planejar pela liberdade.

A afirmação de Loewenstein (1937a) de que “*fogo se combate com fogo*” ou de que “a legalidade tira férias” para combater os inimigos se insinua nos esforços de justificação do modelo militante de democracia.

(...) O problema se torna, principalmente, o de escolher o menor de dois males – o dos meios considerados e o que deverá surgir se não forem adotados esses meios. Em outras palavras, o melhor dos fins não justifica,

* Tradução livre: *becomes militant only in the defence of the agreed right procedure of social change and those basic virtues and values (...) which are the basis of the peaceful functioning of a social order. The new militant democracy will. therefore develop a new attitude to values. (...) as it will have the courage to agree on some basic values which are acceptable to everybody who shares the traditions of Western civilization* (MANNHEIM 1943, p.7).

como tal, os meios maus, mas a tentativa de evitar piores resultados pode justificar ações que por si mesmas produzam ·maus resultados (POPPER, 1974, p. 315).

Como se pode constatar a preocupação recorrente é no sentido de que a democracia pode sucumbir sem os meios institucionalizados para se proteger dos ataques dos seus inimigos internos (TYULKINA, 2015a). Muito menos pode permanecer passiva diante das ameaças provenientes de organizações e indivíduos que abusam dos privilégios, direitos e oportunidades que lhes são concedidos pelo regime. Como afirma Svetlana Tyulkina (2015a, p. 520), “*as constituições liberais não devem funcionar como pactos suicidas e devem estar preparadas para tomar medidas autodefensivas quando necessário*”. Para salvaguarda da democracia, é necessário que se valha da intolerância em face de quem abomina a própria democracia e os seus pressupostos constitucionais (HABERMAS, 2004; ISSACHAROFF, 2006). Uma justificação que aparentemente é antidemocrática.

Alguns instrumentos têm sido pensados e usados como estratégia de prevenção da erosão interna da democracia. Destacam-se as chamadas “cláusulas de eternidade” ou “limites materiais” às emendas constitucionais, que põem certas disposições constitucionais imunes a alterações ou abolições. A exclusão formal de ideologias e partidos políticos também se insere no rol de medidas defensivas da democracia. Outro instrumento encontrado em textos constitucionais é o estatuto de emergência constitucional (estado de sítio). Há inclusive quem defenda medidas defensivas extraconstitucionais. “*Pode haver circunstâncias em que o método apropriado para enfrentar perigos e ameaças graves implique sair da ordem constitucional, às vezes até violando princípios, regras e normas constitucionais de outra forma aceites*” (GROSS, 2003, p. 2023). O que segundo Gross, pode em circunstâncias apropriadas fortalecer e resultar em mais fidelidade constitucional e compromisso com o Estado de Direito.

O inimigo não se limita mais ao nazifascismo. Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o “fogo” da democracia militante passou a ser direcionado a quem seja capaz de pôr em risco a institucionalidade democrática, por qualquer meio. No repertório das medidas defensivas, incluem-se os expedientes de reforço à garantia do processo eleitoral livre, inclusive contra o uso distorcido da liberdade de comunicação e expressão. Há mesmo quem defenda a eliminação por completo do emocionalismo político com a adoção de restrições preventivas racionais-legais

(SAJÓ, 2012). Como o povo seria propenso a paixões e, por isso, facilmente manipulado, ações deveriam ser tomadas para reduzir os apelos emocionais de líderes populistas. Neste cenário é inevitável a presença do Judiciário como ator da democracia neomilitante.

Nas últimas décadas o STF tem atuado de forma preventiva e restaurativa em relação à democracia. Isso é uma decorrência da ampliação do seu papel no constitucionalismo democrático.

Os controles judiciais podem desempenhar um papel importante na prevenção da utilização política indevida de medidas democráticas militantes e na preservação das garantias legais dos direitos fundamentais, sempre que esses direitos possam ser restringidos por uma questão de proteção da democracia (TYULKINA, 2015a, p.524)^{1*}.

A autodefesa do Estado constitucional só tem sentido diante de uma presunção de perigo iminente. O entendimento liberal, no que se refere à liberdade de expressão, leva à conclusão de que a disseminação de pontos de vista, não ameaça, por si só, a democracia ou o Estado constitucional, até que ocorram justificadas razões para serem criminalizadas.

Não existem diretrizes normativas gerais claras sobre como os liberais devem tomar o seu próprio lado numa discussão sem deixar de ser liberais (Muller, 2012, p. 1118). O dilema gira em torno de como as democracias que tentam defender-se podem evitar a erosão dos seus próprios alicerces.

4. A CRÍTICA À NEODEMOCRACIA MILITANTE E OS RISCOS DE CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Para autores como Anthoula Malkopoulou e Ludwig Norman (2018, p. 443), “o discurso sobre a democracia militante reproduz uma noção elitista amplamente excludente de governo democrático, construída sobre uma desconfiança profundamente enraizada na capacidade de o povo governar a si próprio”^{*}. Aliás, o próprio Loewenstein (1937b, p. 657) afirmara que “a democracia liberal [era]

* Tradução Livre. *Judicial controls can play an important role in preventing the political misuse of militant democracy measures and preserving legal guarantees of fundamental rights where such rights may be curtailed for the sake of protecting democracy* (TYULKINA, 2015a, p. 524).

* Tradução livre: *Despite the broadly liberal outlook of many ‘neo-militant’ theorists, the discourse on militant democracy reproduces a largely exclusionary elitist notion of democratic government built on a deep-rooted mistrust in the people to govern themselves* (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 443).

adequada, em última análise, apenas para os aristocratas políticos". Esse elitismo *"representa um modelo de autodefesa democrática com implicações potencialmente prejudiciais para a arena mais ampla da política democrática"* (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 446)*.

A democracia militante ainda apresenta o risco de se tornar arbitrária na seleção de seus inimigos. É uma contradição lógica e interna, pois a democracia não combina com arbitrariedade. É uma contradição prática, pois permite aos que estejam no poder afastar a concorrência de quem seja identificado, por eles, como hostil à ordem democrática. Sem as devidas cautelas a democracia militante se converte num oxímoro (ACCETTI; ZUCKERMAN, 2017).

Talvez o maior risco que a militância democrática traga esteja na verdade na *"rotineirização"* ou *"normalização"* da exceção, convertendo-a em regra. Normaliza-se o que é atípico, tipifica-se o que é anormal, a ponto de resultar em fronteiras indistintas entre eles com a desestabilização a longo prazo de princípios basilares que sustentam o Estado de Direito e a Constituição (GROSS, 2003).

O Brasil, nas últimas décadas vivenciou e experimentou os sintomas de uma crise democrática. Uma onda de ressentimento tomou conta de parte expressiva da população. Todos, de algum modo, entrelaçavam-se, não mais pela mediação política tradicional e do discurso manifestado em espaço aberto à contestação plural, mas por redes sociais que ampliavam e distorciam fatos e opiniões em bolhas e grupos de pensamento incontestável (HABERMAS, 2022; AVRITZER, 2023). Esse caldo de ressentidos, temerosos e esquecidos, retroalimentados pelos bolsões midiáticos, era propício a discursos negacionistas, conspiratórios e reacionários.

A desconfiança, a polarização e o ressentimento tomaram de assalto a cena política nacional, e conduziram à eleição de um populista de traços autoritários, que ameaça, com palavras e ações, a higidez do regime democrático. (...) não é de se espantar que o fruto da democracia brasileira esteja apodrecendo antes mesmo de ter amadurecido por completo (PONTES, 2020, p.39).

Tempos sombrios da democracia brasileira. A tarefa mais árdua ficou a cargo do STF. *"A Corte vem sendo provocada a solucionar questões com impactos*

* Tradução livre. *However, as we will argue in the following, militant democracy, even in its neo-militant version, retains an elitist and illiberal core, and represents a model of democratic self-defence with potentially damaging implications for the broader arena of democratic politics* (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 446).

significativos para os poderes políticos e para os seus integrantes, fazendo-o, entretanto, de maneira muitas vezes contraditória” (PONTES, 2020, p. 63).

Diante de uma atuação inusual e imprópria do STF, mas motivada por uma conjuntura de ataques à democracia, o risco de excessos é iminente. Como consequência tem-se uma Corte cada vez mais responsiva, reativa e ativista. Daí ser importante, não só reconhecer os efeitos positivos do uso da democracia neomilitante, mas também questionar os impactos da utilização desse instituto por parte do STF. Isso porque a democracia como autocorreção pode abrir caminho para a falta de autocontenção. A curto prazo, a decisão do STF na ADI 7.261 foi acertada, pois garantiu, ou pelo menos minimizou o impacto das *fake news* no processo eleitoral de 2022. No entanto, a médio e longo prazo, os efeitos de uma atuação responsiva e de autodefesa democrática podem pavimentar o caminho para a falta de autocontenção, dando à democracia militante o espírito de constitucionalismo abusivo.

Não se pode negar que a Corte tenha sua parcela de contribuição no processo de erosão constitucional vivenciado no Brasil nos últimos anos. Isso em razão de uma jurisprudência de contexto, bem como dos movimentos políticos e manifestações sobre temas diversos e sensíveis politicamente, por parte de alguns de seus membros. É nesse contexto de crise que a Corte precisou atuar no modo democracia militante.

