

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1116

(Ano XIV)

(08/10/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA**: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1116



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1116, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 552 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**Celulares, câmeras, filmadoras e votação**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette. 09.*

### ARTIGOS

**A competência dos Estados para legislar sobre mensalidades escolares em tempos de covid-19 e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6.445/PA.**

*Raul Yussef Cruz Fraiha, 16.*

**Audiência de custódia contribuindo para o tratamento digno dos acusados e o seu reflexo sobre as prisões brasileiras**

*Isabella Brito de Carvalho, 34.*

**O avanço dos veículos de comunicação e seus reflexos no ordenamento jurídico**

*Bruno Rocha Nogueira e Bueña Porto Salgado, 54.*

**A proteção do consumidor no âmbito de compras online: orientação de defesas ao comércio eletrônico**

*Klayvert Bezerra Lima, 71.*

**Crimes Virtuais: A Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012 e seus efeitos no combate a criminalidade virtual no Brasil**

*Beatriz Cássia da Silva e Silva, 89.*

**A importância das tutelas de urgência frente a morosidade causada pela pandemia do corona vírus, que preconizam o acesso à saúde**

*Larissy Carvalho Rodrigues, 110.*

**Análise dos espaços negociais no Brasil sob uma perspectiva expansionista**

*Anna Carollina Tisatto Heinzmann, 125.*

**A proteção judicial do consumidor superendividado: uma análise das ferramentas processuais disponíveis**

*Pedro Sabino Paz Landim Coelho, 138.*

**Herança digital: Uma análise à luz da lei nº 13.709/18 (LGPD) acerca do tratamento de dados dos usuários de redes sociais após a morte**

*Matheus Costa Prates, 155.*

**A reforma da previdência e seus reflexos na aposentadoria especial: análise acerca dos impactos negativos da emenda constitucional nº 103/2019 na vida dos trabalhadores**

*Gabriel de Macêdo Leite, 173.*

**Operação Lava Jato: A divergência sobre a constitucionalidade da Condução Coercitiva, no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.**

*Patrício Novais Lima, 198.*

**Análise da prova indiciária no sistema probatório penal brasileiro**

*Caroline Austregesilo de Athayde Pessôa, 210.*

**Da verdade real à verdade negociada: breves apontamentos sobre a justiça negocial no Brasil**

*Alana dos Santos Teles, 250.*

**Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados de responsabilidade objetiva no Código Civil brasileiro**

*Hugo Cavalcanti Vaz Mendes, 263.*

**A greve política como direito fundamental do trabalhador**

*Aline Marques Fidelis e João Francisco da Silva, 284.*

**A precariedade do sistema prisional e suas consequências frente a ressocialização do preso no Brasil**

*Leonardo Moreira Santos, 305.*

**O psicopata e o ordenamento jurídico sobre a vertente positivista**

*Verônica Merlos Gonçalves, 315.*

**Acesso à informação ambiental no Brasil**

*Renato Rafael de Brito Fell, 332.*

**Ativismo judicial: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal perante a pandemia do Covid-19**

*Gabriela Caroline Crema, 348.*

**Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais: fragmentação histórica e reflexos em sua implementação**

*Evandro de Aguiar Ribeiro, 365.*

**Os princípios regentes da execução penal e suas aparentes violações na Lei de Execução Penal com o advento da Lei 13.964/19**

*Caroline Austregesilo de Athayde Pessôa, 385.*

**A distinção entre isenção condicional e incondicional para a aplicação do princípio da anterioridade tributária na hipótese de revogação do benefício fiscal**

*Matheus Henrique Pleutim de Miranda, 416.*

**Estupro virtual e seu aumento no ciberespaço**

*Brenda Polvere da Silva, 434.*

**Tomada de contas especial na Administração Pública do Piauí**

*Benigno Núñez Novo, 448.*

**Pragmatismo jurídico e decisão judicial: reforço a resolução adequada de conflitos**

*Larissa Queiroz Brito, 470.*

**O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e a atuação dos atores internos**

*Evandro de Aguiar Ribeiro, 491.*

**Violência urbana e o papel do direito urbanístico**

*Renato Rafael de Brito Fell, 505.*

**Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, a repercussão no sistema previdenciário brasileiro.**

*Tulio Vidal Montenegro, 523.*

**Os impactos do poder arbitrário da polícia na sociedade**

*Nathalya Cristina Fernandes Lustosa, 535.*

## CELULARES, CÂMERAS, FILMADORAS E VOTAÇÃO

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:** Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

Tem sido alvo de polêmica a manifestação do Ministro do STF e Presidente do TSE, Alexandre de Moraes, o qual afirmou ser proibido portar celular no momento da votação, devendo ser tomadas as medidas legais cabíveis aos recalcitrantes e configurando-se, até mesmo, crime eleitoral. 1

Toda a celeuma existente sobre a questão é um exemplo por excelência de como a credibilidade (ou a falta desta) é importante para a autoridade de uma informação, orientação ou afirmação.

Na literatura e na sabedoria popular são muito comuns as narrações a respeito da perda de credibilidade e suas funestas consequências.

Alguns exemplos são ilustrativos:

Quando criança, minha mãe, como muitos outros pais, visando me inculcar a noção de que a mentira é algo ruim, contou-me a história de um menino que fingia se afogar e, um dia, depois que seus familiares e amigos o foram socorrer várias vezes, sendo alvo de chacota por ele, veio a realmente afogar-se e pedir por socorro, mas morreu na frente de todos, sem que movessem uma palha, já que não mais acreditavam nele. 2

Também é conhecida a Fábula do Pastor Mentiroso e o Lobo:

Era uma vez um jovem pastor que costumava levar o seu rebanho de ovelhas para a serra a pastar. Como estava sozinho durante todo o dia, aborrecia-se muito. Então,

---

1 CHRISTIAN, Hérica. Justiça Eleitoral Proíbe Uso de Celular por Eleitor na Hora da Votação. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/08/26/justica-eleitoral-proibe-uso-de-celular-por-eleitor-na-hora-da-votacao>, acesso em 30.08.2022.

2 Na internet encontram-se vários depoimentos de pessoas que receberam o mesmo ensinamento dos pais. Cf. THOMPSON, Aline. Dia da Mentira/Histórias que meu pai me contou. Disponível em <http://odiariothompson.blogspot.com/2014/04/dia-da-mentira-historias-que-meu-pai-me.html>, acesso em 30.08.2022.

pensou numa maneira de ter companhia e de se divertir um pouco. Voltou-se na direção da aldeia e gritou: "Lobo! Lobo!". Os camponeses correram em seu auxílio. Não gostaram da graça, mas alguns deles acabaram por ficar junto do pastor por algum tempo. O rapaz ficou tão contente que repetiu várias vezes a façanha. Alguns dias depois, um lobo saiu da floresta e atacou o rebanho. O pastorzinho pediu ajuda, gritando ainda mais alto do que costumava fazer: "Lobo! Lobo!". Como os camponeses já tinham sido enganados várias vezes, pensaram que era mais uma brincadeira e não o foram ajudar. O lobo pôde encher a barriga à vontade porque ninguém o impediu. Quando regressou à aldeia, o rapaz queixou-se amargamente, mas o homem mais velho e sábio da aldeia respondeu-lhe: "Na boca do mentiroso, o certo é duvidoso". 3

Por derradeiro, vale lembrar o trágico caso narrado por Kierkegaard sobre "O Alarme do Palhaço":

"Em certo teatro aconteceu ter deflagrado um incêndio nos bastidores. O palhaço veio avisar o público. Pensaram que se tratava de um dito espirituoso e aplaudiram-no; ele repetia o aviso; rejubilaram ainda mais". E o resultado foi a morte de 700 pessoas, observando-se em rodapé da obra do autor que a narrativa provavelmente se refere a um incêndio muito noticiado ocorrido num teatro de São Petersburgo em 14 de fevereiro de 1836. 4

Em suma, quando uma informação ou afirmação vem de uma fonte não confiável ou sobre a qual se faz um julgamento prévio devido às suas características usuais, é comum que não faça o efeito desejado e não conte com acatamento, mesmo quando objetivamente se trate de algo verdadeiro e correto.

A vida pregressa do Ministro enfocada com seus constantes abusos e violações da lei e da Constituição, não é algo que contribua para sua credibilidade. Basta lembrar que logo depois do episódio aqui tratado, determinou buscas em residências de empresários, bloqueios de contas bancárias, bem como redes sociais, com base em mera notícia jornalística e em espécies de "Mapas Mentais" ou "Esquemas Sinópticos" sem qualquer sustento fático ou fundamento racional. Isso para não mencionar um empresário que foi incluído em investigação invasiva apenas porque clicou num emoji de "joinha" do

---

3 ESOPO. O Pastor Que Gostava de Brincar. In: ESOPO. *Fábulas Completas*. Trad. Neide Smolka. São Paulo: Moderna, 2012, p. 649.

4 KIERKEGAARD, Soren. *Ou – Ou Um Fragmento de Vida (Primeira Parte)*. Trad. Elisabete M. de Sousa. Lisboa: Relógio D'Água, 2013, p. 61.



Whatsapp. Não fosse tão séria a situação, sua puerilidade seria risível. <sup>5</sup> E ainda tem mais: os bloqueios de contas bancárias e redes sociais não foram determinados sequer a pedido da Polícia Federal, mas sim do Senador Randolfe Rodrigues, <sup>6</sup> um político que se gaba dizendo que seu Partido (Rede Sustentabilidade) vem substituindo a Procuradoria Geral da República, nos seguintes termos:

“No intervalo de tempo entre 2018 e 2022, na ausência do procurador-geral da República, um partido político chamado Rede Sustentabilidade assumiu essa função.” <sup>7</sup>

É muito triste perceber que a credibilidade do Judiciário em geral e das mais altas Cortes brasileiras está em plena deterioração provocada pela conduta de seus membros mais destacados. E pior, que esses membros não têm, ao que parece, o menor zelo e apreço por essa necessária confiabilidade.

É por isso que quando um Ministro do STF e atual Presidente do TSE diz que não se pode portar celular durante a votação, isso soa como abusivo e sem sustentação, quando, na verdade, não é. Acontece que essa é uma das poucas vezes em que se vê o Ministro agindo normalmente de acordo com os ditames legais. Sua conduta anterior reiterada não contribui para que não seja reconhecido somente pelo seu *autoritarismo*, mas por sua *autoridade* derivada da legitimidade constitucional e legal. Tudo se opera como acontece com o “Menino Mentiroso”, com o “Pastor Brincalhão” e com o “Palhaço enredado em sua figura histriônica”. Alguém já disse que o Brasil não era um “país sério”, <sup>8</sup> hoje se percebe que *o Judiciário tem dificuldade de ser levado a sério*.

---

<sup>5</sup> DESIDERI, Leonardo. Decisão que embasou operação contra empresários confirma abusos apontados por juristas. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/quebra-de-sigilo-confirma-abusos-de-moraes-em-operacao-contra-empresarios/>, acesso em 30.08.2022. Foi o empresário Afrânio Barreira quem foi incluído por causa de um “joinha”. Cf. BERGAMO, Mônica. Moraes enfurece Governo Bolsonaro com operação da PF contra empresários. Disponível em <https://www.gazetasp.com.br/brasil/moraes-enfurece-governo-bolsonaro-com-operacao-da-pf-contra/1113936/>, acesso em 30.08.2022.

<sup>6</sup> MORAES atendeu pedido de Randolfe para quebrar sigilo de bolsonaristas. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/08/30/alexandre-moraes-randolfe-rodrigues.htm>, acesso em 30.08.2022.

<sup>7</sup> EDUARDO Bolsonaro pede que PGR investigue ativismo judicial do Senador Randolfe. Disponível em <https://www.radiopampa.com.br/eduardo-bolsonaro-pede-que-pgr-investigue-ativismo-judicial-do-senador-randolfe/>, acesso em 30.08.2022.

<sup>8</sup> A frase costuma ser erroneamente atribuída ao Presidente francês Charles De Gaulle, mas na verdade é de autoria do embaixador brasileiro na França, Carlos Alves de Souza, conforme consta do livro “Memórias da Imprensa Escrita”, de autoria de Aziz Ahmed. Cf. AFINAL, quem disse em 1962 que “o Brasil não é um país

O que aparenta, devido à fonte de onde vem, uma determinação autoritária, nada mais é do que o cumprimento de preceitos legais expressos da legislação eleitoral.

Determina o artigo 61 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições):

“A urna eletrônica contabilizará cada voto, **assegurando-lhe o sigilo e inviolabilidade**, garantida aos partidos políticos, coligações e candidatos ampla fiscalização” (grifo nosso).

Em derivação e para assegurar o segredo do voto, vem a lume no mesmo diploma o artigo 91 – A, Parágrafo Único, ali acrescido pela Lei 12.034/09, com os seguintes dizeres:

**“Fica vedado portar aparelho de telefonia celular, máquinas fotográficas e filmadoras, dentro da cabina de votação” (grifo nosso).**

O último dispositivo não deixa pairar a menor dúvida de que aquilo que foi dito por Alexandre de Moraes nada mais é do que a determinação de cumprimento de expresso comando legal, que tem sua razão de ser no fato de que o voto é secreto. O que se critica atualmente é que a apuração, por questões técnicas, acabe sendo também secreta, mas ninguém pretende afastar o sigilo do voto e abrir caminho para eleições dirigidas com votos comprados com emissão de recibo (fotos, filmagens etc.). O voto direto e secreto é indiscutivelmente Direito Político assegurado pela Constituição Federal (inteligência do artigo 14, “caput”, CF).

A doutrina especializada assim se manifesta há tempos sobre o tema tratado no Parágrafo Único do artigo 91 – A da Lei 9.504/97:

O parágrafo único impede que, no momento de votação, o eleitor ou quem quer que seja porte aparelho celular, máquina fotográfica ou filmadora.

O objetivo é simples: proteger o voto secreto e impedir que um eleitor possa comprovar, para quem quer que seja, que votou em determinado candidato ou de determinada forma.

Assim, um patrão que tenha obrigado seu funcionário a votar de determinada maneira não pode exigir que o empregado lhe leve, no telefone celular ou na máquina fotográfica, a prova de seu voto. 9

---

sério”? Disponível em <https://www.espacovital.com.br/publicacao-37883-afinal-quem-disse-em-1962-que-ldquo-brasil-nao-e-um-pais-seriordquo>, acesso em 30.08.2022.

9 CONEGLIAN, Olivar. *Eleições Radiografia da Lei 9.504/97*. 7ª. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 484.

Na mesma linha, o Código Eleitoral (Lei 4.737/65), em seu artigo 312, prevê como crime a conduta de “violar ou tentar violar o sigilo do voto”. Note-se que se trata de infração penal denominada pela dogmática como “crime de atentado ou de empreendimento”, quando a forma tentada é equiparada à consumada. 10 Isso significa dizer que deve ser interpretado em conjunto com a vedação do artigo 91 – A, Parágrafo Único da Lei 9.504/97, pois ao proibir a lei a entrada no local de votação, em especial na cabine secreta, com celulares, câmeras ou filmadoras, visa-se evitar qualquer violação efetiva ou mesmo tentativa de violação do sigilo da votação. Portanto, a objetividade jurídica do ilícito em estudo é a tutela do regular processo eleitoral, com vistas à sua “normalidade e legitimidade da votação”. 11

A compra de votos é também tipificada como crime, conforme consta do artigo 299 do Código Eleitoral:

“Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”.

Aqui se protege não somente a “normalidade e a legitimidade da votação” 12, como também, tal qual já exposto em decisões do TSE, “a liberdade de voto como bem da vida”. 13

Finalmente, a “captação ilícita de sufrágio” (infração administrativo – eleitoral) é descrita pelo artigo 41 – A da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), com previsão de sanções pecuniária e de cassação de registro da candidatura, na forma da legislação específica:

Constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o

---

10 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182.

11 SPTZCOVSKY, Celso. *Direito Eleitoral*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 271.

12 EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Dos Crimes Eleitorais. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William (Orgs.). *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 634.

13 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

O § 2º. do artigo 41 –A em destaque também considera como “captação ilícita de sufrágio” o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa para obtenção de seu voto, resultando, portanto, igualmente em ilícito administrativo – eleitoral, com as mesmas consequências sobreditas.

No âmbito criminal, o Código Eleitoral (Lei 4.737/65), em seu artigo 301, também prevê como crime eleitoral o uso “de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido”. 14

Todo esse arcabouço normativo que visa assegurar a normalidade e legitimidade da votação, o segredo do voto e, conseqüentemente, a consecução de eleições verdadeiramente livres, se coaduna perfeitamente com a proibição de acesso à cabine de votação com celulares, câmeras, filmadoras ou quaisquer aparelhos ou instrumentos que permitam o registro do voto e sua exibição ulterior a alguém que o tenha obtido por cooptação (compra) ou mesmo coação (violência ou grave ameaça).

Enfim, é de se reconhecer que neste caso específico não pecou o Ministro Alexandre de Moraes por qualquer ato arbitrário. Seus erros e malfeitos são antecedentes e o precedem, infelizmente, em suas manifestações, chegando a retirar o crédito de sua atuação, mesmo quando totalmente irretocável. Ademais, não somente o citado Ministro enseja esse clima de desconfiança e insegurança, mas o posicionamento de toda a Corte Suprema quanto à questão de possibilitar uma eleição transparente e totalmente auditável, mediante a emissão e coleta do voto impresso, devidamente armazenado sem contato com o eleitor. O intento suicida (em termos de liberdades democráticas) de pretender filmar o próprio voto deriva exatamente da perda da oportunidade de não somente ser honesto, mas “parecer” honesto com relação ao processo eleitoral adotado em nosso país. Nesse clima de desespero quanto à credibilidade das eleições, as pessoas não pensam corretamente e chegam a pretender colocar em risco o segredo do voto, direito subjetivo e concomitantemente público.

## REFERÊNCIAS

AFINAL, quem disse em 1962 que “o Brasil não é um país sério”? Disponível em <https://www.espacovital.com.br/publicacao-37883-afinal-quem-disse-em-1962-que-ldquo-brasil-nao-e-um-pais-seriordquo> , acesso em 30.08.2022.

---

14 EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo, Op. Cit., p. 635.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERGAMO, Mônica. Moraes enfurece Governo Bolsonaro com operação da PF contra empresários. Disponível em <https://www.gazetasp.com.br/brasil/moraes-enfurece-governo-bolsonaro-com-operacao-da-pf-contr/1113936/> , acesso em 30.08.2022.

CHRISTIAN, Hérica. Justiça Eleitoral Proíbe Uso de Celular por Eleitor na Hora da Votação. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/08/26/justica-eleitoral-proibe-uso-de-celular-por-eleitor-na-hora-da-votacao> , acesso em 30.08.2022.

CONEGLIAN, Olivar. *Eleições Radiografia da Lei 9.504/97*. 7ª. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DESIDERI, Leonardo. Decisão que embasou operação contra empresários confirma abusos apontados por juristas. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/quebra-de-sigilo-confirma-abusos-de-moraes-em-operacao-contr-empresarios/> , acesso em 30.08.2022.

EDUARDO Bolsonaro pede que PGR investigue ativismo judicial do Senador Randolfe. Disponível em <https://www.radiopampa.com.br/eduardo-bolsonaro-pede-que-pgr-investigue-ativismo-judicial-do-senador-randolfe/> , acesso em 30.08.2022.

ESOPO. O Pastor Que Gostava de Brincar. In: ESOPO. *Fábulas Completas*. Trad. Neide Smolka. São Paulo: Moderna, 2012.

EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Dos Crimes Eleitorais. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim, GARCEZ, William (Orgs.). *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012.

KIERKEGAARD, Soren. *Ou – Ou Um Fragmento de Vida (Primeira Parte)*. Trad. Elisabete M. de Sousa. Lisboa: Relógio D'Água, 2013.

MORAES atendeu pedido de Randolfe para quebrar sigilo de bolsonaristas. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/08/30/alexandre-moraes-randolfe-rodrigues.htm> , acesso em 30.08.2022.

SPTZCOVSKY, Celso. *Direito Eleitoral*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

THOMPSON, Aline. Dia da Mentira/Histórias que meu pai me contou. Disponível em <http://odiariothompson.blogspot.com/2014/04/dia-da-mentira-historias-que-meu-pai-me.html> , acesso em 30.08.2022.

## **A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE MENSALIDADES ESCOLARES EM TEMPOS DE COVID-19 E O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 6.445/PA.**

**RAUL YUSSEF CRUZ FRAIHA:** Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará; especialista em Direito Processual Civil pela Rede Luiz Flávio Gomes de ensino.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva fazer uma análise da legitimidade dos Estados para legislar sobre mensalidades escolares em tempos de covid-19, na medida em que, deparados com a situação de calamidade decorrente da pandemia mundial, diversos Estados passaram veicular, sustentando-se na competência concorrente para legislar sobre educação, leis que obrigavam as redes de ensino particulares a conceder descontos nas mensalidades. Para isso, faz-se uma análise do chamado "condomínio legislativo", cujo conceito perpassa pela própria ideia de Federação, bem como se faz uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.445/PA, cujo julgamento no Supremo Tribunal Federal definiu os contornos constitucionais acerca do tema.

**Palavras-Chave:** Pacto Federativo. Repartição de Competências. Mensalidade Escolar.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the Federal Entities legitimacy to legislate on school fees in times of covid-19, insofar as, faced with the calamity situation arising from the world pandemic, several States began, based on its constitutional competence, to legislate on education, laws that forced private schools to grant discounts on tuition. For this, an analysis is made of the so-called "legislative condominium", whose concept permeates the very idea of Federation, as well as an analysis of the Direct Unconstitutionality Action 6.445/PA, whose judgment in the Supreme Court defined the constitutional contours about of the theme.

**Keywords:** Federative Pact. Division of Competences. Tuition.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 inaugurou importante passo à consecução do espírito federalista brasileiro, forma de estado adotada a partir da Proclamação da República, em 1889. O reconhecimento expresso dos municípios como entes federados é prova disso, no chamado federalismo tridimensional<sup>15</sup>, no qual os Municípios recebem

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 322.

competência diretamente da Constituição Federal. Quanto à formação histórica da Federação, MICHEL TEMER:

“A Federação surge, provisoriamente, no Brasil por meio do Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, que também instituiu a República como forma de governo e estabeleceu ‘as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais’.

Consolida-se na Constituição de 24.2.1891, que já fornece todos os lineamentos básicos indispensáveis à sua caracterização.”<sup>16</sup>

Outrora Estado Unitário e monárquico, o Brasil passou por desmembramento político e consequente distribuição do poder estatal (daí porque se diz que no Brasil há um federalismo por desagregação ou federação centrífuga) aos entes instituídos, além de adotar a República como forma de governo.

O Estado Federal caracteriza-se como uma forma plural de exercício do poder estatal, que é repartido entre os Entes e exercido dentro das limitações expressas pela Constituição. Desta forma, a Carta Magna não é só a fonte dos poderes atribuídos aos entes, mas serve também de moldura à proteção dessa própria divisão<sup>17</sup>, o que pode ser notado pela eleição, dentre as chamadas cláusulas pétreas, da forma federativa de Estado (art. 60, §4º, I, da CF/88<sup>18</sup>), que traz consigo a própria inexistência do direito de secessão.

A técnica utilizada pela Carta Política brasileira para regular a distribuição das competências aos entes foi dividi-las entre competências administrativas (estas divididas entre as da União, plasmadas no art. 21 e as comuns de todos os entes, consignadas no art. 23) e competências legislativas (também organizadas entre competência privativa da União, conforme art. 22 e competências concorrentes, nos termos do art. 24). A lógica que norteia tal divisão é pensada de forma a evitar a sobreposição de competências e, desta forma, os próprios conflitos federativos. Para REINHOLD ZIPPELIUS:

“O Estado federal é uma união de Estados de natureza tal que também a própria associação organizada de Estados (ou seja, a federação) reveste a qualidade de Estado. Tenta-se enquadrar a

<sup>16</sup> TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1995. p. 68.

<sup>17</sup> Neste sentido: “A Federação gira em torno da Constituição Federal, que é o seu fundamento jurídico e instrumento regulador” (MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1786).

<sup>18</sup> “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado”;

relação entre federação e Estados membros num esquema, distinguindo-se ora dois ou três elementos. Uns defendem que no Estado federal existem os Estados membros e o Estado global; enquanto os outros dizem que no Estado federal estão reunidos o Estado global, os Estados membros e o Estado central (Nawiasky III, 158 ss.). Na verdade, a totalidade das competências do Estado global é assumida em parte pelos órgãos dos Estados membros e em parte pelos órgãos centrais da associação organizada dos Estados, não sendo possível materializar, num Estado central separado, as competências dos puros órgãos centrais. A distribuição das competências no Estado federal é equilibrada por forma a que nem os órgãos centrais da federação, nem os órgãos dos Estados membros possuem, por si sós, a supremacia das competências.”<sup>19</sup>

Por outro lado, não se deve confundir o conceito de Federação com o da União, em lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Estado Federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público Internacional. A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno.”<sup>20</sup>

Assim, via de regra, há correspondência entre as competências administrativas e legislativas. A título de exemplo, compete à União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais (art. 21, XXVI), bem como compete legislar privativamente sobre proteção e tratamento de dados pessoais (art. 22, XXX). Da mesma forma, é competência comum da União, Estados e Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (art. 23, V), bem como há competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 24, IX), bem como se atribui ao Município competência para legislar sobre

<sup>19</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 510.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 102.



assuntos de interesse local e complementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, I e II).

Contudo, seja em razão da complexidade e dinamicidade das relações jurídicas modernas, seja em razão da própria evolução da sociedade (cujo ordenamento jurídico é expressão última), não raro acabam levando a um duvidoso exercício de competência legislativa, que acaba por ser objeto de impugnação a ser decidida pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse confronto ocorreu justamente quando, em sede do da pandemia mundial de covid-19, alguns Estados (como Bahia, Maranhão, Ceará, Pará e Rio de Janeiro) editaram leis que determinavam que fosse aplicado descontos nas mensalidades escolares, sustentando se tratar de lei que veiculava competência para legislar sobre consumo e educação. Todas as leis foram objeto de Ações de Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal federal, cujas conclusões serão aqui analisadas.

## **2. A EDIÇÃO DE LEIS ESTADUAIS E A REPERCUSSÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

As leis estaduais em comento, sob o fundamento de legislar sobre direito do consumidor e educação, estabeleciam obrigatoriedade em se conceder descontos lineares nas mensalidades escolares, o que levou à impugnação, através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, das referidas normas, assim divididas: ADI 6.575 (Bahia), 6.423 (Ceará), 6.435 (Maranhão), 6.445 (Pará) e 6.448 (Rio de Janeiro).

As ações foram manejadas pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), nos termos da legitimidade prevista no art. 103, IX, da Constituição Federal<sup>21</sup>, que alegou, dentre outras matérias, a invasão de competência constitucionalmente atribuída privativamente à União (direito civil, nos termos do art. 22,

---

<sup>21</sup> "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

I, da CF/88) e violação à livre iniciativa, princípio veiculado como fundamento da República (art. 1º, IV, da CF/88<sup>22</sup>) e da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF/88<sup>23</sup>).

As ADIs 6.575, 6.423 e 6.435 foram julgadas em conjunto na data de 21/12/2020 e, sob a relatoria do ministro Edson Fachin e voto vencedor do ministro Alexandre de Moraes (ADI 6.575) e relatoria do ministro Alexandre de Moraes (ADIs 6.423 e 6.435), receberam a mesma ementa:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 14.279/2020 DO ESTADO DA BAHIA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA E PROPORCIONAL DAS MENSALIDADES NA REDE PARTICULAR DE ENSINO EM DECORRÊNCIA DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE CARÁTER TEMPORÁRIO PARA ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DO CORONAVÍRUS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL (ART. 22, I, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA.

1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse.

2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I).

---

<sup>22</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

<sup>23</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

3. A Lei 14.279/2020 do Estado da Bahia, ao determinar a redução obrigatória e proporcional das mensalidades na rede particular de ensino, em decorrência das medidas restritivas de caráter temporário para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, viola a competência da União para legislar sobre Direito Civil (art. 22, I, CF), por se tratar de norma abstrata sobre direito civil, afastando-se da competência concorrente dos estados para editar normas sobre responsabilidade por danos aos consumidores (art. 24, V, CF).

4. Efeitos jurídicos da Pandemia COVID-19 sobre os negócios jurídicos privados, inclusive decorrentes de relações de consumo, foram tratados pela Lei 14.010/2020, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), reduzindo o espaço de competência complementar dos Estados, ausente previsão geral de modificação dos contratos de prestação de serviços educacionais.

4. Ação direta julgada procedente.”

(ADI 6575, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 11-02-2021 PUBLIC 12-02-2021)

Apesar de haver declaração de inconstitucionalidade formal, o voto do relator originário, ministro Edson Fachin, apontava para a constitucionalidade da norma, pois não haveria violação da competência legislativa da União e nem da livre iniciativa. O voto teve como proposição a seguinte ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM JULGAMENTO DE MÉRITO. LEI ESTADUAL. PANDEMIA. COVID. REDUÇÃO DE MENSALIDADES ESCOLARES. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. DIREITO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LIVRE INICIATIVA. CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. IMPROCEDENTE.

1. Proposta de conversão da análise da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando que a presente ação direta encontra-se devidamente instruída.

2. Repartir competências compreende compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB) e objetivos (art. 3º, da CRFB) da República.

3. Conquanto seja a União competente privativamente para legislar sobre direito civil (CRFB, art. 22, I), é preciso reconhecer, por outro lado, que aos Estados e ao Distrito Federal é dada a competência para legislar sobre relações de consumo em geral, não havendo no caso expressa vedação para a atuação dos entes federados (clear statement rule). Ausência de inconstitucionalidade formal. Precedentes.

4. A livre iniciativa, embora seja um fundamento da ordem econômica, não é o único, e deve sempre ser conformado com outros princípios, entre os quais a defesa do consumidor (CRFB, art. 170). Precedente: ADI 3874, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2019.

5. Pedido julgado improcedente.”

Contudo, o voto vencedor e divergente levou à conclusão de que as normas em questão são inconstitucionais por terem invadido seara cuja competência legislativa é privativa da União (direito civil), uma vez que as leis teriam se imiscuído indevidamente nas relações contratuais travadas entre as redes de ensino e seus clientes. Assim, divergiu apenas em relação à conclusão da inconstitucionalidade formal, entendendo que a norma seria materialmente constitucional. Assim pontuou o ministro Alexandre de Moraes:

“Peço vênica para divergir do eminente relator em relação ao mérito.

Para o caso sob exame, cumpre verificar se o Estado da Bahia poderia, legitimamente, à luz das normas de distribuição de competências legislativas estatuídas na Constituição Federal, disciplinar o conteúdo posto na norma impugnada.

(...)

Assim, a lei estadual em questão regula matéria atinente ao direito civil, pois determina uma modificação de elemento essencial do contrato a partir de uma externalidade, de forma similar ao comando dos arts. 478 a 480 do Código Civil (resolução ou modificação das obrigações contratuais por onerosidade excessiva decorrente de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis), de forma abstrata e presumindo-se o prejuízo dos contratantes consumidores e um ganho ilícito por parte dos fornecedores.

(...)

Tem-se, assim, concorrentemente, a existência de lei federal geral a respeito dos efeitos jurídicos da Pandemia COVID-19 nas relações de direito privado, com normas específicas sobre relações de consumo, sem prever a modificação do preço de contratos de prestação de serviços educacionais ou qualquer outro, e a inexistência de competência legislativa dos Estados a respeito de relações contratuais, pois de direito civil.

Diante do exposto, DIVIRJO do relator para julgar PROCEDENTE o pedido, declarando a inconstitucionalidade formal da Lei 14.279/2020 do Estado da Bahia.”

Nesse sentido, considerando que só foi declarada inconstitucionalidade formal por vício orgânico, seria legítimo considerar que a União, detentora da competência legislativa sobre direito civil, poderia, em tese, determinar a incidência de desconto linear sobre as mensalidades escolares.

Registra-se que, nos bojos destas ações, o ministro Dias Toffoli reconheceu, em voto isolado, violação à livre iniciativa, ou seja, a inconstitucionalidade material das normas, nos seguintes termos:

“De outra banda, também vislumbro na norma impugnada vício de inconstitucionalidade material, por contrariedade à livre iniciativa.

Refiro-me a um fundamento da República (art. 1º, inciso IV da CF/88) e da ordem econômica (art. 170, caput, da CF/88) que se relaciona com as demais liberdades fomentadas pela Constituição de 1988, como corolário da autonomia individual, manifesta na liberdade negocial e na liberdade contratual. Não se trata, porém, de liberdades absolutas, eis que devem coadunar-se com outros fundamentos

posicionados em patamar equivalente pelo constituinte, em defesa dos quais seria cabível uma ingerência estatal.

Há, portanto, situações em que a intervenção do Estado no domínio econômico se mostra legítima, no sentido de salvaguardar outros princípios constitucionais tão relevantes quanto o da livre iniciativa e que devem orientar o comportamento dos agentes estatais e privados em suas atividades, a exemplo da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da função social da propriedade.

Tenho, todavia, não ser o caso dos autos.

Em que pese o nobre intuito, o legislador baiano invadiu indevidamente o espaço da liberdade de iniciativa, na medida em que impôs uma redução na receita das instituições de ensino do estado, sem qualquer contrapartida e de forma anti-isonômica, já que atribuiu especificamente ao setor da educação privada o dever de compensar os prejuízos experimentados pelos particulares em razão da pandemia.

Não se desconsidera que o acesso à educação e a defesa do consumidor são direitos com estatura constitucional e que podem ensejar uma intervenção do Poder Público, caso o comportamento da iniciativa privada importe em obstrução a seu exercício.

Entretanto, na espécie, a edição da lei impugnada está atrelada a fatores externos à atividade econômica afetada, quais sejam, os efeitos de uma emergência internacional de saúde, os quais atingiram tanto pessoas físicas como jurídicas e cuja obrigação de mitigação não pode ser transferida a um ou outro agente privado.

(...)

Verifica-se, portanto, que houve uma intervenção desproporcional do Estado da Bahia em relações privadas que encontram amparo na legislação civil.

Ante o exposto, divirjo do Relator e voto pela procedência integral do pedido formulado na ADI nº 6.575 para se declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 14.279/20 do Estado da Bahia.”

Ocorre que, na adi 6.445/PA, julgada em 31/05/2021, houve um recalibramento do entendimento do Supremo Tribunal Federal justamente porque o voto vencedor foi proferido pelo ministro Dias Toffoli que, convencendo a maioria do plenário, conduziu a Corte Constitucional a declarar inconstitucionalidade formal e material da lei paraense.

O julgamento terminou com um placar de 8x3 a favor da declaração da inconstitucionalidade, contudo os ministros Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes reconheceram apenas a inconstitucionalidade formal. O Supremo Tribunal Federal fixou os seguintes termos:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.065, de 28 de maio de 2020, do Estado do Pará. Redução das mensalidades devidas aos estabelecimentos da rede privada de ensino durante a crise sanitária decorrente do novo coronavírus. Matéria ínsita ao Direito Civil. Inconstitucionalidade formal de lei estadual. Competência da União para legislar sobre a matéria. Intervenção indevida do Estado no domínio econômico. Inconstitucionalidade material. Violação do princípio da livre iniciativa. Ação direta julgada procedente.

1. A lei paraense dispõe sobre os termos em que serão descontados valores nas contraprestações pactuadas entre as instituições de ensino e os estudantes, ou quem os represente, não consistindo, portanto, em típica disciplina acerca da proteção do consumidor contra eventuais ações abusivas por parte dos prestadores de serviços educacionais. A temática da lei não tem, portanto, teor nitidamente consumerista.

2. A lei em comento interfere na essência do contrato, de forma a suspender a vigência de cláusulas contratuais que se inserem no âmbito da normalidade dos negócios jurídicos onerosos, matéria ínsita ao Direito Civil, sobre a qual compete à União legislar.

3. Ademais, o legislador paraense invadiu indevidamente o espaço da liberdade de iniciativa, na medida em que impôs uma redução de receita às instituições de ensino do estado, sem qualquer contrapartida e de forma anti-isonômica, já que atribuiu especificamente ao setor da educação privada o dever de compensar os prejuízos experimentados pelos particulares em razão da pandemia, sendo certo, ainda, que a estipulação de descontos lineares não necessariamente importa em benefício para os usuários do sistema de ensino, pois retira das partes contratantes a

capacidade de negociar formas de pagamento que se adéquem à especificidade de cada situação.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 6445, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 16-08-2021 PUBLIC 17-08-2021)

Nota-se, portanto, que o julgamento acima assenta entendimento relevantíssimo no âmbito da Federação, na medida em que acena para a própria impossibilidade da União, utilizando-se da competência legislativa privativa sobre direito civil, editar normas que imponham descontos nas mensalidades escolares, uma vez que representaria medida violadora da livre iniciativa, nos termos do voto condutor, que assim fixou:

“Ainda que se pudesse argumentar que se trata de lei editada no exercício da competência legislativa concorrente, por tangenciar questão relacionada à proteção do consumidor, ainda assim, não se chegaria à conclusão da constitucionalidade da norma.

Com efeito, ao mesmo tempo que dispõe sobre a competência legislativa concorrente entre a União e os estados-membros, prevê o art. 24 da Carta de 1988, em seus parágrafos, duas situações em que compete ao estado-membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art. 24, não encontra limites na norma federal geral; e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo ao estado a respectiva suplementação, a fim de adequar as prescrições a suas particularidades locais.

(...)

Analisada a questão sob o pálio da competência concorrente, vê-se que a União exerceu a competência para estabelecer normas gerais no âmbito da defesa do consumidor, como se extrai da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, no qual consta ser direito básico “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, inciso V).

Nesse sentido, a lei do Estado do Pará vai de encontro ao regramento federal acerca da revisão de cláusulas contratuais no âmbito



consumerista, pois tolheu a possibilidade de revisão de cada contrato de prestação de serviços educacionais ao estabelecer a obrigatoriedade de desconto nas mensalidades de forma indistinta.

(...)

De outra banda, também vislumbro, na norma impugnada, vício de inconstitucionalidade material, por contrariedade à livre iniciativa.

Refiro-me a um fundamento da República (art. 1º, inciso IV, da CF/88) e da ordem econômica (art. 170, caput, da CF/88) que se relaciona com as demais liberdades fomentadas pela Constituição de 1988, enquanto corolário da autonomia individual, manifesta na liberdade negocial e na liberdade contratual. Não se trata, porém, de liberdades absolutas, eis que devem se coadunar com outros fundamentos posicionados em patamar equivalente pelo constituinte, em defesa dos quais seria cabível uma ingerência estatal.

(...)

Em que pese seu nobre intuito, o legislador paraense invadiu indevidamente o espaço da liberdade de iniciativa, na medida em que impôs uma redução na receita das instituições privadas de ensino do estado sem qualquer contrapartida e de forma anti-isonômica, já que atribuiu especificamente ao setor da educação privada o dever de compensar os prejuízos experimentados pelos particulares em razão da pandemia.

Não se desconsidera que o acesso à educação e a defesa do consumidor são direitos com estatura constitucional e que podem ensejar uma intervenção do Poder Público caso o comportamento da iniciativa privada importe em obstrução a seu exercício.

Entretanto, na espécie, a edição da lei impugnada está atrelada a fatores externos à atividade econômica afetada, quais sejam, os efeitos de uma emergência internacional de saúde, os quais atingiram tanto pessoas físicas como jurídicas e cuja obrigação de mitigação não pode ser transferida a um ou outro agente privado.

(...)

Cabe mencionar novamente o julgamento da ADI nº 6.484, no qual, repito, deliberou-se acerca da validade de lei estadual que suspendeu a cobrança das consignações voluntárias contratadas por servidores públicos pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, no intuito de amenizar a crise causada pela pandemia de COVID-19.

Naquele caso, além de reconhecer a inconstitucionalidade formal da lei, este Plenário também a considerou materialmente inconstitucional, por interferir de forma desproporcional em relações contratuais regularmente constituídas.

Reitero que, por louvável que seja a iniciativa do Estado do Pará, a estipulação de descontos lineares não necessariamente importa em benefício aos usuários do sistema de ensino, pois retira das partes contratantes a capacidade de negociar formas de pagamento que se adéquem à situação de cada um.

Isso porque a norma interveio indistintamente em todos os contratos do estado, colocando em situação desproporcionalmente favorável aqueles que não observaram decréscimo remuneratório em decorrência da pandemia e prejudicando, ainda mais, aqueles que, por circunstâncias pessoais, precisariam de descontos maiores nas mensalidades.