Para compreender a atuação do STF como agente da democracia militante no que concerne ao combate às *fake news* é necessário entender melhor que fenômeno é esse e a partir de que momento tornou-se uma ameaça à democracia.

5. A ORIGEM DAS FAKE NEWS E AMEAÇA À DEMOCRACIA

Segundo o Instituto de Estudos Avançados da USP a expressão *fake news* foi eleita pelo dicionário Collins, como a expressão do ano em 2017, sendo definida como informações falsas que são disseminadas em forma de notícias, muitas vezes de maneira sensacionalista (HERMÍNIO, 2022).

Definimos “fake news” como informações fabricadas que imitam o conteúdo da mídia noticiosa na forma, mas não no processo ou intenção organizacional. Os meios de comunicação de notícias falsas, por sua vez, carecem das normas e

processos editoriais dos meios de comunicação para garantir a precisão e a credibilidade da informação. (LAZER, et.al, 2018, p. 1094)*.

As *fake news* estão relacionadas aos conceitos de desinformação e *misinformation* (NEMER, 2020; LAZER, 2018). A desinformação tem a intenção clara de enganar através de narrativas manipuladas. É criada e espalhada propositalmente como verdade, para influenciar a opinião pública e enganar as pessoas. Ao passo que a *misinformation* volta-se para informações inverídicas (falsas ou enganosas) que são disseminadas e causam desinformação, mesmo que não haja essa intenção.

Fakes News é um termo guarda-chuva que cobre uma gama de conceitos pertencentes a categoria de falsidades ou mentiras, incluindo a própria desinformação. A Fake News nem sempre tem a intenção de enganar, por exemplo, pode ser uma informação falsa ou imprecisa que foi criada ou disseminada por engano ou inadvertidamente. A Fake News pode ser também uma informação verdadeira que quando usada fora do contexto pode desinformar (NEMER, 2020, p.113)*.

As fake news podem ser utilizadas como *clickbait* visando publicidade, como sátira ou paródias, mas nos últimos anos foram utilizadas em forma de propaganda intencional para enganar o leitor. “*O entendimento de Fake News ficou muito atrelado às redes sociais já que desde 2016 essas redes vêm sendo utilizadas para influenciar politicamente as pessoas por meio de notícias falsas, embora não seja um fenômeno exclusivo das plataformas virtuais*” (NEMER, 2020, p. 113).

Embora o conhecimento sobre existência notícias falsas seja antigo, foi a partir da disputa presidencial ocorrida em 2016 nos Estados Unidos, entre Hilary Clinton e Donald Trump, que a expressão passou a ser utilizada por Trump. Isso porque as pesquisas de intenção de voto indicavam vantagem para Hilary, no entanto, Trump venceu e passou a utilizar o termo *fake news* para designar o trabalho de jornalistas e analistas da mídia em geral, normalizando a expressão entre seus apoiadores e ao redor do mundo (HERMÍNIO, 2022).

Casos como Cambridge Analytica, movimento QAnon e Pizzagate nos EUA demonstram o impacto das tecnologias e das redes sociais na circulação de informação

* Trad. Livre: *We define “fake news” to be fabricated information that mimics news media content in form but not in organizational process or intent. Fake-news outlets, in turn, lack the news media’s editorial norms and processes for ensuring the accuracy and credibility of information* (LAZER, et.al, 2018, p. 1094).

* Trad. Livre: *Fake news overlaps with other information disorders, such as misinformation (false or misleading information) and disinformation (false information that is purposely spread to deceive people)* (NEMER, 2020, p.113)..

para efeitos políticos. Episódios como o da Cambridge Analytica colocam “*um ponto de interrogação para saber o que está acontecendo com os nossos processos de escolha democrática, com os mecanismos eleitorais que se tornam muito porosos e muito influenciáveis pela tecnologia da informação*” (ZANATTA, 2018, p. 12).

As *fake news* atraíram a atenção, especialmente num contexto político, mas podem ser identificadas também em outras situações, de toda forma, são perniciosas na medida em que parasitam os meios convencionais de comunicação minando sua credibilidade. Para além disso, os impactos desse fenômeno na democracia podem ser bastante deletérios. De modo que, para a finalidade da discussão proposta neste artigo a expressão *fake news* será utilizada em seu viés de arma política.

5.1 O IMPACTO DA DISSEMINAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO

Embora possa haver a percepção de que as *fake news* não tragam consequências para o mundo real, a verdade é que a exposição às informações falsas pode mudar as ações das pessoas. O perigo aumenta quando a campanha de desinformação é desenvolvida por governos, membros de partidos ou ativistas, com a finalidade de ganho político, de cumprimento de agendas políticas.

A sociedade da informação (Castells 2000) e a conseqüente necessidade de respostas instantâneas e definitivas faz com que as pessoas se tornem cada vez mais carentes de certeza. Quando não há consenso social, cria-se um ambiente fértil para que tudo seja contestado. As redes sociais tornam-se uma das principais facilitadoras das *fake news*. Os usuários tendem a ficar presos a manchetes que muitas vezes desinformam. Essas redes sociais, através dos seus algoritmos, criam as bolhas filtro onde as pessoas encontram apenas informações e opiniões que estão em conformidade e reforçam suas próprias crenças e vieses (PARISER, 2011; SASTRE & BELDA, 2018).

As bolhas filtro geram assim o efeito câmara de eco no qual uma pessoa só encontra informações ou opiniões que refletem e reforçam as suas. As câmaras de eco podem criar desinformação e distorcer a perspectiva de uma pessoa, fazendo com que ela tenha dificuldade em considerar pontos de vista opostos e discutir tópicos complicados (NEMER, 2020, p. 114).

Devido ao seu modelo econômico, as redes sociais não se sentem motivadas a combater *fake news*, já que o seu combate efetivo pode comprometer a sua renda,

isso porque o sucesso para a maioria das redes sociais se resume em manter as pessoas conectadas clicando em anúncios (NEMER, 2020; O'NEIL, 2016).

A estrutura em rede da sociedade da Informação (CASTELLS, 2000) promove a democratização da comunicação, mas a grande questão é que esta possibilidade (NEMER, 2020) permite que *fake news* e campanhas de desinformação sejam criadas ameaçando a própria democracia. Estas campanhas são potencializadas por algoritmos das redes sociais, programados para potencializar vieses e preconceitos existentes na sociedade e provenientes de setores dominantes (NOBLE, 2018; EUBANKS, 2018).

A desinformação e a filtragem seletiva de notícias contribuíram para a polarização ideológica das plataformas de redes sociais que favoreceu Donald Trump nas eleições presidenciais dos EUA de 2016 e na votação do “Brexit” (VAIDHYANATHAN, 2018; NEMER, 2020). Situação que tendeu a se repetir no Brasil nas eleições de 2022.

As *fake news* têm sua disseminação favorecida pelos apelos emocionais. Conteúdos emotivos, especialmente se estimularem o sentimento de ódio, viralizam mais rapidamente. As *fake news* e o discurso de ódio dependem um do outro para triunfarem. Nesse cenário, cria-se um campo fértil para a polarização. “ *As bolhas nas redes sociais, que permitem a disseminação de notícias e conteúdo são formadas a partir de amizades e laços virtuais*” (CRUZ, SILVA e GIBSON, 2022, p. 129). Os indivíduos tendem a não questionar a credibilidade da informação, a menos que esta viole suas concepções ou os incentivem a fazê-lo. Caso contrário aceitam a informação de forma acrítica. As pessoas preferem informações que confirmem suas atitudes preexistentes, em um viés de confirmação, estando inclinadas a aceitar informações que lhes agradam, em um viés de desejabilidade (LAZER et. al, 2018. p.1095). Sob esta linha de raciocínio, crenças partidárias e ideológicas anteriores podem impedir a aceitação da verificação de fatos de uma *fake news*. Além disso, há o risco de a repetição de informações falsas aumentar a probabilidade de serem aceitas como verdadeiras. O que ocasiona inclusive a redução da credibilidade dos meios de comunicação convencionais.

As *fake news* abrem espaço para as pessoas questionarem estruturas que foram criadas dentro da realidade com a função de apoiar as instituições, como por exemplo a democracia. Quando a percepção é desconexa com a realidade as pessoas começam a questionar, sem fundamento, os pilares da democracia. Coloca-

se em questão o sistema eleitoral, o papel do STF, refuta-se o papel da Constituição, a ciência, as pesquisas eleitorais, o entendimento sobre a liberdade de expressão torna-se muito peculiar, as teorias conspiratórias ganham relevância e o discurso favorável a golpes e ditaduras fortalece o iliberalismo e arrebanha adeptos.

Abre-se um espaço para questionamentos desnecessários, fora da realidade. Empodera-se essa visão de mundo, quando um veículo de comunicação endossa esse tipo de pensamento. O que faz as pessoas desinformadas se agarrarem a esse viés de desejabilidade e de confirmação. O ressentimento e ódio recebem o reforço que precisam para se fortalecerem nessas bolhas virtuais. A polarização e a violência assumem a ordem do dia (LAZER et. al, 2018; NEMER, 2022). As *fake news* colocam em risco a liberdade de expressão, e por outro lado avivam o discurso de ódio. Líderes populistas se beneficiam da desconfiança no sistema e procuram minar a fé no papel legítimo dos meios de comunicação, na independência dos tribunais e na integridade das eleições (NORRIS, 2017, p. 3).

A democracia está no corner, sendo espancada pelo crescimento das políticas autoritárias e diante de um aparato de vigilância e controle que a virtualidade permite. As grandes empresas de tecnologia transformam nossos dados em commodities, revelando a face do capitalismo de vigilância (ZANATTA, 2018, ZUBOFF, 2019).

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. (...) Esses produtos de predições são comercializados em mercados de comportamentos futuros (ZUBOFF, 2019, p. 21).

Escancara de um lado um jogo perverso de interesses entre corporações e governos e de outras resistências tentando restabelecer a ordem democrática. Nesse contexto, o STF aparece como um dos atores dessa tentativa de controle democrático desse capitalismo de vigilância, quando o ataque se volta para a democracia e principalmente contra a própria Corte.

O combate ao processo de desinformação é muito complexo, pois como afirma Zanatta (2018) não existe uma bala de prata capaz de resolver todos os problemas, o que é uma tendência do Congresso Nacional, no sentido de criar leis de combate às

notícias falsas. O que pode beneficiar os congressistas pois mina as críticas e sátiras em desfavor deles, com o risco de silenciar vozes alternativas. Nesta mesma linha de raciocínio pode ser vista a atuação militante do STF revelando a outra face de constitucionalismo abusivo.

Em uma matéria publicada na Revista Science pelos principais acadêmicos da internet do mundo, em um artigo denominado *The science of fake news*, os pesquisadores concordam que não há respostas à pergunta de como combater as *fake news*. A preocupação com o problema é global, enfrentar notícias falsas requer um esforço multidisciplinar. “*Muito permanece desconhecido relativamente às vulnerabilidades dos indivíduos, das instituições e da sociedade às manipulações por parte de intervenientes maliciosos*” (LAZER et.al., 2018, p. 1094)*.

Avaliações do impacto a médio e longo prazo no comportamento político da exposição a notícias falsas (por exemplo, se e como votar) são essencialmente inexistentes na literatura. (...) No entanto, a mediação de muitas notícias falsas através das redes sociais pode acentuar o seu efeito devido ao endosso implícito que acompanha a partilha. (LAZER et.al., 2018, p. 1095)*.

Para além dos impactos eleitorais, existem muitas vias potenciais de influência das *fake news*, desde o aumento do cinismo e da apatia até o incentivo ao extremismo. Segundo a publicação da *Revista Science* (LAZER et. Al, 2018) existe pouca avaliação dos impactos das *fake news* nestes aspectos. Os autores da publicação questionam quais intervenções poderão ser eficazes para conter o fluxo e a influência das *fake news*. Para tanto, sugerem capacitação dos indivíduos e mudanças estruturais visando prevenir a exposição dos indivíduos.

O grande desafio que se coloca é que qualquer intervenção direta do governo ou das plataformas, impedindo os usuários de verem o conteúdo levanta preocupações sobre a censura e a liberdade de expressão.

* Tradução livre: *much remains unknown regarding the vulnerabilities of individuals, institutions, and society to manipulations by malicious actors* (LAZER et.al., 2018, p. 1094) .

* Tradução livre: *Evaluations of the medium-to-long-run impact on political behavior of exposure to fake news (for example, whether and how to vote) are essentially nonexistent in the literature. (...) Evaluations of the medium-to-long-run impact on political behavior of exposure to fake news (for example, whether and how to vote) are essentially nonexistent in the literature* (LAZER et.al., 2018, p. 1095).

6. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE DA DEMOCRACIA MILITANTE: O COMBATE ÀS FAKE NEWS

Havia uma jurisprudência já consolidada sobre os direitos de comunicação. Ainda em 2009, o STF havia julgado procedente a ADPF 130, ao declarar não recepcionada a Lei 5.250/1967, a Lei de Imprensa do regime militar, de forma a garantir a liberdade de imprensa e por consequência a liberdade de manifestação de pensamento. No mesmo sentido, a Corte entendeu em 2015, quando do julgamento da ADI 4.815/DF, ser inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Também considerou constitucional a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que degradasse ou ridicularizassem candidatos, partidos e coligações, bem como a difusão de opinião favorável ou contrária a candidatos, partidos e coligações, tema que foi objeto da ADI 4451 DF.

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva (BRASIL, 2018, p. 01).

No entanto, desde as jornadas de junho, a democracia brasileira vem passando por um processo crescente de crise. Isso fez com que o STF tivesse que mudar de posicionamento em relação a determinadas situações, como foi o caso da decisão proferida na ADI 7261. Atuando no modo democracia militante, a Corte proferiu decisão de contexto, na contramão de uma jurisprudência de conjuntura. Mas que é legítima, dadas as circunstâncias fáticas que evidenciavam o uso de instrumentos democráticos em desfavor da democracia.

A ADI 7261 foi protocolada em 21.10.2022, mas o fenômeno das *fake news* já havia desaguado no STF, muito antes, através de um inquérito atípico – Inq.4781- instaurado pela própria Corte a fim de investigar notícias falsas envolvendo ministros e seus familiares. O que fez com que o Partido Rede Sustentabilidade ajuizasse a ADPF 572 questionando a constitucionalidade da portaria que instaurou o referido inquérito. Julgada improcedente, entre as razões apontadas pelos ministros, destaca-se: “*ataques*

sistemáticos à instituição e violação ao Estado Democrático de Direito não estão abrangidos pela liberdade de expressão” (CRUZ, SILVA E GIBSON, 2022, p.132).

O que se nota em decisões dessa natureza é um esforço de evitar o “sinkhole” democrático, tanto no modelo antigo, com um golpe de Estado típico, quanto pela correção, nem sempre em procedimentos próprios, das iniciativas de erosão da institucionalidade. A permanência dessa militância excepcional, até mesmo com emprego de procedimentos não convencionais, em período de normalidade e eventual reações políticas à atividade judiciária são pontos que se abrem ao futuro.

Devemos assumir uma perspectiva crítica para além da ingenuidade de crer que a legalidade democrática está sendo assegurada. O Supremo Tribunal Federal, embora dotado de todos os ares de legitimidade (...) tem utilizado instrumentos que estão nos limites da legalidade do Estado Democrático de Direito. (CRUZ, SILVA E GIBSON, 2022, p.140).

O dilema está posto, o fenômeno democracia militante precisa ser temporário, não pode se tronar a regra, sob pena de se ter um Corte implementando o constitucionalismo abusivo. Combater *fake news* e garantir liberdade de expressão para equiparar-se a um dos difíceis trabalhos realizados por Hércules.

6.1 O DÉCIMO TERCEIRO TRABALHO DE HÉRCULES: COMBATER FAKE NEWS E GARANTIR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Hércules foi um herói da mitologia grega que durante um ataque de loucura, provocado pela deusa Hera, assassinou os filhos e a esposa. Como forma de expiação pelo crime o oráculo de Delfos ordenou que realizasse doze tarefas de extremo risco, denominadas “*Os Doze Trabalhos de Hércules*” (PACIEVITCH, 2024).

O desafio do STF de recorrer aos métodos da democracia militante para salvar a democracia dos ataques sofridos nos últimos tempos, pode ser comparado à difícil missão dada a Hércules. Como afirma Zuboff (2021) não pode haver leis para nos proteger daquilo que não tem precedentes, e sociedades democráticas são vulneráveis ao poder sem precedentes.

Estudiosos como Pippa Norris (2017), Erik Voiten (2016), Welzel & Alexander (2017); Ronald Inglehart (2016) Mounk & Foa (2017) Zuboff (2021) apontam para uma desconsolidação das democracias ocidentais, durante muito tempo consideradas impermeáveis a ameaças antidemocráticas. A extensão e a natureza dessas ameaças

ainda não podem ser mensuradas, mas revela que o ideal democrático não é mais um imperativo sagrado, mesmo em sociedades democráticas maduras.

O capitalismo de vigilância, como força social antidemocrática, faz com que direitos conquistados de longa data sejam repensados a fim de evitar a degradação da autodeterminação dos indivíduos. Como afirma Zuboff (2021) não se trata de um *coup d'état*, mas de um *coup de gens*, uma derrubada do povo.

A democracia pode estar sitiada, mas não podemos permitir que seus muitos ferimentos nos desviem da fidelidade à sua promessa. (...) A democracia é vulnerável ao que não tem precedentes, mas a força das instituições democráticas é o relógio que determina a duração e o grau de destruição dessa vulnerabilidade. Em uma sociedade democrática, o debate e a contestação viabilizados por instituições ainda saudáveis podem virar a maré da opinião pública contra fontes inesperadas de opressão e injustiça (ZUBOFF, 2021, p. 610).

O uso das *fake news* confirma que o objetivo da civilização da informação é o domínio da natureza humana, com o propósito de modificar o comportamento dos indivíduos substituindo a internalidade humana que alimenta a vontade de ter vontade (ZUBOFF, 2021).