Com efeito, é possível que os contratantes dos serviços educacionais tenham sido atingidos pelos efeitos econômicos da pandemia em diferentes graus. Poderá haver situações em que os responsáveis pelo custeio da própria educação ou de dependente não tenham sofrido qualquer diminuição em sua renda ou situações em que ambos os provedores, ou o provedor, caso haja apenas um, tenham perdido seus empregos.

É possível, também, que haja escolas do sistema privado com maiores provisões, enquanto outras tenham, inclusive, de contar com benefícios governamentais.

Ademais, ao estipular cortes na receita de todas as instituições de ensino da rede privada do estado, não se está a considerar as peculiaridades de cada uma, sendo certo que, desde o início da pandemia, tem sido observado um esforço para a adaptação das aulas a plataformas digitais em todo o país, o que pode demandar

investimento em tecnologia e acarretar aumento de custos, em vez de sua diminuição, como presumiu o legislador estadual.

As situações são múltiplas, plurais e inviáveis de serem tratadas de modo uniforme pela lei estadual, sob pena de se lesarem, ainda mais, os destinatários a que a lei pretende atender.

Verifica-se, portanto, que houve uma intervenção desproporcional do Estado do Pará em relações privadas que encontram amparo na legislação civil, pelo que resta evidenciada a inconstitucionalidade material da Lei nº 9.065/2020 do Estado do Pará.

Pelo exposto, voto pela procedência integral do pedido formulado na ADI nº 6.445, declarando-se a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº Lei nº 9.065/2020 do Estado do Pará.”

Portanto, a lei paraense foi declarada formal e materialmente inconstitucional, nos termos do voto do ministro Dias Toffoli. Contudo, em julgamento da adi 6.448/RJ, o Supremo Tribunal Federal, termos do voto do ministro Ricardo Lewandowski, declarou apenas a inconstitucionalidade formal da referida norma, sem apreciação da seara material, em que pese ter havido tal alegação. Vejamos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.864/2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DAS MENSALIDADES NA REDE PRIVADA DE ENSINO DURANTE O PLANO DE CONTINGÊNCIA DO NOVO CORONAVÍRUS. FEDERALISMO. REGRAS DE COMPETÊNCIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL. ART. 22, I, DA CF. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. PREJUDICADO EXAME DO PEDIDO CAUTELAR.

I - Como a presente ação direta encontra-se devidamente instruída e tendo em vista a economia e a eficiência processual, fica convertida a análise da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito.

II - É característica do Estado Federal a repartição de competências entre os entes políticos que o compõem, de modo a preservar a diversidade sem prejuízo da unidade da associação.

III – O ato normativo questionado, ao impor a redução das mensalidades na rede privada de ensino durante o Plano de Contingência do novo Coronavírus, adentrou na competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal, para legislar sobre direito civil.

IV – O Plenário consolidou o mesmo entendimento por ocasião dos recentes julgamentos das ADIs 6.423/CE, 6.435/MA e 6.445/PA.

IV – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.864/2020 do Estado do Rio de Janeiro.”

(ADI 6448, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 13-10-2021 PUBLIC 14-10-2021)

Inclusive, no caso, foi mencionada a adi 6.445/PA, sem haver, *data vênia*, acurácia em relação aos seus termos. Importante mencionar que o voto vencedor chega a mencionar, em seu relatório, a alegação de violação material, entretanto não chega a analisá-la, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade formal da norma. Vejamos:

“Na espécie, busca-se, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da Lei carioca 8.864/2020, ao fundamento de que teria invadido competência privativa da União para legislar sobre direito civil, bem como ofendido a livre iniciativa, a proporcionalidade e a autonomia universitária.

(...)

Não é difícil constatar, a meu ver, que o referido diploma normativo dispõe sobre contratos de prestação de serviços escolares ou educacionais privados.

A Lei estadual, ao impor a redução das mensalidades na rede privada de ensino durante a vigência do estado de calamidade pública decretado em razão da pandemia do coronavírus, adentrou na competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal, para legislar sobre direito civil.

(...)

Na espécie, compreendo aplicáveis os mesmos fundamentos expendidos nos julgamentos das ADIs 6.423/CE, 6.435/MA e 6.445/PA, de maneira a assentar que o Estado do Rio de Janeiro não poderia substituir-se à União para determinar redução das mensalidades na rede privada de ensino, ainda que mediante lei estadual e em período tão gravoso, como o do atual surto do novo coronavírus, que atinge a todos indiscriminadamente.

Isso posto, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.864/2020 do Estado do Rio de Janeiro.”

Em que pese a omissão constatada (já que não há julgamento positivo ou negativo acerca da inconstitucionalidade material suscitada), tal decisão não foi objeto de embargos de declaração para integralizar este ponto do acórdão, tendo transitado em julgado da forma como descrito no acórdão, onde se analisou tão somente a inconstitucionalidade formal.

Apesar do resultado do julgamento ainda extirpar do ordenamento jurídico o referido diploma normativo, há uma diferença gigante entre considerar ou não a norma materialmente constitucional, na medida em que, conforme já apontado, a constitucionalidade poderia indicar que a União poderia, em tese, impor os descontos nas mensalidades escolares.

### **3. CONCLUSÃO**

As competências constitucionais administrativas e legislativas restam distribuídas de forma a intensificar e preservar o pacto federativo, cuja identidade foi reforçada com o advento da Constituição Federal de 1988.

Contudo, em que pese a interpretação favorável pela descentralização de poder, em acompanhamento à própria formação da federação brasileira (por desagregação), os Entes não podem, a pretexto de exercício de competência legislativa, se imiscuir em matérias que demandam uniformidade de tratamento nacional, como o é a questão dos contratos escolares.

Nessa medida, o Supremo Tribunal Federal declarou que invade a competência legislativa da União a edição de normas estaduais que estipulem a implementação de desconto nas mensalidades escolares. Contudo, ao se limitar a essa declaração de inconstitucionalidade formal, haveria, em tese, possibilidade da União em editar tais normas.

Por outro lado, em sede do julgamento da adi 6.445/PA, firmou-se maioria para declarar que as normais em tela também veiculam fundamentos materialmente inconstitucionais, na medida em que violam o princípio da livre iniciativa, que é tanto fundamento da República como vetor da ordem social. Assim, restaria soterrada a possibilidade até mesmo da União em editar normas que viessem a intervir diretamente em contratos escolares.

Por fim, deve-se ficar atento para o julgamento da adi 6.448/RJ que, em que pese fazer referência à *ratio decidendi* veiculada na adi 6.445/PA, acabou por ser omissa na análise da alegação de inconstitucionalidade material da referida norma, o que pode implicar em uma futura reanálise da matéria no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10ª ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 de Outubro de 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É inconstitucional lei estadual que reduziu o valor das mensalidades escolares durante a pandemia da Covid-19**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2d5d4cf93ccf992b3fe617b32b8296a3>>. Acesso em: 03 de Outubro de 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RAMOS, Paulo Barbosa Ramos. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 11<sup>a</sup> ed., 1995.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3<sup>a</sup> edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

## **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CONTRIBUINDO PARA O TRATAMENTO DIGNO DOS ACUSADOS E O SEU REFLEXO SOBRE AS PRISÕES BRASILEIRAS**

**ISABELLA BRITO DE CARVALHO:**  
Bacharelada no Curso de Direito do  
Instituto de Ensino Superior do Sul do  
Maranhão (IESMA/UNISULMA)

TANIRA ALVES NOVAES DE OLIVEIRA  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de estudar e refletir sobre a legalidade das audiências de custódia e entender a sua forma de realização na prática processual brasileira. O estudo trata do problema do sistema carcerário, causado pela superlotação e o quanto isso tem demonstrado a aceitação da audiência de custódia nos tribunais. Do ponto de vista metodológico, o trabalho realizou uma reflexão sobre o assunto, através de uma compilação bibliográfica de Leis, posições doutrinárias e jurisprudências. O artigo está dividido em três capítulos. No início, a pesquisa se desdobra destacando a conceituação e os primeiros registros das audiências de custódia em nível nacional e internacional. O segundo capítulo trata da análise da constitucionalidade do artigo, dada a falta de previsão legal no ordenamento jurídico nacional. Por fim, pondera-se sobre o processo de audiência de custódia, considerando os problemas carcerários do Brasil. Conclui-se que a instituição foi uma solução rápida na tentativa de resolver o problema citado no país, embora ainda exista oposição de alguns doutrinadores, magistrados e de parte da sociedade em geral.

**Palavras-chave:** Audiência Custódia. Sistema penitenciário. Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** This article aims to study and reflect on the legality of custody hearings, and to understand how they are carried out in Brazilian procedural practice. The study deals with the problem of the prison system, caused by overcrowding and how much this has shown the acceptance of the custody hearing in the courts. From a methodological point of view, the work will reflect on the subject, through a bibliographic compilation of Laws, doctrinal and jurisprudential positions. The monograph is divided into three chapters. At the beginning, the research unfolds highlighting the conceptualization and the first records of custody hearings at national and international levels. The second chapter deals with the analysis of the constitutionality of the article, given the lack of legal provision in the national legal system. Finally, the custody hearing process is considered, considering the prison problems in Brazil. It concludes that the institution was a quick solution in an attempt to solve the prison problem in Brazil, although there is still opposition from some scholars, magistrates and the public.



**Keywords:** Custody hearing, Penitentiary system, Constitutionality.

## 1. INTRODUÇÃO

O contínuo crescimento da população carcerária brasileira afetou tanto a estrutura das prisões e o funcionamento do Judiciário do país. Sob esse ponto de vista, a audiência de custódia ganhou mais força, para adentrar no país, como forma de solucionar e folgar as cadeias do Brasil, que albergam, em sua maioria, prisioneiros temporários.

Este estudo teve como objetivo estimular a reflexão sobre a validade da audiência de custódia sobre o prisma constitucional e entender a forma de sua realização no sistema processual brasileiro, uma vez que foi desenvolvido com a finalidade da garantia ao tratamento digno do acusado, diante de questões sociais e penais que se mostraram como problemática para o estudo em questão, verificar se a imediata apresentação do preso ao juiz, com a finalidade de diminuir as prisões ilegais, tem se efetivado com a audiência de custódia.

Através do problema, foi possível traçar duas hipóteses: a primeira é que a efetivação da Audiência de custódia põe em prática o direito que todo cidadão tem de ser conduzido, o mais rápido possível, à presença de um juiz para que no momento do ato se faça cessar casos de maus tratos ou de tortura e, também, para que se requeira um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. A segunda é que a célere apresentação tem diminuído o encarceramento sem controle que ocorre no nosso país, alterando, dessa forma, a mera entrega do auto de prisão ao juiz, e colocando o preso frente a frente com a autoridade judiciária.

Nesse sentido, o objetivo geral do estudo é analisar o impacto que a audiência de custódia teve no ordenamento jurídico em âmbito constitucional, verificando se os direitos fundamentais serão respeitados com a implementação da referida audiência, e se as regras para a sua efetivação estarão sendo cumpridas à risca. E os objetivos específicos do presente artigo consiste em descrever a audiência de custódia com o objetivo de conceituá-la, verificar a audiência de custódia sob o ângulo constitucional e analisar o instituto da audiência de custódia no sistema prisional brasileiro.

Assim, o primeiro capítulo aduz sobre o conceito da audiência de custódia, seus propósitos e evolução histórica em nível internacional até sua inclusão na República Federativa do Brasil. A pesquisa histórica, baseada em acordos internacionais, e o conceito doutrinário se fizeram necessários para que o entendimento da audiência seja mais amplo.

O segundo capítulo trata da ausência de disposição geral da audiência mencionada acima na lei brasileira, confirmando a existência apenas em acordos

internacionais de que o país é signatário. Se trata quanto à eficácia e procedimento e formalidades que devam ser seguidos na audiência de custódia no Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo trata da análise do ambiente prisional, superlotação, desrespeito à dignidade do acusado e o impacto disso para a implantação da audiência de custódia de maneira urgente. Lidar com diferentes perspectivas de profissionais do direito e resistência pública, baseada em afrontar a segurança pública com o desprezo da ação da polícia.

As pessoas estão sendo com grande frequência refém de criminosos e, como resultado, as ações policiais aumentam muito o número de pessoas presas. Desta forma, a audiência da custódia solicita um estudo aprofundado, devido à ausência de uma disposição legal e a execução nos tribunais nacionais é norteada pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, o que produz muitas críticas e, por outro lado, apoiantes.

Como procedimento, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, realizada em sites sobre o tema acima e artigos científicos disponíveis online, em paralelo com estudiosos que se referem à implementação deste projeto e o que está disposto na legislação brasileira sobre o assunto mencionado acima.

A abordagem é qualitativa, pois teve uma necessidade de intervir de uma forma interpretativa e direta na análise dos fatos expressos. O objetivo deste projeto foi utilizar a pesquisa descritiva, pois se mostrou o início da audiência de custódia e seus pontos relevantes para o sistema jurídico e para a coletividade.

A pesquisa produzida espera contribuir para a melhor compreensão do assunto discutido, que mostra realidades tanto emergentes como atuais, como posições doutrinárias e jurisprudenciais importantes, para ser usado quanto a prática da lei em relação sistema judiciário. O tema abordado é importante para esclarecer as normas das audiências de custódia e sua aplicação para manter a segurança pública.

## **2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ASPECTOS GERAIS**

A Audiência de Custódia, como explica Elcio Arruda (2017), se baseia na ideia de que o preso foi apresentado a uma autoridade judiciária competente, apresentação essa em que também estarão presentes: um membro do Ministério Público, da Defensoria Pública ou o advogado e o preso. Durante a referida audiência, o magistrado investigará a prisão sob o aspecto jurídico, da necessidade, da concordância com a prisão ou libertação, ou se serão impostas outras medidas cautelares, e também pode examinar possíveis incidentes de tortura ou abuso, entre outras irregularidades.

### **2.1 Conceito**

As audiências de custódia estão há muito tempo nos tratados assinados pelo Brasil, mas na prática apenas se implementou no Brasil sob a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no dia 15 de dezembro de 2015, que estipula que todos que são presos em flagrante devem ser apresentados à autoridade judiciária competente no prazo máximo de 24 horas (vinte e quatro horas).

Neste sentido, a audiência de custódia consiste:

[...] na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim, como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado (PAIVA, 2015, p. 31).

O autor acima ressalta a necessidade de audiências de custódia lidarem com as questões inerentes às circunstâncias em que a prisão ocorreu, questão para que as autoridades judiciárias possam analisar a legalidade e se certificar de que a injustiça não aconteça, porque, afinal, a liberdade é uma coisa preciosa.

O instituto mencionado está previsto no direito internacional, em dois tratados internacionais em particular, sendo eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecido como Pacto San Jose Costa Rica, e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (IPDCP) (CANINEU, 2013).

A República Federativa do Brasil em sua Constituição, dispõe sobre a recepção dos dispositivos normativos dos tratados de Direito internacional sobre direitos humanos dos quais o país é parte. A Constituição Federal de 1988, ao implementar essa fusão, atribuiu ao direito internacional particularidades e requisitos diferenciados, ou seja, um valor normativo constitucional (PIOVESAN, 1996).

Portanto, é imprescindível inserir imediatamente no ordenamento jurídico do país. Ressalte-se que as audiências de custódia têm previsões na CADH, da qual o Brasil é signatário, que podem ser encontradas em seu artigo 7<sup>a</sup>, item 5:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer

funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CADH, 1969).

Apesar de décadas em nosso ordenamento jurídico, e estar incluso em tratados que o Brasil assinou, são pouco utilizados e conhecidos, e a audiência de custódia também é usada para manter o controle e a dignidade humana, para que não haja erros que possam prejudicar a pessoa do acusado, as pessoas e o Estado.

O conceito dado à audiência de custódia é estrito e está ligado à sua finalidade, e não pode ser reduzido a um mero conceito de "audiência de apresentação", diante de suas disposições em tratados internacionais de direitos humanos, mencionado anteriormente, justifica-se apenas no poder de usar a prisão como instrumento de controle judicial imediato a prisão flagrancial (PAIVA, 2018).

Por fim, enfatiza o princípio da intervenção mínima do estado, em que o direito penal deve ser usado apenas como último recurso, em que o resultado inclui uma possível prisão como última forma de punição (GONÇALVES, 2017). Por isso, a audiência de custódia veio para proteger o caráter humano e social da prisão de ser usado em *ultima ratio* (LOPES JR.; PAIVA, 2014).

Dado que a audiência de detenção é o momento em que o juiz confirma a necessidade de manutenção da prisão, convertendo-a em prisão preventiva; ou optando por usar medidas cautelares alternativas à prisão; ou liberar a prisão em flagrante que foi contemplada ilegal; ou, se for o caso, deter suspeito de crime, para ser posto em liberdade se comprovado que não existem requisitos de prisão preventiva (FERREIRA JR., 2017).

## **2.2 Finalidade da audiência de custódia segundo os tratados internacionais**

O benefício básico e principal de uma audiência de custódia é o ajuste do processo penal brasileiro frente às convenções internacionais de direitos humanos. Levando em consideração que a audiência de custódia está relacionada ao trabalho de mitigação do encarceramento em massa no país, com reunião do juiz e do preso, superando a chamada "limitação ao papel" evidenciada no artigo 306, § 1º do CPP, que equivale ao mero envio do mandado de prisão flagrante delito ao magistrado (LOPES JR.; PAIVA, 2014).

A legislação brasileira vigente prevê o envio de cópia do auto de prisão em flagrante para um juiz competente para verificar a legalidade e a necessidade desta prisão. No entanto, essa configuração comum tem se mostrado inadequada em relação ao controle efetivo da lei e a necessidade de prisão provisória, e não estar ciente da possível execução de violência ou não respeitar os direitos da pessoa sob custódia. Uma audiência de

custódia adianta o contato do preso e o magistrado, começando antes para que isso não aconteça após meses na prisão, geralmente no dia do julgamento (RJC, 2013).

Preocupações com a prática de tortura em delegacias de polícia e presídios estão também no campo internacional. Tanto que as previsões legais internacionais se deparam repetidamente com esse mesmo tema, o que mostra repetidas violações dos direitos humanos da pessoa da qual esses direitos estão sendo violados tanto no campo da investigação policial até na fase de cumprimento de pena (DPU, 2015).

Dessa forma, determina o manual de Audiência de Custódia redigido pela Defensoria Pública da União:

Além do objetivo precípua de diminuir a invisibilidade da pessoa em situação de prisão, aumentar os mecanismos de controle e combate às ofensas à integridade pessoal (física e psíquica) e sensibilização do judiciário para tentativa de aplicação das alternativas à prisão provisória, com redução do superencarceramento (que atualmente tem crescido em escala industrial), a audiência de custódia também serve para alertar ao (a) Defensor(a) sobre contextos específicos de vulnerabilidade, que merecem um monitoramento de perto, em caso de decretação da prisão preventiva (DPU, 2015).

Os Argumentos e fatores que fortalecem quem apoia o projeto das audiências de custódia, além da tortura relacionada aos maus-tratos de prisioneiros. Vale destacar também que a prisão é utilizada como instrumento de repressão, que se manifesta em um caráter opressivo e vingativo, diferente do que a lei sugere, que é a cautelaridade (ESTEVEZ; FURTADO, 2015).

Uma cultura do aprisionamento e opressão é internalizada nos procedimentos criminais, que a maioria dos detidos permanecem na prisão após audiência de custódia (RESK, 2017).

Consoante expõe Felipe Resk (2017):

Com objetivo de desafogar os presídios brasileiros, as audiências de custódia têm convertido a maioria dos flagrantes em prisão preventiva, em vez de conceder liberdade. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que em 18 das 27 unidades federativas do Brasil os juízes decidem prender mais do que soltar. Com prisões abaixo da média nacional, São Paulo conseguiu frear o aumento da população carcerária – apesar de o programa não ser

adotado em todo o Estado. [...] Foram realizadas 174.242 audiências de custódia no Brasil até dezembro de 2016, segundo o CNJ. Em 93.734 dos casos, ou 53,8%, o suspeito foi encaminhado para uma unidade prisional, após o flagrante ser convertido em prisão preventiva. A análise Estado por Estado aponta que, em 2/3 das unidades federativas, o encarceramento supera o número de solturas.

Portanto, progressos significativos foram feitos para ficar em conformidade com os tratados Internacionais, com a legalização e a incorporação das audiências de custódia no país, uma vez que se trata de um direito fundamental necessário e importante, como para resguardar os princípios da dignidade humana, ampla defesa e devido processo legal. Dessa forma, cumpre seu propósito de remover as ilegalidades das prisões em flagrante, em relação aos maus-tratos na fase investigativa, porém não atingiu plenamente o objetivo de reduzir o encarceramento em massa (FIORILO, 2018).

### **3.CONSTITUCIONALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe um desenvolvimento significativo na direção certa sobre os direitos e as garantias fundamentais, porém não incluiu em sua previsão a apresentação do um preso logo após a sua prisão às autoridades judiciárias. Logo se tira de seu artigo 5º inciso LXII que "a prisão de qualquer pessoa e local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada". O constituinte entendeu a necessidade de controle da legalidade da prisão realizada, que é regida pelo artigo 306º do Código de Processo Penal, mediante simples notificação da prisão em Flagrante delito no foro competente, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

O Código de Processo Penal do Brasil foi projetado em uma época autoritarista, porém, com o passar dos anos e o crescimento da conscientização da proteção dos direitos humanos, foi necessário desenvolver o referido diploma legal para complementá-lo. Portanto, as sucessivas mudanças, como as introduzidas pela Lei 12.403/2011, a internalização dos acordos internacionais, visando regular a persecução penal nos padrões da Carta magna (MENECHINI, 2017).

É importante lembrar que no momento autoritarista da aprovação do Código de Processo Penal, os direitos e garantias individuais não obtiveram a devida atenção, a liberdade era a última coisa que se pensava, sendo totalmente incompatível com os direitos e deveres contidos na Constituição de 1988 e tratados e convenções internacionais de direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico do país. A adequação do Código processo penal aos ordenamentos constitucionais foi importante (MENECHINI, 2017).

O CNJ emitiu a Decisão nº 213 em 15 de dezembro de 2015, entrou em vigor a partir de fevereiro de 2016, quando decidiu pela apresentação de todo preso à autoridade judiciária, no prazo de vinte e quatro horas (MARCAO, 2018). Para confirmar o que foi decidido em 20 de agosto, 2015 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, na qual o STF confirmou a constitucionalidade da ação tomada pelos tribunais da apresentação do indivíduo entregue a autoridade judiciária competente, observadas as seguintes condições:

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que 'toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz', posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada 'audiência de custódia', cuja denominação sugere-se 'audiência de apresentação'. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. (...) (STF, ADI 5.240/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, DJe 018, de 1-2-2016).

A Suprema Corte, em 9 de setembro de 2015, repetiu sua decisão da ADI nº. 5240, sobre o gozo da Ação de Descumprimento Preceito Fundamental nº 347. Dada a situação crítica do sistema prisional, estabeleceu a obrigação, em todos os tribunais nacionais, da apresentação do preso a autoridade judicial competente. Portanto, reconhecendo a

presença de irregularidades graves, generalizadas e sistemáticas violações dos direitos humanos no sistema prisional.

### **3.1 Procedimento para a realização da Audiência de custódia (segundo resolução nº 213 do CNJ)**

As audiências de custódia foram introduzidas em nível nacional de forma tardia, que alguns chamam de audiência de apresentação, olhando que seu objetivo não é a custódia do preso, mas outras negociações, como a possibilidade do relaxamento da prisão para os encarcerados em flagrante delito. Na República Federativa do Brasil, de acordo com o que foi decidido na ADPF nº 347, a audiência deverá ser feita no prazo de 24 horas (vinte e quatro) após a prisão em flagrante delito, portanto, contado a partir do momento da prisão.

No entanto, de forma diferente, a Decisão n. 213 do CNJ considera em seu artigo 1º que a partir da comunicação da prisão, irá se calcular novo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, durante o qual o preso deverá ser levado perante o magistrado. Predominando, apesar das divergências, o cálculo do prazo, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (MARCÃO, 2018).

Os requisitos da audiência de custódia estão previstos na resolução nº 213 do CNJ e a partir do art.306 do CPP e seguintes, estabelecendo os procedimentos para apresentação dos presos em flagrante ou de mandado de prisão emitido por autoridade judiciária competente. Tendo dois lados, tanto no uso de outras formas de punição, quanto no uso procedimentos para investigar alegações de tortura. Enquanto o Congresso Nacional não aprova a PLS nº 554/2011, a resolução continua sendo o melhor texto, que instrui os tribunais, mantendo-se válido até à data da aprovação da lei (MASI, 2017).

É errado dizer que a admissão na audiência de custódia é para as pessoas presas na forma de flagrante delito, porque esta não é a única previsão na resolução nº 213, como explica Menechini (2017):

Em regra, aplica-se para a hipótese de prisão em flagrante delito, mormente porque nesse tipo de prisão não há uma ordem judicial prévia. Nesse sentido caminha a redação do art. 1º da Res. 213/15 do CNJ. O artigo 13 da Res. 213/15 do CNJ, no entanto, ampliou a hipótese de realização da audiência de custódia para as pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva.

O conteúdo da resolução nº. 213 são autoexplicativos sobre o processo da audiência de apresentação, que determina a estrutura da audiência de custódia, presença de



representante do Ministério Público, o magistrado, o preso, que deve ser assistido por defesa técnica, nos termos do artigo 4º da referida resolução. Então o que não é permitido é realizar audiência sem a presença do defensor, e o juiz, caso não estiver presente um advogado e não for possível a presença de um defensor público, nomear-se um defensor ad hoc (CNJ,2015).

Confirmando, assim, o princípio constitucional da ampla defesa. Posto o que aduz o Art. 6º da resolução nº. 213, que prevê assistência prévia com o seu defensor para se ter esclarecimentos sobre o procedimento da audiência de custódia. Outro ponto importante que a audiência de custódia não será testemunhada pela polícia responsável pela prisão ou investigação dos fatos, para se atingir o objetivo fim da audiência, que é resguardar os direitos humanos (MARCÃO, 2017).

Uma vez iniciada a audiência de custódia, o juiz entrevistará o detido, preso em flagrante delito ou em qualquer espécie das prisões cautelares ou definitiva, dando-lhe informações sobre o direito de permanecer em silêncio e explicando como processo da audiência será aplicado. O magistrado fará as perguntas necessárias para poder controlar a validade e a necessidade de prisão, e para garantir que não haja violação da integridade física do suspeito por agentes do estado ou a presença de sinais de tortura ou maus tratos (MEDEIROS, 2019).

Nessa visão, vale ressaltar que não há admissão de meios probatórios em uma audiência de custódia, ou seja, proibição de se utilizar as informações colhidas na Audiência como prova contra o custodiado. É proibida claramente a atividade probatória, não devendo, portanto, o juiz entrar no mérito pois não é relevante nesse momento processual. Embora a resolução nº. 213/2015 não fale diretamente a questão mencionada acima, deixa a possibilidade de um possível pronunciamento do preso sobre o mérito que poderia ser utilizado como meio de prova na fase processual. Sendo que uma possível confissão do custodiado não é considerada uma prova irrepetível, pois a confissão pode ser revista pelo acusado no seu interrogatório na fase instrutória (PAIVA,2017).

O Conselho Nacional de Justiça define alguns procedimentos que devem ser aceitos para que a audiência de custódia seja conduzida adequadamente, nos termos da lei e de acordo com os acordos e convenções, seguindo uma cronologia adequada e certas características necessárias, como:

Prisão em flagrante; Apresentação do flagranteado à autoridade policial (Delegado de Polícia); Lavratura do auto de prisão em flagrante; Agendamento da audiência de custódia (se o flagranteado declinou nome de advogado, este deverá ser intimado da data marcada; se não informou advogado, a Defensoria Pública será

intimada); Protocolização do auto de prisão em flagrante e apresentação do autuado preso ao juiz; Entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou Defensor Público; Início da audiência de custódia, que deverá ter a participação do preso, do juiz, do membro do MP e da defesa (advogado constituído ou Defensor Público); O membro do Ministério Público manifesta-se sobre o caso; O autuado é entrevistado (são feitas perguntas a ele); A defesa manifesta-se sobre o caso; O magistrado profere uma decisão que poderá ser, dentre outras, uma das seguintes: Relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP); Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III); Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319); Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II); Análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas.

Seguem alguns dados colhidos no site do Conselho Nacional de Justiça, sobre as audiências de custódia realizadas no âmbito da república federativa do Brasil e seus resultados. As informações foram colhidas desde a implantação da audiência de custódia até o mês de fevereiro de 2021, sendo realizadas 679.639 audiências de custódia, em que 59,6 % destes casos resultaram em prisão preventiva, e 40,2% resultaram em liberdade provisória.

Enquanto foram noticiados violência e maus tratos no ato da prisão somente em 6,2% dos casos, e apenas 2,9% desses casos de maus tratos foram investigados. O Rio Grande do Sul é o estado brasileiro que possui o maior percentual de prisões preventivas após a audiência de custódia, chegando a 70,6% dos casos. Já no Estado do Amapá ocorre o inverso, o percentual de liberdade provisória é maior que o de prisões após a audiência de custódia, perfazendo 57,5 % dos casos que resultam em liberdade provisória (CNJ, 2021).

### **3.2 Resultados da Audiência de Custódia**

Em dezembro de 2014, 40,1% das pessoas no sistema prisional eram presos provisórios. Em seis anos, esse número caiu para 29,75%. A audiência de custódia pode ser apontada como um dos fatores que contribuíram para essa redução. A partir dos registros do SISTAC, é estimado que a audiência de custódia contribuiu para que o sistema prisional deixasse de receber mais de 273 mil pessoas, o que representa quase um terço da ocupação atual, fomentando uma ocupação mais racional do sistema. Estreitar a porta de entrada, evitando um aumento desordenado da ocupação, impacta não apenas aqueles

que deixam de ingressar no sistema, mas também aqueles que nele já estão inseridos, ao facilitar a gestão prisional e a garantia de direitos (CNJ, 2021).

Estima-se que as audiências de custódia geraram economia potencial aos cofres públicos de R\$ 13,7 bilhões, considerando apenas o custo de criação de novas vagas. O valor considerado por vaga para tal estimativa foi de R\$ 50 mil, uma opção conservadora a partir de informações já divulgadas pelo Tribunal de Contas da União, em 2017. Uma outra estimativa, apresentada dois anos depois pelo Depen, estimou esse custo entre R\$ 50 mil a R\$ 80 mil reais. Assim a audiência de custódia foi de grande estima ao sistema carcerário brasileiro, contribuindo tanto para a redução da população carcerária quanto para os gastos com os encarcerados (CNJ, 2021).

A audiência de custódia também colabora para a prevenção e combate à tortura e maus-tratos no ato da prisão ao permitir que o Judiciário identifique essas práticas ao entrar em contato com a pessoa presa. A partir de um acompanhamento mais próximo do Judiciário, já foram registrados pelo menos 42 mil casos de relatos de tortura ou maus-tratos e pelo menos 19 mil determinações de investigação.

Logo, se identifica a desproporcionalidade entre os relatos e as investigações, pois menos da metade dos casos de tortura são investigados, assim percebendo que em 40% dos casos os direitos humanos não estão sendo respeitados, mesmo com a apresentação do preso em vinte e quatro horas perante a autoridade judiciária. Alguns estados brasileiros, para comprovar o efetivo respeito aos direitos do acusado, enviam o exame cautelar prévio, que pode ser acessado pelo magistrado na audiência. Sendo esse uma forma de comprovar a não ocorrência de tortura e maus tratos aos acusados, essa prática é um dos desafios a serem enfrentados para se tornar realidade no país como um todo (CNJ, 2021).

#### **4. DIGNIDADE DO ACUSADO (PRESO)**

O estado do sistema prisional brasileiro, se analisado sob a perspectiva do seu desempenho, é afetado por uma crise contínua. Dentre os diversos fatores relevantes, podem ser citados: superlotação, violência e doenças contagiosas. Além, é claro, do comando das facções e das guerras entre grupos criminosos. De acordo com a última pesquisa nacional de informações prisionais, divulgada em 2022, há 919.951 presos na República Federativa do Brasil, o terceiro país com a maior população carcerária do mundo (MONTENEGRO, 2022).

##### **4.1 O instituto da prisão e a dignidade da pessoa humana**

Os doutrinadores do ramo penal são responsáveis por expressar o conceito de prisão, sempre considerando a Carta Magna e o Código de Processo Penal, por isso existe uma variedade de entendimentos. Enquanto Nucci (2012) entende que a prisão é uma privação da liberdade por meio do recolhimento das pessoas ao cárcere, Tourinho Filho (2012) entende que a prisão é uma supressão da liberdade de ir e vir, por confinamento.

Portanto, tem a compreensão de que a prisão é uma lição dada pelo Estado à pessoa que comete infrações penais, restringindo sua liberdade, com a finalidade do indivíduo cumprir sua pena, assim ficando “limpo” perante o estado (HIRATA, 2018).

Desta forma, explana o penalista sobre a prisão sob o ponto de vista da historicidade, bem como sua caracterização de acordo as leis brasileiras:

A palavra ‘prisão’ origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio*, *onis*), que significa prender. Nossa legislação não a utiliza de modo preciso. De fato, o termo ‘prisão’ é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (*detenção*, *reclusão*, *prisão simples*), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado (CF, art. 5º, inciso LXVI; CPP, art. 288, caput). No sentido que mais interessa ao direito processual penal, prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5º, LXI) (LIMA, 2016, p. 1147).

Os principais tipos de prisões existentes no ordenamento jurídico nacional são: prisão por condenação, regida pelo Código Penal; prisão que visa garantir a ordem pública ou manter o andamento processual, observando o Código de Processo Penal, e a chamada prisão extrapenal. A primeira é chamada de prisão pena ou prisão penal, que é determinada pela execução da sentença final. O segundo pode ser decidido para proteger a eficiência da investigação, acusação ou possível condenação, e para impedir uma nova prática criminosa por parte do acusado, podendo ser chamada de prisão provisória ou prisão cautelar (SOUSA, 2017).

As instituições prisionais foram criadas para cumprir as sentenças condenatórias, para que afaste da sociedade aqueles que cometeram crimes, que são os que foram punidos com pena privativa de liberdade, enquanto se destina a reeducá-los para que possam ser reintegrados na vida pública. No entanto, nem sempre é possível atingir esses

objetivos, especialmente pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana nas prisões (LUIZ, 2018).

Nessa mesma perspectiva, entende Gois (2015):

A prisão não pode ter por objetivo apenas o cerceamento do direito de ir e vir do sujeito, mas, também, deve haver um viés voltado à sua ressocialização, funcionando como uma via de mão dupla que objetiva impedir a impunidade e, no mesmo passo, promover a pacificação social, servindo ao desenvolvimento e à eficácia da instrução penal e a contribuir à efetividade da prestação jurisdicional e tutela da sociedade.

Ao analisar o número de prisões, percebe-se a escolha inerente presente nas características de chamar alguém de criminoso, a publicidade da mídia tem um grande impacto nisso. O sistema de punição não combate ao crime, mas atribui rótulos, o comportamento criminoso não é considerado, mas sim examinam as qualidades, características do criminoso, para apenas lhe imputar o crime que foi cometido. Portanto, segue-se que o crime, construção discursiva e o réu são resultados do processo de etiquetamento (CARDOSO, 2018).

#### **4.2 A execução penal, segurança pública e audiência de custódia**

É importante lembrar que as audiências de custódia acontecem em dois tipos de prisões, são elas: prisões decorrentes de flagrante delito e prisões processuais decorrentes de mandado de prisão (temporária, preventiva e definitiva). No primeiro caso, o juiz de custódia tem total liberdade para decidir, tendo em conta os motivos da detenção. Enquanto no segundo tipo de audiência, as autoridades judiciárias apenas examinarão a suposta violação dos direitos do réu, não para decidir sobre os motivos da prisão, por exemplo: a soltura do preso só acontecerá se a pessoa apresentada não for a pessoa nomeada no mandado (NASCIMENTO, 2017).

Dito isso, é evidente a mediocrização das prisões preventivas, contribuindo para a superlotação dos presídios, levando a violações de direitos humanos, comprovando o fracasso do sistema prisional brasileiro. Ressalta-se que a prisão deveria ser uma exceção, mas muitas vezes se prende buscando atender à agitação pública, causada por uma sensação de impunidade. Nesses casos, as audiências de custódia foram utilizadas para garantir a redução das prisões e prevenir o ciclo de violência e crime. No entanto, o povo ainda se opõe à audiência de custódia, por causa da cultura do encarceramento, impunidade contra a prisão do criminoso, entre outros argumentos (GOIS, 2018).

No entanto, a audiência de custódia não se restringe à soltura do preso. Como explica o juiz Buch (2018):

A apresentação em juízo do apenado faz com que os termos da execução da pena sejam melhor compreendidos, com que os dados a respeito sejam aferidos e otimizados. Isso tudo resgata o laço entre o apenado e o Estado, bem como o seu respeito para com a Justiça. Os dados do processo e pena são aferidos diretamente com o interessado, o apenado. O número de cartas enviadas por apenados ao Juiz, pedindo informações do processo etc, diminui e especialmente a consciência do apenado, de que há um juiz executando sua pena, faz com que o laço dele com a legalidade e o Estado se aprofunde. Ou seja, menos difícil passa a ser o diálogo e a recondução do apenado à vida livre e mais difícil a reincidência. A audiência de custódia, por que resulta no esclarecimento da pena e nas diligências necessárias apresentadas, diminui sensivelmente os atendimentos diários na unidade judicial de pessoas em busca de informações e benefícios penais.

No início da execução da pena, o Estado fica autorizado a retirar a pessoa do convívio com os demais e, após alguns anos, conforme o ordenamento jurídico, reintegrá-la à sociedade. No entanto, o Estado não aproveita a oportunidade de encarceramento, contribuindo para o retorno do preso em sociedade em uma pior situação, e uma maior tendência à reincidência, o que causa um sentimento de impunidade na sociedade. A crise do sistema penitenciário evidencia a fragilidade de uma punição efetiva e a falta de respeito aos direitos humanos. Estudar e trabalhar deve ser incentivado, inclusive na prisão, para evitar o índice de reincidência e, assim, tornar a sociedade mais segura (BEZERRA, 2019).

A ausência de previsão da audiência de custódia na lei brasileira fez com que alguns magistrados se opusessem à audiência, sob o argumento de que a audiência está diretamente ligada à tema de direito processual penal, logo, sua normatização por uma resolução, e não por lei de iniciativa da União, causa grave violação da constituição. Entendem que o Conselho Nacional de Justiça usurpou a competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar em matéria de processo penal, desafiando a Constituição do Estado. No entanto, esse pensamento decorre do caráter punitivo que alguns magistrados brasileiros têm no momento de aplicação da pena (MARTINS, 2019).

O excesso de encarceramento e os efeitos nocivos produzidos pela prisão confirmam a necessidade de realização da audiência, tendo em vista que a maioria das prisões é composta por presos provisórios, ou seja, sem condenação. O foco das audiências de custódia é estabelecer verdadeiramente a necessidade e a legalidade da detenção, a

fim de evitar que as pessoas sejam mantidas na prisão desnecessariamente (CAPPELLARI, 2018).

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo tratou, de forma colecionada, acerca da constitucionalidade da audiência de custódia, sobre o ponto de vista direcionado em compreender a importância do tema na atualidade, postulando debates para desenvolver os pensamentos e os argumentos sobre o tema.

A audiência de custódia é uma confirmação de que a pessoa presa em flagrante possa ser apresentada à autoridade judiciária no prazo de vinte quatro horas. O plano de instituir a audiência de custódia é derivado do direito internacional, em acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, em que a República Federativa do Brasil é signatária. Reforçando neste sentido o princípio do direito internacional que protege o direito do cidadão de comparecer perante um juiz, prontamente, após sua prisão.

Primeiro, a um passo de se chegar ao centro da pesquisa, foi realizado uma introdução do tema, que expressou o conceito e apresentou a instituição da audiência de custódia, destacando suas fontes, o direito internacional. Verificou-se que sua previsão normativa foi confirmada pelos acordos internacionais, que reforçaram a necessidade de apresentar o acusado às autoridades judiciárias para uma investigação sobre a conveniência de se manter a prisão e prováveis abusos, que ocorrem no momento da prisão.

Além disso, foi importante discutir a relação entre a implementação da audiência de custódia e a crise do sistema prisional, enfatizando sua falência em ser um instituto de ressocialização. Em vista tal situação, o Conselho Nacional de Justiça se viu compelido a lançar o projeto da audiência de custódia como solução emergencial para a crise carcerária brasileira.