A decisão do STF que considerou constitucional a resolução editada pelo TSE para combater *fake news*, precisa ser situada como uma forma de proteção da vontade de ter vontade. Mas isso é de um grau de complexidade tão grande, que assemelha-se aos trabalhos de Hércules para eximir-se da culpa de ter matado a família. O recurso à democracia militante precisa ser pontual e limitado, contextual, sob pena de se colocar em risco a própria democracia e caracterizar um impedimento à vontade de ter vontade, assumindo natureza de constitucionalismo abusivo.

A dificuldade enfrentada pela Corte além das críticas que são direcionadas à democracia militante, volta-se para o fato de que no âmbito de propagação de *fake news* nem todas as pessoas acreditam que a democracia é a melhor forma de governo, de modo que nem sempre valores, princípios e práticas democráticas serão refletidos nas condutas e haverá sempre alguém disposto a atacar a democracia, inclusive colocando em xeque a independência da Corte. Além do mais, não há como dissociar a atuação das instituições democráticas, nesse caso o STF, da crise democrática que atinge o Brasil. O desafio se abre ao futuro. A tarefa de Hércules será concluída com êxito?

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate às *fake news* é um desafio recente, para o qual ainda não existe uma solução consolidada. Diante de uma intervenção por parte do Estado, parece inevitável o conflito com a liberdade de expressão. Mas é uma decorrência da atuação no modo democracia militante. A atuação da Corte foi legítima, enquanto jurisprudência de contexto, pontual, o que não significa que a exceção deve se tornar a regra, sob pena de se materializar uma espécie de constitucionalismo abusivo. A princípio, o STF deve ser o guardião da Constituição e não necessariamente da vontade do povo, conclusão esta que exige um estudo de maior amplitude.

A decisão proferida na ADI 7.261 é uma decisão importante, no contexto de outras tantas proferidas pela Corte em seu papel de militância democrática. É positivo o impacto da utilização do instituto da democracia militante por parte do Supremo Tribunal Federal, no caso em análise, porque demonstra uma preocupação em assegurar a higidez do cenário onde deve se materializar a democracia. A decisão foi legítima, pois sinalizou para a sociedade como um todo e também para os que se debruçam sobre o tema, que o espaço público e a vontade dos eleitores não podem ser contaminados com a propagação de *fake news*, que não existe direito absoluto, especialmente quando a suposta proteção vindicada for deletéria à democracia. A liberdade de expressão não poder ser escudo para camuflar desinformação e comprometimento da escolha livre e consciente por parte dos cidadãos. O que sinaliza ainda para a necessidade de uma maior regulamentação do universo ocupado pela tecnologia da informação, situação que foge ao propósito e limites desta pesquisa.

A decisão proferida na ADI 7.261 foi/é um alerta para a sociedade e para os que pretend(ia)m fazer uso indevido da liberdade de expressão. Apesar das limitações, a pesquisa traz elementos que possibilitam uma melhor compreensão da atuação da Corte em situações nas quais, supostos instrumentos democráticos foram utilizados com a finalidade de enfraquecer e a longo prazo destruir as bases da democracia.

A pesquisa, restringe-se à análise de um caso, porém com ampla repercussão no cenário nacional, mesmo diante de um recorte muito pequeno, a conclusão que se chega é a de que não se pode confundir a atuação da Corte com constitucionalismo abusivo, nem desconsiderar que a democracia como autocorreção abre caminho para a falta de autocontenção. Ficando o convite para futuras e mais aprofundadas

pesquisas a respeito. A curto prazo, a decisão foi acertada, pois garantiu, ou pelo menos minimizou o impacto das *fake news* no processo eleitoral de 2022. No entanto, a médio e longo prazo, os efeitos de uma atuação responsiva e de autodefesa se deixarem de ser exceção, poderão comprometer o espaço democrático, mas isso requer uma pesquisa com maior amplitude e envergadura, o que extrapola o objetivo deste artigo.

REFERÊNCIAS

ACCETTI, Carlo I; ZUCKERMAN, Ian. What's wrong with militant democracy? **Political Studies**, v. 65, n. 1, p. 182-199, 2017.

ALEXANDER, Amy C.; WELZEI, Christian. Myth of Deconsolidation: Rising Liberalism and the Populist Reaction. *Journal of Democracy*, 28 de apr.2017. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/170694/1/ile-wp-2017-10.pdf>. Acessado em: 06.04.2024.

AVRITZER, Leonardo. Esfera pública sem mediação. Habermas, anti-iluminismo e democracia. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 118, p. 13-40, 2023.

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7261. Requerente: PGR; Relator: Min. Edson Fachin. 19 de dezembro de 2023, DJe. 18.03.2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6507787>. Acessado em: 15.02.2024

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815. Requerente: ANEL; Relatora: Carmen Lúcia. 10 de junho de 2015, DJe 01.02.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 15.03.2024.

BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451. Requerente: ANEL; Relator: Nunes Marques. 11 de abril de 2022, DJe 28.04.2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760430990>. Acesso em 15.03.2024.

BRASIL. STF. Tribunal. Arguição de Preceitos Fundamentais 130/DF. Requerente: PDT; Relator: Min. Carlos Britto. 30 de abril de 2009, DJe05.11.2009. disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acessado em 15.03.2024.

CASTELLS, M.. *The Rise of the Network Society. The Information Age: Economy, Society and Culture*, 2ª. ed.,v. 1, Malden: Blackwell. 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SILVA, Diogo Bacha e; GIBSON, Sergio Armanelli. *A Linguagem e o Ódio: Democracia em Risco*. 1.ed., Belo Horizonte: Sete Autores Editora. 2022.

EUBANKS, V.. *Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor*. St. Martin's Press. 2018.

ELEIÇÕES desinformação e caos nas redes. Entrevistado: David Nemer. Entrevistadores: Andrea Dip, Clarissa Levy e Ricardo Terto. [S.l.]: Pauta Pública, 16 set.,2022. Podcast. Disponível em: https://apublica.org/podcast/2022/09/podcast-pauta-publica/eleicoes-desinformacao-e-caos-nas-redes-com-david-nemer/#_. Acessado em 05.04.2024.

FOA, Roberto Stefan & Mounk, Yascha. The Signs of Deconsolidation. *Journal of Democracy*. V. 28, n. 1, jan. 2017. P. 5-16. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2017/01/02_28.1_Foa-Mounk-pp-5-15.pdf. Acessado em: 06.04.2024.

GROSS, Oren. Chaos And Rules: Should Responses To Violent Crises Always Be Constitutional? *Yale Law Journal*. Vol 112, 2003. P. 1014-1134. Disponível em:

https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9464/43_112YaleLJ1011_March2003_.pdf?sequence=2. Acesso em 12.02.2024

HABERMAS, Jürgen. Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere. *Theory, Culture & Society*, v. 39, n. 4, p. 145-171, 2022.

HABERMAS, Jürgen. Religious tolerance—the pacemaker for cultural rights. *Philosophy*, v. 79, n. 1, p. 5-18, 2004.

HERMÍNIO, Beatriz. Fake news: origem, usos atuais e regulamentação. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 12.04.2022. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/fake-news-origem-usos-atuais-e-regulamentacao>. Acessado em: 04.04.2024.

INGLEHART, Ronald. The Danger of Deconsolidation: How Much Should We Worry?”. *Journal of Democracy*, vol. 27, no. 3, July 2016, p. 18-23. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-danger-of-deconsolidation-how-much-should-we-worry/>. Acessado em 06.04.2024.

ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. *Harv. L. Rev.*, v. 120, p. 1405, 2006.

LAZER, David M.J. et.al.. The science of fake news: Addressing fake news requires a multidisciplinary effort. *Science*, vol.359 (6380), 9 mar 2018. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/mbaum/files/science_of_fake_news.pdf. Acessado em 05.04.2024.

LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy versus Democracy in contemporary Europe, II **The American Political Science Review**, vol. XXIX, n. 05, p. 755-784, 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, vol. XXXI, nº03, p. 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and fundamental Rights, II. *The American Political Science Review*, vol. XXXI, nº04, ago/1937b. P. 638-658. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1948103> Acesso em 10.02.2024.

MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludvig. Three models of democratic self-defence: Militant democracy and its alternatives. *Political Studies*, v. 66, n. 2, p. 442-458, 2018.

MANNHEIM, Karl. Diagnosis of Our Time. In: *Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist*. Collected Works, London: University Press, 1943.

MULLER, Jan-Werner. Militant Democracy. In: Rosenfeld, Michel & SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

NEMER, D., & MARKS, W. Unraveling Disinformation: Examining the Human Infrastructure of Misinformation in Brazil through the lens of Heteromation. Paper presented at AoIR2023: The 24th Annual Conference of the Association of Internet Researchers. Philadelphia, PA, USA: AoIR. October, 2023. Disponível em <http://spir.aoir.org>. acessado em: 04.04.1975.

NEMER, David. Desinformação no contexto da pandemia do Coronavírus (COVID-19). *AtoZ: novas práticas em informação e conhecimento*, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 113 – 116, nov. 2020. ISSN 2237-826X. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/atoz/article/view/77227/42052>>. Acesso em: 04 abr. 2024.

NORRIS, Pippa. Is Western Democracy Backsliding? Diagnosing the Risks. Harvard Kennedy School, mar. 2017, disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/publications/western-democracy-backsliding-diagnosing-risks>. Acessado em: 06.04.2024.

O'Neil, C. . Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy. New York: Broadway Books. 2016.