Diante do exposto, parece que as consequências jurídicas da audiência de custódia no Brasil levam a uma realidade diferente que orienta todo o judiciário, a segurança pública e o sistema prisional, numa nova forma de pensar, tratando sempre da garantia do funcionamento da lei, decisões, acordos e convenções durante as prisões, sempre por motivos de segurança, legalidade e trabalho realizado em benefício da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA JR, Luis Martius Holanda. **Execução Penal e Segurança Pública: breves reflexões sobre o trabalho do apenado e a reincidência**. TJDFT, Distrito Federal, 2019.

Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/execucao-penal-e-seguranca-publica-breves-reflexoes-sobre-o-trabalho-do-apenado-e-a-reincidencia-juiz-luis-martius-holanda-bezerra-junior>>. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Audiência de custódia**: manual de orientação. Séries Manuais n. 3. Brasília: DPU, 2015. Disponível em: <[https://www.dpu.def.br/images/publicacoes/manual\\_audiencia\\_custodia.pdf](https://www.dpu.def.br/images/publicacoes/manual_audiencia_custodia.pdf)>. Acesso em: 16 agos. 2022.

BRASIL. Cadh (1969). **Convenção americana de direitos humanos**, 1969. Brasília: senado federal, 1992.

CANINEU, Maria Laura. O direito à 'audiência de custódia' de acordo com o direito internacional. **Rede justiça criminal**, São Paulo, ano 3, n.05, julho. 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em 05 ago.2022>.

CARDOSO, Fabio Fettuccia. O criminoso segundo a teoria do labelling approach. **Jusbrasil**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/175496748/o-criminoso-segundo-a-teoria-do-labelling-approach>>. Acesso 08 de set. 2022.

CAPPELLARI, Mariana. A que deveriam servir as audiências de custódia?. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/servir-audiencias-de-custodia/>>. Acesso 16 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 213/2015**. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/atos\\_normativos/](https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/)>. Acesso em: 22 agos. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de Custódia**. <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 05 de set. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br>>. Acesso em: 13 agos. 2022.

ESTEVES, Henrique Perez; FURTADO, Pedro Nirceu. **Audiência de custódia**: desafios para a sua implementação. São Paulo. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44203/audiencia-de-custodia-desafios-para-a-sua-implementacao>>. Acesso em: 16 agos. 2022.



FERREIRA JR., José Carlos P. **A audiência de custódia no Processo Penal brasileiro**. São Paulo 2016: Disponível em: <<http://blog.projetoexamedeordem.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 09 agos. 2022.

FIORILLO. Bruno Viudes. Tratados Internacionais e a regulamentação da Audiência de Custódia no Brasil. **Jusbrasil**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://brunovfadv.jusbrasil.com.br/artigos/177067693/tratados-internacionais-e-a-regulamentacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 16 agos. 2022.

GOIS, Jullieith Kellyn da Silva. A audiência de custódia como instrumento de justiça restaurativa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 169, fev, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/>. Acesso em: 10 set. 2022.

GONÇALVES, Adriano. O direito penal determina o comportamento adotado pela sociedade ou a sociedade determina o que o direito penal deve disciplinar? **Maxi educa**, São Paulo, v.7, n. 5, 20 nov. 2017. Disponível em <<http://blog.maxieduca.com.br/direito-penal-estado/>>. Acesso 09 agos. 2022.

HIRATA, Felipe Akio de Souza. Um completo conceito de prisão: englobando o estado de emergência. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 128, set 2014. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/>>. Acesso em: 24 de agos. 2022.

LOPES, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia: rumo a evolução civilizatória do processo penal**. 2011. Dissertação (mestrado em ciências criminais) – Universidade católica Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em:<[https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia\\_de\\_custodia\\_e\\_a\\_imediata\\_apresentacao\\_do\\_preso\\_ao\\_juiz\\_Rumo\\_a\\_evolucao\\_civilizatoria\\_do\\_Processo\\_Penal](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia_de_custodia_e_a_imediata_apresentacao_do_preso_ao_juiz_Rumo_a_evolucao_civilizatoria_do_Processo_Penal)>. Acesso em 09 agos. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

LUIZ, Délio. Espécies de prisões no ordenamento brasileiro. **Jusbrasil**, São Paulo, 2018. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/48143/especies-de-prisoas-no-ordenamento-brasileiro>>. Acesso 02 de set. 2022.

MASI, Carlo Velho. Audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015. **Ciências criminais**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>>. Acesso em 21 agos. 2022.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. CNJ mobiliza Justiça Federal para enfrentar crise prisional com BNMP. **CNJ**, 2022, São Paulo. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.com.br/noticias/cnj/86450-cnj-mobiliza-justica-federal-para-enfrentar-crise-prisional-com-bnmp>>. Acesso em: 24 agos. 2022.

MEDEIROS, Fernanda Teixeira. **Audiência de Custódia: Limites à Oitiva do Preso.** Empório do direito, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso>>. Acesso em: 24 agos. 2022.

MENECHINI, Adriano. Audiência de custódia: previsão normativa e aplicabilidade no regime jurídico brasileiro. **Jusbrasil**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57780/audiencia-de-custodia-previsao-normativa-e-aplicabilidade-no-regime-juridico-brasileiro>>. Acesso em 21 agos. 2022.

MARCÃO, Renato. Audiência de Apresentação/Custódia (Resolução CNJ 213/15). **Migalhas**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/252023/audiencia-de-apresentacao-custodia-resolucao-cnj-213-15>>. Acesso em 21 agos. 2022.

MARTINS, Leonardo Felix. Por que os magistrados estão descontentes com a audiência de custódia? **Jusbrasil**, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/295248955/por-que-os-magistrados-estao-descontentes-com-a-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 16 set. 2022.

NASCIMENTO, Márcio Gondim do. **Tutorial da Audiência de Custódia.** Disponível em: <[https://antigo.mppi.mp.br/internet/?option=com\\_phocadownload&view=category&download=30212%3Atutorial-da-audiencia-de-custodia&id=1601%3Amanuais-deatuacao-por-area&Itemid=867.%3E](https://antigo.mppi.mp.br/internet/?option=com_phocadownload&view=category&download=30212%3Atutorial-da-audiencia-de-custodia&id=1601%3Amanuais-deatuacao-por-area&Itemid=867.%3E)>. Acesso em: 10 set. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **A constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** 1996. Artigo científico (graduação em direito) - pontifícia universidade católica de São Paulo, São Paulo, 1996. Disponível em: <<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso 05 agos. 2022.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

RJC, REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Audiência de Custódia.** 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso: em 13 agos. 2022.

RESK, Felipe. Maioria sai presa da audiência de custódia. Pisa: **Estadão**, São Paulo, 18 jan.2017. Disponível em <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,maioria-sai-presada-audiencia-de-custodia,70001632220>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

SOUSA, José. O instituto da detração penal. **Jusbrasil**, São Paulo,2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50860/o-instituto-da-detracao-penal>>. Acesso em: 02 de set. 2022.

## O AVANÇO DOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

**BRUNO ROCHA NOGUEIRA:**  
Graduando em Direito pela  
UNITINS – Campus Palmas.

**DR. BUEÑA PORTO SALGADO<sup>24</sup>**

(coautor)

**Resumo:** O artigo abordará sobre o início dos veículos de informações e sua evolução conforme o passar dos anos e na maneira que moldou o caráter social. Trata-se da influência midiática no ordenamento jurídico e como as novas formas de comunicação e dinâmicas sociais vem causando reflexos nas elaborações de leis e na maneira que isso gera impactos para quem vive o trâmite processual, que tem ampla visibilidade, e seus efeitos jurídicos após o trânsito em julgado, principalmente no que toca à questão da reintegração social após a alta exposição decorrente da publicidade que perpetua a espetacularização das relações processuais. Este é um estudo qualitativo, buscou-se estudos pertinentes ao tema nos veículos virtuais e trabalhos científicos, no período de 25 maio de 2022. Por meio das reflexões e das ideias dos autores selecionados para o desenvolvimento da discussão, concluiu-se que a função midiática apresenta um caráter persuasivo na decisão final do pensamento coletivo como no ordenamento jurídico. Entretanto, nem sempre a intervenção da força da mídia consegue ser benéfica, pois há casos onde consegue dirimir todas as chances de reinserir pessoas que já cumpriram suas penas na sociedade novamente, dessa forma, causa uma dupla punição.

**Palavras Chaves:** Veículos de informações. Influência midiática. Ordenamento jurídico. Efeitos jurídicos. Reintegração social.

**Abstract:** The article will address the beginning of information vehicles and their evolution over the years and in the way they shaped the social character. It is about the media influence on the legal system and how the new forms of communication and social dynamics have been causing reflexes in the elaboration of laws and in the way that this generates impacts for those who live the procedural process, which has wide visibility, and its legal effects after the res judicata, especially with regard to the issue of social reintegration after the high exposure resulting from publicity that perpetuates the spectacularization of procedural relationships. This is a qualitative study, relevant studies were sought on the subject in virtual vehicles and scientific works, in the period of May 25,

<sup>24</sup> Orientador Doutor Bueña Porto Salgado, professor da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS – Campus Palmas. E-mail: buena.ps@unitins.br.

2022. Through the reflections and ideas of the authors selected for the development of the discussion, it was concluded that the function media has a persuasive character in the final decision of collective thinking as in the legal system. However, the intervention of the media force is not always beneficial, as there are cases where it manages to eliminate all the chances of reinserting people who have already served their sentences into society again, thus causing a double punishment.

**Keywords:** Information vehicles. Media influence. Legal system. Legal effects. Social reintegration

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. O Clamor Social Mediante o Avanço Midiático; 4. Legalidade do Acesso à Informação e Liberdade de Expressão; 5. Óbices que a Mídia Perpetua na Reintegração Social; 6. Considerações Finais; 7. Referências; 7.1 Referências Legislativas.

## 1. INTRODUÇÃO

As formas de comunicação social se moldaram de forma brusca através da linha temporal na qual estamos inseridos, e isso é uma das primeiras abordagens referentes ao tema a ser apresentado, pois nele será levado em consideração a influência das mídias sociais e seus diversos veículos nos quais estão intrínsecos o tráfego de informações que perpetuam o conhecimento e a livre manifestação da comunicação.

Entretanto, como será discorrido no corpo do artigo, mesmo que o acesso à informação seja um direito constitucional resguardado e amplamente protegido com base nas prerrogativas constitucionais, ainda assim ele consegue afetar as vivências sociais gerando lacunas onde pode ser disseminada muita informação errônea e equivocada, principalmente se essa disseminação afeta partes de um processo que ganha visibilidade social. Dessa maneira afetando a vida dos envolvidos, seja de forma positiva ou negativa.

Em vista disso, é notória como a espetacularização dos autos pode afetar a vida daqueles que estão na relação triangular do processo, seja no curso dele ou na reintegração social após cumprida uma pena. Sendo assim, denotando como as leis e o ordenamento jurídico sofrem influência externa midiática.

Em busca de ampliar a pesquisa voltada para análise da expansão dos meios de comunicação no direito e em sua influência nas rápidas variações que o mundo virtual tem causado, com uma visão mais crítica da temática se baseia a problematização da pesquisa, elaborada pela seguinte questão: como os meios virtuais estão afetando diretamente a individualidade e a relação triangular processual e a produção legislativa? Com base nessa problemática, se registra o objetivo central deste estudo, que consiste em discorrer sobre

o histórico das mídias sociais a partir do século XX e sobre sua expansão exponencial com a chegada do século XXI, e no modo que tal evolução midiática afetou as relações jurídicas e processuais vigentes no Brasil.

Em razão do amplo acesso às informações, as mídias ocasionam pressão legal nos operários jurídicos e na maneira das aplicações processuais, visto que, em decorrência dessa difusão, por mais que legalmente prevista na Constituição Federal de 1988, ainda assim conseguem afetar a vida dos indivíduos envolvidos, o que torna toda a análise judicial e as criações das leis um processo de espetacularização de atos judiciais.

## **2. METODOLOGIA**

A instrumentalização das informações para este estudo foi realizada através de pesquisas e análises de informações das quais refletem situações cotidianas hodiernas, ou seja, por meio de fontes secundárias. A abordagem teórica relaciona tanto matérias de direito quanto outras áreas do conhecimento, como informação e comunicação, pois no decorrer da leitura foi realizada a interligação entre fontes de conhecimento distintas, mas que se complementam quanto ao resultado.

Para a construção teórica, foram realizadas pesquisas em artigos acadêmicos disponibilizados em sites jurídicos como jusbrasil e em livros da área do direito. Foram selecionados os autores Robert Alexey, Sérgio Ricardo de Souza, Pazinato e Senise. Além disso, foram realizadas pesquisas em portais de notícias que traziam as abordagens fatídicas em relação aos casos que exemplificam a teoria.

Sendo assim, no decorrer da leitura incorrerão a ampliação e integração de conhecimentos, além disso, ocorrerá junto aos principais teóricos que abordam a temática disposta no decorrer do artigo.

## **3. O CLAMOR SOCIAL MEDIANTE O AVANÇO MIDIÁTICO**

A sociedade como um todo, desde seus primórdios, utilizou da comunicação verbal e não verbal como forma de transmissão de informação. Dessa maneira, a humanidade conseguiu herdar cargas históricas e sociais carregadas de heranças culturais através da disseminação da intercomunicação. Outrossim, chegando a uma atualidade interligada e com malhas de comunicações complexas que ressaltam a história como um todo.

Há séculos a difusão da comunicação foi a maneira que a sociedade estava tentando levar às informações para grande massa. Encaminhando em passos lentos, o início de tudo se deu através dos jornais na idade média, que tinham em seu bojo o intuito de instruir, informar e formar opiniões quando entregue para à população da época.

Durante a Idade Média, em determinado recorte histórico a Europa estava vivendo com a chegada do Renascimento Cultural, movimento que não se limitou apenas à cultura, visto que, teve larga abrangência em outras áreas de conhecimento como política, economia e ciência. Nesse viés, com a chegada da Idade Moderna, dando abertura à ascensão da classe burguesa e suprimindo o feudalismo.

Com isso o que antes eram viajantes, mensageiros, escrivães, passaram a ser jornalistas, editores de livros, administradores de correios, diplomatas e negociantes, pessoas que estavam cercadas de informações e tinham fácil acesso a elas (KUNCZIK, 2002, p.23).

Todavia, o apogeu midiático ocorreu com a chegada do Iluminismo no século XVIII quando deram começo às críticas aos sistemas políticos vigentes, deixando com que os meios de comunicação fossem adentrando as esferas politizadas e demonstrando o descontentamento social por meio de escritas que ressaltassem os diversos óbices que o Estado deixava passar na sociedade.

Segundo Pazinnato e Senise (2002), o avanço da comunicação era o resultado do descontentamento de uma camada social mais privilegiada e com acesso à educação de qualidade sob a face dos constantes abusos vigentes causados por parte dos governos absolutistas, e também das dificuldades que a burguesia acabava por sofrer quando estava abaixo da influência da soberania dos governantes.

O Iluminismo abriu portas para que a grande mídia pudesse ganhar vida no que toca o senso crítico voltado para o apontamento de defeitos dentro do meio político, mas também iniciou sua era com forte influência nos séculos que viria por seguir, principalmente quando dentro do contexto econômico e político.

A expansão do capitalismo das quais grandes metrópoles vinham passando foi fator capaz de ser a força motriz da perpetuação das artes, estudos e política, fazendo, desse modo, aumentar exponencialmente a urgência de informações mais detalhadas sobre o que acontecia nos grandes centros urbanos

Nesse âmbito, após a segunda metade do século XX, o avanço midiático foi amplamente fortificado com o surgimento da internet. Os meios de comunicação foram alterados e evoluídos, se tornando material de amplo acesso a cada momento que surgiam mais variações para seu uso.

Ademais, a popularização dos meios de informação contribuiu para ter um conhecimento acerca das notícias de forma democrática e com menos influência externa de quem detinha as fontes de veiculação midiática.

Portanto, a recepção dos meios de comunicação que foram amplamente difundidos nas grandes massas acaba assegurando e reafirmam o que a Carta Magna já garante em seu texto legal. Dessa maneira, se tornando algo fundamental e de extrema importância para o corpo social moderno vigente e na garantia dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Nesse viés, surge o contexto da mídia como um “Quarto Poder”, e essa é uma expressão usualmente aderida para auferir sentido de como o jornalismo e os veículos de comunicação conseguem nutrir uma influência sobre toda uma camada social. Essa nomenclatura faz alusão à divisão dos Três Poderes presentes no Estado Democrático de Direito, tais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Destarte, a expressão é utilizada corriqueiramente para descrever ações midiáticas das quais a imprensa atua na sociedade disseminando informações à grande massa, em larga escala, sobre diversos assuntos tais quais possam ser a respeito de debates, comportamento social, saúde, política, eleições etc.

Outrossim, é insofismável que com o passar dos anos a mídia não recebeu a alcunha de “o quarto poder” à toa, visto que, na medida que consegue disseminar informação e garantir a comunicação entre a população, ainda sim forma opinião e garante uma lapidação na concepção social a respeito daquilo que ela está veiculando. Nesse sentido se tem:

Realmente, a informação como forma de obtenção de conhecimento, como meio de poder controlar os fatos que ocorrem no meio ambiente em que o indivíduo atua é hoje mais que um direito: é uma necessidade irrenunciável, sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, obstaculiza-se a existência da democracia e afasta-se a possibilidade de alcançar-se uma sociedade justa e participativa, por propiciar uma indesejável e mesmo inaceitável exclusão – consistente em excluir a possibilidade de o indivíduo interagir socialmente, de forma tal que lhe seja permitido entender a própria sistemática de funcionamento social e de agir criticamente – afrontando a Constituição Brasileira em seus próprios fundamentos (SOUZA, 2008, p. 103).

Desse modo, a criação de tendências, novas visões comportamentais, novos modos de relacionamento e espetacularização de situações do cotidiano social são sempre moldados conforme a lapidação mencionada.

Portanto, com o avanço dos meios sociais e surgimento de novas demandas vindas dessas camadas da população, ocorre a uma modelação daqueles conceitos de ideias que



são amorfos, nesse aspecto, a intervenção dos meios de comunicação se faz presente com toda essa carga contextual vindas dos espectros de uma população globalizada junto com influências externas, nessa vertente observa-se:

Os meios de comunicação são outro agente de socialização. Os programas de televisão, os filmes, a música popular, as revistas, os sites na Internet e outras formas de mídia de massa influenciam nossas visões políticas, nossos interesses e preferências, a forma como enxergamos homens, mulheres e membros de minorias e nossas crenças e valores em geral (EducaBras, 2022).

Os veículos de informações atuais, hodiernamente possuem poder para realizarem a exposição de tudo que acharem necessário, desde informações pontuais quanto às banais, gerando assim, diretamente uma força de tamanho imensurável no que toca o Poder Legislativo, que assim como o Judiciário e Executivo, é pressionado pelo clamor público em sua produção legal, tornando assim, inegável a influência da mídia durante o trâmite da lide.

Além disso, a interferência midiática fez com que vários projetos de leis saíssem da inércia do legislativo e entrassem em pauta, visto que, as redes sociais e outros meios de comunicação garantem cada vez mais que o clamor advindo da sociedade seja ouvido por aqueles pelos quais receberam votos para atuar como seus representantes. Desse modo, José Afonso da Silva (2005) faz a seguinte análise sobre essa diante dessa visão midiática:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria (p. 246).

Outrossim, quando a voz social não é escutada pelos legisladores ou simplesmente por eles se omitirem perante algumas demandas, o próprio judiciário atua como se legislador fosse tendo o Supremo Tribunal Federal como guia nesse sentido, atuando como guardião da constituição federal, levando as matérias constitucionais para o ordenamento jurídico com intuito de preencher a lacuna legislativa que gera essa carência.

Um dos maiores exemplos de casos que o clamor social fez com que o Supremo Tribunal Federal utilizasse do ativismo judicial no sentido de preencher o vazio legislativo, foi no caso da criminalização da homofobia.

Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é o diferente, o transexual é diferente. Diferente de quem traçou o modelo, porque tinha poder para ser o espelho e não o retratado. Preconceito tem a ver com poder e comando. (...) Todo preconceito é violência, toda discriminação é causa de sofrimento (Carmem Lúcia, Ministra do Supremo Tribunal Federal, 2019).

Nesse sentido, observa-se que além da análise constitucional, foi levado em consideração também a inércia vigente do legislativo em não tentar suprir essa necessidade social que estava a ferir diversos direitos sociais, e parte dessa mudança no ordenamento judicial só veio a ocorrer em razão das diversas mobilizações sociais que tinham como impulso principal a mídia.

Desse modo, pode-se dizer que o acesso a flexibilização das disseminações de informações através da tecnologia e outros canais midiáticos foi fundamental para que boa parcela da população demonstrasse seu descontentamento com esse desamparo legal. Nesse âmbito, fazendo que houvesse uma maior demanda das autoridades uma mudança nesse aspecto.

#### **4 LEGALIDADE DO ACESSO À INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Para abordar a abrangência legislativa quanto ao acesso à informação, é imprescindível adentrar no contexto histórico e explicar como foram inseridos esses ideais mais democráticos e populistas dentro do ordenamento legal brasileiro.

Cada uma dessas maneiras de regimes lidava de modos diferentes quanto à inclusão da liberdade de expressão em seus livros legais, e não obstante, quanto à aplicação prática na sociedade, dispondo as formas que essas garantias seriam aplicadas.

Insta observar que, cada um dos modelos de governo tinha suas peculiaridades relativas às questões midiáticas e a forma que elas poderiam ser exercidas durante todo tempo de vigência daquele recorte histórico governamental.

Nesse sentido, a supressão da liberdade de expressão é um dos exemplos mais significativos que decorrem do totalitarismo, sistema de governo que tem como escopo o dirimir de direitos de manifestações individuais, quer sejam de direita, a exemplo do nazismo (Alemanha), sejam elas de esquerda como no stalinismo soviético.

Tendo isso em vista, o Brasil se apresentava como um forte exemplo de um país, que antes da Constituição Federal de 1988, tinha características supressivas quanto aos direitos fundamentais relativos à liberdade de expressão e suas influências sobre a massa.

Outrossim, a legislação brasileira no século XX tinha a influência do autoritarismo que dirimiu os direitos de manifestações e acessos às informações que não fossem controladas pelo Estado, portanto, institucionalizava a privação da população o acesso à mídia e ao conhecimento comum sem uma fonte que o manipulasse antes da divulgação.

Entretanto, com a saída do país da Ditadura Militar, em 1985, logo foi criada a atual Carta Magna, que em seu leito legal abraçou ideias de caráter democrático, em meados do fim da década de oitenta, ampliando os direitos do povo de uma forma mais social e populista.

Sendo guiada por noções divergentes do totalitarismo e autoritarismo, a democracia ganhou espaço e apresenta em si pensamentos e teorias mais abrangentes tendo consigo o caráter de ouvir a demanda da população e atender às suas necessidades com base nas exigências que elas formalizam.

Traçando um paralelo comparativo ao entendimento de Tomás de Aquino, através de uma lei universal, o homem buscaria usar atitudes que visassem a realização de práticas de atos que o levassem à felicidade (AQUINO, 2011). Portanto, infere-se que, em virtude da requisição e manifestação da população, as novas leis brasileiras tiveram um corpo legal baseado no que eles precisavam, precisando o legislador ter dado abertura para que houvesse uma partilha de informações esperando a construção de algo que pudesse beneficiar a todos.

Destarte, ainda seguindo o raciocínio de Tomás de Aquino, a partir do momento que os seres humanos são crias de Deus e dotados de racionalidade, todos buscam uma vida melhor, o bem comum tanto individual quanto coletivo. Consequentemente, ao inserir o povo no contexto democrático, se torna mais viável a participação deles nas leis, surgindo, assim, a garantia do acesso à liberdade de expressão e livre manifestação social e midiática. Logo, sendo eficaz o dissipar dos pensamentos de caráter populista que a Constituição Federal de 1988 oferece.

Por conseguinte, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2001), o direito de liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais que são dispostos na atual Carta Magna, carece de interpretação necessária como um princípio constitucional, guia que dá o Norte da hermenêutica jurídica. Sendo a hermenêutica o método que se utiliza para conseguir dar interpretação ao caso concreto.

À vista do exposto, em decorrência do período de exceção pelo qual o povo brasileiro passou entre os anos de 1964 a 1985, era evidente a necessidade da criação de uma nova Constituição que fugisse da curva, que captasse o sentido democrático e o espírito do livre direito, tentando esquivar-se das restrições e supressões inserindo em seu corpo os direitos fundamentais inerentes ao ser.

Por esse motivo, a Carta Magna nacional foi criada com princípios sociais dos quais leva em consideração que todo poder emana do povo, com fortes influências democráticas que demandavam da sociedade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Portanto, a partir do 1º Artigo, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, denota-se que a fluidez da sociedade deve ser inserida na malha legal para que ela acompanhe a movimentação dos direitos sociais. Dessa maneira, observa-se a partir das palavras de Robert Alexy (2008), na obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" o seguinte excerto:

O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. O significado disso pode ser percebido a partir da contraposição entre dois modelos constitucionais extremos: o puramente procedimental e o puramente

material. No modelo puramente procedimental a constituição contém apenas normas de organização e procedimento. Em relação à legislação, isso significa que a constituição não exclui diretamente nada como um possível conteúdo do direito positivo (p. 521).

Por isto, observa-se que a Constituição abarca a carência social naquele recorte histórico dentro da fundamentalidade formal das normas, pois delas decorrem direitos que são inerentes à sociedade abarcada pelas leis. Nesse sentido, tendo as garantias como os meios que vão efetuar que esses direitos mencionados sejam efetivados.

Conforme as palavras de Jorge Miranda, a diferença entre os direitos e as garantias supramencionadas, é que os direitos, por si só, são bens, e as garantias são as maneiras que realizam a fruição dos bens, em outras palavras, os direitos são principais, enquanto as garantias são artifícios acessórios (MIRANDA, 2005). Destarte, entende-se que o fato de os direitos existirem careciam da sua execução através de um texto legal.

Em razão disso, o direito à informação está assegurado no texto legal da Constituição Federal de 1988, e ele é fundamental na manutenção e reafirmação da democracia sendo efetivada através dessa garantia legislativa. Perante o que foi apresentado, a própria Constituição Federal assegura, no art. 5º que:

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:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).

Portanto, partindo desse pressuposto, é totalmente legal às formas de acesso às notícias de forma livre e clara, em conformidade com a rede de comunicação que abrange a população. Além disso, é dever do Estado garantir que ocorra a vigência e que perpetue toda estrutura para que isso seja efetivado.

Nesse sentido, deve haver sempre transparência, principalmente no que se refere ao serviço público, no qual tem como base e princípios a transparência e a publicidade que garantem que toda informação pública é dos cidadãos, e cabe ao Estado realizar sua disponibilização.

Em 2011 foi sancionada a Lei de Acesso à Informação 12.527/11, que tinha como base direcionar e noticiar tudo aquilo que é feito através das entidades que recebem recursos públicos.

Além do mais, a regra é: informação pública é a regra, sigilo é abarcado somente como exceção.

Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:

- a) atender e orientar o público quanto ao acesso as informações;
- b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
- c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e

II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação (BRASIL, 2011).

A lei, em seu artigo 9º, deixa exposto que os modos que sua aplicação deve ocorrer garantindo ainda mais esse direito que é vinculado à Constituição, mas que foi abrangido em uma lei infraconstitucional.

Outrossim, no leito do ordenamento jurídico brasileiro também há integrações de tratados aos quais o Brasil é signatário e que realizam debates acerca da temática manifestada durante o escopo deste texto. Desse modo, no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 13 se tem disposto:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que

devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões (AMERICANA, 1969).

Em vista disso, é notório que há abrangência pluralista no que se toca à Legalidade para que seja viabilizado o direito e que suas garantias surtam efeitos.

## **5 ÓBICES QUE A MÍDIA PERPETUA NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL**

A liberdade de expressão e a forma que as informações são disseminadas são totalmente livres, elas são legais em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, ou seja, pela legislação atual se faz um direito fundamental. O exercício do acesso à informação é um direito assegurado e garantido pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, como todo direito, a liberdade de expressão que é difundida através das fontes de natureza midiáticas e populares, não é um direito absoluto. Portanto, é notório que há limites quanto às suas dimensões de aplicabilidade.

Embora seja uma grande aliada no que tange à garantia de informação, os canais de notícias quando adentram a esfera de casos jurídicos, sejam eles civis ou penais, conseguem causar grandes danos na vida de pessoas famosas, ou até de pessoas anônimas. Vários casos ganham repercussão pública de maneira equivocada onde há desvio das informações gerando danos irreparáveis às partes.

Vide-se um exemplo marcante conforme a condenação antecipada foi o “Caso Nardoni”, no qual o juiz se viu obrigado a decretar a prisão temporária, e de modo equivocado foi configurado como prisão preventiva pelos jornais, a qual foi deliberada mesmo sem o conjunto probatório que dessem fundamento à materialidade e da autoria do crime. Portanto, denotando a capacidade midiática de adquirir para si a capacidade de juiz.

Vale ressaltar que a prisão temporária é decretada em fases de investigação durante o inquérito policial e tem duração de cinco dias prorrogáveis por mais cinco. Todavia, a preventiva liga o suspeito que está sendo investigado aos fatos e pressupõe culpabilidade, visto que, a prisão preventiva não possui prazo. Geralmente ela ocorre durante a Ação Penal.

Outrossim, quando os canais de comunicação passaram a veicular a matéria alegando que era prisão preventiva, a qual liga o investigado ao delito, automaticamente gerou um senso comum popular de que já se tinha “achado o criminoso” embora a parte não tivesse nem o direito de resposta, pois estava exposta publicamente em âmbito nacional e internacional. Sendo assim, ferindo o contraditório e ampla defesa e atraindo olhares para o judiciário a cada movimentação processual.

Desse modo, a partir desse repasse sensacionalista, coisas que deveriam ser interpretadas e instrumentalizadas por profissionais, como o direito sendo exercido no processo, acaba ganhando visibilidade nacional, e a mídia instiga a realização popular de um juízo de valor, embora boa parte da população seja leiga no que diz respeito às estruturas das leis e sua aplicação em caso concreto.

Diante disso, é frisado que grandes canais de televisão e sites de jornais virtuais, principalmente programas policiais, tem cada vez mais sua audiência aumentada mostrando situações onde presos são expostos ao ridículo de maneira ampla e nacional, gerando uma comoção de solução de conflitos de forma violenta, contribuem com um sentimento de culpabilidade, onde o juízo de culpa é formado pelo telespectador, que em grande parte é leigo.

Em matéria realizada pelo o site O globo (2015), conforme relatório pioneiro de 2015 Open Government Index (Índices de Governos Abertos) menos da metade da população global (40%) possui discernimento e conhecimento sobre às leis cujo têm em seu bojo o lado expositivo acerca do acesso de conhecimento às informações governamentais.

Outrossim, esses dados dispostos acabam por se fazer preocupantes, pois dispõe algo além da falta de interesse social acerca dessas matérias, como a não difusão desses meios de ensinamento jurídico aos leigos.

Além disso, a pesquisa supramencionada foi realizada por dois anos onde foram feitas entrevistas nas modalidades presenciais e on-line ao redor de todas as cidades do planeta visando identificar as camadas sociais que possuem capacidade de compreender a dimensão de seus direitos e deveres como cidadãos. Direitos estes que vão do acesso à comunicação de dentro dos órgãos públicos até direitos básicos relacionados à liberdade de expressão dos quais garantem que podem se manifestar livremente (O GLOBO, 2015)



Entretanto, é válido ressaltar que o acesso público ao processo não é o óbice da demanda, mas sim a espetacularização processual, onde ocorre a *vilanização* ou são criados heróis, sejam eles as partes ou os julgadores. Sendo assim, tornando os autos um grande palco onde o público faz o julgamento de modo periférico aos autos.

Além disso, embora o trânsito em julgado seja a etapa processual final da lide, ainda sim os reflexos continuam mesmo após a matéria já ter sido debatida. Dessa maneira, na esfera cível os respingos das informações conseguem manchar a imagem das partes de maneira irreversível dependendo do grau do litígio disposto em juízo.

Nesse âmbito, o Superior Tribunal de Justiça faz entendimento:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS MORAIS. LEI DE IMPRENSA. PUBLICAÇÃO DE ESCRITO CONTENDO A EXPRESSÃO "CORRUPTO DESVAIRADO", OFENSIVA À HONRA SUBJETIVA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Não há negativa de jurisdição ante a fundamentação suficiente do Acórdão recorrido, pois a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

2.- Não se acolhe alegação recursal de violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, (Rel. Min AYRES BITTO) já firmou que todo o conjunto dessa lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de maneira que esse fundamento do recurso deixou de existir no ordenamento jurídico, não havendo em aludido julgamento, ademais, modulação temporal de efeitos.

3.- Tendo o Recurso sido interposto antes do julgamento do C. Supremo Tribunal Federal é recomendável o aproveitamento de argumentos ( REsp 945.461-MT, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI) expostos, admitido o pré-questionamento implícito, enfocando-se, pois, fundamentos deduzidos no debate do caso desde a inicial.

4.- A Expressão "corrupto desvairado", lançada em artigo jornalístico, configura ofensa à honra, por constituir, tecnicamente, injúria -- figura jurídica diante da qual inadmissível exceção de verdade, causando, portanto, dano moral e indenização.

5.- No caso, em que matéria jornalística imputa a ex-Presidente da República a qualificação de "político desvairado" não se revela excessiva, a condenação ao valor de R\$ 60.000,00, de modo que não pode ser acolhido o recurso que visa à redução do valor (tendo, ao contrário, sido o valor considerado insuficiente no julgamento, em conjunto do Recurso Especial nº 1.120.971-RJ).

6.- Recurso Especial improvido.

REsp 1068824 RJ 2008/0136124-7, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 20/06/2012, 28 de Fevereiro de 2012, Ministro SIDNEI BENETI.

Do outro lado, na esfera penal o agravamento é ainda maior, pois os acusados após condenados sofrem sanções midiáticas eternamente, principalmente na saída de feriados ou datas importantes, onde essas pessoas podem sofrer até linchamentos populares. Desse modo, a casa penitenciária e toda estrutura estatal, que deveria garantir a reintegração social, perde seus efeitos. Além do mais, sobre a ressocialização observa Marcão (2019, p.4219):

[...] Visa-se com tal benefício o fortalecimento de valores ético-sociais, de sentimentos nobres, o estreitamento dos laços afetivos e de convívio social harmônico pautado por responsabilidade, imprescindíveis para a (res)sociação do sentenciado, bem como o surgimento de contra-estímulos ao crime.

Portanto, infere-se, que a partir das ideias do autor, denota-se que ocorre uma deturpação em vários âmbitos, pois o detento além de não conseguir se inserir novamente na sociedade, ainda sofre punição midiática constante, removendo quaisquer direitos de conseguir uma vida estruturada após seu cumprimento de pena.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, infere-se que a liberdade de comunicação e o poder midiático conseguiram ganhar cada vez mais espaço dentro das diversas áreas sociais, sendo ferramentas indispensáveis para realidade de muitas áreas de trabalho. Dessa maneira, para atingir o auge que tem atualmente, passou por longos anos de desenvolvimento histórico até serem institucionalizados como direitos fundamentais do povo brasileiro.

Consequente, a mídia por ter se estabilizado no cotidiano das pessoas, ganhou espaço dentro dos meios políticos e jurídicos, fazendo com que muitas das ações tomadas por pessoas que ocupam cargos de poder ou exercem funções legislativas se debruçassem sobre as informações que era sempre dispostas através desses canais de comunicação.

Todavia, embora seja um direito de todos o acesso à comunicação e liberdade de expressão, as fontes que detêm o controle desses veículos midiáticos nem sempre realizam bom uso dos poderes que têm, pois às vezes a interferência da cobertura de informações massivas sobre alguns casos ou sobre algum contexto político em específico acaba por prejudicar as partes de maneira incorrigível. Destarte, manchando a reputação ou culpabilizando e punindo pessoas que nem sempre são culpadas pelos atos divulgados e informados.

Dito isso, mesmo a liberdade de expressão, a livre comunicação e disseminação de notícias sendo um direito resguardado na Constituição Federal de 88, ainda a forma que as informações são divulgadas acabam por prejudicar alguns pontos de forma irreparável, bem como em casos de pessoas presas, fazendo com que elas jamais consigam ser reinseridas na sociedade.

Em vista disso, o intuito principal é demonstrar que ainda que devidamente institucionalizada e legalmente aceita através textos legais, o poder midiático ganhou proporções que facilmente conseguem atrapalhar, ajudar ou prejudicar com grande intensidade a espetacularização do processo e tramites legais quando estão tendo uma relevância popular e da mídia.

## 7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

A TECNOLOGIA, A MÍDIA E MUDANÇAS SOCIAIS. **EducaBras**, 2022. Disponível em: <[https://www.educabras.com/enem/materia/sociologia/aulas/a\\_tecnologia\\_a\\_midia\\_e\\_mudancas\\_sociais](https://www.educabras.com/enem/materia/sociologia/aulas/a_tecnologia_a_midia_e_mudancas_sociais)>. 11, setembro de 2022.

Como funciona a iniciativa popular no Brasil. Blog.inteligov, 2019. Disponível em: <<https://blog.inteligov.com.br/como-funciona-a-iniciativa-popular-no-brasil/>>. Acesso em: 11, setembro de 2022.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

OLIVEIRA, Mariana e BÁRBIERI, Luiz Felipe. **STF permite criminalização da homofobia e da transfobia**. G1 Globo, 2019. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml>>. Acesso em: 11, setembro de 2022.

KUNCZIK, Michael. **Conceitos de jornalismo**: norte e sul: manual de comunicação. 2.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

LOBATO, ANDRÉ. **Menos da metade da população mundial conhece leis de governo aberto**. Oglobo, 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/menos-da-metade-da-populacao-mundial-conhece-leis-de-governo-aberto-15711243>>. Acesso em: 11, setembro de 2022..

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. Volume IV.

PAZZINATO, Alceu L.; SENISE, Maria Helena. **História Moderna e Contemporânea**. 14ª edição. São Paulo: Ática, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

## 7.1 REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

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

BRASIL. Lei n.12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do & 3º do art. 37 e no & 2º do art.216 da Constituição Federal; altera a Lei n.8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a lei n.11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1068824 RJ 2008/0136124-7. Relator Sidnei Beneti. Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 de jun. 2012. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201102879600&dt\\_publicacao=30/05/2012](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102879600&dt_publicacao=30/05/2012)>. Acesso em: 11, setembro de 2022.

Decreto nº 678, de 6 de novembro de **1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Portal da Legislação, Brasília, maio. 2017

## **A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DE COMPRAS ONLINE: ORIENTAÇÃO DE DEFESAS AO COMERCIO ELETRÔNICO**

**KLAYVERT BEZERRA LIMA:**  
bacharelado em Direito.

DEISY SANGLARD DE SOUSA

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo científico possui o objetivo de analisar a efetividade da legislação brasileira consumerista acerca do comércio eletrônico. Neste contexto, questiona-se no ordenamento jurídico brasileiro há normas que satisfazem a necessidade do consumidor em relação a sua proteção e segurança jurídica na relação de consumo no âmbito do comércio eletrônico? A proposta empregada para tanto, possui natureza bibliográfica, fundamentada a partir de doutrinas, artigos jurídicos, revistas e legislação vigente como o Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal. Diante da revisão de literatura, constatou-se que o comércio eletrônico é uma ferramenta virtual que inovou a relação com o consumidor, pois permite uma interação mais próxima entre o comerciante e o consumidor. A plataforma é muito bem recebida pelos consumidores, que se beneficiam de sua diversidade e da possibilidade de pesquisar preço e qualidade, e permite ao comerciante atingir um número maior de consumidores do que seria possível com o comércio físico. Portanto, pode-se concluir que uma análise da proteção dos consumidores virtuais e a capacidade da legislação atual de regular o consumo virtual é relevante, dado o grande número de compras e vendas que são feitas atualmente na Internet e o número de consumidores que são afetados.

**Palavras-chaves:** Comércio eletrônico. Código de Defesa do Consumidor. Proteção.

### **1 INTRODUÇÃO**

O comércio é um movimento que se desenvolveu ao longo da história da humanidade. Desde os tempos antigos, tem havido uma transação, embora de forma simples, entre pessoas com interesses opostos, na qual os bens são trocados de acordo com interesses e necessidades pessoais (MIRAGEM, 2021).

Neste percurso histórico, muito antes da ideia de dinheiro ou meio de troca, as relações comerciais já estavam estabelecidas, com base no conceito fundamental e natural de que precisamos de uma variedade de bens para existir. As relações comerciais acompanharam o desenvolvimento da humanidade, e à medida que novas formas de obter as coisas necessárias para o sustento humano foram descobertas, houve um movimento

de troca entre aqueles que queriam produzir um determinado bem e aqueles que queriam adquiri-lo e tinham algo em sua posse para oferecer em troca (MARTINS, et al., 2020).

O mundo virtual que surgiu mudou completamente a vida humana, afetou nossa vida diária e as relações humanas se tornaram uma das áreas de maior mudança. O modo de comunicação entre as pessoas, seja pessoal ou comercial, mudou ao longo do tempo. Hoje, a Internet é a ferramenta mais utilizada, útil e visível através da qual um produto, serviço ou ideia é transmitido mundialmente, alcançando mercados inimagináveis (BERGSTEIN, 2019).

Neste contexto, as relações de consumo são inseridas de tal forma que os varejistas apresentam seus produtos on-line como prateleiras virtuais acessíveis aos consumidores, que podem visitar os canais on-line a qualquer momento e comprar os produtos em que estão interessados.

Para tanto, a escolha do tema em estudo se deu devido ao crescente desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação, já que as questões legais são cada vez mais tratadas na Internet. Assim, esta nova forma de fazer negócios, chamada "comércio eletrônico", tornou-se uma parte importante da sociedade devido a sua conveniência e praticidade.

No entanto, a relevância social é grande porque esta nova prática envolve como riscos potenciais para o consumidor a incapacidade de conhecer e experimentar o produto, muitas vezes os riscos de erro e até mesmo de manipulação no momento do consumo, bem como os arrependimentos para a empresa. Além da desmaterialização e despersonalização dos fornecedores, a perda do dinheiro pago, ou mesmo o extremo atraso na entrega de um produto ou serviço.

Entretanto, é questionável se no ordenamento jurídico brasileiro há normas que satisfazem a necessidade do consumidor em relação à sua proteção e segurança jurídica na relação de consumo no âmbito do comércio eletrônico? Que será analisado e discutido como o legislador e outros órgãos de proteção atuam para garantir a segurança e satisfação do consumidor virtual, e quais são as regras específicas que o CDC tenta implementar nas relações de consumo virtual.

O objetivo deste artigo será analisar a efetividade da legislação brasileira consumerista acerca do comércio eletrônico. Para alcançar o objetivo geral, são necessários objetivos específicos, como o conceito de comércio eletrônico, verificar a aplicação das regras do Código do Consumidor nesta nova tecnologia contratual, assim como a análise da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor no comércio, bem como a efetividade da proteção conferida ao consumidor virtual.

Além disso, a proposta utilizada para este fim é de natureza qualitativa, pois se baseia em dados qualitativos para sustentar as hipóteses levantadas durante o estudo/pesquisa. Além disso, a revisão literária é referida como um estudo bibliográfico e é utilizada como parâmetro para encontrar respostas. Será realizado um estudo exploratório de autores que trabalham no campo do direito do consumidor.

Assim, o artigo está estruturado em cinco capítulos. Como ponto de partida a Introdução, apresentando a justificativa do tema, objetivos e metodologia. O segundo capítulo aborda o comércio eletrônico e a proteção do consumidor nas relações de consumo, destacando seus conceitos. O terceiro capítulo apresenta a lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor. Ainda neste capítulo, faz-se uma abordagem do CDC e o comércio eletrônico, destacando a aplicação das normas do código de defesa do consumidor no comércio eletrônico brasileiro.

No quarto capítulo discute-se sobre a efetividade da proteção conferida ao consumidor virtual. E, por fim no quinto capítulo, apresenta-se a conclusão do estudo, onde foi possível observar que a legislação pertinente merece a atenção das autoridades públicas e deve ser uma prioridade de trabalho e controle, levando a uma maior confiabilidade e segurança, em benefício do consumidor, que é, de acordo com a disposição constitucional, o sujeito dos direitos do consumidor.

## **2 COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Antes de abordar a questão da proteção ao consumidor no contexto de compras on-line, é necessário examinar o conceito do comércio eletrônico no sistema jurídico. Comércio eletrônico ou *e-commerce*, ou vendas não-permanentes ou mesmo comércio virtual, pode ser traduzido como a realização de transações de venda e transferência de dinheiro por meios eletrônicos, especialmente através da Internet (CAMPOS, 2017).

Isto significa que é uma relação de consumo sem contato direto entre o consumidor e o fornecedor do bem ou serviço, ou seja, é um negócio jurídico concluído à distância, e o instrumento utilizado neste tipo de transação varia do telefone ao computador.

De acordo com Rodney de Castro Peixoto (2021), existem vários conceitos de comércio eletrônico. O primeiro é o conceito técnico, segundo qual o comércio eletrônico é uma combinação de tecnologias, aplicações e procedimentos comerciais que permitem a compra e venda *on-line* de bens e serviços entre governos, corporações, empresas privadas e o público. Antes do advento da Internet, o EDI (*Electronic Data Interchange*) era o meio mais amplamente utilizado de transferência de dados.

O segundo conceito de acordo com Rodney de Castro Peixoto (2021) é o conceito econômico, onde o comércio eletrônico é a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócios em um ambiente digital.

O terceiro conceito é o administrativo (privado), comércio eletrônico é um termo genérico que descreve todas as transações comerciais que utilizam meios eletrônicos de execução. A tecnologia pode ser usada para otimizar a relação entre a cadeia de fornecimento e o ponto de venda e para melhorar a comunicação entre a empresa e o consumidor final (PEIXOTO, 2021).

Por fim, o conceito jurídico, destacando que o comércio eletrônico, é uma atividade comercial realizada através de um contrato de venda com a particularidade de que este contrato é celebrado em um ambiente virtual, com o objetivo de transferir bens e serviços físicos ou virtuais de todos os tipos (PEIXOTO, 2021).

De acordo com o mesmo autor:

Embora o comércio eletrônico ainda esteja em sua infância e ainda não tenha explorado todo o seu potencial, e não exista uma política unificada para regular este novo modo de comércio a nível nacional e internacional, ele já atingiu um alto nível de circulação de mercadorias. O Brasil superou todas as previsões de crescimento anteriormente expressas por instituições especializadas em quantificar este movimento, e é o país líder no bloco sul-americano em número de usuários da Internet, assim como em número de transações comerciais on-line. (PEIXOTO, 2021, p. 101).

Ainda sobre as definições de comércio eletrônico, pode-se utilizar a definição proposta por Ricardo Lorenzetti (2014), que abrange todas as atividades relacionadas à movimentação de bens físicos e/ou digitais no ambiente eletrônico.

Destarte, é geralmente aceito que o comércio eletrônico é o conjunto de transações comerciais realizadas entre consumidores e fornecedores em um ambiente virtual. Para Claudia Lima Marques (2014), o conceito de comércio eletrônico divide-se em *stricto sensu* e o de comércio eletrônico *lato sensu*.

A rigor, pode-se definir o comércio eletrônico de forma estrita como uma forma de contrato não-pessoal ou à distância para a compra de bens e serviços por ou através de meios eletrônicos. De modo geral, pode-se considerar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas de redes eletrônicas (MARQUES, 2014, p. 45).



Na mesma linha de raciocínio, Claudia Lima Marques argumenta que o conceito amplo, ou seja, comércio eletrônico "lato sensu", abrange todas as formas de transações comerciais ou trocas de informações, assumindo a existência de todas as formas contratuais (remessa de bens tangíveis, remessa de bens intangíveis e serviços) e todas as etapas do negócio jurídico entre fornecedor e comprador (MARQUES, 2014).

Desta forma, qualquer cidadão capaz pode participar do comércio eletrônico, já que é suficiente ter um computador com acesso à Internet, que pode então ser livremente conectado ao mercado virtual. Esse tipo de comércio é, portanto, a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócios em um ambiente eletrônico, através do uso intensivo das tecnologias de comunicação e informação, a fim de atingir os objetivos comerciais. Os processos podem ser realizados no todo ou em parte, incluindo transações business-to-business, business-to-consumer e inter-organizacionais, em uma infraestrutura essencialmente pública, facilmente acessível, gratuita e de baixo custo (ALBERTIN, 2018).

Assim, o comércio eletrônico não só contribui para o conhecido aumento quantitativo das vendas à distância, mas também representa uma utilização econômica de um novo ambiente de relações interpessoais, o "ciberespaço", que difere do espaço físico, segundo Ricardo Lorenzetti, pela maleabilidade de sua arquitetura, já que qualquer um pode redefinir os códigos e características de interação, tornando-o um objeto indisponível e insensível às inúmeras regras legais que tomam este elemento (LORENZETTI, 2014).

Neste diapasão, comércio eletrônico é o comércio em que uma transação legal é realizada à distância e por meios eletrônicos. Pode ser feito por telefone, por meios eletrônicos digitalizados e comunicação de massa, ou pela Internet, que é o meio mais utilizado atualmente e ainda tem a vantagem de ser barato. Mas, como em qualquer outro negócio jurídico, especialmente entre um consumidor e um fornecedor, existe uma questão de proteção. Neste caso, trata-se de proteger o consumidor, já que ele é a parte mais vulnerável e inadequada na relação de consumo.

Esta proteção ao consumidor se reflete na Carta Magna de 1988, que considera a proteção ao consumidor como direito e garantia fundamentais, deixa claro que deve-se implementar e aplicar uma política nacional de proteção às relações de consumo.

Por exemplo, o Artigo 5º, inciso XXXII, da atual Constituição Federal estabelece: "O Estado deve promover, de acordo com a lei, a proteção do consumidor" (BRASIL, 1988). O Estado tem o dever de restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo. Assim, as relações de consumo estão se tornando um problema social e é necessário adaptar a legislação de consumo às novas exigências do mercado.

Assim, mesmo que exista o Código de Defesa do consumidor, é necessário criar instrumentos especiais para proteger os direitos dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, pois o Código do Consumidor é um instrumento que protege o cidadão em todas as relações apresenta lacunas.

### **3 LEI N. 8.078 DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Para entender a origem do CDC é necessário compreender o consumo em um sentido amplo, já que, como todas as outras áreas do direito, o CDC é o resultado de uma evolução cujos aspectos históricos e culturais têm acompanhado a evolução das relações humanas. Seu condicionamento histórico está ligado ao fenômeno da revolução industrial, rumo à segunda metade do século XVIII, mas, com a aceleração do progresso dos ideais capitalistas, a nova ideia de produção em massa de produtos, o consumidor foi prejudicado pela negociação com fornecedores, detentores de informações sobre seus produtos, no campo técnico e econômico, o que limitou o direito de escolha do comprador é o que explica (TARTUCE; NEVES, 2017).

Pode-se considerar o seguinte:

O Código de Proteção ao Consumidor (CDC) não surgiu por acaso e não é o resultado de um projeto simples como qualquer lei ordinária. É a concretização da longa evolução descrita no capítulo anterior, o resultado de todos os movimentos de consumidores que ocorreram anteriormente no Brasil e no exterior, e um instrumento legal para implementar os valores constitucionais de proteção e salvaguarda do consumidor, tais como saúde, segurança, vulnerabilidade, etc. Em suma, o Código do Consumidor visa implementar, em nível infraconstitucional, princípios constitucionais, em particular os princípios da autonomia substancial e da proteção ao consumidor, como veremos (CAVALIERI FILHO, 2022, p. 38).

Em outras palavras, a criação do CDC corporiza os direitos dos consumidores e o dever do Estado de protegê-los, numa tentativa de equalizar as relações de consumo nas quais o consumidor está em desvantagem. Para este fim, esta cartilha reúne as regras e os princípios constitucionais que buscam, entre outras coisas, regular a relação comerciante-consumidor e garantir a segurança jurídica.

A lei que rege as relações de consumo no Brasil, o CDC, tem uma base constitucional clara nos artigos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção alguma, e garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sob as seguintes condições XXXII - o Estado promoverá, na forma determinada por lei, a proteção dos consumidores;

Art. 170: Uma ordem econômica baseada no valor do trabalho humano e da livre iniciativa visa assegurar uma existência digna para todos, de acordo com as disposições da justiça social, observando os seguintes princípios

V – defesa do consumidor;

Além disso, a proteção ao consumidor também é regulada pelas leis de disposições constitucionais transitórias:

Art. 48: o Congresso Nacional no prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de proteção ao consumidor.

Quanto ao aspecto temporal, o Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 11 de setembro de 1990, foi consideravelmente atrasado porque as relações de consumo já estavam avançadas e precisavam de atenção especial, entretanto, antes do CDC, as regras do Código Civil eram utilizadas.

Neste sentido, Luís Antônio Rizzato Nunes (2018) afirma que até a introdução do CDC em nosso sistema jurídico, durante a maior parte do século XX houve igualdade de tratamento das relações jurídicas decorrentes de contratos e relações de consumo. Como se sabe, o desacordo entre as instituições começa com o vínculo, pois os contratos regulados pelo Código Civil se baseiam na ideia de igualdade entre as partes contratantes.

Esta observação já demonstra que é impraticável a utilização do Código Civil nas relações de consumo, pois não há igualdade entre as partes contratantes, que é um dos fundamentos originais do direito do consumidor, e a ação do Estado é proteger os direitos do consumidor e proibir o comportamento ilícito do profissional.

Como bem explicam Tartuce e Neves (2017, p 130):

O Código de Defesa do Consumidor é a materialização de um mandato constitucional, que, como já se viu estabelecido nos ADCT, a necessidade de se preparar a norma, o que levou à formação de

uma comissão para a criação do projeto, composta por juristas de grande nome no panorama jurídico brasileiro, sob a coordenação de Ada Pellegrini.

Este preceito tem um caráter especial, ou seja, em um possível conflito de normas, deve prevalecer sobre as leis de caráter geral que, em seus 119 artigos, indicam como deve ser realizada a proteção ao consumidor, quais são seus direitos fundamentais, bem como os órgãos que corporizam a ação pública nas relações privadas, incluindo, em geral, a proteção ao consumidor.

É importante destacar outro caráter das normas de consumo, como a de cláusula pétrea, que foi explicitamente defendida pelo ex-ministro da Suprema Corte César Peluso na votação do recurso extraordinário nº. 351.750, que declarou:

A proteção ao consumidor não é apenas objeto de uma norma constitucional, mas também um direito fundamental (art. 5º, XXXII), portanto não pode ser limitada por uma norma subordinada, nem mesmo por uma emenda constitucional, quando contida em uma cláusula pedregosa (art. 60, § 4, IV) (CAVALIERI FILHO, 2022, p. 51).

Uma vez destacada a importância do direito do consumidor em nosso ordenamento jurídico, sua importância e papel são claros, já que se trata de um campo autônomo, mas com raízes e fundamentos constitucionais, já que sua existência é mencionada na Constituição e citada pelo mais alto tribunal, o STF, que é o intérprete e guardião da Constituição Federal.

É também crucial saber a que âmbito o Código de Defesa do Consumidor se refere, pois, seu objetivo é regular as relações com os consumidores. Portanto, surge a questão se todas as relações com os consumidores, inclusive aquelas para as quais já existem regras especiais, são cobertas pelo Código. Cavalieri Filho (2022) esclarece esta questão ao afirmar que o objeto do CDC são as relações de consumo, independentemente da jurisdição em que ocorram, e que nos tempos em que vivemos em tudo está relacionado ao consumo, como o acesso à saúde, moradia, segurança, transporte, alimentação, etc.

É importante destacar que é necessário verificar a idoneidade do fornecedor da parte que presta o bem ou serviço, para que a relação esteja sujeita às regras de consumo estabelecidas no artigo 3º da lei, no sentido de que aqueles que praticam o ato de venda de bens ou serviços sem eventual idoneidade como fornecedor, sem demonstrar as qualidades necessárias para configurar a atividade comercial, não estarão sujeitos ao rigor desta regra. Como indicado abaixo, a definição de fornecedor pode ser formulada da seguinte forma:

Os fornecedores são entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com ou sem sede no país, empresas, sociedades de responsabilidade limitada, sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, fundações, joint ventures, empresas públicas, veículos automotores, agências de gestão direta, etc. (NUNES, 2018, p. 115).

Assim, fica claro que a intenção do legislador é cobrir todas as relações contratuais com os consumidores, desde que estes tenham a configuração de uma relação de consumo. A regra é amplamente estabelecida e está à disposição do consumidor, que se encontra em uma situação de consumo e em uma posição menos favorável em relação ao fornecedor.

### **3.1 CDC e o comércio eletrônico**

A revolução tecnológica mudou as relações humanas em todas as áreas. A forma como as pessoas se comunicam, pagam e realizam suas tarefas diárias mudou, pois computadores e telefones invadiram grande parte de nossas vidas. Tudo era diferente no comércio, o relacionamento com o consumidor passou por grandes mudanças, fornecedores e consumidores começaram a se comunicar e a negociar através de uma tela de computador ou de um telefone celular o produto ou serviço a ser vendido, o método de pagamento, o tempo e o método de entrega, e finalmente tudo foi decidido através da Internet.

Desse modo, o comércio eletrônico, ou *e-commerce*, é um tipo de transação de consumo que utiliza meios eletrônicos, através de um endereço virtual, que é utilizado em todas as etapas de uma relação de consumo estabelecida (ALBERTIN, 2018). Esta ferramenta, plenamente reconhecida, oferece muitas vantagens para ambas as partes, mas também pode causar danos, especialmente ao consumidor, que está mais propenso a estar sujeito a atos desleais por parte de fornecedores que utilizam o ambiente de vendas *online* para obter vantagens em detrimento do consumidor.

Nesta perspectiva, Martins e Macedo (2012) exemplificam a vulnerabilidade das relações comerciais na esfera eletrônica, em aspectos como consistência da informação, segurança da troca de informações, adequação do fornecedor, qualidade do produto, etc. Para isso, a integridade deve ser uma ferramenta que garanta a segurança e a confiabilidade das relações comerciais virtuais.

Em relação a este tópico, Teixeira (2015) define que o comércio eletrônico pode ser entendido como qualquer intercâmbio de dados realizado por meio de um computador alimentado por energia elétrica, o que justifica sua nomenclatura, ou seja, o uso de dispositivos alimentados por impulsos elétricos.

De acordo com outra definição doutrinária, o comércio eletrônico pode ser definido como qualquer relação jurídica destinada ao fornecimento de produtos ou serviços através de uma rede de computadores. Estas relações estão contempladas no Código do Consumidor e no Código Civil e também são protegidas pela doutrina brasileira específica (MARTINS; MACEDO, 2012).

Logo, uma vez estabelecida sua definição, é importante enfatizar que o comércio eletrônico não se limita às trocas comerciais através de uma rede de computadores, já que o termo é genérico, incluindo também outros métodos encontrados pelo fornecedor capazes de formalizar negociações à distância.

Marques (2014) faz um comentário importante sobre esta descoberta, afirmando que, apesar de sua complexidade e riqueza, permanece a ideia de que o comércio eletrônico não é um fenômeno recente, já que existem práticas anteriores que já marcaram este modo de venda, tais como a venda pela televisão e a venda por catálogo. Neste sentido, a Internet nada mais é do que uma nova forma de materializar os meios de comunicação, o que indica que a inovação está na soma das modalidades de contratação em massa e pós-moderna. A novidade está na maior interatividade e em uma nova metodologia que explora o visual.

Graças ao mercado virtual, o contrato entre as partes também terá sua própria especificidade, que será enquadrado dentro do contrato eletrônico, que também terá seus próprios aspectos e regras. A razão é que a forma como a relação foi estabelecida, ou seja, a negociação, inspira sua finalização e formalização em um contrato que é válido mesmo nas condições em que a negociação foi realizada, ou seja, virtualmente.

Em relação à ideia de comércio conjunto, o comércio eletrônico reúne aspectos específicos que permitem a realização de atividades comerciais on-line, a saber ferramentas importantes para o intercâmbio de interesses e dados entre as partes interessadas. Primeiro, segundo Coelho (2021), existe a necessidade de estabelecimento virtual, que deriva da criação de uma empresa, que é um conjunto de ativos que um empresário tem que realizar suas atividades e que são ativos tangíveis e intangíveis. Uma modalidade apropriada para o comércio eletrônico surgiu, ou seja, o estabelecimento virtual, sob a forma de um ambiente virtual e ferramentas específicas.

Entretanto, um fornecedor que tenha decidido comercializar exclusivamente on-line deve ter as bases para realizar suas atividades, tais como manter um inventário para ter bens em estoque para comércio, e ter funcionários que serão responsáveis por manter e alimentar o ambiente virtual, atualizar produtos, estoque, muitas vezes através de sites de fornecimento, ter um canal virtual para resolver consultas de clientes e, finalmente, para realizar atividades comerciais, são necessários elementos básicos, sejam eles físicos ou não.

A escolha do nome de domínio e endereço virtual para informar e direcionar os clientes para o site virtual é essencial para realizar atividades de comércio eletrônico. Para muitos comerciantes, ter esses itens proporciona visibilidade e consciência de sua existência para seus clientes. Considerado como um local individual para o comerciante, este site deve seguir certos protocolos da Internet que consistem em dois elementos, o primeiro dos quais é o núcleo que dá ao comerciante a propriedade do nome utilizado, e o segundo é a abreviação do país em que a atividade é realizada (COELHO, 2021).

No Brasil, a regulamentação das relações contratuais eletrônicas recebeu sua própria formulação legal, regulamentada pelo Decreto 7.962, de 13 de março de 2013, criado para dar garantias e segurança às relações de consumo eletrônicas, composto de nove artigos, que estabelecem os requisitos mínimos a serem adotados pelos fornecedores virtuais, garantindo clareza e precisão das informações sobre os produtos e serviços oferecidos, assegurando o direito de resposta e como o consumidor poderá se manifestar em casos que seja necessário.

O Decreto 7.942/13, aprovado para adotar regras específicas para as relações eletrônicas com os consumidores, contém regras que já estavam em nosso sistema jurídico, pois a jurisprudência e a doutrina já confirmaram a compatibilidade do CDCE com o comércio eletrônico. No conteúdo do decreto encontra-se o que já está considerado no Código de Defesa do Consumidor, como a necessidade de informações claras, serviço simples e respeito nas relações com o consumidor, artigo 1, e reforça a ideia de vulnerabilidade, factual, jurídica e técnica, do consumidor (TEXEIRA, 2015).

No entanto, houve regras que, segundo Teixeira (2015), inovaram o sistema jurídico, pois focam exclusivamente questões virtuais, como o artigo 2º, que diz que no site virtual, os fornecedores exibem suas informações, como o nome da empresa, número de registro, que pode ser CPF ou CNPJ, endereço físico e eletrônico, informações de contato e informações sobre o produto ou serviços, sobre a natureza e os cuidados possíveis, como valores financeiros, tempo e forma de entrega ou fornecimento.

O artigo 4º do Decreto trata especificamente de contratos relacionados ao consumo eletrônico e contém regras para a elaboração do contrato com perguntas para ajudar o consumidor a identificar e compreender aspectos do contrato. O direito de devolução está previsto no regulamento, no artigo 5º, que destaca o direito do consumidor de trocar os produtos, com prazo a partir da data de recebimento, nos termos em que a política de troca é estabelecida nos estabelecimentos físicos, enfim, o artigo 6º distingue o desempenho do fornecedor virtual, atribuindo-lhe o estrito cumprimento do que era obrigatório no contrato para o consumidor, conforme acordado nos termos.

### **3.2 Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor no comércio eletrônico brasileiro**

Nesta seção será abordado especialmente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos que regulam as relações de consumo, já que com o desenvolvimento deste tipo de comércio, além do crescimento do mercado e da popularização da Internet, qualquer pessoa com acesso a um dispositivo eletrônico conectado à rede mundial de computadores pode firmar este tipo de contrato à distância.

Hoje, existem empresas que oferecem seus bens e serviços exclusivamente na Internet, o que oferece aos consumidores uma ampla gama de possibilidades de compra de bens ou serviços sem a necessidade de visitar uma loja física. Entretanto, como até recentemente não havia uma lei que abrangesse apenas o comércio eletrônico, os direitos do consumidor previstos no CDC podem e devem ser aplicados, uma vez que as relações de consumo já foram estabelecidas.

Além disso, o comércio eletrônico é um tipo de transação realizada especificamente através de dispositivos eletrônicos, ou seja, o ato de vender ou comprar na Internet. Portanto, o significado legal relevante das mensagens enviadas neste tipo de comércio deve ser levado em consideração, pois elas constituem expressões de vontade que fazem parte dos contratos ou confirmam relações jurídicas (MARTINS, 2020).

Deve-se observar que o desenvolvimento do comércio eletrônico tem disponibilizado aos consumidores uma grande variedade e quantidade de produtos e serviços oferecidos na Internet. No que diz respeito às relações de consumo, elas são apoiadas pelas disposições legais existentes, especialmente aqueles referentes ao Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) estabelece que as regras nele contidas sobre proteção e defesa do consumidor são "de ordem social e de interesse geral" (BRASIL, 1990). Portanto, estas regras são obrigatórias, ou seja, são aplicáveis independentemente da vontade das partes, uma vez que é proibido proibir sua aplicação.

O professor Fabrício Bolzan de Almeida (2022, p. 128) corrobora instruindo que:

A lei positiva brasileira não contém uma regra específica sobre comércio eletrônico, nem mesmo na Lei de Proteção ao Consumidor de 1990 (a Lei de Proteção ao Consumidor argentina de 1994 já menciona este assunto ao definir as vendas por correspondência: artigo 32).



Destarte, um empresário brasileiro do comércio eletrônico tem exatamente as mesmas obrigações para com o consumidor que a lei impõe aos fornecedores em geral. O fato de a venda ocorrer em um estabelecimento físico ou virtual não altera os direitos do consumidor e as correspondentes obrigações dos comerciantes. Assim, um contrato de consumo eletrônico entre brasileiros está sujeito aos mesmos princípios e regras que se aplicam a outros contratos (orais ou escritos) contemplados na Lei de Proteção ao Consumidor. Fabio Ulhôa Coelho (2021, p. 98) também argumenta que "o fato de a venda ter sido feita em um estabelecimento físico ou virtual não altera os direitos do consumidor e as correspondentes obrigações do comerciante".

Portanto, alguns princípios contratuais também se aplicam aos contratos eletrônicos, e o princípio da transparência também é importante para garantir boas relações com os consumidores. A este respeito, Martins afirma:

O princípio da transparência, introduzido no direito positivo brasileiro pelo artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, implica acima de tudo clareza, justiça e respeito, segundo o qual o fornecedor deve informar ao consumidor não apenas as características do produto ou serviço, mas também o conteúdo do contrato, a partir de expressões pré-contratuais, inclusive a publicidade. Como em qualquer relação de consumo, seja eletrônica ou física, o consumidor tem o direito a informações completas e verdadeiras sobre o produto ou serviço adquirido e sobre o conteúdo do contrato. Além disso, nas relações de consumo, o consumidor é considerado vulnerável e hiper-suprimido, e permanece nesta posição no comércio virtual (MARTINS, 2020, p. 103).

Como explicado acima, as regras do CDC se aplicam aos contratos eletrônicos que envolvem uma relação de consumo, com a devida substituição. O artigo 6º do CDC é, sem dúvida, a pedra angular de toda a estrutura baseada na vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor.

O inciso I visa proteger a vida, a saúde e a segurança dos consumidores de produtos que possam causar-lhes danos. Isto é combinado com a cláusula III, que afirma a necessidade de fornecer informações completas sobre produtos e serviços, em particular sobre os riscos envolvidos. Além disso, o inciso IV refere-se ao direito à proteção contra publicidade enganosa ou fraudulenta, coerção ou práticas comerciais desleais. No inciso A Subparte VI prevê o direito de prevenir e reparar os danos causados aos consumidores. Além da possibilidade de inversão do ônus da prova, o inciso VIII refere-se à posição de hipersubjetividade atribuível ao consumidor (CASTRO, 2021).

No mesmo segmento, Dias (2014, p. 29) argumenta que:

Deve-se ter em mente que o conceito de vulnerabilidade e o de hipersubjetividade, que agora são objeto de muitas pesquisas, são claramente diferentes. O último é um fator agravante do primeiro, quando o consumidor, além do risco natural derivado da própria situação de consumo, necessita de proteção adicional devido à sua situação pessoal (cultural, social, econômica, etc.).

No caso de contratos de consumo celebrados em ambiente virtual, o consumidor, por definição, aparece não apenas como uma parte vulnerável, mas também como um hipossujeito, devido ao óbvio fator de desvantagem derivado do elemento tecnológico.

Desse modo, deve ficar claro que, no contexto das relações de consumo estabelecidas em um ambiente virtual, a necessidade de proteção ao consumidor é ainda maior e, portanto, as empresas que desejam operar neste mercado devem ser particularmente cuidadosas no cumprimento das exigências impostas por lei. Portanto, o conteúdo dos artigos 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) é plenamente aplicável. Ao fazê-lo, o primeiro estabelece a obrigação do fornecedor de publicar a oferta e o anúncio, tornando-os assim parte integrante do contrato vinculativo. E o segundo confirma a obrigação para a oferta e a apresentação de produtos e serviços de apresentar informações corretas, claras, precisas e demonstrativas em língua portuguesa.

Além disso, a publicidade deve ser levada em conta na relação com os consumidores, uma vez que é proibido enganar ou ofender. Esta regra geral do artigo 37 do Código do Consumidor também se justifica em um ambiente virtual.

No comércio eletrônico, como no comércio em geral, tudo funciona para atrair clientes, desde que seja legal. O problema é que muitos comerciantes tentam atrair clientes através de publicidade enganosa ou mesmo omitindo informações que poderiam induzir os consumidores em erro sobre a natureza, qualidade, características, origem e preço dos bens e serviços oferecidos. Se tais ações ocorrem em lojas físicas, onde o consumidor pode ver e tocar os produtos, imagine o que pode acontecer em um *website*, onde o consumidor tem que se contentar com informações em uma tela e, no máximo, com imagens dos produtos (CASTRO, 2021).

Nada é mais justo do que se o fornecedor se recusar a cumprir com uma oferta, apresentação ou publicidade, impondo alternativas, a escolha do consumidor, as regras do Artigo 35 do CDC. Estas incluem desempenho forçado, aceitação de outro produto ou serviço equivalente, ou mesmo cancelamento do contrato e reembolso do valor pago, com as devidas correções, danos.

Destaca-se que o consumidor tem o direito de rescisão, estabelecido no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que lhe permite rescindir o contrato dentro de sete (7) dias após a assinatura ou recebimento do produto ou serviço. Portanto, não há dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado nas relações de consumo virtuais, adaptando a interpretação de suas disposições a cada caso.

#### **4 A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONFERIDA AO CONSUMIDOR NO AMBIENTE VIRTUAL**

Embora a doutrina e a jurisprudência há muito sustentem que o CDC se aplica às relações de consumo eletrônico, foi necessário dar uma interpretação específica e clara da regra que estabelece a combinação. Devido à época em que foi desenvolvida, no início dos anos 1990, o Direito do consumidor não menciona este tipo de relação de consumo.

Além disso, as relações de consumo virtuais exigem este tratamento diferenciado devido à sua natureza. O fato de que elas ocorrem à distância e exigem um maior grau de confiança, já que todas as atividades são realizadas *on-line*, bem como o crescimento ativo no uso desta ferramenta na esfera comercial, com a descoberta de cada vez mais possibilidades e novas maneiras de explorá-la.

Com o advento da regulamentação do consumidor virtual, esta figura de intermediário responde na forma da lei, já que o que foi estabelecido é, entre outras coisas, a obrigação do site virtual de fornecer informações sobre si mesmo e o que ele oferece ao consumidor (DIAS, 2014).

Vial (2020) destacou que antes da introdução do decreto, era difícil promulgar a lei, tanto no sentido territorial, uma vez que a Internet é uma rede internacional, quanto porque ainda não havia uma regulamentação específica. Ele também observou que estas dificuldades se tornaram até mesmo um obstáculo para a proteção efetiva do consumidor.

Ainda de acordo com Vial (2020), com a aprovação do Decreto Legislativo 7962, em 15 de março de 2013, quaisquer dúvidas sobre o impacto do CDC sobre as relações de consumo eletrônico foram dissipadas e o legislador finalmente confirmou que todas as questões relacionadas a este assunto se enquadram no âmbito do direito do consumidor.

Levando em conta as inovações do direito do consumidor eletrônico, que ainda são insuficientes em relação à demanda, fica claro que ainda há muito a ser feito. O legislador infraconstitucional deve contemplar a reforma do CDC, defendida pela doutrina de massa, que separa o espaço das regras de bom tratamento dos consumidores virtuais, propõe novas formas, dá mais direitos e impõe sanções àqueles que não cumprem as regras.

Também é importante que a ação do PROCON, responsável pela supervisão das relações de consumo, assuma um papel operacional.

A ação do Estado ao tentar acompanhar os avanços do mundo virtual hoje já é um passo adiante porque mostra a preocupação do legislador em garantir a segurança dos consumidores virtuais da mesma forma que os consumidores físicos são protegidos, mas as inovações eletrônicas estão em constante evolução e para que o sistema jurídico as acompanhe, o Estado deve agir para informar, reprimir e sancionar aqueles que agem contra o Código de Defesa do Consumidor.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo demonstrou como é complexo e necessário reforçar a regulamentação do comércio eletrônico, uma vez que esta forma de consumo é frequentemente atualizada e ganha a confiança e o uso de novos consumidores que estão se afastando cada vez mais dos sites de venda tradicionais, visitando lojas físicas e começando a comprar *on-line*.

Diante disto, o objetivo desse estudo foi analisar a efetividade da legislação brasileira consumerista acerca do comércio eletrônico.

A pesquisa revelou que é sim possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo eletrônicas, em particular no que diz respeito ao direito de revogação previsto no artigo 49. Embora o Decreto Federal nº 7.962/2013 ainda não tenha introduzido nenhuma modificação específica na legislação existente, acredita-se que ele melhorará o cumprimento das regras de proteção ao consumidor e as tornará mais rígidas e eficazes.

O legislador tem estado muito preocupado com a relação atual com os consumidores, o comércio eletrônico, a criação deste novo diploma legal certamente trará mais conveniência, segurança, transparência, confiabilidade e proteção ao consumidor nas transações eletrônicas, especialmente porque este lugar de tráfego técnico ainda não é totalmente dominado pela grande maioria das pessoas que o utilizam como forma legal de negócios.

Neste sentido, como resultado da pesquisa que permitiu a elaboração deste artigo, verificou-se que mesmo com a aprovação do Decreto Federal nº 7962/2013, o Código de Proteção Defesa do Consumidor visando a proteção do consumidor foi regulamentado, e inovações relevantes foram feitas para o comércio eletrônico, já que até então não havia disposições específicas para este tipo de transações comerciais, que muitas vezes deixavam os consumidores desprotegidos quando realizavam negócios jurídicos por meios virtuais.

Assim, espera-se que com o decreto, as regras que regulamentam esta comercialização sejam mais eficazes e ofereçam mais rigor, transparência, certeza e proteção no momento da execução.

Estas medidas são necessárias porque práticas antiéticas de comércio eletrônico ainda são difundidas, onde os fornecedores abusam da distância e da boa-fé de seus clientes agindo criminalmente ou ilegalmente sem respeitar as normas técnicas estabelecidas para o bom funcionamento da plataforma.

Portanto, a legislação pertinente merece a atenção das autoridades públicas e deve ser uma prioridade de trabalho e controle, levando a uma maior confiabilidade e segurança, em benefício do consumidor, que é, de acordo com a disposição constitucional, o sujeito dos direitos do consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico**: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.15.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BERGSTEIN, Laís. O tempo do consumidor e o menosprezo planejado. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Senado Federal. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em: 04 de setembro de 2022.

BRASIL. **Decreto Federal nº 7.962 de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Senado Federal. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm)>. Acesso em: 04 de setembro de 2022.

CAMPOS, R. **Como Estruturar a Logística Para o Meu E-commerce**. 2017. Disponível em <<https://ecommercenews.com.br/artigos/dicas-artigos/como-estruturar-a-logistica-para-o-meu-e-commerce/>>. Acesso em: 12 de maio 2022.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Comércio Eletrônico e a Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro e no Mercosul**. In Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**: direito de empresa. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no ambiente virtual**: de acordo com o novo código civil. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. et al. *Sindemia e resistência do direito do consumidor*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/garantias-consumo-2020-sindemia-resistencia-direito-consumidor>. Acesso em: 27 de ago. 2022.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. **Internet e direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MIRAGEM, Bruno, Curso de direito do consumidor. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 734

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2021, p. 318

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEIXOTO, Rodney de Castro. **O comércio eletrônico e os contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor direito material e processual**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico**: conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 20, Vol. 80. Bimestral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. ISSN: 1415-7705.

## **CRIMES VIRTUAIS: A LEI CAROLINA DIECKMANN 12.737/2012 E SEUS EFEITOS NO COMBATE A CRIMINALIDADE VIRTUAL NO BRASIL**

### **BEATRIZ CÁSSIA DA SILVA E SILVA:**

Radialista, Especialista em Comunicação Empresarial e Marketing, Especialista em Assessoria de Comunicação e Mídias Digitais, Especialista em Gestão de Empresas e Negócios e aluna de graduação no curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS<sup>25</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O artigo científico traz o presente tema a fim de discorrer sobre os novos tipos de crimes oriundos com o surgimento da internet. A pesquisa mostra que a legislação brasileira tem pouco avançado no combate a esses tipos de crimes. Alguns autores defendem que as mesmas leis aplicadas para defender o cidadão dos crimes praticados na realidade também podem ser aplicadas na vida virtual. Outra corrente, defende ao contrário, mostra deficiência no combate aos novos tipos de crimes e pouco avanço na legislação, que garanta aos usuários menos impunidade e mais efetividade na aplicação da lei. A metodologia aplicada é a dedutiva e dialética, a partir da pesquisa bibliográfica de livros, monografias, artigos científicos entre outras pertinentes. A conclusão é que a legislação brasileira tem pouco avançado no combate essa nova criminalidade. Mesmo após a criação da Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012, muitos são os delitos virtuais que a cada dia emergem e necessitam de aplicação legal que garanta maior punibilidade aos infratores.

**Palavras-chave:** internet; crimes virtuais; legislação; direito penal; impunidade.

**ABSTRACT:** The scientific article brings the present theme in order to discuss the new types of crimes arising from the emergence of the internet. The research shows that Brazilian legislation has made little progress in combating these types of crimes. Some authors argue that the same laws applied to defend the citizen from crimes committed in reality can also be applied in virtual life. Another current, argues on the contrary, shows a deficiency in the

---

<sup>25</sup> Professor Doutor do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

fight against new types of crimes and little progress in legislation, which guarantees users less impunity and more effectiveness in law enforcement. The methodology applied is deductive and dialectical, based on bibliographic research of books, monographs, scientific articles, among others. The conclusion is that Brazilian legislation has made little progress in combating this new crime. Even after the creation of the Carolina Dieckmann Law 12,737/2012, there are many virtual crimes that emerge every day and need legal application that guarantees greater punishment for offenders.

**Word-key:** internet; cyber crimes; legislation; criminal law; impunity.

## **INTRODUÇÃO**

O tema do presente artigo mostra-se importante, pois com a evolução tecnológica e o surgimento da internet houve significativas facilidades e flexibilidade no tempo das pessoas, tornando o dia a dia das mesmas muito mais proveitoso e produtivo.

Porém, toda vantagem carrega consigo também sua desvantagem. A vantagem da internet é sua facilidade de uso e resolução de problemas virtualmente. Como desvantagem, pode-se citar a vulnerabilidade do usuário diante do uso da rede virtual. E é justamente nessa linha tênue entre vantagem e desvantagem que o criminoso atua, cometendo diversos crimes, antes praticados na vida real e, agora, na vida virtual.

Ante o exposto e no intuito de desvendar o andamento da legislação brasileira perante os crimes virtuais, o tema mostra-se favorável à pesquisa científica, a fim de alcançar o resultado do atual cenário jurídico na esfera virtual.

Por esse motivo, o artigo traz como tema “Crimes Virtuais: A Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012 e seus efeitos no combate a criminalidade virtual no Brasil”.

Logo, indaga-se: após a criação da “Lei Carolina Dieckmann” houve diminuição dos crimes virtuais?