NOBLE, S. U. . Algorithms of Oppression: How search engines reinforce racism. New York: NYU Press. 2018.

PACIEVITCH, Thais. Hércules. Infoescola. Disponível em <https://www.infoescola.com/mitologia-grega/hercules/>. Acessado em 06.04.2024

PARISER, E. . The filter bubble: How the new personalized web is changing what we read and how we think. Londres: Penguín, 2011.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia Militante em Tempos de Crise**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) . Faculdade de Direito. UERJ: RJ, 2020.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

SAJÓ, Andras. Militant Democracy and Emotional Politics. Constellations. Vol.19, nº4, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264722606_Militant_Democracy_and_Emotional_Politics. Acesso em 11.02.2024.

SASTRE, A . de Oliveira, C . S. P., & Belda, F. R. . A influência do "filtro bolha" na difusão de Fake News nas mídias sociais: reflexões sobre as mudanças nos algoritmos do Facebook. Revista GEMInS, .9(1), 4-17, 2018.

TYULKINA, Svetlana. Militant Democracy: An Alien Concept For Australian Constitutional Law? **Adelaide Law Review**, vol. 36, n. 2, p. 517-539, 2015a.

TYULKINA, Svetlana. **Militant Democracy: undemocratic political parties and beyond**. 1.ed. New York: Routledge, 2015b.

VAIDHYANATHAN, S. Antisocial Media: How Facebook disconnects us and undermines democracy. Oxford University Press, 2018.

VOETEN, Erik. Are People Really Turning Away from Democracy? Available at SSRN. Rochester, NY: Social Science Research Network, 8 dez. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882878. Acessado em: 06.04.2024

ZANATTA, Rafael, *et al.* Fake News ambiência digital e os novos modos de ser. Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU. Nº 520, Ano XVIII, 23 abr. 2018. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao520.pdf>. Acessado em: 04.04.24.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: intrínseca, 2021 (ebook).



CAPÍTULO

03

O PAPEL DO DELEGADO “GARANTISTA” AO SE FAZER JUÍZOS NEGATIVOS DE IMPUTAÇÃO

Francielle da Conceição Drumond Figueiredo

Mestre em fundamentos e efetividade do direito pela UNIFG

Pós-Graduada em Análise da criminalidade pela Unimontes

Delegada de Polícia em Minas Gerais-MG

Endereço: Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

E-mail: frandrumond@yahoo.com.br

RESUMO: O delegado de polícia é o primeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais do investigado, e funciona como um verdadeiro anteparo de arbitrariedades e abusos, quando da ocorrência de uma prisão em flagrante. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar a (im)possibilidade do delegado de polícia aplicar as causas justificantes e dirimentes legais no cumprimento dos seus deveres (funções) durante a lavratura do termo de prisão em flagrante delito ou ao final da investigação preliminar. Para cumprir com o objetivo proposto foi utilizado o método fenomenológico-hermenêutico, de matriz heideggeriana-gadameriana, revolvendo o chão linguístico sob o qual está assentada a presente temática. Conclui que o delegado de polícia não deve se ater a meras análises de adequação do fato-norma, mas também o dever de analisar o conceito de crime, de forma completa (fato típico, antijurídico e culpável), a fim de evitar ações penais infundadas e, principalmente de concretizar os ditames do Estado Democrático de Direito sob o mandamento do Garantismo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: crime, delegado de polícia, garantismo penal, estado democrático de direito.

ABSTRACT: The police chief is the first guarantor of the rights and fundamental guarantees of the investigated, and works as a true shield against arbitrariness and abuse, when an arrest occurs in flagrante delicto. In this sense, this article aims to analyze the (im)possibility of the police chief to apply the justifying causes and legal directives in the fulfillment of his duties (functions) during the drafting of the prison term in flagrante delicto or at the end of the preliminary investigation. In order to fulfill the proposed objective, the phenomenological-hermeneutic method, based on Heideggerian-Gadamerian matrix, was used, revolving the linguistic ground on which the present theme is based. It concludes that the police chief should not stick to mere analysis of the adequacy of the fact-norm, but also the duty to analyze the concept of crime, in a complete way (typical, unlawful and culpable fact), in order to avoid unfounded criminal actions. and, mainly, to materialize the dictates of the Democratic State of Law under the commandment of Criminal Guarantee.

KEYWORDS: crime, police chief, criminal guarantee, democratic rule of law.

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute o papel do delegado “garantista”*, se ele seria um mero e inveterado aplicador da lei penal, ou seja, se a sua função se limitaria a mera subsunção do fato-norma, ou se teria o mister de analisar as causas justificantes e dirimentes, quando da sua atuação em uma prisão em flagrante delito ou na conclusão do Inquérito Policial.

A análise dos juízos negativos de imputação pela autoridade policial fortalece a ideia de que os direitos e garantias fundamentais dos investigados devem ser atendidos desde o primeiro momento em que ele é apresentado em uma Delegacia de Polícia.

Se verificado pelo delegado de Polícia uma causa excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade deve ele, através uma análise técnico jurídica, não ratificar a prisão em flagrante ou não realizar o indiciamento.

Isso porque, o Inquérito Policial é instruído sob a ótica garantista, e tem-se a ampliação quantitativa das funções do delegado de Polícia. Nesse sentido, a investigação policial, tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma ação penal infundada por parte do Ministério Público. Logo, o garantismo penal deve ser observado desde o seu primeiro momento, ou seja, na fase pré-processual.

E observar o Garantismo Penal nada mais é do que cumprir integralmente os ditames da Constituição Federal, ou seja, os direitos e garantias fundamentais do investigado. Privar alguém de sua liberdade que não cometeu crime (fato típico, ilícito e culpável), e permitir apenas que o análise desses elementos seja feita pelo Poder Judiciário é uma ofensa ao Estado Democrático de Direito.

A autoridade policial não deve agir de forma automática, analisando apenas a tipicidade formal, ou seja, ser considerado apenas uma máquina de encarcerar, para atender simplesmente aos anseios imediatistas da mídia e da sociedade punitivistas.

As contribuições teóricas deste trabalho residem na ampliação da compreensão do papel do delegado de polícia à luz do garantismo penal, destacando sua função como agente essencial na proteção dos direitos fundamentais. A análise proposta vai além da visão tradicional, ao enfatizar que o delegado, ao realizar juízos

* A expressão em aspas é uma crítica aos que relacionam a palavra garantismo ao sentido de impunidade. Garantismo nada mais é do que o respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado.

negativos de imputação, deve ser visto como o primeiro intérprete das normas penais e constitucionais, podendo corrigir distorções jurídicas antes mesmo da atuação do Judiciário. A justificativa para este enfoque está na necessidade de consolidar a função do delegado como filtro inicial das ações penais, reduzindo arbitrariedades e evitando que o cidadão seja exposto a acusações infundadas, promovendo uma justiça mais célere e equilibrada. Essa perspectiva contribui para a defesa dos direitos individuais e para a eficácia do sistema penal brasileiro.

Dessa forma, analisar-se-á em um primeiro momento o conceito de garantismo penal, principalmente com a visão de Luigi Ferrajoli. Depois far-se-á um estudo das funções do delegado de Polícia no atual Estado Democrático de Direito, para ao final verificar a (im) possibilidade da análise das causas dirimentes e justificantes, quando da atuação em uma prisão em flagrante ou na conclusão de uma investigação preliminar, com vistas a observância máxima dos direitos e garantias fundamentais do investigado.

O objetivo deste artigo é reforçar o papel do delegado de polícia como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais no âmbito do sistema de justiça criminal. O delegado, ao se deparar com a imputação de crimes, não deve apenas realizar um juízo preliminar de tipicidade, mas precisa aplicar o conceito analítico do crime em toda a sua extensão, considerando a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Ao fazer juízos negativos de imputação, o delegado exerce uma função garantista, assegurando que o cidadão não seja indevidamente submetido a acusações infundadas, protegendo assim os direitos fundamentais desde o início da persecução penal.

2. O QUE É GARANTISMO JURÍDICO?

Após a segunda Guerra Mundial, com a crise do positivismo jurídico, verificou-se o surgimento de inúmeras teorias, tendentes a explicar o novo paradigma constitucional e a consolidação do regime democrático, que ali estava se instalando.

A teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli foi idealizada na década de 1970, na Itália, por intermédio de juízes do grupo da Magistratura (dentre eles Ferrajoli), uma vez que se fazia necessário a limitação do poder estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário, em razão de práticas abusivas perpetradas pelo Estado italiano, face aos

direitos e garantias individuais. Foi necessária uma resposta teórica e de resistência à legislação que se consolidava na Itália (FERRAJOLI, 2018, p. 22-23).

El terreno sobre el cual se há producido esta expansión del significado de garantías es el derecho penal. Em particular, la expresión garantismo, em el sentido restringido de garantismo penal, aparece, em el ámbito de la cultura jurídica italiana de izquierdas de la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y la jurisdicción de emergencia que, de aquel momento em adelante, han ido reduciendo, de diversas maneras, el debilitado sistema de garantías del correcto proceso. Em este sentido, el garantismo enlaza con la tradición clásica del pensamiento liberal. (FERRAJOLI, 2018, p. 22-23).