O objetivo geral é demonstrar se a criminalidade virtual tem diminuído ou aumentado após o advento da Lei 12.737/2012.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos, os quais serão desenvolvidos ao longo deste artigo: Internet: o surgimento dos crimes virtuais; crimes virtuais: puros e impuros; legislação brasileira x cibercriminalidade; a Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012; e impunidade dos crimes virtuais.



Os métodos utilizados são dedutivo e dialético, a partir da pesquisa bibliográfica, aplicada a hipótese sobre o crescente uso da internet e a vulnerabilidade do usuário em face aos crimes virtuais. A pesquisa tem como embasamento teórico livros, monografias, artigos científicos entre outras pesquisas pertinentes.

O artigo traz como hipótese que a evolução tecnológica, como a vivenciamos hoje, carrega consigo tanto vantagens quanto desvantagens. Entre essas desvantagens está a vulnerabilidade das pessoas quanto ao uso da internet, alvos fáceis de crimes virtuais.

Antes, as pessoas tinham que se defender juridicamente dos crimes praticados na realidade. Atualmente, com a realidade da internet, também é necessário se prevenir e se defender de crimes praticados na vida virtual.

Na primeira seção, será discorrido sobre o surgimento dos crimes virtuais na era da internet. Na segunda seção, será especificado quais são esses crimes virtuais e como podem ser classificados. A terceira seção traz um panorama de como a legislação brasileira tem atuado para combatê-los. Em seguida, é realizado o estudo de caso sobre a Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012 e a efetividade desta a partir de sua tipificação criminal. E, por último, é explanado como os crimes virtuais causa a sensação de impunidade entre os usuários.

Ao final, conclui-se que a problemática é respondida com a confirmação da hipótese, indicando a necessária adoção de uma legislação própria e mais robusta para combater os crimes virtuais atuais e vindouros, que evoluem paralelamente às novas tecnologias e formas de comunicação em rede.

## **1 INTERNET: O SURGIMENTO DOS CRIMES VIRTUAIS**

Com o advento da internet surgiram inúmeras facilidades para o dia a dia do cidadão, tornando-se um campo fértil para atuação de criminosos, haja vista uma maior exposição do usuário em rede. Ou seja, quanto mais o internauta disponibiliza informações pessoais na internet, maiores tornam-se as opções para a prática de delito virtual. Como exemplifica Moisés de Oliveira Cassanti:

(...) As pessoas estão cada vez mais conectadas e essa nova realidade social que nos cerca, por um lado, trouxe, sem dúvidas, muitas facilidades e progressos, E por outro, nos deixou mais vulneráveis a riscos inerentes da tecnologia da informação, criando uma nova

modalidade de crimes, os chamados crimes virtuais. (CASSANTI, 2014, p. 9)

Os crimes virtuais também são conhecidos por “(...) crimes digitais, informáticos, telemáticos, de alta tecnologia, crimes por computador, fraude informática, delitos cibernéticos, crimes transnacionais, dentre outras nomenclaturas. (...)” (ALBUQUERQUE apud MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018, p. 170).

Enquanto a internet traz inúmeras facilidades, ela também carrega consigo diversas vulnerabilidades, onde o criminoso virtual atua. Ainda segundo Maues, Duarte e Cardoso, “a internet pelo seu uso generalizado e pelo amplo acesso, alavanca riscos oriundos da vulnerabilidade do meio digital, sendo assim, quanto maior a utilização da internet nas interações humanas, mais se potencializa a tendência de surgimento de problemas legais, inclusive, o nascimento de novos tipos de crimes.” (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018, p. 170).

Para Cassanti, essas vulnerabilidades dizem respeito a falta de segurança adequada ao equipamento informático utilizado, como explica:

Dizemos que um computador é vulnerável quando este apresenta várias deficiências de segurança. Antivírus desatualizado, sistemas operacionais piratas (que não podem receber atualizações), firewall desativado ou configurações incorretas da rede e ainda falhas nos softwares. Os atacantes exploram essas vulnerabilidades, resultando em possíveis ataques e danos para o computador ou seus dados pessoais. (CASSANTI, 2014, p. 21)

A vulnerabilidade dos usuários também está associada ao sentimento de impunibilidade que muitos criminosos sentem, pela internet ainda ser um campo de difícil localização do infrator ou de fácil adulteração de dados relevantes que possam vir a identificá-lo.

## **2 CRIMES VIRTUAIS: PUROS E IMPUROS**

Para alguns autores, os crimes virtuais podem se equiparar aos crimes reais, mudando somente o meio onde o mesmo é praticado, sendo possível a aplicação da legislação vigente. Como enfatiza Diego Cruz e Juliana Rodrigues:

(...) O que faz as pessoas acharem que há sempre a impunidade nos cybercrimes é o fato das previsões legais não trazerem no preâmbulo

o verbo “internet”. Ainda que no preâmbulo não traga “internet”, o fato dos sujeitos utilizarem a rede como meio de praticar o ilícito, a consumação possui tipificação de modo que podem ser aplicadas as sanções. (CRUZ; RODRIGUES, 2018, p. 6)

Porém, o presente trabalho não irá adentrar essa discussão, mas exemplificar o que são os crimes virtuais. Para Gabrielly Santos:

Não há uma legislação que trate o conceito de crimes cibernéticos, nem tão pouco que os classifique, as análises e condenações são feitas a partir do Código Penal Brasileiro. No entanto, alguns autores classificam tais crimes como puros e impuros, sendo os puros as condutas não tipificadas e os impuros os tipos penais já tipificados e que ocorrem no ciberespaço. (SANTOS, 2021, p. 11)

Segundo a autora, não há uma legislação que conceitue os crimes virtuais, sendo que sanções são aplicadas consoante a legislação já existente, recebendo a terminologia de puros (ou próprios) e impuros (ou impróprios). Também vale destacar que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) também tem aplicação no Código Penal e Processual Penal.

Os crimes puros ou próprios são os praticados no uso dos meios tecnológicos, emergindo desses como novos crimes virtuais e não como crimes reais praticados no meio virtual. Como explica Barreto e Brasil:

São aqueles em que os sistemas informatizados, banco de dados, arquivos ou terminais (computadores, smartphones, tablets, por exemplo) são atacados pelos criminosos, normalmente após a identificação de vulnerabilidades, seja por meio de programas maliciosos ou, ainda, por engenharia social (golpista engana a vítima, fazendo com que forneça informações pessoais e/ou estratégicas). (...) (BARRETO; BRASIL, 2016, p. 17)

E os crimes impuros ou impróprios são os já existentes no ordenamento jurídico. Os mais comuns são pornografia infantil, crimes contra a honra, fraudes virtuais, crimes contra a propriedade intelectual e estelionato.

No caso dos crimes impuros a legislação é aplicada por analogia. Diferenciando-se somente o meio onde a prática delitiva é cometida, nesse caso, a internet.

Em relação aos crimes puros existem leis, que foram adaptadas visando abranger esse campo midiático que é a internet. De acordo com Adriano Rocha:

Além das alterações no Código Penal Brasileiro, que inseriu infrações cibernéticas no bojo da lei através da Lei 12.737/2012, apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”, temos ainda o ECA (Lei 8.069/90), a Lei de Software (Lei antipirataria no 9.609/98), a Lei de Racismo (Lei no 7.716/89) e a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), compondo o conjunto de normas mais relevantes aplicáveis ao cibercrime. (ROCHA, 2017, p. 18)

Este trabalho abordará especificamente a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012), a qual será analisada mais adiante.

### **3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA X CIBERCRIMINALIDADE**

Para os autores Cruz e Rodrigues (2018), a dificuldade em punir os cibercriminosos não se encontra na dificuldade de encontrar lei específica, mas na dificuldade de identificá-los e determinar de quem é a competência para julgá-los.

Porém, na doutrina há também quem defenda a criação de uma legislação própria voltada à internet, como defende o autor Paulo Valera:

Apesar de a tecnologia avançar de maneira desenfreada, o Direito deve adaptar-se a ela. O ambiente virtual tem-se tornado um meio de atuação para o cometimento de crimes, pois se acredita que nele há certa dificuldade para a identificação de quem comete um ato ilícito na internet, por exemplo, o que não é totalmente verdade. (VALERA, 2019, p. 10)

Ou seja, por mais que se tenha uma gama de leis que possam ser aplicadas por analogia, ainda assim, é de suma importância que se tenha uma lei própria, a qual abranja todo e qualquer delito praticado na internet.

Nesse ínterim, Barreto e Brasil também concordam ao afirmarem: “dessa forma, podemos perceber que a lei brasileira não pode nem deve ser excluída da apreciação dessa nova forma de comunicação sem fronteiras, a fim de se evitar a completa anomia, o que poderia gerar para as vítimas a sensação de que a internet é um local no qual tudo se permite.” (2016, p. 80).

Atualmente, existe no Brasil o Marco Civil da Internet (2014). Contudo, o mesmo ainda não consegue abranger todo e qualquer delito virtual. A lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Para Ana Paula Assunção, apesar das recentes legislações acerca dos crimes virtuais ainda há muito a se fazer, conforme ela:

Observa-se que destarte tenha ocorrido no passado recente significativos avanços acerca da temática, ainda há muito a se fazer no sentido do aperfeiçoamento normativo em razão da temática se tratar de novidade tanto aos olhos da sociedade quanto ao legislativo, bem como à constante mutação das práticas delitivas nos ambientes virtuais além de a legislação recente estar em fase de teste prático. (ASSUNÇÃO, 2018, p. 21)

Corroborando com Assunção, Maues, Duarte e Cardoso: “A internet, portanto, é um novo caminho para a realização de delitos já praticados no mundo real, sendo necessário que as leis sejam adaptadas para os crimes eletrônicos. Essa é a nova missão da Justiça: adaptar os vários dispositivos do Código Penal no combate ao crime digital.” (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018, p. 177).

E segundo os autores Barreto e Brasil, “(...) apesar de o Marco Civil dispor sobre a possibilidade de exclusão de imagens e vídeos quando publicados, ainda não há lei que trate especificamente sobre o assunto. Apesar disso, a conduta pode ser tipificada como crime contra a honra (adulto) ou contra criança e adolescente, com penalização prevista no ECA.” (2016, p.165).

Para os autores Cláudio Bomfati e Armando Kolbe, é urgente a criação de legislação específica para os crimes cometidos na internet. “É incontestável a urgência de uma legislação que esteja muito mais sintonizada com a realidade atual. A justiça brasileira tem conseguido caminhar, ainda que com passos tímidos, diante do crescimento exponencial da internet.” (2020, p. 164)

Assim, como é urgente a criação de leis nacionais mais severas que acompanhem a evolução dos crimes no meio virtual, também se faz necessária a cooperação internacional para o combate a esses crimes, haja vista que a internet é um canal de comunicação, a qual interliga as pessoas em todas as partes do mundo. Para as infrações

não é diferente, pois a mesma pode ser cometida de qualquer lugar e/ou de vários lugares em simultâneo. Por isso, a importância da cooperação internacional.

Atualmente, existe a Convenção sobre o Crime Cibernético, também conhecida como Convenção de Budapeste, que entrou em vigor em 2004, pelo Conselho da Europa. Hoje em dia, há a adesão de outros países fora do eixo, a fim de firmarem uma cooperação internacional para os crimes virtuais. E somente após passados 18 anos é que o Brasil tornou-se signatário, com o Decreto Legislativo 37/2021 (AGÊNCIA SENADO, 2021).

#### **4 A LEI CAROLINA DIECKMANN 12.737/2012**

Neste trabalho, vamos nos ater a Lei 12.737/2012, apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”. Esta foi uma das primeiras leis criadas no combate ao crime virtual. Mas antes, se faz necessário entender o caso e por que a lei ganhou o nome da atriz.

Em maio de 2012, a atriz teve, arquivos copiados de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima e conversas, que acabaram divulgadas na Internet sem autorização. Na época, a polícia civil do Rio de Janeiro chegou até 4 suspeitos de terem vazado as fotos e chantageado a vítima a pagar um valor em dinheiro de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para as fotos não serem divulgadas (G1, 2012).

O projeto de lei encontrava-se em tramitação desde novembro de 2011, no Congresso Nacional. Porém, somente após o escândalo e o envolvimento de uma figura pública, como a atriz, é que o projeto saiu do papel e passou a ter eficácia como lei. A Lei 12.737/2012 foi publicada no dia 3 de dezembro de 2012 e entrou em vigor no dia 2 de abril de 2013.

A “Lei Carolina Dieckmann” foi criada com a finalidade de criminalizar as condutas cometidas através dos meios informáticos. Segundo Cassanti, “(...) tais como: invasão de computadores, roubo e/ou furto de senhas e de conteúdos de e-mails e a derrubada intencional de sites, inclusive oficiais, o que tem ocorrido em todo o mundo. (...)” (2014, p. 95).

Assim, a lei se enquadra no crime denominado puro ou próprio, consoante as alterações ao Código Penal trazidas pelos artigos 154-A e 154-B. Os artigos tratam de “Invasão de dispositivo informático” e “Ação penal”, conforme abaixo:

**Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou

informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia

Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal;

ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou

do Distrito Federal.”

Conforme o Artigo 154-A, são vários os requisitos legais que tipicam e materializam a conduta delitiva. No caso da atriz, ela teve o computador pessoal invadido, para obtenção de vantagem financeira, de modo a não ter suas fotos íntimas divulgadas na internet. Logo, conforme o caput, o crime possui pena de detenção de 3 meses a 1 ano mais multa, penalidade esta que pode ter causa de aumento a partir das qualificadoras, chegando a pena de reclusão de até 2 anos.

A segunda alteração no Código Penal foi trazida pelo Art. 154-B, como segue:

**Art. 154-B.** Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

Art. 3º Os arts. 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266..

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

“Falsificação de documento particular

Art. 298.. ..

Falsificação de cartão



Parágrafo único. Para fins do disposto no caput , equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito." (NR)

Neste Art. 154-B, o crime virtual alcança também a esfera pública, sendo que a punibilidade é maior e a detenção é de 1 até 3 anos mais multa. O artigo ainda engloba a falsificação de cartão de crédito ou débito, considerando que muitas das transações bancárias atuais ocorrem no meio virtual através da internet e aplicativos de agências bancárias. A pena para este último delito é de reclusão de 1 a 5 anos mais multa.

No caso da atriz Carolina Dieckman, ela foi vítima de uma ciberextorsão, quando, segundo os autores Barreto e Brasil, "(...) verifica-se que os criminosos, mediante grave ameaça - normalmente de divulgar algo que pode expor a vítima à execução pública, trazendo-lhe prejuízos emocionais, sociais, etc. - constroem as vítimas a pagarem quantias em dinheiro, sob pena de verem vazadas informações íntimas no ambiente virtual." (2016, p. 190).

Em relação aos suspeitos, como ainda não havia lei para crimes informáticos, a Justiça se baseou no Código Penal. Conforme esclarece Bomfati e Kolbe, "presos esses indivíduos (cinco homens, pelo que se divulgou na imprensa à época), eles foram indiciados por extorsão, difamação e furto, mas não propriamente por terem invadido o computador da atriz, pois inexistia lei tipificando tal conduta como crime." (2020, p. 63).

Segundo Rocha, "(...) a Lei 12.737/2012 apenas inseriu alguns delitos no Código Penal relacionados aos crimes praticados contra a atriz Carolina Dieckman, mas não abrange toda a gama de condutas delituosas existentes no mundo digital." (2017, p. 14).

Ou seja, a lei tipifica alguns dos crimes virtuais, como os praticados contra a atriz, abrangendo ainda os entes públicos e a falsificação de cartão de crédito ou débito. Logo, após a vigência da lei, os crimes virtuais enquadrados por esta, passaram a obter as sanções pertinentes.

Conforme o Art. 154-B, a ação penal é pública condicionada à representação, salvo os crimes cometidos contra a administração pública, quando a ação penal será pública incondicionada. Segundo Maues et al, "(...) trata-se de direito disponível, dependendo de provocação do ofendido. Em razão da disponibilidade do bem jurídico tutelado, o consentimento do ofendido exclui o direito de punir do Estado. No entanto, a ação penal será pública incondicionada se o crime for cometido contra dispositivos da administração pública." (2018, p. 175).

Portanto, quem for vítima de um crime virtual deverá propor ação pública condicionada, manifestando seu interesse pela ação penal. Para isso, é necessário ainda que a vítima reúna todo meio de prova possível, para a identificação da autoria do crime.

Outra ação necessária tanto da vítima quanto da polícia, durante a investigação, é "(...) estar atentas para a volatilidade da evidência, devendo preservá-la o mais rápido possível, não esquecendo de solicitar ao provedor de internet que preserve o conteúdo e os dados de postagem. (...)" (BARRETO; BRASIL, 2016, p.43).

Ainda conforme os autores, alguns provedores de internet possibilitam ao usuário fazer a denúncia na própria página da internet, além da possibilidade de excluir o material infringente, declarando não haver autorização para a publicação de tal material.

## **5 (IM) PUNIDADE DOS CRIMES VIRTUAIS**

Essa sensação de liberdade no meio virtual é sentida tanto por quem pratica o delito quanto pela vítima, pois, segundo os autores Alessandro Barreto e Beatriz Brasil:

Muitas pessoas, ao se conectarem ao ciberespaço, experimentam a ilusória sensação de liberdade, acreditando não estarem adstritas às normas legais, éticas e convenções sociais, pois não estão sendo vigiadas fisicamente por outrem. E esse pensamento, infelizmente, passa não só pela cabeça de criminosos, como também, muitas vezes, pela das vítimas, que desconhecem ou não dão relevância aos riscos que correm no ambiente virtual. (BARRETO; BRASIL, 2016, p. 189)

Para Cláudio Araújo, essa sensação de impunibilidade apresenta a internet como uma terra sem lei. Conforme ele:

O Código Penal do país faz a tipificação de várias atuações que possuem enquadramento no ambiente web; entretanto, possui penas brandas e sem suficiência para a coibição da prática desses atos. Existe também a lei Carolina Dieckman, que alterou o Código Penal, inserindo artigos em seu corpo. Mas, mesmo da especificação das condutas com prática na web, acaba trazendo dúvidas interpretações e punições plácidas para os criminosos. Com isso, a ausência de uma legislação em especificidade ao cybercrime faz a intensificação da ideia de que a internet é uma terra sem lei. (ARAÚJO, 2021, p. 15)

No entanto, para combater a impunidade, Cassanti alerta que a vítima deve se precaver, coletando e salvando todo tipo de evidência que possa ajudar a identificar o cibercriminoso. Como, por exemplo, “imprima e salve arquivos, e-mail, telas, páginas de internet, tudo que possa comprovar o crime. No mundo virtual as evidências podem desaparecer de uma hora para outra.” (CASSANTI, 2014, p. 64).

Numa investigação policial, as provas podem ser obtidas primordialmente pelo endereço de IP do usuário. Como explica Bomfati e Kolbe:

Nas investigações de cybercrimes, entre as diversas evidências que podem ser coletadas, podemos destacar o endereço IP como uma das de maior relevância, pois endereço que proporciona a identificação das conexões entre os computadores, ou mesmo de redes locais com a internet. De maneira simplista, o IP é uma espécie de CPF individual de seu dispositivo. (BOMFATI; KOLBE, 2020, p. 105)

Os autores Barreto e Brasil enfatizam que para conferir confiabilidade das provas é necessário “(...) que sejam coletados e conferidos por quem detenha fé pública - nesse caso, escrivão de polícia ou outro servidor que, por meio de lei própria, tenha esse atributo, ou, ainda, por meio de ata notarial, em cartório de registro de notas.” (2016, p. 41).

Um meio eficaz de prova é a ata notarial, como diz Cassanti, “(...) a ata notarial tem força certificante para comprovar a integridade e a veracidade destes documentos, atribuir autenticidade, fixar a data, hora e existência do arquivo eletrônico.” (2014, p.65).

Porém, atrelado aos cuidados que o usuário em rede deve tomar e os cuidados para a preservação de provas de crimes cometidos na internet, deve-se haver um policiamento cibernético intensivo alinhado a legislação existente, a fim de combater a prática ilícita no meio virtual. Consoante os autores Altamiro Favero e Bruno Favero:

Conforme o exposto conceitua-se o policiamento em ambientes digitais como sendo todas as atividades de prevenção e repressão a infrações penais, desenvolvidas por órgãos de polícia, que sejam voltadas a ciberespaço, ou que se apresentem como adequadas na transição entre os meios eletrônicos e o espaço físico. (FAVERO; FAVERO, 2021, p. 37)

O policiamento ostensivo no ciberespaço é um dos meios mais efetivos para combater a cibercriminalidade e desvirtuar a sensação de impunibilidade nesse campo que é a internet.

No entanto, essa impunibilidade também se deve a falta de preparo policial para lidar com esse novo tipo de crime que é o virtual. Como frisa Bomfati e Kolbe:

Por incrível que pareça, na maioria dos órgãos federais, estaduais, municipais etc. existem ainda agentes despreparados, sem qualquer conhecimento sobre essas novas tecnologias. O desconhecimento dos termos relacionados ao *cybercrime* e das necessidades de uma investigação nesse sentido também são falhas percebidas e, ao final, acabam deixando a sociedade mais vulnerável. (BOMFATI; KOLBE, 2020, p. 166)

Pois, no policiamento cibernético, se faz necessário que as equipes especializadas estejam treinadas e alinhadas para esse trabalho. Já para Maués, Duarte e Cardoso, não somente a polícia precisa estar preparada, mas todo o corpo jurídico nessa empreitada de combate aos crimes virtuais.

(...) Ou seja, delegacias de polícias precisam ser especializadas em crimes cibernéticos, os juízes devem se atualizar nas jurisprudências e doutrinas que envolvem delitos informáticos e os advogados, públicos ou privados, devem acompanhar a evolução do Direito Digital para que possa haver uma melhora no funcionamento da Justiça no Brasil. (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018, p. 178)

Somente assim, será possível combater a impunidade e os delitos cibernéticos. Além de trazer a aplicação da justiça nesse campo fértil de interações humanas e sociais da internet, que a cada dia evolui com as novas tecnologias.

## **6 MATERIAL E MÉTODOS**

Os métodos do artigo são dedutivo e dialético, a partir da pesquisa bibliográfica, aplicada a hipótese sobre o crescente uso da internet e a vulnerabilidade do usuário perante os crimes virtuais. O uso dos métodos busca discorrer sobre o atual cenário da internet e a aplicação da lei cabível para a punibilidade dos crimes praticados na internet.

O método de procedimento adotado é o Monográfico e Estudo de Caso, a partir da Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012.

A coleta de dados do artigo foi por pesquisa bibliográfica de livros, monografias, artigos científicos entre outros materiais de estudo pertinentes.

## **7 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Após a repercussão da Lei “Carolina Dieckmann” entre outras legislações voltadas à internet, foi fundada no Brasil, em 2015, a Safernet Brasil, associação de direito privado com atuação nacional, cuja finalidade inicial era desenvolver projetos voltados ao combate da pornografia infantil. Como explana Meneses:

(...) Fundada em 2015 por professores e pesquisadores com a finalidade primária de desenvolver projetos voltados ao combate à pornografia infantil. Consolidou-se como entidade de referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na Internet, conquistando assim espaço e respeito inclusive no plano internacional, firmando inclusive acordos de cooperação com instituições governamentais, a exemplo do MPF - Ministério Público Federal. (MENESES, 2019, p. 18-19)

De acordo com Cláudio Araújo, a pornografia infantil está entre os crimes mais frequentes no país. “Dentre os crimes que possuem ocorrência com maior frequência no Brasil, apresentam-se os crimes contra a honra, a divulgação de fotos sem autorização e a pedofilia e a pornografia infantil. (...)” (ARAÚJO, 2021, p. 15)

No entanto, a Safernet já atua em todo o mundo há 16 anos, sendo um importante instrumento de consolidação de dados voltados aos crimes virtuais. Durante esse tempo recebeu mais de 4 milhões de denúncias de 108 países em 6 continentes do mundo.

No Brasil, conforme pesquisa realizada em maio deste ano, foram realizados mais de 35 mil atendimentos. “(...) Ajudou 35.057 pessoas em 27 unidades da federação e foram atendidos 9.558 crianças e adolescentes, 2.420 pais e educadores, 4.468 jovens e 18.611 outros adultos em seu canal de ajuda e orientação.” (SAFERNET, 2022).

Segundo os indicadores de atendimentos no Brasil, lideram o ranking de atendimentos: Saúde mental/Bem-estar; Sexting/Exposição íntima; Cyberbullyng e Problemas com dados pessoais.

Conforme os dados, a exposição íntima e a divulgação de fotos sem autorização estão no topo da lista de denúncias para as quais os internautas pedem ajuda.

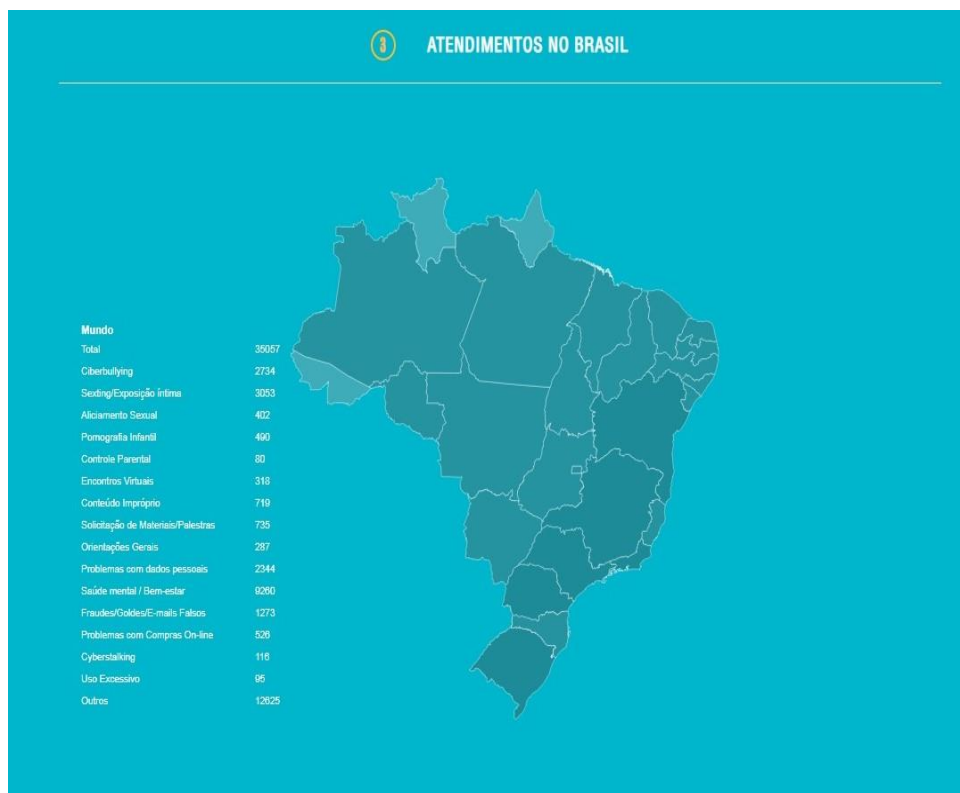


Figura 1: Indicadores Safernet - Brasil



Figura 2: Indicadores Safernet

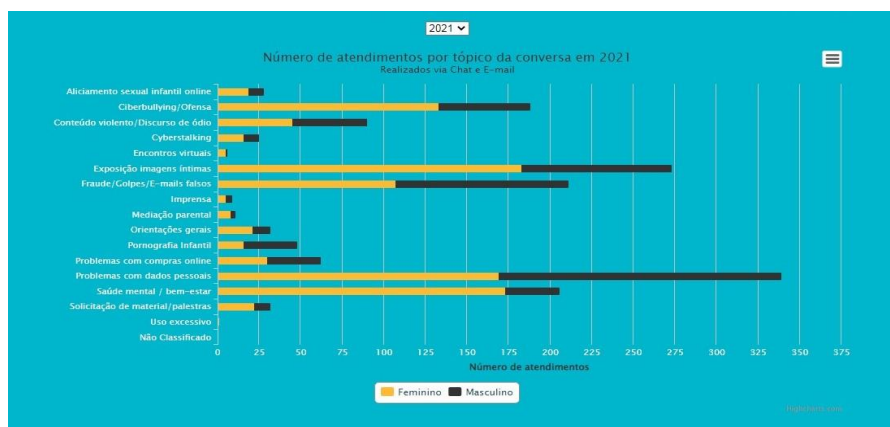


Figura 3: Indicadores Safernet

O que se pode perceber com os tais dados é quão importante é ter legislações que amparem e protejam o cidadão contra qualquer violação de direito fundamental. Pois, segundo o art. 5º, XXXIX da Constituição, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Então, foi necessário a repercussão de um caso público como o da atriz Carolina Dieckmann, para que se desse a devida importância aos crimes praticados no mundo virtual e se criasse a Lei 12.737/2012.

De acordo com esta pesquisa, muitos são os crimes virtuais praticados. Porém, a divulgação de imagem íntima lidera os rankings de pesquisa e denúncias, como demonstrado pelos indicadores da Safernet. Este site veio consolidar os crimes virtuais e mostrar os altos índices, que a cada dia crescem mais, pois são registrados e tabulados.

Antigamente, esses indicadores não existiam e ainda não recebiam a devida importância para os delitos oriundos da internet e das novas tecnologias.

Vale salientar que os crimes virtuais são resguardados tanto pela legislação do país quanto pelo Direito Internacional. Como explica Santos:

Além da legislação nacional, os crimes virtuais também são resguardados pelo direito penal internacional, vez que a internet ocorre em escala mundial. Na ceara internacional, a Convenção de Budapeste sobre o cibercrime inovou na forma de cooperação penal e regulamentou formas eficientes de combate aos cibercrimes. A convenção abrange fraudes de informática, violações de direito autoral, pornografia infantil e invasões de computadores. (SANTOS, 2021, p. 31)

Como a internet é um meio que ultrapassa fronteiras, se faz necessário a cooperação internacional para os delitos virtuais e punir os reais infratores que agem em qualquer lugar do mundo, utilizando-se para isso apenas um dispositivo informático conectado à internet.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dado o exposto, entende-se que com o advento da internet os crimes migraram para um novo cenário que é o digital, com uso de tecnologia e conexão em rede. Nesse ínterim, surge a necessidade de uma nova tipificação criminal para o meio digital, não deixando impune os ilícitos e os infratores que se utilizam desse canal e da fragilidade na legislação para obter vantagens frente as vulnerabilidades dos usuários.

Nesse sentido, o artigo explanou sobre o surgimento dos crimes virtuais, sua classificação em puros e impuros. Porém, destacou os crimes puros, os que se utilizam dos meios tecnológicos para cometer os ilícitos no meio virtual.

Considerando os fatos mencionados, a legislação brasileira apenas deu importância a tipificação desses crimes após reiteradas pressões midiáticas para identificá-los e punir os infratores. Foi o que ocorreu com a Lei Carolina Dieckmann 12.737/2012. Somente após o escândalo com a figura pública da atriz, foi que o Congresso aprovou a lei, a qual passou a vigorar a partir de 2013. No ano seguinte, foi criado o Marco Civil da Internet (2014), visando regular o uso da mesma e minimizar os efeitos danosos causados por seu mal uso.

Mas, mesmo diante de tais regulações, entre outras utilizadas por analogia, como explanado neste artigo, ainda assim, é crescente o número de ilícitos que se valem da conexão em rede.



A medida que esses delitos evoluem, cresce também a sensação de impunidade entre os usuários, haja vista as penas brandas e a fraca regulamentação para detê-los, além também do despreparo de equipes policiais e investigativas para atender os casos.

Conforme dados da Safernet Brasil, em pesquisa realizada no mês de maio, a sexting/exposição íntima está em segundo lugar no topo de atendimentos, perdendo somente para o tópico saúde mental/bem-estar. Ou seja, a criação da Lei Carolina Dieckmann veio a corroborar, estabelecendo um meio de controle para tal ilícito.

Vale ressaltar ainda que a internet é um canal de comunicação que ultrapassa fronteiras, sendo necessária a cooperação internacional no combate aos crimes virtuais que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo.

Logo, além de uma legislação nacional mais robusta e com punições mais severas, é preciso também a criação de acordos internacionais, além da Convenção de Budapeste, que agilizem e facilitem a identificação dos infratores virtuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. In.: Senado Notícias. **Congresso ratifica acordo internacional sobre crimes cibernéticos.** Da Redação, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/23/congresso-ratifica-acordo-internacional-sobre-crimes-ciberneticos>>. Acesso em: 28/08/2022.

ARAÚJO, Cláudio Rodrigues. **Análise da aplicação do direito penal nos Crimes Virtuais.** Pensar Acadêmico - ISSN 1808-6136, ISSN on-line 2674-7499, Manhauçu, v. 19, n. 2, p. 494-511, maio-setembro, 2021.

ASSUNÇÃO, Ana Paula Souza. **Crimes Virtuais.** 2018. 42 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2018.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet.** - Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

BOMFATI, Cláudio Adriano; e KOLBE, Armando Junior. **Crimes Cibernéticos.** Curitiba: Intersaberes, 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código

Penal; e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, n. 232, 03 dez 2012. Seção I, p. 01-02.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. - Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ENSINO SUPERIOR DO AMAZONAS. **Manual do Trabalho de Curso (TC): Graduação em Direito**. Manaus: CIESA, 2022.

CRUZ, Diego; RODRIGUES, Juliana. **Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade**. Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito – ISSN: 2358-8551, Garça, 13ª Edição – Janeiro de 2018.

FAVERO, Altamiro de Oliveira; FAVERO, Bruno de Oliveira. **Cibercriminologia: os meios eletrônicos e o policiamento em ambientes digitais**. - 1. ed. - Jundiá (SP): Paco Editorial, 2021.

G1. In.: Rio de Janeiro. **Do G1, com informações do Fantástico**. G1, 2012. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>>. Acesso em: 23/04/22.

MAUES, Gustavo Brandão Koury; DUARTE, Kaique Campos; CARDOSO, Wladirson Ronny da Silva. **CRIMES VIRTUAIS: Uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira**. Revista Científica da FASETE, p. 166-180, 2018.

MENESES, Sâmia Pereira. **Crimes Virtuais: possibilidades e limites da sua regulamentação no Brasil**. Artigo de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Fametro – UNIFAMETRO, Fortaleza, 2019.

ROCHA, Adriano Aparecido. **CIBERCRIMINALIDADE: Os crimes cibernéticos e os limites da liberdade de expressão na internet**. 2017. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral, Garça - SP, 2017.

SAFERNET. In.: Datasafet. **35.057 ATENDIMENTOS E 4.441.595 DENÚNCIAS**. Safernet, 2022. Disponível em: <<https://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html>>. Acesso em: 16/05/22.

SANTOS, Gabrielly Daianne Alves. **CRIMES VIRTUAIS: tratamento legal e limitações no combate aos crimes cibernéticos**. 2021. 42 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2021.

VALERA, Paulo Vinícius de Carvalho. **Crimes Virtuais e a Legislação Brasileira**. 2019. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2019.

## **A IMPORTÂNCIA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA FRENTE A MOROSIDADE CAUSADA PELA PANDEMIA DO CORONA VÍRUS, QUE PRECONIZAM O ACESSO À SAÚDE.**

**LARISSY CARVALHO RODRIGUES:**  
graduanda em Direito pela  
universidade estadual do Tocantins.

**RESUMO:** O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal de 1988, sendo dever do Estado garantir acesso pleno a todos. Ocorre que a realidade fática se mostra muito diferente daquela buscada pela vontade constitucional. Em muitos casos, o cidadão brasileiro se vê barrado por falta de materiais, medicamentos ou mesmo procedimentos que não são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Ainda, como o ocorrido no período pandêmico vivenciado nos anos de 2020 e 2021, o qual se estende até os dias de hoje; a falta de leitos de UTI e as situações emergenciais levantadas em casos de saúde, fazem necessário o pleito judicial destes, em busca da concretização do direito fundamental elencado. Entretanto, a demora processual pode comprometer a realização imediata ou futura do direito, uma vez se tratar da vida e saúde da parte. Nesse sentido, o presente trabalho, realizado a partir de pesquisa bibliográfica e documental, tem como objetivo discorrer sobre o instituto da tutela de urgência, dispositivo que visa efetividade do direito pleiteado, mormente nos casos em que se exige a resolução de questões em caráter de urgência, assegurando o resultado útil do processo. A partir da pesquisa empreendida, verifica-se que a atuação do poder judiciário é fundamental na garantia de acesso à saúde se valendo da tutela de urgência para que seja cumprido em tempo.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; SUS; Tutela de urgência; Resultado útil do processo.

**ABSTRACT:** The right to health is assured by the Federal Constitution of 1988, and it is the duty of the State to guarantee full access to all. However, the factual reality is very different from that sought by the constitutional will. In many cases, Brazilian citizens find themselves barred by lack of materials, medicines, or even procedures that are not made available by the Unified Health System (SUS). Still, as occurred in the pandemic period experienced in the years 2020 and 2021, which extends until today; the lack of ICU beds and the emergency situations raised in health cases, make necessary their judicial pleading, in search of the concretion of the fundamental right listed. Though, the procedural delay can compromise the immediate or future realization of the right, since it concerns the life and health of the party. In this sense, this paper, based on bibliographic and documentary research, aims to discuss the institute of injunctive relief, a device that aims at the effectiveness of the right claimed, especially in cases that require the resolution of urgent issues, ensuring the useful outcome of the process. Following the research undertaken, it seems that the role of the judiciary is fundamental in guaranteeing access to health, taking advantage of urgent protection so that it is fulfilled in time.

**Keywords:** Right to health; SUS; Urgent protection; Useful outcome of the process.

## INTRODUÇÃO

Nota-se que, mesmo com cautela em legislar sobre o maior campo de matérias possíveis, muitas vezes, devido à própria complexidade das relações humanas, situações inéditas surgem. Nesses casos, não é raro que a matéria legislativa do país não consiga acompanhar o surgimento dessas, produzindo leis e regulamentos específicos para estes tipos de situações.

Essa condição vem se tornando cada vez mais evidente com a pandemia de COVID-19. Em uma ascensão exponencial, diversos casos novos surgem por dia, o que fez com que impactos fossem gerados na saúde, educação e em diversas outras áreas. Logo, para tentar conter ou diminuir esses impactos, mecanismos processuais já existentes estão sendo cada vez mais utilizados, sendo o principal deles, a tutela de urgência. Este tipo de tutela visa garantir que, entre conflitos jurídicos, os infectados, os que possuem suspeita da doença, familiares das vítimas, e a população no geral, possua o pleno acesso ao direito à saúde que está intimamente ligado ao acesso à dignidade humana.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é dissertar sobre como o instituto da tutela de urgência pode ser aplicado na garantia do acesso à saúde em situações de caráter emergencial. Para tanto realizou-se pesquisa bibliográfica de caráter documental através de legislação, teses, artigos, dissertações publicados em revistas científicas e repositórios institucionais.

A discussão se estrutura da seguinte forma: primeiramente realizou-se um breve retrospecto das tutelas provisórias no processo civil brasileiro. Em seguida foram apresentadas as espécies de tutelas de urgência no Código de Processo Civil. Por fim, contextualizou-se os institutos processuais no panorama da pandemia de COVID-19.

### 1. Contextualização histórica referente ao processo civil

Observa-se uma relevante evolução galgada pelo processo civil em sua linha histórica. Neste sentido, doutrinadores como Cappelletti e Garth (2002), pautados em uma concepção liberal de Estado, explicam que durante os séculos XVIII e XIX:

Os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à

justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 9).

Tendo como base não só o comentário acima, mas também a história da humanidade desde os primórdios, torna-se evidente que os conflitos e seus meios de resolução antecedem o Estado. Sendo assim, o direito à justiça era tido como algo natural e não fundamental. Por diversas vezes aconteceu de ser oferecido apenas aos que dispunham de bens materiais em abundância. Em consenso, os mesmos autores afirmam que:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11).

No Brasil, o acesso à justiça foi reconhecido como direito fundamental com a promulgação da Constituição de 1946, a qual dispunha, no parágrafo 4º, art. 141, que: "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito individual" (SEIXAS; SOUZA, 2013). Nesse sentido, Gonçalves (2021) admite o acesso à justiça como um dos princípios gerais do processo civil na Constituição Federal, sendo também reconhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição. Em outros termos, trata-se do direito de ação em sentido amplo e incondicional, o que significa que o Poder Judiciário não pode se abster de analisar e responder os requerimentos a ele formulados (GONÇALVES, 2021).

Quanto às lições de Dinamarco e Lopes (2017), o acesso à justiça é a obtenção de resultados justos mediante via judiciária, não devendo ser confundido com o acesso à ordem jurídica justa, pois aquele significa muito mais que o direito de ingressar no Poder Judiciário, enquanto este consiste no direito de ser ouvido pelo Estado-juiz (DINAMARCO; LOPES, 2017).

Ademais, é pertinente ressaltar que Alexandre de Moraes conceitua Estado Democrático de Direito como sendo "a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais" (MORAES, 2004, p. 53).

Nesse contexto, o acesso à justiça assim como o direito à saúde deixaram de se restringir apenas aos direitos individuais e passaram a ser consagrados como direitos fundamentais, estendendo-se a qualquer direito e pessoa.

O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 12-13).

Com isso, torna-se evidente que o acesso à justiça consiste em um direito primordial sem o qual outros direitos não se realizariam. Outrossim, Sadek (2014, p. 57) pontua que tal direito só se concretiza "quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável", isto é, para além da legalidade, é necessário que o direito seja efetivado diante de variáveis de cunho econômico, social, cultural e político, tendo sido o reconhecimento dos direitos e os mecanismos de garantia dos mesmos na esfera constitucional e infraconstitucional os fatores mais relevantes para a democratização do acesso à justiça (SADEK, 2014).

Nesse sentido, Ventura *et al* (2010) destacam, relevantemente, que o Estado democrático de direito compreende certos canais sólidos de exercício do direito de ação via Poder Judiciário, mediante a concessão da gratuidade de justiça, direcionada em especial à população empobrecida, visando, assim, a realização do acesso à justiça. Isso porque o direito à saúde, bem como a assistência jurídica gratuita proporcionada pelas Defensorias Públicas, consiste em um direito fundamental do cidadão a ser garantido pelo Estado em conformidade com a previsão constitucional, sendo um dos maiores avanços no que diz respeito ao acesso da população ao Judiciário (VENTURA *et al*, 2010).

Deste modo, infere-se que compreender a dimensão e importância do direito ao acesso à justiça não se limita tão somente ao ingresso do indivíduo no Poder Judiciário, mas também diz respeito, essencialmente, aos demais direitos a ele vinculados, a exemplo do direito à saúde, sendo a via judiciária, portanto, um caminho para o alcance de resultados justos a serem garantido pelo Estado.

## **2. A tutela de urgência no Código de Processo Civil**

O Código de Processo Civil (CPC) traz em seu conteúdo dois requisitos fundamentais para a concessão de tutela provisória de urgência, a saber: a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. O primeiro, também conhecido como o "sinal de bom julgamento" (*fumus boni iuri*) trata-se da existência prévia de provas e elementos apresentados. Nesse sentido, o juiz deve se convencer que o direito é provável e pode-se presumir que tutela final será concedida ao autor; dessa forma, a verossimilhança fática através da qual se consta haver um grau considerável de confiabilidade acerca dos fatos trazida pelo autor, garante a concessão da tutela.

No que lhe concerne, o perigo de dano (*periculum in mora*), ocorre quando demora processual pode comprometer a realização imediata ou futura do direito. Destarte, é necessário também demonstrar o perigo que a demora na prestação jurisdicional pode repercutir no direito. Isto posto, passa-se a uma breve exposição sobre as espécies de tutelas.

Primeiramente, distingue-se a tutela provisória de urgência cautelar da tutela provisória de urgência antecipada, onde na primeira o perigo de dano se liga à inefetividade da tutela do direito almejado, enquanto na segunda evita-se dano ao bem que pretende ser entregue ao final. Estes aspectos encontram-se no artigo 300 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Outra característica da tutela de urgência proferida pelo mesmo artigo é que esta, conforme a redação do parágrafo segundo, pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Outrossim, dependendo do caso, para conceder tal tutela, o juiz pode exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, como é ditado pelo parágrafo terceiro.

Por último, independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa nas situações explícitas no parágrafo 302 do código. A tutela provisória de urgência divide-se em: tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar.

## **2.1 Tutela Provisória de Urgência Antecipada**

Esta antecipa, total ou parcialmente, o efeito próprio da tutela definitiva, possuindo natureza satisfativa, isto é, contempla direitos que sendo ameaçados a alternativa para ratificá-los é o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF brasileira), o direito à tutela preventiva



passa a ser inegável. Deste modo, os procedimentos com técnica de antecipação de sentença que possam permitir a obtenção concreta da tutela preventiva são extremamente necessários para garantir tais direitos.

A tutela de urgência de natureza antecipada possui uma condição específica, como expressa o parágrafo terceiro do artigo 300 do código, tendo em vista que esta tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Exige-se, especificamente, para a concessão desta tutela, que seja possível a reversão de seus efeitos, permitindo que as partes sejam colocadas na mesma situação que se achavam antes de sua concessão. Destarte, a tutela de cognição sumária não pode prejudicar a cognição exauriente do mérito, não prejudicando a decisão da causa.

## **2.2 Tutela Provisória de Urgência Cautelar**

Por sua vez, a tutela provisória de urgência cautelar tem a finalidade de assegurar o processo, preservando os efeitos úteis da tutela definitiva, ou seja, é uma medida protetiva que preserva o direito do autor em risco pela demora do processo, assim, assegura uma situação jurídica a ser tutelada mediante a sentença do pedido principal.

Ao invés de possuir uma natureza satisfativa como a anterior, possui natureza cautelar, visto que acautela o objeto do direito pretendido, para que este não se perca antes do fim do processo. Na tutela provisória de urgência cautelar, juiz não concede previamente o que só será entregue no final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio.

Nas palavras do artigo 301 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência de natureza cautelar “pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra a alienação de bem e qualquer outra medida idônea para a assecuração do direito.”

Dessa forma, para uma tutela possuir caráter cautelar é imprescindível que esta não satisfaça o direito material, não antecipando, deste modo, a tutela de conhecimento. Ovídio Batista da Silva (2000, p.66), ensina que as provisionais, ao anteciparem a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade realizam plenamente o direito posto em causa, ainda que sob a forma provisória, ao passo que as medidas propriamente cautelares – enquanto tutela apenas de segurança – limitam-se a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.

Dessa forma, como afirma Luiz Guilherme Marinoni (2010) a tutela cautelar possui o intuito de assegurar a viabilidade da realização do direito. Caso seja afirmado que a tutela

cautelar pode realizar o próprio direito (como no caso da pretensão de alimentos) ocorrerá uma contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Assim dizendo, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

### **3. A saúde como obrigação do estado e direito de todos frente a morosidade do fornecimento dos tratamentos necessários para os contratantes da patologia covid-19**

Seguindo a discussão, torna-se imprescindível conceituar a saúde como obrigação do Estado, sendo assim necessário levantar o documento mais importante do país, a Carta Magna de 1988:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, art. 196, online).

Nessa conjuntura, conforme apontamentos de Ventura *et al* (2010), o direito à saúde, mediante leis nacionais e internacionais, consiste em um direito fundamental a ser garantido pelos Estados aos cidadãos através de políticas e ações públicas que visam o bem-estar de todos os indivíduos. Ademais, tal direito culmina em prestações positivas, ou seja, a disponibilização de serviços e insumos assistenciais à saúde, além de ser dotado da natureza de um direito social, tendo em vista que abrange uma dimensão individual e coletiva em sua realização (VENTURA *et al*, 2020).

O artigo 23, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, ) diz ser da competência comum dos entes federados cuidar da saúde, o que exige que gestores de todos os níveis de governo definam a organização e competências no SUS, de modo a atender a diretriz constitucional de descentralização – prevista no artigo 198, inciso I – bem como as delimitações apresentadas nos artigos 15 e 16 da Lei n. 8.080/1990 (BRASIL, 1990). A 1ª edição da coletânea direito a saúde do CONASS estabelece as competências referente a saúde no Brasil:

Compete às Comissões Intergestores, nos termos do art. 14-A da Lei n. 8.080, de 1990, dispor sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde,

principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contra referência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados. (2018, on line)

Faz-se evidente a obrigação do estado, do município e da união de forma solidária quando se trata do fornecimento e efetivação da saúde, sendo este entendimento pacificado pelo supremo tribunal federal através do acórdão a seguir:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019, p. 165).

Em conformidade com o artigo 196 do texto constitucional, o direito à saúde é um dever do Estado a ser garantido a todos por meio de políticas sociais e econômicas que objetivam a redução de doenças, além do acesso universal e igualitário em relação às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. Quanto ao artigo 197, cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde (BRASIL, 1988).

Nessa seara, Sandra Gonçalves (2020), Conselheira e presidente da Comissão da Saúde do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), salienta que o referido artigo 197 prescreve que as ações e serviços de saúde encontram-se em posição de relevância pública, o que significa que integram uma rede hierarquizada e regionalizada, constituindo, assim, um sistema único elaborado por diretrizes como a participação comunitária e o atendimento integral, sem desconsiderar as atividades preventivas, conforme disposto no artigo 198 (GONÇALVES, 2020).

Segundo a professora Silvia Badim mestre e doutora em Direito Sanitário:

O exercício do direito à saúde, positivado em nosso ordenamento

jurídico com a Constituição Federal de 1988, vem ganhando contornos nunca vistos, compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, entre outros operadores do direito, a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo. E, também, compelindo gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia efetiva deste direito social, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político (BADIM, 2008, p. 65).

Cumprido destacar, de todo modo, mediante ensinamentos de Sandra Gonçalves (2020), que o Ministério Público, nesse contexto, exerce papel significativo em defender o direito fundamental à saúde ao atuar enquanto fiscalizador dos atos do poder executivo, além de buscar a concretização de medidas que não prejudiquem a saúde das pessoas.

Nesse panorama, tendo em vista a função institucional de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública e dos Poderes Públicos aos direitos constitucionais, conforme disposto no artigo 129, inciso II, da Carta Magna, Isabel Pôrto (2020), Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará, aponta que:

O Ministério Público brasileiro, com essa preocupação das questões afetas à saúde pública – como direito fundamental de grande relevância social, previsto, como de conhecimento, no Título II, art. 6º, da Constituição Federal, e considerando que a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) exige, para atendimento de suas diretrizes, efetivo cumprimento das Leis Orgânicas da Saúde (Lei nº 8080/90, Regulamentada pelo Decreto nº 7.508/11 e Lei nº 8.142/90) –, conseguiu, por meio da **Carta de Palmas - TO**, que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil, na cidade de Palmas, Tocantins, em 7 de agosto de 1998, instituísse a “**Comissão Permanente da Defesa da Saúde**”, a tão conhecida COPEDS (PÔRTO, 2020, p. 163-164) (**grifo nosso**).

Desta feita, é evidente que houve uma evolução com relação à efetivação do direito à saúde com a atuação do Ministério Público. Entretanto, também é incontestável afirmar que estes ganhos necessitam ser potencializados e multiplicados a fim de atingir a população que sofre com a morosidade estatal.

Seguindo a discussão, é imperioso ampliar o debate para o atual momento pandêmico. O Ministério da Saúde decretou Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN), em 03 de fevereiro de 2020, mediante a Portaria MS/GM nº 188, em virtude do novo coronavírus (PÔRTO, 2020). Assim, é possível perceber a relevância das tutelas de urgências, uma vez que, consoante as palavras de Slaibi (2003), tratando-se do direito à saúde - direito este que não pode esperar -, deve-se impor medidas de urgência, estando inclusas a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela.

Neste toar, no intuito de solucionar essa e outras questões relacionadas ao combate do coronavírus, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), publicou a Recomendação nº 66, de 13 de maio de 2020, que em seu art. 3º dispõe:

Art. 3º Recomendar a todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliem, com maior deferência ao respectivo gestor do SUS, considerando o disposto na LINDB, durante o período de vigência do “estado de calamidade” no Brasil:

I – as medidas de urgência que tenham pleitos por vagas hospitalares, incluídas as de terapia intensiva, inclusive como meio de inibir o agravamento do estado de saúde do requerente;

II – os pedidos de revogação de decretos ou normativas locais que visem ao controle e à mitigação da pandemia pelo novo coronavírus e a Covid-19;

III – os pedidos de bloqueio judicial de verbas públicas, de qualquer dos entes federados, considerando a escassez de recursos;

IV – os pleitos que visem ao descumprimento das normas técnicas do SUS relacionadas à destinação de cadáveres;

V – os pleitos que visem ao descumprimento de penalidades impostas por regras sanitárias relativas à pandemia pelo novo coronavírus;

VI – os pleitos que tratem de questões relativas às contratações públicas realizadas para o enfrentamento da pandemia, entre os quais as relativas aos preços abusivos de bens e serviços

necessários ao enfrentamento; e

VII – os pleitos que objetivem a suspensão ou anulação de medidas emanadas pelo Centro de Operações de Emergência Estadual - COE ou pelos Gabinetes de Crise das unidades hospitalares (BRASIL, 2020).

Nota-se, logo, que a referida Recomendação nº 66 visa a adoção de medidas que garantam os melhores resultados no que concerne ao julgamento das ações relacionadas ao direito à saúde. De todo modo, além do mais, o que se deve pensar é na relevância da efetivação das tutelas de urgência diante de tal conjuntura pandêmica.

### **3. A necessidade da efetivação das tutelas de urgência frente ao surgimento do novo cenário causado pela pandemia do covid 19**

Frente à toda problemática já existente e evidenciada pela pandemia do coronavírus, tornou-se comum a busca da efetivação do direito a saúde através das tutelas de urgência, tendo em vista a enorme necessidade da concretude frente a oferta integral do acesso à saúde por meio do tratamento adequado a patologia.

Nesta senda, pontuou José Roberto dos Santos:

(...) tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado (SANTOS, 1995. p. 25.)

Em que pese a constituição federal levantar a justiça como direito de todos, é indiscutível a necessidade da aplicação da urgência em certos casos. Desta forma, Cappelletti pontua:

(...) Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de 'efetividade' é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas' (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 13).

Como discorrido anteriormente, cabe ao estado permitir o direito à saúde e a tutela de urgência vem como meio para ratificar essa obrigação. Entretanto, com a pandemia de Covid-19, esta obrigação passou a ser ainda mais difícil de ser cumprida, devido ao excesso

de doentes e falta de preparação, tanto jurídica quanto administrativa, para suportar essa nova condição mundial.

Assim, é importante ressaltar e analisar os pedidos de tutelas urgência, sendo eles indeferidos ou não, que ocorreram e ainda ocorrem durante a pandemia, haja vista que, devido à novidade desta situação, demora-se para existir uma plena regulamentação. A partir disso, as medidas provisórias servem para adiantar situações de urgência envolvendo o Covid-19, sejam elas envolvendo a saúde, economia, entre outros.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Perceba: o direito à vida é aquele mais básico e fundamental, uma vez que é pressuposto necessário para a realização dos demais direitos. Partindo dessa afirmação, é importante reconhecer a relação intrínseca entre o direito à vida e à saúde. Foram muitos os exemplos observados na pandemia de Covid-19, onde, em muitos casos, a vida foi assegurada a partir da judicialização de demandas de saúde para aquisição de leitos de UTI, por exemplo.

Entretanto, existem muitas outras situações nas quais a vida do indivíduo é posta em risco devido a uma patologia ou quadro clínico que deverá ser observado o mais rápido possível, sob ameaças ao prejuízo do resultado útil do processo. Tomemos, como exemplo, patologias oftalmológicas de tempo dependente, no qual a mora na realização do tratamento pode causar cegueira irreversível ao indivíduo. Em situações assim, a tutela de urgência é fundamental para que se alcance o resultado útil do processo, uma vez que permitirá que realize os procedimentos adequados em tempo hábil, respeitando ainda os princípios concernentes ao próprio processo.

Por todo exposto, fica evidente a complexidade do instituto de tutela de urgência e como sua condição de instituto que trata de situações de interesse relevante mostra-se eficiente para combater situações de emergência, como ocorre na pandemia do Covid-19. A existência de dispositivos que visam a garantia de caráter emergencial tomaram destaque durante a pandemia em razão da imprevisibilidade dos fatos.

É cabível ressaltar sempre: a tutela de urgência visa a concretização do direito à saúde em tempo necessário ao resultado útil do processo, devendo ser usada em quaisquer circunstâncias onde restar evidente o caráter de urgência e prejuízo na preservação da vida digna, independente do período pandêmico no qual surgiu.

Ademais, a atuação do poder judiciário foi fundamental na garantia de tratamento médico ao compelir a administração pública a prestar serviços médicos seja através do SUS ou através do pagamento de tratamento da rede particular de saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADIM, Silvia Marques. Judicialização do Direito à Saúde. **Revista USP**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65 - 72, 1º de julho 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117>. Acesso em: 12 de Dezembro 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 10 de Dezembro de 2021

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em Acesso: 10 de Dezembro de 2021

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprimindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional, nos termos do voto do Relator. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756**. Partido Comunista do Brasil e outros versus Presidente da República. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 22 de março de 2021. Processo Eletrônico. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593>. Acesso em: 12 de Dezembro 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda,



quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial . **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770** . Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil versus Ministério da Saúde e Presidente da República. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 24 de fevereiro de 2021. Processo Eletrônico . Disponível em : <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>. Acesso em 12 de Dezembro de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 66 de 13 de maio de 2020**. Que "recomenda aos Juízos com competência para o julgamento da sanções que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19". Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>. Acesso em: 12 de Dezembro 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Sandra Krieger. A pandemia e o papel do Conselho Nacional do Ministério Público: cenário e perspectivas. **Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA\\_DIREITO\\_SANITARIO\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA_DIREITO_SANITARIO_WEB.pdf)>. Acesso em: 01 abr. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010. 314 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, São Paulo. Atlas. 2004.

PÔRTO, Isabel Maria Salustiano. O Ministério Público brasileiro frente à pandemia de covid-19. **Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA\\_DIREITO\\_SANITARIO\\_WEB.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal//images/documentos/REVISTA_DIREITO_SANITARIO_WEB.pdf)>. Acesso em: 01 abr. 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, [S. l.], n. 101, p. 55-66, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 29 mar. 2022.

SEIXAS, Bernardo Silva de.; SOUZA, Roberta K. Silva. **Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras.** Revista Direito e Democracia, Canoas, v. 14, n. 1, p. 68 – 85, jan./jun 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2660/1883>. Acesso em: 11/12/2021.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil.** [S.l.: s.n.,2000]. 66 p. v. 11.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. Direito fundamental à saúde – tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista24/revista24\\_217.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_217.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2022.

VÁRIOS AUTORES. **Coletânea Direito à Saúde Boas Práticas e Diálogos Institucionais, Brasília, Conass.** 2018.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/abstract/?lang=pt#>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

## **ANÁLISE DOS ESPAÇOS NEGOCIAIS NO BRASIL SOB UMA PERSPECTIVA EXPANSIONISTA**

**ANNA CAROLLINA TISATTO HEINZMANN:**  
Advogada (OAB-RS). Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

**Resumo:** A justiça negociada no Brasil vem em um movimento de constante crescimento. Têm-se identificado cada vez mais propostas e alternativas à persecução penal. Desde a Lei dos Juizados Especiais, a negociação tem se mostrado positiva à medida em que acelera a resolução do procedimento penal e fornece uma sanção, ainda que na forma de medidas alternativas diversas da prisão. O instituto negocial mais recente é o acordo de não persecução penal e no mesmo projeto que o inseriu no código de processo penal, existia um projeto de acordo inspirado no modelo norte-americano. Atualmente, tramitam os projetos do Novo Código Penal e do Novo Código de Processo Penal, ambos com possibilidades negociais. Este trabalho busca elucidar os principais pontos dos institutos negociais existentes no país hoje, realizando críticas no âmbito da política criminal e respondendo ao questionamento acerca da possibilidade da ampliação dos espaços negociais no país.

**Palavras-chave:** Acordos penais. Acordo de não persecução. Justiça Negociada.

**Abstract:** The negotiated criminal justice system in Brazil is constantly growing. There are a huge number of proposals and alternatives to criminal prosecution nowadays. Since the Special Courts Law in Brazil, negotiation has been positive insofar as it accelerates the resolution of criminal proceedings and provides a sanction, albeit in the form of alternative penalties other than imprisonment. The most recent negotiating institute is the non-prosecution agreement, and in the same project that inserted it into the criminal procedure code, there was an agreement proposal inspired by the American plea agreements. Currently, the drafts of the New Penal Code and the New Code of Criminal Procedure are being processed, both with negotiation possibilities. This paper seeks to elucidate the main points of the negotiation institutes existing in Brazil today, making criticisms in the scope of criminal policy and answering the question about the possibility of expanding negotiation spaces in Brazil.

**Keywords:** Criminal agreements. Negotiated criminal justice. Non-prosecution agreement.

**Sumário:** Introdução. 1. Conceitos sobre justiça negocial no Brasil. 1.1. Institutos negociais em vigência. 2. A tendência expansionista dos espaços de negociação no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Inspiração em sistemas estrangeiros. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O surgimento da justiça negociada ou justiça consensual se deu, entre tantos motivos, em virtude da necessidade de mudanças no sistema processual penal brasileiro, especialmente em razão do desafogamento do sistema de justiça. Frischeisen (2017, p.3) justificou a necessidade da ampliação dos espaços negociais no Brasil com a inserção do acordo de não persecução penal a partir de quatro pilares principais: (I) a superação da impunidade, "característico da obrigatoriedade da ação penal"; (2) que o modelo de justiça atual é economicamente inviável; (III) que o modelo atual inviabiliza ideais de justiça e eficiência na persecução penal; (IV) a necessidade de harmonizar com a orientação de intervenção mínima do sistema penal; e (V) em razão do princípio da oportunidade que rege a persecução penal.

Este documento visa percorrer os institutos negociais brasileiros, analisando as suas características gerais. Ademais, analisam-se atribuições quanto às funções de processar e fiscalizar o cumprimento dos acordos homologados. São, ainda, pontuadas questões a respeito da prescrição da pretensão punitiva, da construção do caderno probatório do acordo a partir dos elementos informativos, do dispêndio de recursos judiciários, e sobre a redução da demanda de trabalho dos entes estatais.

Por fim, são feitas ponderações a respeito da transição gradual da justiça codificada para um modelo de direito consuetudinário inspirado em normas de outros países, bem como os atuais projetos de inserção de novos mecanismos negociais. Tudo isso em vistas de responder a uma pergunta: no cenário atual, é possível ampliar os espaços negociais no Brasil?

## **1. Conceitos sobre justiça negocial no Brasil**

Távora (2017, p. 59) aponta que a única forma de o réu submeter-se de forma voluntária às pretensões acusatórias é através da justiça negociada, ressaltando que a confissão do crime em si não é suficiente para a resolução processual de forma precipitada, necessitando do exaurimento do manancial probatório.

A justiça negociada é realizada através de acordos celebrados entre as partes no processo penal. Desse modo, para chegar-se ao consenso é necessário que coexistam requisitos mínimos de validade, como preceituam Fabretti e Silva (2018, p. 284): "(I) voluntariedade do acusado na negociação; (II) informação suficiente para tomada de uma decisão racional; (III) adequação da proposta à denúncia apresentada". Os requisitos

mencionados referem-se às condições necessárias para que o acordo seja válido, isento de vícios de consentimento e de vícios de vontade, para que se tenha um verdadeiro consenso em que ambas as partes manifestam ciência e concordância.

Por esse motivo os acordos passam por homologação do Magistrado, responsável por realizar o controle de legalidade das negociações, garantindo que o acusado utilizou-se da sua livre vontade não-viciada e compreendeu na integralidade os termos presentes na proposta, comprometendo-se a cumpri-la. Em razão disso, o Juiz atua como um “árbitro do equilíbrio” no processo penal (BRANDALISE, 2016, p. 183), garantindo a voluntariedade do acusado no aceite do acordo.

Na prática, são realizadas diversas formas de justiça negocial. Para exemplificar, existe a possibilidade de reconciliação entre querelante e querelado através de audiência específica prevista pelo Código de Processo Penal nos artigos 521 e 522; a conciliação com a composição dos danos, implicando na renúncia do direito de representação ou de queixa por parte do querelante, nos termos dos artigos 72 a 74 da Lei dos Juizados Especiais; o instituto da transação penal para os delitos cuja pena máxima cominada é de dois anos, conforme artigo 76 do mesmo diploma legal; a delação premiada, podendo chegar até à extinção da punibilidade, com previsão na Lei 8.072/1990, no §4º do art. 159 do Código Penal, no §2º do art. 25 da Lei 7.492/1986, § 5º do art. 1º da Lei 9.613/1998, e, por fim, nos arts. 4º a 7º, ambos da Lei 12.850/2013 (SUXBERGER e GOMES FILHO, 2016). Atualmente, há, também, o acordo de não persecução penal, introduzido no artigo 28-A do Código de Processo Penal em razão da Lei 13.964/2019.

Contudo, algumas questões permeiam a atmosfera jurídica no que diz respeito às implicações trazidas pela expansão dos espaços negociais, especialmente no tangente à relação entre celeridade processual, redução da demanda judicial e o possível crescimento do encarceramento, que pode levar ao encarceramento em massa, embora os institutos existentes prevejam a aplicação de penas mais brandas, que não necessitam diretamente da estrutura carcerária, mas tão somente da fiscalização do Judiciário e das polícias penais.

Em razão, principalmente, do advento da Lei dos Juizados Especiais, aumentou no processo penal a incidência das penas alternativas para a resolução dos conflitos, de modo que o processo penal passou a ser encarado com duas vertentes: o processo penal clássico e o processo penal de consenso. A segunda hipótese se baseia, justamente, no consenso entre as partes e abrange as infrações penais de menor potencial ofensivo (CAPEZ, 2016).

Contudo, inclusive a nomenclatura no tangente à justiça “consensual” ou justiça “negociada” é objeto de debate no âmbito jurídico. Isso porque o consenso implica no aceite, de forma “expressa ou tácita”, a uma proposta de acordo efetuada pelo Ministério Público (ZILLI, 2022, p. 30). Nesse sentido, trata-se da concordância de ambas as partes

que consensualmente decidem por pactuar alguma coisa em que, na teoria, ambas sairiam igualmente beneficiadas ou prejudicadas. Enquanto isso, a negociação denota uma forma mais realista, uma vez que parece demonstrar que existe um conflito a ser resolvido entre as partes do processo (DE-LORENZI, 2020a, p. 54), especialmente porque o réu é o único a sofrer consequências jurídicas desse negócio jurídico penal.

### **1.1. Institutos negociais em vigência**

A Lei 9.099/95, que disciplina sobre o funcionamento dos Juizados Especiais, dispõe, nos artigos 69 e 77, §1º, sobre a possibilidade de substituição do tradicional inquérito policial, existente no procedimento ordinário, pelo boletim de ocorrência circunstanciado, ou termo circunstanciado, elaborado pela autoridade policial. Esse documento sintetiza os fatos e indica a autoria e as testemunhas, com limitação de até três testemunhas, conjuntamente com elementos informativos que comprovem a materialidade delitiva.

Na sequência, após lavratura, o termo será remetido ao Juizado competente, consistente no Juizado de Pequenas Causas Criminais, responsável, segundo o artigo 2º, §único da Lei 10.259/2011 e o artigo 61 da Lei 9.099/95, pela atribuição para processar e julgar as contravenções penais e os crimes apenados com pena máxima de dois anos de reclusão.

Essa Lei, objetivando mitigar o princípio da obrigatoriedade da persecução penal pelo Estado (MIRABETE, 2000, p. 42), possibilitou através do artigo 76 a oferta ao acusado de um procedimento cuja sanção consiste em medidas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade, com a consequente não iniciação do processo criminal (TÁVORA, 2017, p. 80). O procedimento em tela é denominado Transação Penal.

Sendo assim, o procedimento que tramita nos juizados especiais é reduzido e interrompe o curso da ação penal, tornando-se um procedimento “sumário”, a partir do momento em que uma negociação é feita antes, sequer, do oferecimento de denúncia pelo membro do Ministério Público. Nesse sentido, é procedido, então, um acordo entre o representante do Ministério Público e do acusado com a finalidade de colocar fim ao processo, resultando na assunção de penas restritivas de direitos acumuladas ou não com uma pena de multa. Nesse sentido, o acordo realizado entre as partes passará pela verificação do Juiz, que homologará ou não a transação penal realizada.

A suspensão condicional do processo, por outro lado, é uma forma de negociação anterior ao oferecimento da denúncia, que é viável em vistas de realizar um desafogamento do sistema de justiça criminal. Isso ocorre porque após oferecida a denúncia, caso se enquadre nos requisitos previstos na Lei 9.099/95, através da seguinte redação do artigo 77 do Código Penal:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”

Veja-se que este instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, em que já existe uma sentença transitada em julgado. Do mesmo modo como a aplicabilidade da suspensão condicional do processo se dá aos crimes praticados não somente no âmbito dos Juizados Especiais.

Contudo, é vedado nos delitos praticados em concurso material, por força da súmula 243 do STJ e nos crimes continuados, “se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”, nos termos da súmula 723 do STF (LOPES JR, 2019, p. 931-934). Esse benefício, após concedido, não é imutável: ele pode ser revogado na eventual possibilidade de o beneficiário ser processado por outro delito (AVENA, 2017 p. 50).

A colaboração premiada, codificada atualmente pela Lei 12.850/2013, a nova Lei de Organizações Criminosas, trata-se de um benefício concedido nas ocasiões em que o acusado auxilia na resolução do processo. Ao Ministério Público é facultado deixar de oferecer a denúncia se o colaborador não for o líder da organização e criminosa e, ao mesmo tempo, for o primeiro a prestar uma colaboração eficiente no procedimento.

Nesse sentido, o acusado pode auxiliar na identificação (I) dos demais coautores e partícipes; (II) das demais infrações praticadas por eles; (III) na revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa; (IV) na revelação da divisão de tarefas da organização criminosa; (V) na prevenção de outras infrações decorrentes das atividades da organização criminosa; e (VI) da recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações praticadas pelos membros da organização criminosa; ou (VII) a localização de eventual vítima, desde que ela esteja com sua integridade física preservada (LIMA, 2016).

Na colaboração anterior à sentença condenatória, os benefícios podem chegar a até dois terços do montante total da pena privativa de liberdade, ou pode ser substituída por pena privativa de direitos, conforme artigo 4º da Lei 12.850/2013. Na colaboração realizada após a sentença condenatória, os benefícios concedidos são de redução da pena até à metade ou da progressão de regime de cumprimento, mesmo que não tenha sido adimplido o requisito objetivo-temporal para a sua concessão, nos termos do artigo 4º, parágrafo 5º, do mesmo diploma repressivo. Segundo Pacelli (2017, p. 368):

“É prevista no art. 159 do CP, com a redação dada pela Lei nº 8.072/90 (art. 7º); na Lei nº 12.850/13 (art. 4º e seguintes); na Lei nº 9.080/95, que alterou o art. 25 da Lei nº 7.492/86 e art. 16 da Lei nº 8.137/90; na Lei nº 9.613/98 (art. 1º, § 5º), que cuida dos crimes de lavagem de bens, dinheiro e valores; na Lei nº 9.807/99, que trata do Programa Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas (arts. 13 e 14); e na Lei nº 11.343/06 (art. 41), em relação aos crimes de tráfico de drogas. E, nem sempre, a modalidade de colaboração premiada é a mesma”.

Esse instituto jurídico sofre instabilidade na seara doutrinária quanto à sua nomenclatura - se o termo mais adequado é delação ou colaboração -, mas também quanto à violação de princípios constitucionais (FARACO NETO *et al.*, 2019). A exemplo disso, até os dias atuais não se tem uma decisão em instância superior sobre os limites aos benefícios concedidos aos beneficiários quando da sua colaboração para a resolução da demanda do processo, de modo que os benefícios podem extrapolar alguns limites legais não previstos em lei, como ocorreu na Operação Lava-jato. Trata-se da sanção premial diferenciada, que é vedada atualmente e deve passar pelo crivo do magistrado (DELORENZI, 2020b, p. 179).

O acordo de leniência se aproxima da colaboração premiada, uma vez que igualmente se caracteriza por uma troca de benefícios, regulado pelas Leis 12.529/2011 e 12.846/2013. O acordo de não persecução penal, por outro lado, foi inserido no ordenamento jurídico a partir da Lei 13.964/2019, embora já estivesse previsto pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) através da resolução 181/2017, alterada pela Resolução 183/2018, em redação bastante similar com a atual, trazida pelo Código de Processo Penal. Nessa modalidade de acordo, o artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê aplicação do ANPP mediante confissão formal, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa e quando a pena mínima cominada for inferior a quatro anos.

Nesse caso, segundo o artigo 28-A que dispõe sobre o tema, as sanções penais podem ser uma das seguintes, ou cumulativas: (I) reparação do dano ou restituição à vítima; (II) renúncia a bens ou proveito do crime; (III) prestação de serviço à comunidade; (IV) o pagamento de prestação pecuniária; ou (V) o cumprimento de outra condição estabelecida pelo membro do Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada.

A proposta do acordo parte do membro do Ministério Público ou pela defesa, e pode ser feita, em linhas gerais, até o recebimento da denúncia pelo magistrado. Não obstante, o ANPP é vedado nas hipóteses em que (I) for cabível transação penal; (II) o beneficiário for reincidente ou possuir conduta criminosa habitual; (III) tiver sido beneficiado, nos cinco anos anteriores, a acordo de não persecução penal, transação penal



ou suspensão condicional do processo; e (IV) houver sido praticado no âmbito da violência doméstica ou, em qualquer gênero, contra a mulher em razão do gênero feminino.

De modo amplo e genérico, restam conceituados os institutos negociais que vigem hoje no país. Veja-se que nenhum deles versa sobre penas corporais diretamente, excetuada a colaboração premiada, cujo benefício pode consistir em redução do montante de pena. A transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, por exemplo, todos implicam na extinção da punibilidade após o cumprimento, haja vista o não reconhecimento formal de culpabilidade. A maioria negocia medidas alternativas diversas da prisão que, quando cumpridas, implicam na extinção do feito com o seu arquivamento, sem constar condenação criminal e, portanto, não gerando reincidência.

## **2. A tendência expansionista dos espaços de negociação no ordenamento jurídico brasileiro**

O processo penal escrito da *civil law* tem a tendência a ser mais moroso, e no Brasil isso não seria diferente. É inegável que a negociação confere celeridade ao processo, uma vez que a máquina judiciária atua na solução mais rápida, sem o transcurso de longos meses e inclusive anos de produção de provas, oitiva de testemunhas, realização de perícias, cumprimento de audiências e conferências de prazos - inclusive, em dobro à Defensoria Pública - para os atos processuais, até que se obtenha uma sentença.

No caso dos crimes apenados com penas mais brandas, por outro lado, a morosidade para o processamento e julgamento leva à prescrição da pretensão punitiva estatal - que, veja-se, ocorre, em suma, em razão da alta demanda e da limitada capacidade humana de suprir a alta quantidade de processos judiciais. A Lei 9.099/95 inaugurou a estratégia do sistema de justiça em resolver as demandas processuais mais simples de uma fórmula mais célere, inclusive a partir de um procedimento abreviado.

O Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Justiça em Números, de 2021, levantou dados a respeito do tempo médio que os processos levam nas diferentes Justiças do Brasil, a partir de três indicadores: "o tempo médio entre a data do início do processo até a sentença, o tempo médio entre a data do início do processo até o primeiro movimento de baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/2020" (CNJ, 2021, p. 199).

Após levantamento de dados foi constatado que "as Justiças Estadual e Federal apresentam acervo com tempo de tramitação médio de, respectivamente, 5 anos e 4 meses e 5 anos e 8 meses, o tempo médio de acervo na Justiça Estadual se manteve no mesmo patamar de 2019" (CNJ, 2021, p. 203). Veja-se que esse dado foi colhido tendo em vista o

tempo que o processo leva até ser recolhido ao acervo. A sentença de primeiro grau é proferida dentro de prazo mais brando, em média, inferior a três anos.

Diante da incapacidade do Estado de suprir com toda a crescente demanda de processar e julgar uma ação penal dentro de um prazo razoável, resta a necessidade de desafogar o sistema de justiça através da ampliação dos espaços negociais. Essa justificativa é compreensível quando vista por esta perspectiva.

Por outro lado, muito embora a celeridade processual trazida pela inserção dos espaços negociais no ordenamento jurídico brasileiro, há muitas diferenças entre os sistemas de justiça penal alienígenas, que inspiram alterações legislativas no Brasil, e o sistema de justiça penal brasileiro.

Nesse sentido, a celeridade buscada no processo penal e o desafogamento do sistema de justiça não podem se sobrepor aos princípios basilares do processo penal, como é o caso da presunção de inocência, que é voluntariamente renunciada pelo acusado quando escolhe realizar um ANPP e efetuar uma declaração de culpa. Veja-se que este princípio no ordenamento jurídico brasileiro não possui somente força de princípio, mas também de norma codificada na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XVII.

Desse modo, ao importar e inserir no direito brasileiro institutos que não correspondem em sua integralidade ao modelo aqui adotado, pode-se estar diante de uma mitigação do próprio sistema acusatório de justiça, inclusive abrandando o modelo civil e aproximando o ordenamento jurídico dos ditames da *common law*. É isso que será analisado e respondido no capítulo seguinte.

## **2.1. Inspiração em ordenamentos jurídicos estrangeiros**

A respeito da confissão como meio de prova no ordenamento jurídico norte-americano, tem-se, a partir dela, uma prova concreta, formada através da assunção de culpa do acusado. Essa informação consta expressamente nas Federal Rules of Criminal Procedure, que disciplinam as normas do processo penal norte-americano. Nesse sentido, independentemente da realização de acordo ou da escolha pelo julgamento, uma vez confesso, a única alternativa é a condenação.

No Brasil não funciona dessa maneira: a confissão tem o mesmo peso probante que as demais provas, necessitando apoiar-se em demais evidências do caderno probatório, sendo insuficiente, sozinha, para ensejar uma condenação. O sistema norte-americano, nesse ponto, é gritantemente diferente do que acontece no Brasil.

Nesta senda, o acordo de não persecução penal, recentemente inserido no ordenamento jurídico pátrio, traz consigo a necessidade da confissão, mediante gravação, para que seja procedida a negociação entre o representante do Ministério Público e o

acusado. A partir dessa análise, traz-se à baila o artigo intitulado “barganha” constante no Anteprojeto do Código Penal que tramita no Congresso Nacional, que igualmente exige a confissão para celebração do acordo.

Parte da doutrina entende que a confissão viola o direito de não autoincriminação, definido no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, no tangente à não produção de provas contra si mesmo: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988). Assim como violaria, em tese, o artigo 186 do Código de Processo Penal Brasileiro, que dispõe que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (BRASIL, 1941), tratando a respeito do brocardo latino *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, Este instituto jurídico está firmado no âmbito internacional através dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, o que reforça a importância desse princípio no Brasil, conforme dispõe o artigo 5º, §3º da CF que refere que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país “serão equivalentes às emendas constitucionais”.

É o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992 através do Decreto 678, que prevê, pelo artigo 8º, §2º, alínea “g”, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência”, tendo a garantia mínima, no transcurso do processo penal, do “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Corroborado a isso, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992 através do Decreto 592, prevê, no artigo 14, §3º, alínea “g”, o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Contudo, Vasconcellos (2022, p. 93) aponta que: “a necessidade de confissão cumpre com uma função importante de contribuir para a verificação da base fático-probatória para a legitimidade da imposição de uma sanção criminal. Com o cabimento de acordos em fatos de maior gravidade e a autorização de imposição de consequências mais gravosas, é importante ampliar a profundidade da verificação dos fatos mesmo em âmbito negocial”. Conclui dizendo que a finalidade do uso da confissão no ANPP deve ser limitada, evitando o seu uso de modo abrangente, bem como no eventual fracasso da negociação, deve-se desentranhar a confissão dos autos.

Há que se destacar que o Código de Processo Penal brasileiro foi publicado através de um Decreto-Lei em 1941, de modo que está pelo menos quatro décadas atrasado com relação à Constituição Federal e, portanto, evidentemente não passou pelo filtro

hermenêutico-Constitucional antes da sua publicação. Por outro lado, as reformas jurídicas trazidas através da inserção de novas leis ordinárias e da edição de normas não são suficientes para atualizar o referido código para o fim de torná-lo condizente com os princípios previstos pela Constituição Federal.

Em razão disso, o projeto de novo Código Penal e Código de Processo Penal tramitam atualmente no Congresso Nacional e consistem em alternativas a fim de atualizar esse sistema, tornando-o coerente não só com a atual Constituição, mas também com os ditames sociais desta época, haja vista que muitos fatos antes tipificados, hoje deixaram de ser socialmente reprováveis e, portanto, não há necessidade de penalizá-los. Enquanto os códigos atuais possuem revogações e diversas alterações, o novo projeto surgiu como um respiro das novas mudanças.