Para André Karam Trindade, o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma do direito e da democracia, visto que designa um projeto normativo que exige ser realizado através da construção, mediante políticas e leis de atuação, de idôneas garantias e instituições de garantia. (TRINDADE, 2012, p. 101-102.)

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli assumiu destaque a partir da publicação da sua famigerada obra *Diritto e ragione*, em 1989, cujas bases fundantes assumiram relevante importância no cenário internacional, especialmente na América Latina.

A tradução dessa obra, em 1995 para o espanhol, e em 2002 para o português contribuíram para que a expressão *garantismo* se difundisse entre os juristas, e ingressasse definitivamente no léxico jurídico.

A sua teoria foi reafirmada em 2007 com a publicação da sua obra *Principia Iuris* e em 2018 com *El Paradigma Garantista*, com contornos de contemporaneidade.

No Brasil, a importação do garantismo se deu no período da redemocratização da América Latina, marcado precipuamente com a promulgação de novas constituições, preocupadas com a observância, e principalmente, a ampliação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Certamente o contexto latino-americano de redemocratização e superação de regimes ditatoriais, aliado à necessidade de assegurar garantias e direitos fundamentais foi um terreno fértil para teses garantistas, de modo que, sem dúvida, a composição do Direito de garantias foi um marco do Direito contemporâneo e clássico do século XX (TRINDADE, 2013.).

Para Ferrajoli, o garantismo refere-se a uma palavra do léxico jurídico, que designa uma técnica normativa de tutela de um direito subjetivo, que assegura o cumprimento de obrigações por parte do Estado, valendo-se para isso de princípios constitucionais. (FERRAJOLI, 2018, p. 22).

Cada uma das implicações deonticas - ou princípios - de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual *não* está permitido ou está proibido punir. (FERRAJOLI, 2002, p. 74.)

Entende que os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico - a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, em grande parte, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. (FERRAJOLI, 2002, p. 29)

O garantismo liberal, y específicamente penal, designa técnicas ordenadas para la defensa de los derechos de libertad, el primero de los cuales es la libertad personal, frente a intervenciones arbitrarias de carácter policial o judicial. (FERRAJOLI, 2002, p. 23).

Para ele, os elementos do Garantismo se dividem em dois, sendo um relativo à definição legislativa, e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível, correspondendo ao conjunto de garantias penais e processuais penais. (FERRAJOLI, 2002, p. 30-34).

Com relação ao primeiro elemento, consistente no *convencionalismo penal*, configura-se o princípio da legalidade estrita, exigindo-se para a sua definição tanto o caráter formal quanto o material.

O princípio da legalidade estrita, além de evitar manobras punitivistas, disciplina as limitações jurídico-legais contra as possíveis decisões arbitrárias de autoridades administrativas e judiciais. (FERRAJOLI, 2018, p.157).

O segundo elemento da epistemologia garantista, associado ao primeiro como sua condição de efetividade é o *cognitivismo processual* na determinação concreta do desvio punível. Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas "motivações", quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Tal requisito vem assegurado pelo que Ferrajoli chamou de *princípio de estrita jurisdiccionariade*, que, por sua vez, exige duas condições: a *verificabilidad* ou *reputabilidad* das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua

comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. (FERRAJOLI, 2002, p. 31-32).

Para ele, o sistema penal será mais próximo ao modelo garantista do direito penal mínimo quando estiver em condições de expressar princípios gerais idôneos para servirem como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões nas quais se expressa o poder judicial. (FERRAJOLI, 2002, p. 139)

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84).

A Teoria do Garantismo se desenvolveu como uma proposta de solucionar a falta de efetividade do modelo constitucional, sobretudo no estado italiano, inefetividade esta que levava a Constituição a ser vista como uma simples referência legislativa, minando sua importância no que se refere à concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O Garantismo representa, em suma, a correlação com o Estado de Direito, ou seja, vincula a atuação do Poder Estatal, nos campos material e processual, a fim de que haja uma satisfação máxima dos direitos e garantias fundamentais, principalmente daqueles, cujo o arbítrio se mostra mais evidente.

Ferrajoli defende a simetria entre normatividade e efetividade das normas constitucionais, mas reconhece que um ordenamento jurídico pode perfeitamente conviver com dois modelos distintos: autoritário e garantista. O autor declara que a tendência dos estados atuais é a coexistência entre estes modelos extremados; ressalta ainda que, nos Estados de Direito contemporâneos, com inúmeras tipologias normativas, as tendências autoritárias e garantistas permeiam as normas, sendo que, as garantistas, encontram-se mais visíveis nos patamares normativos superiores, enquanto que as autoritárias, nos patamares inferiores, e é nesse aspecto que se verifica uma cisão que conduz à ineficiência tendencial das normas superiores, mais garantistas e, noutro viés, à ilegitimidade das normas inferiores, mais autoritárias. (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

Dessa forma, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro precisa avançar quando se trata da aplicação da teoria do garantismo, pois, apesar da Constituição de 1988 ter contornos garantistas, verifica-se que na prática há violações aos seus ditames.

Convive-se com uma assimetria entre a normatividade e a efetividade dos direitos e garantias constitucionais, as quais são sacrificadas diuturnamente para atender interesses vários, menos a proteção daqueles que se encontram em uma relação de vulnerabilidade perante o Estado.

3. O QUE NÃO É GARANTISMO JURÍDICO

Verifica-se que o termo Garantismo vem sendo distorcido, principalmente para atender discursos punitivistas de combate à criminalidade, mas esquecem que a partir do giro ontológico linguístico, que teve em Heidegger e Gadamer seus principais expoentes, a compreensão não é um processo, produto da subjetividade do sujeito, mas é algo existencial.

Como já denunciado por Gadamer, em *Verdade e Método I*, não há conceito sem coisa e nem coisa sem história, sem contexto, sem uma tradição, uma construção. Os conceitos não são inventados. (GADAMER, Hans-Georg, 1999).

Streck denuncia que o uso inautêntico de conceitos provoca sérios prejuízos ao Direito e a própria democracia. (STRECK, Lenio Luis, 2017, p. 236.)

A tendência importadora acrítica de matrizes teóricas dos Estados centrais é um fenômeno histórico típico de países colonizados. Aliás, importa-se tudo, de pneus usados a ideias. Não raras vezes, o lixo é trazido como luxo. Ou o luxo aqui é lixo porque as realidades sociais, políticas, históricas, econômicas e jurídicas são diversas. Claro, portanto, que quando se importam doutrinas estrangeiras produzidas num contexto completamente diferente do nosso, ocorrem contradições insuperáveis. (TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo, 2016).

López Medina faz duras críticas a questão da recepção das “teorias”, pois entende que não há um esforço hermenêutico para entender plenamente a teoria do direito produzida em outras partes do mundo, o que impede de se analisar como realmente foi implantada e como tem funcionado em concreto nos direitos receptores. (LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, 2004).

Tal funcionamento é sempre uma “cópia” transformada do original, por maiores esforços que se façam em alcançar uma perfeita assimilação do geral ao local.

No Brasil, verifica-se que a Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli vem sendo deturpada no ordenamento jurídico brasileiro, seja em razão da ausência de uma pré-compreensão da historicidade do seu surgimento e fortalecimento, ou até mesmo para servir de “pano de fundo” na defesa de determinadas ideologias.

Verifica-se que a tarefa hermenêutica, muitas vezes se presta a defender ideologias dos países periféricos e a não transmudar o verdadeiro significado da obra produzida.

Essa deturpação da Teoria do Garantismo de Ferrajoli em *terrae brasiliis*, no que concerne, essencialmente ao seu conceito integral, serve para justificar decisões, em nome de uma coletividade, corrompendo, desse modo, todo o arcabouço jurídico, sedimentado nos direitos e garantias individuais.

Há quem entenda que a teoria de Ferrajoli está gizada em um *garantismo hiperbólico monocular*, pois gera uma proteção exacerbada dos direitos e garantias fundamentais do réu, e outros a interpretam como *abolicionista*, uma vez que deslegitima o Direito Penal, ao prever a abolição de todas as formas de punições aflitivas e a consequente substituição por outros instrumentos de caráter pedagógico.

A “teoria” do Garantismo Hiperbólico Monocular entende que a leitura do garantismo com uma visão apenas dos direitos e garantias do acusado/investigado geram uma desproteção sistêmica, pois não alcança os direitos da vítima, que teve o seu bem jurídico violado com a prática do crime.

Cleber Masson, em definição simplista, entende que o *garantismo hiperbólico monocular* gera uma proteção exacerbada dos direitos e garantias fundamentais do réu, gerando uma situação de impunidade. (MASSON, Cleber, 2014, p. 659).

É hiperbólico porque é aplicado de uma forma ampliada, desproporcional, e é monocular porque só enxerga os direitos fundamentais do acusado (só um lado do processo). Contrapõe-se ao Garantismo penal integral, que visa resguardar os direitos fundamentais não só dos réus, mas também das vítimas.

Douglas Fisher compreende que a visão de um Garantismo Monocular se concentra unicamente na defesa dos direitos individuais fundamentais, relegando os demais ramos de proteção, e distorcendo os pilares da teoria garantista de Luigi Ferrajoli. (FISCHER, Douglas, 2015, p. 30-75).