Por outro lado, a negociação no processo penal, independentemente de sua natureza, pode carregar injustiças com relação à vítima, mas também com relação ao acusado, uma vez que, aos olhos da vítima, a negociação pode ter sido deveras branda, enquanto, pela perspectiva do acusado, ele poderia obter, através do curso tradicional do processo comum ordinário, benefícios como a arguição de nulidade processual, a absolvição pela insuficiência de provas ou, até mesmo, o acarretamento dos institutos da decadência, da prescrição e da preclusão, o que não ocorre quando procedida uma negociação entre o acusado e o Promotor de Justiça.

As pautas internacionais surgem de forma interessante nesse sentido. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, os acordos são realizados mediante declaração de culpa. Nesse sentido, parece já ter sido superado o debate quanto à mitigação da presunção de inocência, uma vez que, ao menos no Brasil e em termos de ANPP, a declaração de culpa é um pressuposto de validade para o negócio jurídico criminal.

Contudo, ainda cabem discussões quanto à utilização dos elementos informativos do inquérito policial para a formação do caderno probatório que compõem a proposta de ANPP. Esses elementos informativos geralmente são evidências suficientes para uma eventual denúncia pelo MP, que em algumas situações requer diligências adicionais para a formação dos elementos da ação.

Igualmente, se não houvesse um acordo, havendo suficientes indícios de autoria e materialidade, haveria uma denúncia e, no insucesso da negociação, a confissão seria desentranhada e não poderia ser utilizada em benefício do órgão acusador. Do contrário, essa confissão tem o mesmo peso dos demais elementos da fase policial, comparada a uma confissão em delegacia de polícia, por exemplo, que é insuficiente para condenar em seara judicial. Os elementos informativos, então, passariam pelo contraditório judicial, formando provas judicializadas a partir dos pressupostos do devido processo legal.

Ainda, a proposta de ANPP formulada pelo Ministério Público não obriga o acusado e a defesa, de modo que, identificando que as evidências apresentadas são fracas e insuficientes para uma condenação judicial, pode-se optar pela recusa ao acordo e seguimento do processo tradicional, esperando por um arquivamento ou rejeição da denúncia fulcro no artigo 395 do Código de Processo Penal. Logo, a fraca base probatória não é uma justificativa plausível para a deslegitimação do acordo, uma vez que a rejeição à proposta sempre será uma opção.

Desse modo, o acusado passa direto da fase inquisitiva do inquérito policial para a fase executória do processo, e deixa de usufruir de direitos e garantias inerentes ao processo penal acusatório, como a arguição de nulidades processuais, a produção de provas em seu favor e, até mesmo, da ocorrência do instituto da prescrição, que é um benefício seu, obtido em razão da morosidade estatal em processá-lo e julgá-lo pelo crime que, em tese, cometeu, dentro de um prazo razoável.

Ocorre que com o instituto do acordo de não persecução penal, o Estado resolveu dois problemas de uma só vez: acelerou os novos processos judiciais - sob a justificativa do aumento do tempo hábil para que os órgãos se dediquem a processos mais graves - e reduziu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, com a possibilidade de, não cumprido o acordo, iniciar um processo criminal, com a remoção da confissão do caderno probatório a fim de não contaminar os autos.

A evolução do formato dos acordos no processo penal nacional evidencia a preocupação por oferecer uma justiça criminal mais célere e eficiente. A exemplo do ANPP, é importante que seja averiguado o que funcionou e o que ainda precisa ser adaptado, para o fim de evoluir as novas propostas negociais nos projetos dos novos códigos criminais, em vistas de evitar o seu insucesso e aprimorar as práticas negociais no Brasil.

## **Conclusão**

Embora o acordo de não persecução penal seja mais recente, antes dele já se debatia no Congresso Nacional, em relação às reformas integrais dos Códigos Penal e de Processo Penal, a ampliação dos espaços negociais, com o procedimento sumário e a barganha. A justiça criminal brasileira parece estar se encaminhando para a concepção de que a negociação no processo penal é benéfica para as partes envolvidas, para o sistema de justiça e para a sociedade como um todo.

De fato, é possível ampliar os mecanismos negociais no Brasil em vistas de aprimorar o sistema de justiça criminal. Contudo, é necessário que exista ponderação, especialmente em se tratando da importação de institutos, para que seja procedida a

devida adaptação ao modelo processual penal nacional, especialmente em se tratando de poderes discricionários dos entes estatais na persecução penal.

Considerando que os projetos mencionados tramitam há dez anos, parece estar sendo levado a sério a ideia de empurrar, cada vez mais, a norma codificada para uma ideia que se aproxima do direito consuetudinário, aumentando espaços de consenso e reduzindo a incidência de processos criminais em trâmite. Permitir soluções consensuais e negociais nos espaços criminais cria uma atmosfera de celeridade e de solução. Embora o apenamento, nesses casos, possa ser mais brando, a justiça que “tarda mas não falha”, passará a nem mesmo tardar.

### Referências Bibliográficas

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). 1992. Disponível em: <[link](#)>. Acesso em 04 jun. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[link](#)>. Acesso em 04 jun. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <[link](#)>. Acesso em 04 jun. 2022

BRASIL. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. 1992. Disponível em: <[link](#)>

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020a.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Pena criminal, sanção premial e a necessária legalidade dos benefícios da colaboração premiada**: aportes para uma teoria geral da justiça penal negociada. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 151-183, 2020b.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros. **O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira**. Campo Grande: Revista Direito UFMS, v.4, n.1, p.279-297, 2018.

FARACO NETO, Pedro; SANTOS, Diego Prezzi. LOPES, Vinícius Basso. **A (im)possibilidade de aplicação do sistema *plea bargain* no processo penal brasileiro.** Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. V. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Acordos de não persecução penal:** Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas. [s. n.] 2017. Disponível em: <link> Acesso em 23 jun. 2022.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 10<sup>a</sup> ed. Rev. atual. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Funcionalização e expansão do Direito penal: o direito penal negocial.** Revista de Direito Internacional, v.13, n.1, 2016.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 12. Ed. rev. E atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ZILI, Marcos. **A justiça disputada e a justiça consensual.** Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende et all (coord.). *Justiça Consensual: Acordos penais, cíveis e administrativos.* São Paulo: Editora Jus Podivm, 2022.

## **A PROTEÇÃO JUDICIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: UMA ANÁLISE DAS FERRAMENTAS PROCESSUAIS DISPONÍVEIS**

**PEDRO SABINO PAZ LANDIM COELHO:**

Graduando do Curso de Direito do Centro  
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO<sup>26</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** O presente artigo foi elaborado a partir da promulgação da lei do superendividamento (Lei nº 14.181/2021) com a finalidade de garantir aos consumidores novas formas de homogeneização e quitação de dívidas sem levar o devedor à indignação e à humilhação por passar necessidades, através de um plano de pagamento satisfazendo o direito dos credores. Sendo assim, esse artigo tem como objetivo geral analisar como a referida lei contribui para garantir o mínimo existencial, possibilitando a renegociação de dívidas entre credor e devedor, apontando-se as atitudes jurídicas processuais que os consumidores devem tomar para se proteger caso estejam nessa situação aplicando os princípios do Processo Civil e do Direito do Consumidor e, ainda, os dados que se encontram inseridos na legislação. Para isso, adotou-se como métodos de procedimentos metodológicos, no âmbito da pesquisa dedutiva de cunho bibliográfico, com o objetivo de analisar o que a Lei do Superendividamento traz para a concretização do direito básico do consumidor garantindo mínimo existencial através de ferramentas processuais, por intermédio das pesquisas e análises doutrinárias, artigos científicos e leis vigentes.

**Palavras-chave:** Repactuação de Dívidas. Mínimo Existencial. Lei do Superendividamento. Cartão de Crédito.

**ABSTRACT:** This article was prepared from the enactment of the law on over-indebtedness (Law No. 14.182021) with the purpose of protecting the new forms of homogenization and debt settlement without bringing the odor of indignation and humiliation to pass, through Payment of compliance with the right to a payment plan. Therefore, this article has the general objective of analyzing how there is a suggested law, contributing to the renegotiation of minimum situations, suggesting a renegotiation of creditor and debtor, orienting itself on how legal attitudes should be taken to protect the case. applying the principles of Civil Procedure and Consumer Law, and also the data that are included in the legislation. For this, with research tools found as a method of deductive research methodology of a basic nature, without the scope of the deductive bibliography of basic

---

<sup>26</sup> Professor Mestre e Doutor em Direito Processual Civil e Coordenador dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.



education, in order to analyze what brings the Superdividment Law to the Superdividment Law intermediate in research and doctrine, articles science and current laws.

**Keywords:** Renegotiation of Debts. Existential Minimum. Over-indebtedness Law. Credit card.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Conceito de Superendividamento; 3. Superendividamento em contexto histórico; 3.1. As causas do Superendividamento; 4. O Superendividamento na realidade brasileira; 5. Princípios fundamentais na proteção ao Direito do Consumidor; 6. A Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181/21); 6.1. Processo de Repactuação de Dívidas 7. Considerações Finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o consumismo desenfreado pelos brasileiros devido às influências da mídia, efeitos publicitários, promoções exacerbadas com democratização do uso de crédito, que foi um grande problema agravado pela pandemia, acabam induzindo o consumidor a utilizar seu poder monetário de forma irresponsável de acordo com sua condição, resultando em superendividamento.

O superendividado faz parte da maioria dos brasileiros, aliás, ter dívidas é comum no Brasil, é considerado um estigma social, com isso deixa de ser um simples problema pessoal saindo da esfera privada afetando tanto o patrimônio pessoal quanto a economia gerando exclusão por parte de benefícios institucionais bancários.

É notório o crescimento de demandas judiciais, casos em que o devedor deve ter um patrimônio de existência mínima preservado e o credor deve obter o recebimento total efetivado. A ineficiência das normas vigentes para a solução dos conflitos já foi uma realidade, sendo assim explícita a necessidade de um plano de tratamento eficaz para essas pessoas com dívidas, com isso foi sancionada a Lei nº 14.181/21, para tratar e prevenir o superendividamento (CDC, 2021).

É necessário analisar a responsabilidade comportamental do credor que se refere à concessão do crédito fazendo conciliação com os dispositivos e princípios constitucionais (princípio da boa fé e dignidade da pessoa humana). Notoriamente é preciso tratar a vulnerabilidade, mas não apenas a vulnerabilidade consumidora, também a vulnerabilidade do lado humano principalmente, a decorrência do endividamento motivada pelas práticas do mercado, é necessário o desenvolvimento de políticas públicas para o consumo consciente e a educação financeira resultando em uma sociedade com capitalismo humanista.

Desta forma, além do estudo comportamental que envolve as reações de consumo, também se revela imprescindível a análise dos recursos processuais que visem garantir uma adequada tutela jurídica para o consumidor. Assim, o indivíduo terá as informações cabíveis sobre as ferramentas processuais disponíveis.

No Brasil, a maioria da população endividada é leiga juridicamente, sendo assim bastante importante a informação processual, ajudando tanto as pessoas que possuem dívidas para sair dessa situação, quanto às outras que podem se prevenir de passar por essa situação constrangedora.

Portanto, é necessário destacar a relação entre a falta de proteção da pessoa superendividada e aquela que não consegue manter uma vida com condição mínima (mínimo existencial). O problema começa com o inadimplemento, seja de valores pequenos, mas o consumidor acaba se acomodando, e o que era pequeno acaba virando uma fortuna em comparação seu custo de vida, dessa forma não garante seu mínimo existencial, gerando exclusão.

A proteção judicial é primordial para que consumidores não percam sua dignidade, sua saúde mental, seu propósito de vida, e principalmente o mínimo existencial. Isso afeta tanto individualmente, quanto a sociedade que habita por todo o Brasil, além da economia que pode ser prejudicada, pois a mesma gira através do consumidor.

Dessa forma, indaga-se: quais são as ferramentas processuais disponíveis para que o consumidor se proteja do superendividamento no Brasil?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar como a referida lei contribui para garantir o mínimo existencial, possibilitando a renegociação de dívidas entre credor e devedor, apontando-se as atitudes jurídicas processuais que os consumidores do Brasil devem tomar para se proteger caso estejam nessa situação aplicando os princípios do Processo Civil e do Direito do Consumidor e, ainda, os dados que se encontram inseridos na legislação. Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar a responsabilidade comportamental do credor que se refere à concessão do crédito fazendo conciliação com os dispositivos e princípios do consumidor; identificar o número de consumidores superendividados pelo Brasil entre 2019 a 2022 e analisar os direitos processuais que o superendividado tem em relação Lei nº 14.181/21 que refere ao Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o presente artigo foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica narrativa e método de abordagem dedutiva.

Na primeira seção, são descritas as origens do superendividamento, no contexto histórico de 1990, mostrando os fatores que levaram a população brasileira a se endividar

de maneira constante, além de relatar dados abordando a realidade dos brasileiros superendividados.

Na segunda seção, destacam-se os princípios para a proteção do consumidor de acordo com a legislação enfatizando os direitos básicos que o consumidor tem.

Na terceira seção, é abordado o processo de proteção do consumidor na prática, através do processo de repactuação de dívidas, além de explicar tudo sobre a Lei do Superendividamento (Lei 14.181/21).

Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pesquisa resta respondida com a explanação e explicação das ferramentas processuais disponíveis para proteger o consumidor superendividado.

## **2. CONCEITO DE SUPERENDIVIDAMENTO**

O superendividamento é uma situação em que o consumidor está tão endividado que não consegue arcar nem com suas despesas e necessidades básicas para garantir sua subsistência, um problema atual, mas que desde a década de 90 apareciam casos de pessoas passando por essa situação, se tornando mais relevante principalmente na pandemia onde aumentou e facilitou as compras pela internet, pode ser feito em um clique, qualquer um pode cadastrar um cartão de crédito e efetuar uma compra em menos de cinco minutos pelo celular, seja um produto físico ou digital, gerando dopamina e expectativas para o consumidor.

Consumidores compram por emoção, e a facilidade agravou o consumismo em excesso, a mídia brasileira já retratou vários casos de pessoas endividadas, foram feitas reportagens, histórias de pessoas que não conseguem controlar seu próprio dinheiro, até no cotidiano é notório perceber como estão as condições das pessoas por não saber ter esse controle financeiro, consequência de estudo precário que acarreta problemas catastróficos para a sociedade e a saúde da economia

A importância dessa análise é notória, já que os transtornos de endividamento podem acarretar problemas na saúde mental, na vida social, sem garantir o mínimo existencial, sendo que de acordo com a Constituição Federal, deve-se priorizar os princípios da dignidade humana, garantindo os direitos fundamentais que são a vida, liberdade, igualdade e segurança.

## **3. SUPERENDIVIDAMENTO EM CONTEXTO HISTÓRICO**

A ampla concessão de crédito estimula a economia do endividamento, esse é o pressuposto que é observado para o entendimento do que é o consumidor

superendividado, sem precisar de patrimônio, para se endividar basta ter crédito. A ampla concessão de crédito no início da década de 90, até hoje acabou formando um grupo de consumidores superendividados, com muito crédito e pouco dinheiro para pagar o crédito que é disponibilizado.

O que se percebe nessas décadas de acesso mais fácil ao crédito, é que o fornecedor não faz uma análise criteriosa se o destinatário daquele crédito tem ou não condições de pagar, pois é muito mais vantajoso pra ele ter um devedor vinculado a aquela instituição financeira do que não ter um contrato celebrado, sendo que não é só a concessão do crédito. Vale lembrar que o STF e o STJ admitem o que consta no art. 591 parágrafo final do CC e o que consta no art. 5º da MP 2170 36/2001.

Portanto, não é só possível a concessão de crédito por mais que essa relação com a instituição financeira seja uma relação de consumo, como o contrato de mútuo celebrado por esse consumidor mútuo mercantil, tem uma incidência altíssima de juros compensatórios que podem ser capitalizados anualmente. Assim, não existe limite na cobrança de juros compensatórios.

Dessa forma, a situação do consumidor superendividado acaba se concretizando, uma situação em que já tinham na jurisprudência alguns aspectos e critérios para solucionar esse problema, mas a Lei 14.181 altera o Código de Defesa do Consumidor tentando dar maior robustez para essa proteção e tutela do superendividado (CDC, 2021).

Existem dispositivos da legislação que já eram utilizados para proteger o consumidor do superendividamento antes mesmo da Lei nº 14.181/2021 entrar em vigor, que são baseados na dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III, CF), boa-fé (art.4º, inciso III, CDC), vulnerabilidade (art.4º, I, CDC), equilíbrio contratual (art.6º, inciso V, CDC), informação básica e transparente (art.6º, inciso III, CDC) (CDC, 2021).

Assim, era comum o consumidor superendividado ter sua receita com o valor muito abaixo dos créditos que ele tinha que repor, das dívidas que ele assumiu naquela concessão de crédito, então ele entrava com uma ação suspendendo a cobrança para poder buscar a revisão dos contratos diminuindo o valor das parcelas, ou ampliando o número das mesmas para que não fique sem o mínimo necessário para sua subsistência.

### **3.1 As causas do superendividamento**

Desde 1990, o Brasil visualizou o aumento expressivo da oferta de crédito para o consumo, se denominando assim “vulgarização” ou “democratização” do crédito. Com o aumento do endividamento pessoal pode torna-se insustentável e originar um estado crítico patrimonial. Podemos perceber que a origem de todo endividamento é a prática de consumo, por ser uma sociedade imediatista, o consumo é uma característica de uma

forma de obter prazer, a verdade é que é necessário crédito para viver no contexto social da maioria das pessoas (BUCAR, p. 42-45, 2017).

De acordo com Claudia Lima Marques, o superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global que o consumidor, pessoa física, de boa fé e leigo, podem ter condições de realizar os pagamentos de todas suas dívidas futuras e atuais. A norma de conduta além de levar em consideração o lado jurídico burocrático também faz parte de um critério qualificado de boa-fé pela ética e comportamento humano (MARQUES, p. 256, 2006).

Além de uma das causas principais serem a familiarização do consumo imposto pela sociedade, outra causa bastante importante que se deve levar em consideração é o problema do sistema bancário e de crédito. Cenário que engloba ausência de educação financeira, oferta de crédito com juros altos e publicidade abusiva.

Os causadores do surgimento dessa situação são basicamente a facilidade ao acesso dos cartões de crédito, agressividade impostas por empresas de marketing induzindo ao consumo, juros no mercado da economia e ofertas de créditos altos por instituições financeiras (SANSEVERINO; MARQUES, p. 575-580, 2015).

O superendividamento está direcionado ao crédito, englobando fatores que podem causar essa situação, o endividamento de forma excessiva pode ser causado pela aprovação arbitrária e fácil de crédito, podendo englobar a desregulamentação mercantil de crédito; desrespeitando a informação contratual em relação ao crédito sem o acesso de educação financeira para a população. Serviços e produtos que emitem o desenvolvimento da sociedade junto com o contexto de consumismo desenfreado pelo consumidor, em estabelecidos casos podem ser ponderados como responsáveis que causam o superendividamento. (LIMA, p. 35-36, 2014)

A indústria de crédito intensifica a massificação para a influência normalizando a prática de solicitação creditícia, assim pessoas contratam serviços de empréstimo para pagar as dívidas, depois pegam mais empréstimos para pagar o empréstimo anterior. É uma cultura socioeconômica em que o Estado contribui para influenciar o estímulo do consumismo sem preocupar com o superendividamento. Já que se o cidadão passe por problemas de saúde ou desemprego, o poder público não proporcionará apoio para este indivíduo diante esses acidentes, imprevistos que podem acontecer.

Como a sociedade está evoluindo cada vez mais em relação ao consumo, seja em épocas normais ou comemorativas, o endividamento passa a crescer drasticamente, conseqüentemente a venda de crédito acaba subindo. Com isso, a publicidade pode ser considerada uma causa do superendividamento, já que exploram mercados em diversos

estabelecimentos para que o consumidor faça empréstimos, além de usarem estratégias de marketing agressivo, gerando desejo no indivíduo para que se sinta a necessidade para adquirir o produto ou serviço. O mercado é cheio de armadilhas onde o tiro pode sair pela culatra, o consumidor consome achando que vai ser feliz, ou seja, sempre vai estar querendo obter algo mais, seja um serviço ou produto para a busca da “felicidade” se tornando um ciclo vicioso de consumo recorrente e desnecessário, apenas por vaidade.

A pandemia do Covid-19 pode ser considerada como causa do aumento de pessoas superendividadas, pois se configura como acidente da vida, algo que nenhum indivíduo esperava, gerando desempregos. Surgindo esta situação para agravar a condição de pessoas vulneráveis, como trabalhadores informais, deliberais, idosos e autônomos, que fazem parte do grupo de “hipervulnerabilidade”.

Ao Estado social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis. [...] Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. (BENJAMIN, p. 03, 2009)

Os idosos sofrem mais por questões fisiológicas, independentemente do contexto pandêmico, essa classe por ter a idade avançada acaba sendo mais vulnerável, a suscetibilidade do consumidor idoso é apresentada a partir dos seguintes fatores; a dependência de fornecedores pelo fato de haver precisão de certos produtos ou serviços que são indispensáveis para o indivíduo idoso e a ausência ou redução da capacidade racional, mental, aspecto físico para exercer as relações de negociação entre fornecedores, sendo passível de sofrer algum prejuízo monetário (MIRAGEM, p. 103, 2017)

O Relatório-Geral da Atualização do CDC já previa:

A doutrina alerta que as pessoas idosas no Brasil têm reduzida educação financeira,<sup>49</sup> ainda mais nos contextos populares, e a vulnerabilidade desse grupo pode ser um fator a levar ao superendividamento.<sup>50</sup> Conforme informa a manifestação do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento e da Faculdade de Educação da UFRGS, há que se considerar os analfabetos funcionais, com extrema dificuldade para compreender textos complexos ou longos contratos, que seriam em torno de 2/3 da população com mais de 60 anos no Brasil. Esta observação foi comprovada na pesquisa “Idosos no Brasil”, de 2006, do IPEA. Segundo estes dados de 2006, 23% dos idosos seriam totalmente analfabetos, e dos restantes 77% dos que sabem ler, mais de 26% consideram ler uma atividade extremamente difícil, significando quase a metade da

população idosa tem dificuldades ou mesmo não tem condições de ler um contrato bancário, considerando a alta concentração de analfabetos e analfabetos funcionais neste grupo da população (BENJAMIN, p. única, 2012)

#### **4. O SUPERENDIVIDAMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA**

No Brasil existem dois tipos de superendividamento, o ativo e o passivo. O ativo é aquele que gasta mais do que ganha, ou seja, tem irresponsabilidade financeira. O passivo é aquele que sofre os chamados acidentes da vida (um divórcio, morte de uma pessoa que mantém aquela família, uma doença). Dessa forma, podemos destacar o ativo consciente que é aquele que está de má-fé. E o ativo inconsciente, acaba adquirindo e usando o cartão de crédito com muita facilidade por ter sido influenciado pelo marketing.

A pandemia é um exemplo de fato superveniente, ou seja, algo que não era esperado, com essa situação acaba falecendo os membros das famílias que a sustentava, com esse ocorrido, a fonte de renda familiar diminui causando o superendividamento, assim pode-se dizer que são superendividados passivos.

Confinamento populacional, milhares de mortes, redução de rendas, superlotação de hospitais, de notório trágico cenário que qualifica o Brasil em decorrência da Covid-19. Se nessa perspectiva já é preocupante, pode-se imaginar o grau de intensificação para as pessoas superendividadas, isto é, que permanecem sem o mínimo existencial, se mantendo em estado de sobrevivência.

Em âmbito nacional, pode-se perceber que a pandemia gerou um endividamento de forma significativa. Ocorreram várias situações que contribuíram para o aumento dessa estatística como, suspensão de contratos de trabalho, redução de salários e a inviabilidade locomotiva para as funções profissionais. Neste cenário, o endividamento é está sendo causado pela redução de renda, afetando até mesmo a forma como efetuar o pagamento das contas básicas.

De acordo com o IBGE, o número de pessoas na fila por um emprego aumentou em 1,2 milhão desde o começo da pandemia no último trimestre em 2019. Segundo a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC), da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), o nível médio de endividamento das famílias residentes no Brasil chegou em 70,9% no ano de 2021, ao longo desse ano batendo a marca de 76,3%, assim sendo considerado um endividamento recorde (IBGE, 2021)

É uma realidade no país em geral o avanço da inadimplência e do endividamento, uma pessoa só é considerada inadimplente caso tenha uma dívida e não pague no prazo

previsto, se o pagamento é feito em dia, apenas é considerada endividada. O percentual dessas duas situações vem batendo recordes desde o 2019, e por causa do fim das medidas emergenciais e juros aumentados, a tendência é que suba mais ainda a inadimplência das famílias em 2022.

O aumento da inflação deve agravar esse cenário, causando muito impacto no poder monetário das famílias, segundo o CNC, destaca-se a alta de 10% da inflação em 2021, com aumento dos valores de itens impactando na renda das famílias, como medicamentos (6%), energia elétrica (21%), alimentos (8%) e principalmente gasolina (47%). Enquanto muitos brasileiros tiveram a renda reduzida, fazendo com que precisassem usar o cheque especial, carnês de loja e cartões de crédito para manterem o nível de consumo (CNC, 2021)

As contas básicas atrasadas é uma realidade para a maioria dos brasileiros, de acordo com dados da Serasa, o número de inadimplentes por atraso de contas de água, luz e telefone cresceu em mais de 20% de 2020 a 2021. Dessa forma, um atraso nessas contas revela uma situação de dificuldade financeira grave.

Mesmo que as contas básicas tenham crescido em relação ao endividamento da população brasileira no ano de 2021, o cartão de crédito continua sendo a maior fonte para se endividar. A maioria dos brasileiros se admira com as contas relativamente altas e acabam parcelando, conseqüentemente os juros vem nas parcelas, virando uma bola de neve. Podemos visualizar que grande parte dos brasileiros usa o cartão de crédito para comprar alimentos em supermercados.

Muitas famílias vivem o drama do endividamento, que tem origem na maioria das vezes as taxas de juros bancários cobrados hoje em 2022, a situação fica complicada e ainda pior pra quem não pode pagar a fatura total, ou não consegue se livrar do cheque especial. Segundo dados do Serasa, a população do Estado do Piauí acumulam mais de 2 milhões de reais em dívidas e que tem o valor médio girando em torno de mil reais, a maior parte delas está ligada aos bancos e cartões de crédito (32,6%), as outras são contas do dia a dia como por exemplo, água e luz (23,8%), seguidas de contas que foram realizadas no varejo (15,7%). (SERASA, 2022)

Segundo a Peic (Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, em abril de 2022, o número de brasileiros endividados chegou a um novo recorde, 77% dos consumidores fecharam o mês com dívidas. (PEIC,2022)

## **5. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA PROTEÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Assim como outras áreas do direito, o direito do consumidor possui princípios responsáveis para nortear, interpretar e aplicar a lei de forma harmônica ao caso concreto.



Pelos princípios, tem-se a base de que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo sendo necessário obter proteção.

O princípio da vulnerabilidade é considerado o de maior importância, pois em comparação com o fornecedor, já é nítido que o consumidor é mais vulnerável por ter menos poder econômico. Disposto no art. 4º, inciso I, CDC, além da vulnerabilidade econômica, é disposto da vulnerabilidade técnica, onde o fornecedor tem mais conhecimento sobre o produto ou serviço do que o próprio consumidor que vai efetuar o pagamento para usufruir dos benefícios ofertados. A vulnerabilidade jurídica tem reflexão sobre a falta de conhecimento jurisdicional ou contábil, ou seja, onde o consumidor não tem noção dos seus direitos na relação de consumo. Esse princípio tem como objetivo igualar relação entre fornecedor e consumidor (CDC,2017).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

O princípio da hipossuficiência se relaciona com o direito processual, analisando o caso concreto de forma subjetiva. Esse princípio além de abranger pessoas com pouca condição financeira, poucos recursos, são incluídos aqueles que possuem pouco conhecimento, mostrando ser uma pessoa leiga de forma notória. Assim garantindo sua gratuidade na justiça de acordo com o art. 4º da Lei nº 1.060/50 e provando o alegado quando não houver viabilidade para produzir provas a seu favor baseando-se no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC, 2017)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O princípio da transparência, que também é conhecido como princípio da informação, relata que as informações do serviço ou produto devem ser claras, conscientizando o consumidor para que ele saiba o que realmente está adquirindo. Assim todas as fases da

relação consumerista antes ou durante a relação contratual estejam a favor do consumidor de forma transparente.

O princípio da confiança deposita expectativas sobre o produto ou serviço de acordo com as informações passadas pelo fornecedor, esperando-se que cumpra a oferta sem causar riscos ou danos. Assim favorecendo o consumidor sob a confiança gerada, cumprindo os resultados esperados.

O princípio da boa-fé objetiva está disposto no art.4º, III, CDC, agindo de forma abrangente prezando a reciprocidade entre o fornecedor e consumidor, privilegiando a veracidade e respeito. O princípio da harmonização dos interesses também está disposto no mesmo artigo do princípio anterior, basicamente retrata o equilíbrio entre as partes vedando vantagens tanto para o fornecedor quanto para o consumidor e impedindo condutas conflitantes com a boa-fé. Dessa forma, harmonizando os interesses de ambas as partes na relação consumerista (CDC,2017).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

## **6. A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO (LEI Nº 14.181/21)**

Em julho de 2021, o presidente da República aprovou a Lei do Superendividamento, que nada mais é do que algumas alterações da antiga Lei do Consumidor. Ela veio para facilitar aqueles que estão superendividados, trazendo mais garantia, transparência na contratação de crédito e, também, assegurar o mínimo existencial.

A Lei 14.181/2021 tem o objetivo de evitar que os consumidores fiquem impossibilitados de honrar suas dívidas em razão de desemprego, doença, etc. Dentre as regras, destacamos o direito do consumidor ao crédito responsável, educação financeira, prevenção e tratamento de situações de superendividamento (BRASIL, 2021)

A Lei obriga bancos financiadores das empresas que vendem a prazo informarem qual é o custo efetivo total, as taxas de juros encargos por atraso, as ofertas de empréstimo ou de venda a prazo, deverão informar a soma total a pagar com, e sem o financiamento, a Lei proíbe ainda propagandas de empréstimos sem consulta ao SPC ou sem avaliação da situação financeira, proibindo também o assédio ou opressão sobre o consumidor para que ele contrate o fornecimento do produto, serviço ou crédito, principalmente se tratando de idosos, analfabetos, doentes ou pessoas em geral no estado de vulnerabilidade.

Essa Lei visa fomentar, estimular a concessão de crédito de uma maneira mais responsável por parte dos credores e também visa tornar clara as informações sobre os custos de produto, serviço, operação de crédito ofertada pelos fornecedores, empresas, instituições bancárias, para que as informações sobre taxas de juros, custo total da operação fiquem mais visíveis, com entendimento mais fácil ao consumidor.

Além de visar uma espécie de recuperação para esse consumidor que está superendividado, fornecendo crédito responsável e o auxílio para que esses clientes não fiquem superendividados. O primeiro ponto dessa Lei, é que ela visa proteger somente os consumidores de boa fé, ou seja, aqueles consumidores de má fé, que se endividam fazendo gastos irresponsáveis sabendo que não vão ter condições de arcar com as despesas, não poderão ser protegidos pela Lei.

Ela também altera os princípios básicos do consumidor levando em consideração o grau de instrução, idade ou vulnerabilidade. A Lei reitera a proibição de práticas abusivas, assédios pelo fornecedor que induz a todo custo que o consumidor realize a compra. Outro ponto bastante interessante é a Conciliação Coletiva com Credores que vai poder ser feita perante o auxílio do Poder Judiciário, ou seja, o consumidor que estiver superendividado vai poder buscar um auxílio judicial.

## **6.1 Processo de Repactuação de Dívidas**

De acordo com essa nova Lei do Superendividamento, se o consumidor estiver superendividado, mas de boa fé, poderá procurar o Poder Judiciário do seu Estado requerendo um Processo de Repactuação de Dívidas, oportunidade em que ele será encaminhado ao Núcleo de Conciliação e Mediação de conflitos do Tribunal, em seguida, todos os credores serão convocados para participar de uma audiência de conciliação.

Ou seja, é basicamente uma nova chance para poder seguir sua vida com dignidade, esse procedimento judicial tem divisão por duas fases; a fase conciliatória e a fase da repactuação judicial compulsória, estabelecidas respectivamente nos artigos 104-A e 104-B do CDC. A forma como se começa o procedimento se dá com uma petição inicial onde o consumidor devedor comprovar o cumprimento de todos os requisitos legais para o

ajuste da condição jurídica com superendividado, dessa forma adquirindo os direitos a conciliação e a repactuação judicial compulsória.

Para poder comprovar sua situação de superendividado de boa fé, deverá estar de acordo com os requisitos necessários que são; a inaptidão monetária para manter o mínimo existencial (art.6º, XII, 54-A, § 1º, CDC); a inexistência de má-fé ou farsa para possuir a dívida (art. 54-A, § 3º, e art. 104-A, § 1º, CDC); a exibição de recomendação da forma de pagamento (art. 104-A, caput, CDC), o desligamento entre associação de obtenção de serviços, produtos luxuosos e a dívida (art. 54-A, § 3º, CDC5); e a descaracterização das dívidas (art. 54-A, § 1º, do CDC). (CDC, 2019)

Oportunidade em que a pessoa endividada irá expor a sua situação financeira e propor seu plano de pagamento para os credores com o prazo máximo de 5 anos, ou seja, será possível renegociar as dívidas com todos os credores ao mesmo tempo, visando se estabelecer um único plano de pagamento para todas as dívidas em condições que não comprometam o mínimo existencial, um valor necessário para a subsistência do devedor e seus familiares.

A Lei determina que todos os credores compareçam a audiência com poder de decisão, para negociar e fazer acordo, caso contrário, a cobrança da dívida desse credor será suspensa, assim como os respectivos juros e multas, ele ficará de fora do plano consensual do pagamento da dívida até que o devedor acabe de pagar todas as dívidas em que ele firmou no dia da audiência.

Nesta negociação poderá ser acordada inclusive a suspensão de ações judiciais em andamento e a data a partir da qual o nome do devedor sairá dos cadastros negativos de inadimplência. Porém, ninguém será obrigado a fechar um acordo, mas se não houver êxito na conciliação em relação aos credores, o devedor poderá requerer a instauração de um processo por superendividamento para a revisão, integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante um plano judicial compulsório.

Isso quer dizer que se não houver acordo, o juiz é quem determinará o plano de pagamento, será um plano judicial obrigatório para o consumidor e seus credores através do qual será estabelecido prazo, valores e formas de pagamento, respeitando-se sempre o mínimo para o consumidor conseguir sobreviver.

Valem ressaltar que esse processo de repactuação de dívidas somente é cabível para dívidas decorrentes da relação de consumo, inclusive operações de créditos como empréstimos, compras a prazo através de carnê, cartões de crédito, além de serviços de prestação continuada, por outro lado, não poderão fazer parte desta negociação as dívidas com garantia real, como por exemplo, financiamentos imobiliários e de veículos, crédito rural e nem os produtos ou serviços de luxo com alto valor.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou este trabalho de pesquisa, constatou-se que a população brasileira desde o começo da pandemia estava passando por dificuldades financeiras, se endividando de forma constante, sem garantir sua própria subsistência, sem o mínimo existencial, conseqüentemente perdendo a dignidade e seus direitos básicos de qualquer cidadão, os direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, trabalho, segurança lazer, vestuário, alimentação e transporte.

Diante disso a pesquisa teve com objetivo geral analisar como a Lei do Superendividamento contribui para garantir o mínimo existencial, possibilitando a renegociação de dívidas entre credor e devedor, apontando-se as atitudes jurídicas processuais que os consumidores devem tomar para se proteger caso estejam nessa situação aplicando os princípios do Processo Civil e do Direito do Consumidor e, ainda, os dados que se encontram inseridos na legislação.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido, pois efetivamente a pesquisa conseguiu demonstrar, que essa Lei foi aprovada justamente para atender especialmente os superendividados, garantindo uma melhor qualidade de vida, trazendo mais garantia, transparência na contratação de crédito e por fim, assegurando o mínimo existencial.

O objetivo específico inicial era analisar a responsabilidade comportamental do credor que se refere à concessão do crédito fazendo conciliação com os dispositivos e princípios do consumidor e foi atendido e constatado que os credores tem sim responsabilidade pelo fato de violarem princípios do Direito do Consumidor, como por exemplo, o da vulnerabilidade já que o consumidor é a parte mais vulnerável da negociação e o da transparência, onde o credor acaba omitindo informações importantes sobre a contratações de determinados produtos e serviços, ou seja, agindo de má fé.

O segundo objetivo específico era identificar o número de consumidores superendividados pelo Brasil entre 2019 a 2022 através de dados demográficos. Foi demonstrado através de fontes de pesquisas como Serasa e Peic que o número de consumidores superendividados vem só crescendo, em 2022 foi o recorde com 77% da população endividada.

Já o terceiro objetivo era analisar os direitos processuais que o superendividado tem em relação Lei nº 14.181/21 que refere ao Código de Defesa do Consumidor, e isso foi atingido através do Processo de Repactuação de Dívidas, fazendo parte do Processo Civil onde o consumidor tem uma nova chance para poder seguir sua vida com dignidade através desse procedimento judicial, assim terá a oportunidade de expor a sua situação

financeira e propor seu plano de pagamento para os credores com o prazo máximo de 5 anos.

Analisar a responsabilidade comportamental do credor que se refere à concessão do crédito fazendo conciliação com os dispositivos e princípios do consumidor; identificar o número de consumidores superendividados pelo Brasil entre 2019 a 2022 e analisar os direitos processuais que o superendividado tem em relação Lei nº 14.181/21 que refere ao Código de Defesa do Consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do Consumidor Esquematizado. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: SARAIVA, 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman. [Et al]. Comentários à Lei n 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento. Thomson Reuters, São Paulo, 2021.p. 27.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial no 586316/MG, de 17 de abril de 2007. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 mar. 2009.

BUCAR, Daniel. *Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42-45

LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-36.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre O Tratamento do

Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: Ed. RT. p. 103 e ss. 2017

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira; Marques, Claudia Lima. Superendividamento do consumidor – Mínimo existencial – Casos concretos, de Káren Rick Danilevicz Bertoncetto. Revista de Direito do Consumidor. vol. 101. ano 24. p. 575-580. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

#### SITES CONSULTADOS:

“A Lei do Crédito Responsável Altera o Código de Defesa do Consumidor”. Migalhas Contratuais, publicado em julho de 2021, disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhascontratuais/348157/a-lei-do-credito-responsavel-altera-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em 20/04/2022

“A preponderância dos cartões de crédito”. Migalhas. 2022. Disponível em

<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/366787/a-preponderancia-dos-cartoes-de-credito>. Acesso em 26/05/2022

“Código de Defesa do Consumidor”. CDC. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.html). Acesso em: 05/05/2022.

“Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável”. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/91675/comentarios-a-lei-dosuperendividamento-lei-n-14-181-de-1-de-julho-de-2021-e-o-principio-do-credito-responsavel/4>. Publicado em julho de 2021. Acesso em 24/05/2022.

“Constituição Federal da República de 1988”. CF. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html). Acesso em: 10/05/2022.

“Faturas bancárias e contas de luz são dívidas mais comuns no Piauí”. Globoplay. 2022.

Disponível em <https://globoplay.globo.com/v/10814545/>. Acesso em 05/08/2022

**“Hipossuficiência e Direitos Básicos do Consumidor”. Trilhante. 2022. Disponível em <https://trilhante.com.br/curso/direito-processual-do-consumidor/aula/hipossuficiencia-e-direitos-basicos-do-consumidor-2#:~:text=A%20hipossufici%C3%Aancia%20do%20consumidor%20pode,provar%20os%20direitos%20que%20alega>). Acesso em 05/05/2022**

“Nova Lei do Superendividamento: uma rápida visão”. Revista Consultor Jurídico. 21 de

outubro de 2021, 8h00; disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/controversias-juridicas-lei-superendividamento-rapida-visao>. Acesso em 30/04/2022

“Percentual de famílias com dívidas a vencer atinge recorde de 78%”. Agência Brasil.