Complementa que tem havido uma disseminação de uma ideia apenas parcial dos ideais garantistas, que deveriam ser compreendidas sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há de se ver que os pilares do garantismo não

demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de garantismo negativo. (FISCHER, Douglas, 2015, p. 30-75).

Dessa forma há um desvirtuamento dos postulados garantistas em prol de uma subversão de valores, onde se protegem exclusivamente direitos individuais em detrimento de direitos coletivos, gerando, pois, uma “desproteção sistêmica”. É aí que surge o vocábulo “garantismo monocular”, “hiperbólico” ou ainda “à brasileira”. (MENEZES, Gabriella Mendes, 2017, p. 48-60).

Ferrajoli explicita que o processo penal não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, possam ter seus direitos violados. (FERRAJOLI, Luigi, 2002, p. 450).

Luciano Feldens pontua que no Brasil, a expressão garantismo, embora ligada a figura de Luigi Ferrajoli, muitas vezes é repetida sem critério, perdendo a sua concretude e delimitação. Para ele, “ser garantista” não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à intervenção jurídico-penal, e tampouco militar pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado. (FELDENS, Luciano, 2008, p.66).

A expressão “delegado garantista” muitas vezes é utilizada de forma irônica, pois é associada ideia exclusiva de impunidade, devido a essa visão distorcida da Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli.

4. O DELEGADO “GARANTISTA” AO SE REALIZAR JUÍZOS NEGATIVOS DE IMPUTAÇÃO

Após discorrer sobre o conceito de Garantismo, nos moldes da doutrina ferrajoliana, cabe explicar sobre a carreira de delegado de Polícia, primeiro garantidor da legalidade e da justiça (BRASIL, 2015), e sobre as suas atribuições constitucionais em exercer a sua função, visando a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

O delegado de Polícia é o guardião da sociedade e das leis penais. Ele é o primeiro responsável em analisar se um fato é juridicamente crime, e deve ser apresentado ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Aury Lopes Junior entende que a forma como a investigação preliminar é exercida no Brasil, encarrega à Polícia Judiciária de poder de mando sobre os atos a

serem exercidos, a fim de apurar a autoria e a materialidade de um crime, sendo que a Polícia passa a ser o verdadeiro titular da instrução preliminar, tendo autonomia para ditar os meios que serão empregados na investigação, sem subordinação aos juízes e promotores. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014. p. 125.)

Nessa esteira, diante da necessidade de se produzir uma investigação penal constitucional, surge a “**devida investigação criminal**”,² a qual deve ser conduzida por autoridade investida dessa atribuição, em procedimento oficial, e que, ao mesmo tempo em que busca a elucidação da infração penal, funciona como um filtro de legalidade, visando evitar imputações infundadas e a mácula gratuita ao investigado, a exemplo do que ocorre com o postulado do devido processo legal, de onde a justiça extrai a obrigatoriedade de tutelar todos os direitos legalmente previstos daquele que está sendo processado. (GARCEZ, 2017).

No entanto, neste atual cenário, exige-se que a atuação do delegado esteja acoplada aos direitos e garantias fundamentais, devendo ser excluído qualquer entendimento da investigação policial como sendo apenas repressão estatal.

Sob essa concepção, o delegado de polícia tem o direito-dever de conduzir as investigações criminais de acordo com as suas convicções e aplicar a lei observando todas as suas diretrizes, zelando tanto pela elucidação do crime como pelo respeito aos direitos do investigado, agindo com bom senso e consciência. Deve, assim, libertar-se de conceituações anacrônicas e divorciadas dos novos tempos, e, acima de tudo, evitar que suas atribuições constitucionais se percam no conceito de “burocrata”, delineado por Enio Silva (SILVA, 2012, p. 171).

Seguindo essa linha de raciocínio, Gomes e Scliar lecionam que:

Por tudo isto a investigação criminal deve estar orientada pelos princípios que animam a ideia de processo justo. Este entendimento é decorrente de que a investigação criminal não é um fim em si mesma, e tem como um de seus objetivos informar a instrução processual, carreando aos seus autos elementos que devem, então, ser debatidos à luz do contraditório e ampla defesa agora com a máxima intensidade. (GOMES; SCLIAR, 2009).

Dessa forma, na condução de uma investigação criminal, o delegado de polícia deve se ater ao máximo possível na observância dos direitos e garantias fundamentais do investigado.

² Grifo do autor

Ao receber uma ocorrência policial, deve analisar o fato por completo, isso quer dizer, deve analisar o conceito analítico do conceito de crime (Fato típico- Antijurídico e culpável).

Ao analisar todos os elementos do crime, bem como as suas excludentes, o delegado de polícia exerce a sua função constitucional, pois impede o cerceamento daquele que será posto em liberdade, assim que o juiz tome conhecimento do seu cerceamento.

A Lei 12.830/13 buscou reestruturar a carreira do delegado de polícia, demonstrando o caráter jurídico de algumas decisões na fase pré-processual, e reforçando a ideia de que a autoridade policial não deve estar limitada a meros juízos de adequação do fato- norma.

Fazer juízos positivos e negativos de imputação reforçam o papel garantista do delegado de polícia.

Mas essa atuação garantista do delegado de Polícia, reforçando a jurisdicionalização das suas decisões encontraria obstáculos na reserva da jurisdição?

Canotilho distingue monopólio do juiz ou reserva do juiz quanto a última palavra (reserva de jurisdição relativa) e quanto a primeira palavra (reserva de jurisdição absoluta).

A reserva relativa de jurisdição significa:

Em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma garantia de justiça, igual, efectiva e assegurada através do processo justo para a defesa das suas posições jurídico-subjetivas. Essa garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou de violação de direitos e interesses de particulares por decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra os atos do Estado). (CANOTILHO, 2003, p. 668)

Já o monopólio da primeira palavra, o monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição se refere quando o juiz diz a primeira e a última palavra referente a aplicação do direito.

Na investigação criminal haverá medidas que deverão ser decididas exclusivamente pelo Estado-Juiz, hipótese de reserva absoluta, e outras medidas decididas pelo Estado- investigação, hipótese de reserva relativa, que passa por um controle posterior do Estado-Juiz. (CANOTILHO, 2003, p. 668).

Brene entende que a atuação do delegado de Polícia se insere nessa conjuntura, pois, afora os casos expressamente reservados ao Poder Judiciário de

forma absoluta, diante das diversas decisões tomadas no curso da investigação, que ganham contornos jurídicos e judiciais, razão pela qual, podemos falar em jurisdicionalização da atividade policial, afastada de ativismos e decisionismo, a exemplo da possibilidade de conceder liberdade provisória mediante o pagamento de fiança (BRENE, 2021, p. 141).

É sabido que para que o crime se aperfeiçoar segundo seu conceito analítico, não basta tipicidade (formal e material), sendo preciso também ilicitude (teoria bipartite) ou ilicitude e culpabilidade (teoria tripartite).

Para conduzir com êxito o procedimento policial, a autoridade de polícia judiciária faz diversas análises técnico-jurídicas (artigo 2º, parágrafos 1º e 6º da Lei 12.830/13), prognósticas ou diagnóstica. É dizer, faz juízos de prognose (decisão por uma ou outra diligência no início da investigação, diante da existência de poucos ou inexistentes vestígios) e de diagnose (decisão pelo indiciamento ou não, ou pela prisão em flagrante ou liberdade, face às informações e provas acerca da materialidade e autoria delitivas). (CASTRO, 2016).

A análise o juízo de imputação realizado pela autoridade policial alinha-se à perspectiva filosófica e não ao processo automático de subsunção do fato à norma, acoplagem com raiz positivista. Relegar a tarefa à autoridade policial ao mero juízo de tipicidade seria adotar uma postura refratária do garantismo penal, construído a partir da coerência, integridade do direito e primazia dos princípios constitucionais. (BRENE, 2021, p. 148-149).

Analisar se uma pessoa ficará presa, ou seja, verificar a presença dos elementos do conceito analítico do crime, faz parte de um ajuízo de diagnose. O delegado deve analisar o fato por inteiro.

Nos dizeres de Aury Lopes Jr.

A análise dos requisitos do crime insere-se no contexto do juízo de diagnose, especialmente no momento da decisão sobre a custódia flagrancial. Isso significa dizer que a prisão em flagrante pode e deve ser afastada caso o delegado de polícia colha elementos robustos que evidenciem a existência de justificante ou dirimente. Afinal, o inquérito policial deve demonstrar não apenas a tipicidade, mas também a ilicitude e a culpabilidade. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 216).

A autoridade policial, importa enfatizar, possui papel relevante na no moderno sistema processual penal, sendo o primeiro garantidor dos direitos fundamentais.

Não é ele um inveterado aplicador das normas estabelecidas, sendo permitido interpretar e aplicar o seu entendimento e, conquanto possa estar sujeito a eventuais críticas, tomando posições sólidas e bem fundamentadas, deverá ter em mente que emprestou sua colaboração para que se viva em um Estado Democrático de Direito, que é o fim último de todo agente do Estado. (FRANCESCHI, 2014, p. 37-39).

Não pode haver ratificação de prisão em flagrante de um crime que não existe (considerando-se os elementos de informação existentes no momento da decisão da autoridade policial). O delegado de polícia analisa o fato por inteiro. A divisão analítica do crime em fato típico, ilicitude e culpabilidade existe apenas para questões didáticas. Ao delegado de polícia cabe decidir se houve ou não crime. (BIANCHINI, 2011, p. 139).

Apesar de todas essas considerações, uma parcela da doutrina entende que o delegado de polícia deveria apenas fazer a análise da tipicidade formal, devendo realizar a prisão em flagrante mesmo diante de eventuais excludentes de tipicidade material, ilicitude e culpabilidade.

Para esses autores, a autoridade de polícia judiciária seria mero autômato, máquina de encarcerar desautorizada a analisar todos os substratos do delito, e o suspeito consistiria em um objeto, adquirindo a condição de sujeito apenas na fase processual. Olvidam-se que um minuto de prisão indevida é uma infinidade para o injustamente segregado. (CASTRO, 2016).

Júlio Fabrini Mirabete afirma que “não cabe à autoridade em sua exposição emitir qualquer juízo de valor, expender opiniões ou julgamentos, mas apenas prestar todas as informações colhidas durante as investigações e as diligências realizadas”. (MIRABETE, 2008, p. 79.)

Impor a segregação de alguém que pratica fato típico, porém não ilícito, equivaleria a abandonar a teoria da *ratio cognoscendi* em prol da rechaçada teoria da *ratio essendi*, fundindo o fato típico e a ilicitude num tipo total do injusto e se esquecendo que a cisão entre fato típico e ilicitude é consenso relativamente antigo, desde a teoria do delito-tipo. E prender indivíduo sem perquirir sua reprovabilidade consistiria em reconhecer ilícito penal dissociado de seu autor, admitindo um sistema penal focado na norma em vez do ser humano, colocando-o em segundo plano. (BRANDÃO, 2005, p.172).

Nesse sentido, possibilitar o delegado de polícia a análise do conceito analítico de crime é fortalecer a sua missão de garantir os direitos e garantias individuais.

Para Daniel Sarmento, a missão constitucional do delegado de polícia não é a de perseguir criminoso, assim como a inquisição medieval ou na ditadura militar, como se fosse um inimigo do Estado, mas sim a de apurar a infração penal de forma imparcial e científico-jurídica. (TRINDADE, 2012, p. 66-67).

Alexandre Morais da Rosa entende que sustentar uma postura garantista por parte da autoridade policial no denominado processo penal bélico “é algo da ordem de crime de hermenêutica”. (ROSA, 2017, p. 466).

Isso porque, tem-se uma noção de que o delegado de polícia é exclusivamente responsável por lavrar prisões em flagrante e realizar indiciamentos, com vistas a maximizar o encarceramento, sendo o eficientismo da Polícia Judiciária relegado a segundo plano.

Todavia, essa busca eficientista para se encontrar o “culpado” se posiciona em rota de colisão com do Direito Penal Mínimo e o garantismo penal. E a função da polícia judiciária, no contexto da pesquisa, é o fiel da balança entre os extremos, buscando, no princípio da proibição do excesso, a proteção contra os abusos do Estado, visando à tutela das liberdades individuais, o denominado garantismo negativo, todavia, sem perder de vista a tutela de um direito fundamental coletivo, qual seja, a segurança. (BRENE, 2021, p. 122).

O desenvolvimento do paradigma garantista da investigação criminal, segundo Pedro Ivo, precisa avançar sobre a construção de uma estrutura ideológica que seja capaz de conferir aos direitos humanos uma tutela adequada aos pensamentos basilares do Estado Constitucional, devendo atentar para três ideias pressupostas que lhe fundam e norteiam: “ a proteção dos direitos humanos, a busca pela eficiência investigatória e a construção de um procedimento investigatório mais democrático.” (SOUZA, 2016, p. 57).

Ressalta-se que os tribunais superiores têm reconhecido o marco da coisa julgada material ao arquivamento do Inquérito Policial. O Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2008, reconheceu tais efeitos na hipótese escorada na atipicidade do fato ou causa de extinção de punibilidade do agente (BRASIL, 2008).

5. CONCLUSÃO

A análise dos juízos negativos de imputação, de forma técnico-jurídica, não apenas “pode” ser feita, mas “deve” ser realizada diuturnamente pelos delegados de polícia, pois a função ostenta natureza jurídica, chancelada pela Lei 12.830/13, em seu artigo 2º.

Seria anacrônico pensar em uma ratificação de flagrante ou um despacho de indiciamento sem justa causa, sem o lastro mínimo de autoria e materialidade do delito, já que este é analisado por completo (fato típico, ilícito e culpável.)

É um direito de todos os investigados de que o delegado de polícia sirva como o primeiro anteparo de proteção do Estado na persecução penal, razão pela qual não se deve subtrair sua análise jurídica fundamentada apta a obstar encarceramentos desnecessários.

A autoridade policial deve priorizar o efficientismo da Polícia Judiciária, que muitas vezes é deixado em segundo plano, quando se adotam posturas punitivistas, na tentativa de “dar uma resposta” a sociedade ou a mídia.

Exercer com excelência a função de delegado de Polícia se resume em coordenar uma investigação preliminar de forma imparcial, que priorize os direitos e garantias fundamentais do investigado.

Os resultados obtidos nesta pesquisa sobre o papel do delegado “garantista” ao realizar juízos negativos de imputação trazem reflexões importantes tanto para a sociedade quanto para a academia. Ao destacar o delegado como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais, reforça-se a necessidade de uma atuação policial que não se limite à repressão, mas que seja orientada por uma análise crítica e jurídica do crime. Esse entendimento tem o potencial de reduzir prisões indevidas e violações de direitos, contribuindo para uma justiça penal mais justa e proporcional.

Embora esta pesquisa tenha oferecido uma análise aprofundada sobre o papel do delegado “garantista” ao se fazer juízos negativos de imputação, algumas limitações precisam ser reconhecidas. Em primeiro lugar, o estudo focou-se majoritariamente em uma análise teórica, o que restringe a investigação empírica sobre a prática cotidiana dos delegados de polícia em diferentes contextos regionais e institucionais. Além disso, a pesquisa centrou-se nas normas brasileiras e no sistema de garantias previsto na Constituição Federal, o que pode limitar a aplicação de seus achados a outros países com sistemas jurídicos distintos. Recomenda-se, para trabalhos futuros, a realização de estudos empíricos que envolvam entrevistas com delegados e operadores do direito, a fim de verificar como esses juízos negativos de imputação são feitos na prática. Além disso, seria relevante expandir a pesquisa para um panorama comparado com outras legislações e modelos de garantismo, a fim de enriquecer o debate acadêmico e propor melhorias no sistema de justiça penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

BRANDÃO, Cláudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro*. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, n. 1, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3441*. Relator: Min. Carlos Britto, 9 de março de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2282334>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Petição nº 3943*. Relator: Min. Cezar Peluso, 23 de maio de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2506534>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 84548/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de abril de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2229923>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRENE, Cleyson. *Ativismo Policial: o papel garantista do delegado de polícia*. 2.ed. São Paulo, Mizuno, 2021

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Juízos de prognose e diagnose do delegado são essenciais na investigação*. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-09/academia-policia-juizos-prognose-diagnose-sao-essenciais-investigacao>. Acesso em: 30 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

COPETTI NETO, Alfredo; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo integral: a teoria que só existe no Brasil. Justificando: mentes inquietas pensam Direito**. 19 jul. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-nobrasil/>. Acesso em: 2 fev. 2022.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade construída através do processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 66.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FRANCESCHI, Marino. As excludentes de ilicitude penal e a possibilidade de reconhecimento pelo delegado de polícia na atividade policial. In: LOPES, Fábio Motta; WENDT, Emerson (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.v. 1

GARCEZ, Willian. O delegado de polícia como garantidor de direitos: um mandamento implícito do Estado Democrático. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/372049054/o-delegado-de-policia-como-garantidor-de-direitos>. Acesso em: 20 jan. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. *Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia*. 2009. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciariaeautonomia-l...>. Acesso em: 20 jan. 2022.

IPPOLITO, Dario. El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria. *Doxa Cuardenos de Filosofia del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 525-542, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2744851>. Acesso em: 10 jan. 2022.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, p. 34-41, 2011.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latino-americana. Colombia: Legis Editores, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Gabriella Mendes; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. O garantismo penal integral no processo penal brasileiro. **Revista Ceuma Perspectivas**, São Luis, v. 29, n. 1, p.48-60, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 659.

MISSE, Michel. O Inquérito Policial no Brasil: resultados gerais de uma pesquisa. *Dilemas: Revista de estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 7.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Enio Waldir da. *Sociologia jurídica*. Ijuí: Unijuí, 2012.

SOUZA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). *Temas atuais de Polícia Judiciária*. 2. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luis. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento Casa do Direito, 2017, p. 236.

TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. As teorias impuras e transnacional do direito. **Empório do Direito**, Florianópolis, 16 mar. 2016. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/asteorias-impura-e-transnacional-do-direito>. Acesso em: 05 fev. 2022.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diarioclassem-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 15 jan. 2022.

TRINDADE, Daniel Messias da. *O garantismo penal e a atividade da polícia judiciária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

Agência Brasileira ISBN
ISBN: 978-65-983413-7-4