2022. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-08/percentual-de-familias-com-dividas-vencer-atinge-recorde-de-78>. Acesso em 20/08/2022

“Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic) – abril de 2022”. CNC. 2022. Disponível em <https://www.portaldocomercio.org.br/publicacoes/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-abril-de-2022/423798>. Acesso em 10/07/2022

“Vulnerabilidade nas relações privadas”. Youtube, 13 nov. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XjilUa4kbz4>. Acesso em: 15/05/ 2022



## **HERANÇA DIGITAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.709/18 (LGPD) ACERCA DO TRATAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DE REDES SOCIAIS APÓS A MORTE**

**MATHEUS COSTA PRATES:**  
Graduando em Direito pelo UNISULMA  
- Unidade de Ensino Superior do Sul do  
Maranhão.

HENRY GUILHERME ANDRADE  
(orientador)

**RESUMO:** Um dos grandes desafios do ordenamento jurídico é acompanhar todas essas transformações desde a introdução da Internet, que mudou a sociedade em todos os aspectos. O surgimento das mídias sociais neste período, que marcou o início da chamada "Era Digital", deu-lhe um lugar valioso em nossas vidas e levantou questões importantes sobre as quais ninguém havia pensado muito. Desta forma, o foco desta pesquisa está na potencialidade do acesso hereditário à informação privada no perfil de uma pessoa falecida no Facebook, uma vez que esta situação levanta questões sobre o equilíbrio entre os direitos à privacidade e lealdade, com a eventual solução favorecendo um sobre o outro. A ideia de discutir essa questão decorre da ausência de legislação específica, o que leva a interpretações divergentes sobre o tema. Ao longo deste trabalho, foram examinados dispositivos legais, livros, artigos online e vários casos reais sobre o sucesso do Facebook. A solução considerada mais adequada de acordo com a técnica de ponderação é apresentada na conclusão do trabalho, seguindo as concepções e entendimentos apropriados.

**Palavras-Chave:** Herança digital. Sucessão de redes sociais. LGPD.

**ABSTRACT:** One of the great challenges of the legal profession is to follow all the transformations since the introduction of the Internet has changed society in all orderly aspects. "The one of this research of social networks, which marked the digital place, gave it belong an important place in our lives there was an important research on the potentiality about no one thought much. since this situation raised questions about the balance between the rights to privacy and loyalty, with an eventual solution promoting one over the other. Throughout this work, several books, online articles and legal resources, real cases about the success of Facebook The solution considered most appropriate according to the weighting technique presented at the conclusion of the work, following the appropriate conceptions and interpretations.

**Keywords:** Digital heritage. Succession of social networks. LGPD.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do ordenamento jurídico é acompanhar todas essas transformações desde a introdução da Internet, que mudou a sociedade em todos os aspectos. O surgimento das mídias sociais neste período, que marcou o início da chamada "Era Digital", deu-lhe um lugar valioso em nossas vidas e levantou questões importantes sobre as quais ninguém havia pensado muito.

Desta forma, o foco desta pesquisa esteve na potencialidade do acesso hereditário à informação privada no perfil de uma pessoa falecida no Facebook, uma vez que esta situação levanta questões sobre o equilíbrio entre os direitos à privacidade e lealdade, com a eventual solução favorecendo um sobre o outro.

A ideia de discutir essa questão decorreu da ausência de legislação específica, o que leva a interpretações divergentes sobre o tema. Ao longo deste trabalho, foram examinados dispositivos legais, livros, artigos online e vários casos reais sobre o sucesso do Facebook.

Desse modo, o objetivo geral desse artigo foi demonstrar as alterações feitas pela LGPD, Lei 13.709/18, no tocante a sucessão de redes sociais após morte dos titulares originais. E a problema se deu: A falta de legislação específica para regular a sucessão de redes sociais dos falecidos, o qual causa conflitos e entendimentos diversos sobre o direito a herança?

A metodologia utilizada foi a pesquisa descritiva bibliográfica, sendo, a análise e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas, impressos ou disponíveis em meio eletrônico e principalmente por meio da análise da antiga e da nova legislação vigente.

## 2. DIREITO À HERANÇA

### 2.1 Conceito de herança

Os autores, Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho (2009), explicam que o conceito de sucessão surgiu com o advento da propriedade individual, com uma base religiosa no início, mas só depois ganhando uma fundação econômica, como ficou preocupado com a acumulação de riqueza para prover o sustento das crianças e para manter uma família forte e poderosa.

De acordo Giovanna Pissutto (2018, p 42), a sucessão refere-se a:

Transmissão/transferência da titularidade do patrimônio pertencente a alguém, no todo ou em parte, por força de lei ou por força da

determinação de última vontade do titular do patrimônio a outrem em virtude de sua morte.

Herança, por outro lado, é definida como a cobrança de benefícios, direitos e obrigações deixadas por um de cujus para seus sucessores. Como resultado, apesar de estarem entrelaçados, os conceitos de sucessão e hereditariedade não conflitam. O primeiro, como dito anteriormente, refere-se à transmissão de bens ou direitos, que podem ocorrer qualquer inter vivos ou através da morte; o segundo, por outro lado, refere-se à transferência de bens, direitos e obrigações após a morte do titular.

De acordo com Maria do Céu Pitanga Pinto (2006, p. 13):

[...] o direito de herança existe em praticamente toda sociedade juridicamente organizada, em virtude da necessidade de transmissão dos bens adquiridos em vida pelo falecido e, até mesmo, diante dos próprios sentimentos daquele que se vai. Afinal, necessita o homem de um estímulo jurídico para continuar amalhando bens e conservando aqueles que adquiriu, na certeza de que a substituição da titularidade se dará, quando de sua morte, em favor dos entes queridos.

Como resultado, temos a regra de que uma herança só é transferida para herdeiros na morte de seu titular, seja real ou presumido, com essa necessidade reafirmada no artigo 426 do Código Civil Brasileiro, qual afirma que uma herança de uma pessoa viva pode ser objeto de um contrato. Também vale a pena mencionar.

a significativa função social que esse direito exerce, principalmente por conservar unidades econômicas, aqui entendidas como a propriedade em si, a serviço do bem comum. Não seria nada razoável permitir a extinção dessas unidades quando da morte de seu proprietário, exigindo-se, por conseguinte, que sua restauração fosse feita por outros homens. (PINTO, 2006, p. 24.)

Como resultado, apesar do fato de que a vida de uma pessoa naturalmente termina com a morte, o direito à herança é uma forma de dar continuidade ao que o falecido adquiriu na vida, a fim de prover o sustento de sua ou sua família, ao mesmo tempo em que se liga a uma variedade de valores sociais.

## **2.2 Herança no ordenamento jurídico brasileiro**

A questão da herança no direito brasileiro tem sido discutida em uma variedade de doutrinas e jurisprudências, e abordado em uma série de documentos legais, como o livro V do Código Civil Brasileiro (Do Direito das Sucessões) e o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXX, que inclui o direito à herança no papel dos juízes.

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:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança. (BRASIL, 2002)

Em seu artigo 1.784, o Código Civil afirma que quando uma sucessão é aberta, a herança é transferida imediatamente para os herdeiros legais e testamentários, "nisto consiste o princípio da saisine, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança".

Segundo Henrique Seganfredo (2017, p. 62): "Herança é um termo exclusivo do direito sucessório e compreende-se como uma universalidade de direito, um complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico".

De acordo com o disposto no artigo 91 do Código Civil de 2002. Em nosso Código Civil, uma morte por causa da mortis pode ser legítima ou testamentária.

A sucessão legítima ocorre quando o titular não deixa um testamento, ou se ele faz, é nulo ou caduco; nestes casos, os bens do falecido são passados para os herdeiros legais, de acordo com o disposições do artigo 1.829 do Código Civil: descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; ascendentes; cônjuge; e colaterais. Segundo entendimento pacificado (Recurso Extraordinário nº 646.721 -STF) pelo STF, o companheiro também participa da sucessão na mesma posição ocupada pelo cônjuge.

Como o nome indica, uma sucessão testamentária ocorre quando uma pessoa falecida deixa um último testamento, o que é legítimo. Não só outras declarações podem ser feitas por um testamento, como o reconhecimento de crianças ou a nomeação de um tutor, mas eles também podem ser feitos através de um testamento. Vale ressaltar também que se o testador tiver todos os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), ele só será capaz de manter metade de sua herança.

O Código Civil (2002) ainda afirma que se um falecido cria um testamento, mas não desimpuser sobre alguma parte do patrimônio, ele será dividido de acordo com as leis de última vontade e testamento. É fundamental afirmar esses detalhes legais sobre a sucessão desde que, após a morte do indivíduo, sua ou seus bens serão deixados para seus herdeiros da maneira estabelecida na lei, independentemente de se existe ou não um testamento.

O testamento é um ato jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, gratuito e sole, ou seja, basta a vontade do titular dos bens e direitos para produzir efeitos, pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo pelo titular, e é formal porque deve seguir como disposições. Apesar de não tratar de um procedimento tão complexo, de permitir que seja satisfeito a vontade do titular dos bens e evitar diversas brigas entre os herdeiros, a transmissão de bens por meio de testamento não é muito utilizado no Brasil, mais recorrente a sucessão legítima.

A criação de um testamento poderia resolver uma série de disputas envolvendo ativos digitais, uma vez que serviria como uma autorização legal para o uso de tais ativos, como jogos, música e e-books. É possível que haja alguma discussão sobre o que deve ser mantido na última vontade e testamento do sujeito, porque se qualquer parte do patrimônio é deixada para interferir na última esfera de um terceiro, pode causar danos. Isso significa que mesmo que o testador decida deixar seu acesso às mídias sociais sobre seus herdeiros, haverá um impedimento, porque, por exemplo, as conversas nunca são apenas sobre ele; sempre haverá outra parte envolvida. Como resultado, não haverá como incluir algo no testamento que pertence a ambas as partes. Artigo 1912, CC: “É ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2022)

Em resumo acredita-se que o direito à herança é um direito fundamental, conforme estabelecido pelo art. 5 da Constituição Federal de 1988, constituindo-se uma cláusula pétrea, conforme definido pelo art. 60, 4o, IV. A garantia constitucionalmente termina exigindo para que o legislador decreta regulamentos institucional, dando um impulso para o capítulo do Direito das Sucessões no Código Civil de 2002.

### **3. SUCESSÃO DIGITAL E LGPD**

#### **3.1 Conceito de sucessão digital**

O número de pessoas que armazenam suas informações no mundo virtual, seja em documentos, e-mails ou sociais mídia aumentou como resultado da modernidade e dos avanços tecnológicos. É comum que o acesso a esses dados seja concedido apenas através do uso de uma senha pessoal, que normalmente é mantido apenas pelo usuário. Como resultado, apenas o titular pode fazer uso desses dados.

A questão começa quando somos confrontados com a morte do titular e a possibilidade de seus herdeiros ganhando acesso a esses dados digitais, uma vez que eles podem ter sido deixados desprotegidos nas mídias sociais, jogos, música, livros, e uma variedade de outras atividades digitais.

Aqui damos início ao conceito de sucessão digital, que seria uma fusão do Direito digital e do direito de sucessão, e que busca abordar a questão dos bens digitais e da transmissão *post mortem*.

Como objeto da sucessão digital, temos a herança digital que “é o conteúdo imaterial, incorpóreo, intangível, sobre o qual o falecido possuía titularidade, formado pelos bens digitais com valoração econômica e sem valoração econômica”, (RIBEIRO, 2016, p. 51), e o conceito de bens digitais engloba e-mails, arquivos armazenados na nuvem (Dropbox, OneDrive ou Google drive), e-books, aplicativos, contas em redes sociais, entre outros.

É um tópico relativamente novo, porque o direito digital só surgiu nos últimos anos, e está se tornando cada vez mais importante devido à adoção generalizada de várias ferramentas digitais, necessitando de supervisão judicial.

### **3.2 Sucessão digital no Brasil**

O tema é controverso porque a legislação brasileira ainda é omissa, e pouco se fala sobre isso na doutrina. No entanto, é fundamental que seja discutido, pois a tendência é que mais bens digitais sejam criados às custas de bens físicos.

Muitos pesquisadores apontam que deve haver uma regulamentação sobre o tema. Segundo Melina Paula Ruas Silva (SILVA 2015, p.13) “O mais viável nesta situação, é que seja tomada alguma atitude do poder legislativo, porque a evolução digital não vai parar. E é notória a rapidez dos avanços tecnológicos, ao passo que a agilidade do legislativo parece ser cada vez menor.”

Segundo Tuany Schneider Pasa (2016, p. 60):

[...] a figura em comento ainda não está amadurecida nos pensamentos doutrinários, em razão do profundo impacto da Internet na vida das pessoas, da mesma forma que o direito tradicional ainda se mostra insuficiente para tratar de alguns assuntos desse meio, porém enquanto não há essas alterações necessárias para o Direito acompanhar a realidade, faz-se necessário analisar sob a ótica do conjunto de normas existentes no sistema jurídico, mais especificadamente, do direito das sucessões a partir de uma interpretação extensiva para a tutela desses dados [...]

O entendimento é que as redes sociais devem compor a herança, porque eles são herdados do falecido. Como resultado, eles devem ser passados para seus descendentes. “constata-se que o conteúdo economicamente valorável do acervo digital integra a definição de patrimônio, devendo, por essa razão, integrar, quando da morte do titular, o todo unitário da herança”.

Sobre a questão da controvérsia entre a transmissão post mortem e a privacidade do de cujus, os artigos e monografias brasileiros tem se inclinado no sentido de que podemos fazer uma divisão entre os bens com valoração econômica e aqueles sem valoração econômica.

Neste sentido, cabe definir uma subdivisão quanto aos bens digitais, os bens digitais com valoração econômica como músicas, livros, jogos adquiridos em suporte digital, e os bens digitais sem valoração econômica apenas afetiva como fotos, vídeos, senhas de e-mails e de redes sociais, sendo que estes muitas vezes contêm informações particulares do falecido podendo causar até mesmo a exposição da vida privada de terceiros o que geraria conflitos. (RIBEIRO, 2016, p. 32.)

Quanto aos primeiros, o entendimento é que devem compor a herança, pois se traduzem em patrimônio do falecido, portanto, passível ser deixado para seus sucessores, sendo assim, “constata-se que o conteúdo economicamente valorável do acervo digital integra a definição de patrimônio, devendo, por essa razão, integrar, quando da morte do titular, o todo unitário da herança.

A concepção de que o direito é uma ciência dinâmica que deve acompanhar todos os avanços sociais, culturais e tecnológicos, pois todos eles impactam diretamente na forma como as pessoas percebem o mundo e, conseqüentemente, como a sociedade se comporta, tem levado à busca de formas para aproxima-lo da realidade em que estamos: a era digital.

Neste caso, duas propostas legislativas que abordam a questão da herança digital, ou os meios pelos quais os bens digitais podem ser bem sucedidos.

Primeiramente temos o Projeto de Lei 4.099/12, proposto pelo deputado Jorginho Mello, apresentado em 20/06/2012, cujo último andamento foi remessa ao Senado Federal em outubro de 2013. Este projeto pretende alterar o artigo 1.788 do Código Civil Brasileiro (2002) para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança, que passaria a vigorar com o acréscimo de um parágrafo único, com a seguinte disposição: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de

titularidade do autor da herança”. A justificativa do autor do projeto é trazer regularização e uniformização nas decisões sobre o tema, porque atualmente.

Também foi proposto o Projeto de Lei 4.847/12, apresentado pelo deputado Marçal Filho em 12/12/2012, visando acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil, com a seguinte redação:

#### Capítulo II-A

Da Herança Digital Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido (BRASIL, 2012).

### **3.3 Dispositivos da LGPD sobre a herança digital**

Em primeiro lugar, deve-se notar que o propósito do artigo atual é compartilhar preocupações em vez de oferecer Soluções.

Isso se deve ao fato de que a herança digital é um tema que é extremamente recente, como apenas recentemente ter os primeiros nativos digitais começaram a morrer, que nasceram neste novo mundo conectado e dependente da internet.

Como resultado das primeiras mortes de pessoas com mais atividade digital, novas questões sobre o direito à sucessão ter surgido. Isso porque, para que os sucessores tenham acesso a essas atividades digitais, é necessário discutir os potenciais efeitos negativos que esse acesso pode ter. Essa circunstância levou ao desenvolvimento de serviços online para planejar a localização das atividades digitais após a morte.



A preocupação com a preservação dessas atividades impulsiona a necessidade da discussão para implementar com sucesso uma solução que oferece igualdade de oportunidades. Algumas nações já aprovaram legislação que trata desta questão, mas poucas outras aprovaram.

Como tal, um legado digital é um bem imaterial, incorpóreo, intangível que o falecido possuía e era Criado de ativos digitais com e sem valor monetário. Apesar de muitas vezes não ter uma compreensão clara disso, a grande maioria das pessoas no mundo de hoje tem um significado presença na internet, apesar de ser considerado "jovem". Esse é o caso, já que a vida se tornou mais naturalmente digitalizada.

Músicas, filmes, livros, fotos pessoais, documentos, blogs, perfis em redes sociais, e-mails que fazem parte do patrimônio digital.

Nota-se que se a política ou a decisão judicial permitir o acesso, o direito da personalidade do de cujus poderá ser ferido, uma vez sua privacidade será usurpada, com a disponibilização de informações pessoais e privadas, as quais sem a manifesta vontade do falecido não deveriam compor o passivo sucessório. E, tal questão atinente a herança digital, que já possui tantas incertezas, gera maior problemática quando analisada sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

Isso se deve à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei Dispositivos da LGPD sobre a herança digital, ou seja, e linhas gerais, legislação brasileira que rege atividades que envolvem o tratamento de dados pessoais. Com a LGPD, o Brasil tornou-se então uma das nações com uma lei específica que protege a privacidade de dados e os direitos de seus cidadãos.

A Lei é inovadora, trazendo vários conceitos como dados pessoais, dados pessoais sensíveis, tratamento de dados, titular, controlador e processador, entre outros. No entanto, nada é falado sobre a possibilidade de que o titular dos dados vai morrer, deixando uma lacuna em o caso de que o sucesso ocorre.

E aqui, cabível destacar que conforme ensina Diniz (2009, p. 39): "o herdeiro não é o representante do de cujus, pois sucede nos bens e não na pessoa do autor da herança; assume, pois, apenas a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido".

Isso porque, conforme o artigo 5º, inciso VI da LGPD, controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Especificamente, minha preocupação busca demonstrar a necessidade de esclarecimento por parte da comunidade jurídica sobre a questão da legalidade da herança digital no que diz respeito à aplicação da Norma Geral de Proteção de Dados (LGPD), ao mesmo tempo em que examina criticamente a compatibilidade da LGPD com o contexto da herança digital à luz do fato de que ambas as instituições são relativamente novas e carecem de precedentes legais estabelecidos.

#### **4. ANÁLISE DOS TERMOS DE USO DO FACEBOOK EM RELAÇÃO À SUCESSÃO DIGITAL**

##### **4.1 O que é o Facebook?**

Facebook, anteriormente conhecido como The facebook, é um site de rede social que foi fundado em 4 de fevereiro de 2004, por estudantes universitários Mark Zuckerberg, Eduardo Saverin, Dustin Moskovitz, e Chris Hughes. O conceito foi inspirado no Facemash do Facebook, que foi fundado por Mark Zuckerberg no ano anterior com o objetivo de permitir que os alunos de Harvard escolham seus amigos mais interessantes.

O nome veio de um livro que foi compartilhado entre estudantes de universidades norte-americanas e serviu para que eles conhecessem outros estudantes, incluindo fotos e algumas informações básicas. Com o tremendo sucesso do site, ele finalmente foi aberto a qualquer pessoa com pelo menos 13 anos e não mais restrito aos alunos do ensino médio. Atualmente, é considerada a rede social mais utilizada no mundo, com mais de 2,91 bilhões de usuários mensais.

Segundo a Folha de S. Paulo, o Facebook atingiu 127 milhões de usuários ativos mensais no Brasil durante os primeiros três meses de 2018, colocando o país entre os cinco principais mercados da empresa. Esse número supera a base de usuários do WhatsApp, que gira em torno de 120 milhões e também bastante popular no Brasil.

Atualmente, os produtos do Facebook incluem Facebook (o navegador e aplicativo), Messenger, Instagram, TBH, Moments, Bonfire, Facebook Mentions, AR Studio, Audience Network e quaisquer outros recursos, aplicativos, tecnologias, produtos ou serviços fornecidos pela Facebook Inc. ou Facebook Ireland Limited sob os termos de a Política de Uso de Dados .Além disso, existem plugins de mídia social como os botões "curtir" e "compartilhar" e caixas de "comentário" , permitindo que informações e interesses sejam trocados online .

##### **4.2 Sucessão digital no Facebook: Análise dos termos de uso e política**

Os termos e políticas com os quais uma pessoa concorda ao criar uma conta no Facebook são exibidos na página inicial do site para que possam ser lidos e compreendidos, assim como qualquer informação significativa sobre os dados.

Em sua página de termos de serviços, o Facebook apresenta os produtos e serviços que coloca à disposição de seus usuários. A página principal é chamada de Feed de Notícias e contém artigos, histórias, anúncios e outras páginas que os usuários podem achar interessantes. A empresa sugere pessoas ou grupos que você gostaria de adicionar com base nos dados que já estão disponíveis para o seu perfil.

O Facebook também permite que os usuários compartilhem atualizações de status, fotos, vídeos e histórias. Os usuários também podem enviar mensagens para amigos ou outras pessoas, criar eventos ou grupos ou adicionar conteúdo aos seus perfis. Além disso, anúncios e propaganda patrocinados por várias empresas são transmitidos. Eles alertam que têm ferramentas para tentar neutralizar comportamentos negativos, incluindo a capacidade de excluir conteúdo, desativar contas e entrar em contato com autoridades.

O Facebook também lista os compromissos do usuário com o uso do programa em sua página de serviços. Utilizar o nome que usa na vida real, oferecer informações precisas, não compartilhar uma senha ou acesso para terceiros, ter pelo menos 13 anos, não ter sido condenado por crime sexual, etc., estão entre eles. Outro requisito é que nenhum conteúdo que viole a segurança, integridade ou bem-estar.

Quando um usuário aceita os termos de serviço, ele também está dando ao Facebook permissão para usar qualquer conteúdo original que criar e compartilhar, bem como seu nome, foto de perfil e outras informações. Eles também estão dando permissão ao Facebook para instalar atualizações e novos recursos.

Nas disposições adicionais dos termos de serviço do Facebook, constam os motivos pelos quais a conta pode ser suspensa ou desativada, estando entre eles a violação dos termos ou política. Outro ponto importante das disposições adicionais está no tópico de contestações, dispondo o seguinte:

Se você for um consumidor, as leis do país em que você reside serão aplicáveis a qualquer pleito, causa de ação ou contestação que você tiver contra nós decorrente de ou relacionada a estes Termos ou aos Produtos do Facebook ("reivindicação"), e você poderá resolver sua reivindicação em qualquer tribunal competente em tal país que tenha jurisdição para tanto. Em todos os outros casos, você concorda que a reivindicação deverá ser resolvida exclusivamente no tribunal distrital dos EUA no Distrito Norte da Califórnia ou em um tribunal estadual localizado no condado de San Mateo, que você se submeterá à jurisdição pessoal de qualquer desses tribunais para o fim de resolver esses pleitos e que as leis do estado da Califórnia

regerão estes Termos e qualquer pleito, independentemente de disposições sobre conflitos de leis

Assim, o indivíduo, quando decide criar uma conta no Facebook deve estar ciente de que está celebrando uma espécie de contrato, sendo necessário saber que há várias implicações e permissões para o uso dos serviços disponíveis, e também que qualquer reivindicação/reclamação pode encontrar obstáculos por se tratar de plataforma internacional e com regras próprias.

Ainda nas disposições adicionais, consta que o usuário não pode transferir qualquer de seus direitos ou obrigações previstas nos Termos para qualquer outra pessoa sem o consentimento do Facebook. Traz também a possibilidade de designar uma pessoa para administrar a conta caso ela seja transformada em memorial, esta pessoa é chamada de contato herdeiro, e somente ela ou uma pessoa identificada em um testamento válido ou documento semelhante que expresse consentimento claro para divulgar seu conteúdo em caso de morte ou incapacidade, poderá buscar a divulgação por meio de sua conta depois que ela for transformada em memorial.

A política de dados do Facebook<sup>89</sup> descreve as informações que serão processadas para o uso das ferramentas. Essas informações coletadas advêm da criação e compartilhamento de conteúdo, envio de mensagens, localizações em fotos, páginas, hashtags e produtos que tem interesse. Também são coletados conteúdos através das ações realizadas na rede, o tempo, frequência e duração dessas atividades; também dados de compras e transações realizadas através dos Produtos do site.

Os anunciantes, desenvolvedores de aplicativos e publishers podem enviar informações por meio das ferramentas de negócios do Facebook, fornecendo informações sobre suas atividades fora do Facebook, os sites acessados, os dispositivos utilizados, as compras feitas e os anúncios visualizados.

Todas essas informações coletadas são utilizadas para melhorar a experiência do usuário, pois possibilita que seja personalizado o conteúdo mostrado, bem como as sugestões feitas. Servem também para ajudar os parceiros e anunciantes a avaliar a eficácia e a distribuição dos anúncios e serviços, e para entender os tipos de pessoas que usam esses serviços e como elas interagem com os sites, aplicativos e serviços deles.

Os dados armazenados são utilizados até que não sejam mais necessários para o fornecimento de serviços e produtos do Facebook, ou até que a conta seja excluída, contudo, mesmo que o usuário exclua a conta, as informações compartilhadas por outrem não serão apagadas porque fazem parte de outra conta.

Com essa exposição sobre os termos e política, nota-se que os dados do usuário ficam à disposição do Facebook, que dita as regras de armazenamento e controle destes dados, inclusive proibindo o compartilhamento da senha ou acesso a terceiros, afirmando sempre que é para uma melhor utilização dos produtos e serviços, e deixando poucas ou nenhuma opção ao usuário que não concorde com certos termos.

### **4.3 Análise de julgados sobre a aplicabilidade da LGPD em caso de sucessão digital pelo Facebook**

Como forma de relembrar o passado, uma professora chamada Karen Willian, dos Estados Unidos da América, processou com sucesso o Facebook para manter o perfil de seu filho após ele ter morrido em um acidente de moto. Ela possuía a senha e acessava a conta do filho falecido e lia os depoimentos de amigos e de parentes. Ao entrar em contato com a empresa para receber instruções para que o perfil não fosse apagado, teve o seu acesso interrompido. O desfecho do caso foi favorável para Karen, que teve seu acesso liberado. Esse caso deu luz ao tema e provocou muitas discussões legislativas nos EUA sobre o que fazer nestas situações (FELIX, 2017).

Na Alemanha uma decisão do Tribunal Federal em 2018 determinou que o facebook desse acesso à conta de uma jovem de 15 anos à sua mãe. Esse acesso deveria incluir até as mensagens privadas, mesmo sem declaração de última vontade. Praticamente equiparando a conta na rede social a uma herança material. O pedido da mãe havia sido feito, pois havia interesse de descobrir detalhes sobre a morte da filha, se ela havia se suicidado ou havia morrido por circunstâncias alheias a sua vontade (ESTES, 2018).

Casos também existem no Brasil. Por exemplo, em Minas Gerais, uma mãe procurou a autoridade judicial para ter acesso a rede social de seu filho desaparecido. O juiz negou o pedido com base no sigilo de correspondências, comunicações eletrônicas, dados e comunicações telefônicas. O juiz também enfatizou a possibilidade de acesso aos dados de outras partes com quem o usuário tenha estabelecido contato. (IGNACIO, 2018).

Outro caso, já no Mato Grosso do Sul, foi o pedido de uma mãe que solicitou a exclusão do perfil de sua falecida filha no facebook, pois seus amigos continuavam a postar mensagens, músicas e fotos em seu perfil. A empresa havia solicitado que ela entrasse em contato com a sede nos Estados Unidos da América e na Irlanda. Assim, ela ingressou judicialmente para que a exclusão fosse efetuada. O juiz acolheu o pedido da mãe e determinou a exclusão da conta (IGNACIO, 2018).

Estes casos de pedido de exclusão vêm se tornando cada vez mais comum no mundo inteiro. Isso por que as redes sociais se tornaram cada vez mais parte da vida das pessoas e isso acaba provocando uma série de reflexões sobre como lidar com o luto num

mundo digital em que as informações não desaparecem, pois: Na era digital atual, quando morremos, muitas vezes, deixamos um legado digital. Parentes não pensam somente no que fazer com os livros, jogos de chá, vasos e caixas de ferramentas, mas eles também estão pensando em restos sociais on-line, tais como fotos digitais, vídeos, atualizações de status e emails. “[...] Estes restos são pesquisáveis, identificáveis e abertos a reinterpretação de tal forma que os mortos podem voltar espontaneamente a assombrar a vida de maneira inesperada” (COULTON, 2014, p.32.).

Quando não há declaração de última vontade ou meios para uma exclusão de maneira simplificada da conta de usuários falecidos, o judiciário acaba sendo acionado para resolver estas situações. Isso por que cada família lida com isto de uma maneira. Por exemplo, para alguns manter o perfil ativo em redes sociais pode ser uma maneira de prolongar um sofrimento.

Com estes perfis ativos, a presença do indivíduo que se foi se faz presente de forma virtual e na maioria das vezes seu perfil se torna uma espécie de túmulo onde seus entes queridos se encontram para deixar mensagens de condolências e saudade. Nos aniversários ocorrem lembretes e por intermédio deste geralmente ocorre uma chuva de mensagens lembrando-se do falecido. Possivelmente sem as redes sociais a morte deste indivíduo não seria tão lembrada (SILVA, 2014, p. 42).

Já para outras famílias, o pedido é para manutenção da conta, pois ela seria uma maneira de preservar parte das memórias do indivíduo, pois o perfil de um falecido nas redes sociais,

[...] Tornam-se novos espaços de despedidas fúnebre aos que se vão e de lembrança para os que ficam. Considerados espaços para os sobreviventes, que compartilham fotos, vídeos e textos de seus parentes e amigos que morreram.

[...] Uma forma de manter a sua individualidade intacta e sua herança digital compartilhada com seus amigos e parentes (ALBUQUERQUE, 2016, p. 155).

Não há ainda padrão entre as decisões judiciais sobre conceder acesso a contas pessoais de pessoas mortas. Para alguns casos o pedido de acesso é negado fundamentado na privacidade do usuário falecido e de terceiros, para outros casos o acesso é concedido privilegiando o desejo da família. Como se percebe, exatamente porque a herança digital com caráter econômico possui pouco debate sobre a transmissibilidade, havendo certa unanimidade a respeito, resta um campo de extenso

debate sobre a questão efetivamente dos bens digitais de valor não econômico, estritamente afetivo.

Vale ressaltar que a maioria dos pedidos é de exclusão do perfil. E neste caso a grande maioria dos pedidos são acolhidos. O grande número de ações judiciais pleiteando a exclusão ocorre basicamente por que “antes de 2010, não havia opções para que o usuário definisse qual destino de seus dados virtuais após sua morte, e, quando notificados do óbito, os provedores não tomavam qualquer atitude em relação aos pedidos formulados por familiares e amigos” (PEREIRA, 2018, p. 629).

O tema começou a ganhar destaque atualmente, pois antes não havia uma vida tão digitalizada como no mundo atual. Nas últimas décadas que começaram a morrer “os primeiros nativos digitais, os quais já nasceram sobre esse novo signo de mundo interligado e dependente da internet” (RIBEIRO, 2016, p. 28).

A tendência é que a discussão sobre o tema continue a crescer, e com isto cada vez mais o poder judiciário será demandado para solucionar problemas relacionados ao descompasso entre a morte física e o destino dos conteúdos pessoais em ambiente digital (LEAL, 2018, p. 185).

## **5. METODOLOGIA**

Baseado nas classificações existentes, esse estudo se encaixa no tipo de pesquisa exploratória. Por definição a pesquisa exploratória tem como função preencher as lacunas que costumam aparecer em um estudo. Por isso, também recebe o nome de estudo exploratório.

Outrossim, no tocante aos procedimentos técnicos, trata-se de pesquisa bibliográfica, pois a mesma está sendo desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de artigos científicos, doutrinas e normativas legais.

Quanto ao método explorado, trata-se do indutivo, esse método é baseado na análise de dado objeto ou situação e, após as observações, comprova-se o fato de maneira genérica. Ou seja, é um método que utiliza fatos particulares ou conceitos já definidos, estabelecendo assim, uma regra geral. Neste caso, é um processo baseado em dados gerais.

Quanto ao método de procedimento, na presente pesquisa se enquadra o monográfico, que consiste em selecionar um caso ou alguns casos específicos e analisá-los profundamente, compreendendo todos os detalhes.

Por fim, quanto a análise dos dados, se encaixa a análise qualitativa, que evita números, lida com interpretações das realidades sociais. O protótipo mais conhecido é, provavelmente, a entrevista em profundidade.

## 6. CONCLUSÃO

A era digital trouxe mudanças significativas, e a lei, como a ciência que supervisiona a relação jurídica entre as partes, deve acompanhar essas mudanças. Como resultado, neste trabalho, os desafios legais que surgem em frente à possibilidade de acesso dos herdeiros aos dados privados no Facebook do de cujus.

Dessa forma, ficou evidenciado que, a Lei nº 13.709/2018 (LGPD) traz importantes avanços na forma de tratamento dos dados pessoais de usuários em meios aos meios digitais. Todavia, a lei mostra-se omissa em diversas situações em que o direito a herança e o direito a privacidade vem a conflitar, como na sucessão de redes sociais. Sendo assim, mostra-se necessário a criação de novas Leis específicas, as quais possam sanar os conflitos a respeito do tratamento de dados digitais de terceiros falecidos.

Como nosso ordenamento traz o direito do amplo acesso à justiça, é perfeitamente válido que as famílias procurem o judiciário para dirimir questões como a que se discute neste trabalho, ocorre que enquanto não houver uma legislação específica, os conflitos só tendem a crescer e isso pode gerar decisões conflitantes, e conseqüentemente insegurança jurídica. Também não é certo que as normas reguladoras do ciberespaço venham das próprias empresas interessadas, o mais correto é que sejam criadas normas pelo Estado de acordo com toda sua legislação e valores, mas que permitam que as empresas também participem do processo de regulamentação para que não venha a ser algo obsoleto.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO. Dimas Messias de; CARVALHO. Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões**. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Herança Digital: Primeiras Reflexões**. Instituto Brasileiro de direito de família, [S.L.], 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1301/Heran%C3%A7a+digital+e+sucess%C3%A3o+leg%C3%ADtima++Primeiras+reflex%C3%B5es>. Acesso em: 27 de março de 2021.

ESTES, Adam Clark. **Sua família deveria herdar suas mensagens do facebook caso você morra?** Gizmodo, [S.L.], 2018. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/herancadigitalmensagensfacebook>. Acesso em: 26 set. 2021



FACEBOOK, **Central de Ajuda**. [S.L.]. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 26 set. 2021.

IGNACIO, Patrícia, **Judiciário recebe os primeiros processos sobre herança digital**. Valor Econômico, 2018. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/560613>. Acesso em: 14 de março de 2021.

FELIX, Bruno de Carvalho. **A sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança: análise do projeto de Lei 75/2013**. Caicó, 2017. Disponível em: [https://monografias.urfn.br/jspui/bitstream/123456789/5459/6/ASucess%c3%a3oDeBen\\_Felix\\_2017](https://monografias.urfn.br/jspui/bitstream/123456789/5459/6/ASucess%c3%a3oDeBen_Felix_2017). Acesso em: 21 abr.2021

ESTES, Adam Clark. **Sua família deveria herdar suas mensagens do facebook caso você morra?** Gizmodo, [S.L.], 2018. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/herancadigitalmensagemfacebook>. Acesso em: 26 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Melina Paula Ruas. Herança Digital. ETIC 2015 – Encontro de Iniciação Científica. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/4872/4625>.

AUGUSTO, N. C.; OLIVEIRA, R. N. M. A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus”. 3º Congresso internacional de Direito e contemporaneidade: **V Congresso Iberoamericano de investigadores e docentes de Direito e informática**. Santa Maria, 2015. Disponível em: [http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6\\_16.pdf](http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6_16.pdf). Acesso em: 21 set. 2021.

PEREIRA, Débora de Oliveira. Direito e ficção científica: dimensões dos direitos da personalidade no episódio de right back da série black mirror. **Anais do VI CIDIL - cAs Ilusões Da Verdade e as Narrativas Processuais**, Porto Alegre, 2018. Disponível em: [http://rdl.org.br/see\\_r/index.php/anacidil/article/viewFile/402/pdf](http://rdl.org.br/see_r/index.php/anacidil/article/viewFile/402/pdf). Acesso em: 26 set. 2021.

PISSUTTO, PISSUTTO, Giovanna. O direito sucessório: principais aspectos. Disponível em: <https://gipissutto.jusbrasil.com.br/artigos/190508987/o-direito-sucessorio>. Acesso em: 01 set. 2018.

RIBEIRO, Desirée Prati. **A herança digital e o conflito entre o direito à sucessão dos herdeiros e o direito à privacidade do de cujus**. Santa Maria, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2823/MONOGRAFIA%20vers%c3%a3o%20completa%2005DEZ2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 de março de 2021.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, 2018. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237/219>. Acesso em: 26 set. 2021.

## **A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA APOSENTADORIA ESPECIAL: ANÁLISE ACERCA DOS IMPACTOS NEGATIVOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 NA VIDA DOS TRABALHADORES**

**GABRIEL DE MACÊDO LEITE:**

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA.

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre matéria previdenciária, mais especificamente relacionada à Reforma da Previdência e seus reflexos na aposentadoria especial. Nesse sentido tem por escopo o estudo da Reforma da previdência e seus impactos na aposentadoria extraordinária do trabalhador brasileiro. Assim, inicialmente, demonstrar-se-á a historicidade e os princípios da aposentadoria no Brasil, não obstante, será tratado do panorama da aposentadoria especial antes da reforma da previdência e, também, tratar a respeito dos impactos negativos da emenda 103/2019 na vida dos trabalhadores. Nesse diapasão utilizar-se-á, de metodologia dedutiva, com pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e de dispositivos legais para o melhor entendimento.

**Palavras-chave:** Reforma da Previdência. Aposentadoria Especial. Impactos Negativos.

### **1. INTRODUÇÃO**

O sistema de Seguridade Social teve seu início com o fito de resguardar condições mínimas de sobrevivência para os cidadãos, fazendo uso, para isso, de leis que tinham por desígnio o bem-estar social.

Nessa senda, o presente artigo tem por escopo, primordialmente, como se deu o surgimento da seguridade social no Brasil e a dinâmica desta no que tange à assistência social, previdência e saúde.

Não obstante, tratar-se-á dos princípios atinentes e que norteiam a Seguridade Social e, de qual maneira eles são manuseados para alcançar o bem-estar e promover a assistência para aqueles que precisam.

Com isso em mente, o artigo em questão será dividido em três partes, a primeira tratando da historicidade e princípios da seguridade social no Brasil.

A segunda parte vergastando a respeito da aposentadoria especial dos trabalhadores antes da reforma da previdência, perpetrada pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

A terceira e última parte, vergastará sobre os impactos negativos que foram trazidos pela Emenda da Reforma da Previdência, tratando das mudanças que houve, e, assim, demonstrando de forma explícita, as consequências desastrosas carreadas pela emenda referida.

## **2. HISTORICIDADE E PRINCÍPIOS DA APOSENTADORIA NO BRASIL**

Primordialmente, insta considerar que contextualizar a história é adentrar nos aspectos mais sutis da época histórica em estudo, de forma a atentar-se às condições históricas, políticas e sociais que influenciaram determinado fenômeno.

É nesse sentido que o presente capítulo tem por desígnio visitar a história da aposentadoria no Brasil, no que concerne as suas nuances e especificidades, além disso, como base para o entendimento da lógica da aposentadoria, elencar-se-á os princípios que regem a Seguridade Social no país.

Logo, cabe aqui ressaltar que esse capítulo é fundamental para o melhor entendimento do trabalho, posto que tratar-se-á das bases e fundamentos que norteiam a seguridade social, em especial a aposentadoria brasileira.

A evolução do sistema de proteção social no Brasil se deu de forma lenta, uma vez que no país, a doutrina majoritária adere como ponto primordial da Previdência Social a publicação do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, chamado de Lei Eloy Chaves, esta que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas companhias de estradas de ferro naquele período existentes, por meio da contribuição de trabalhadores, das empresas do setor e do Estado, fornecendo, assim, aposentadoria aos obradores e pensão aos seus dependentes em virtude de morte do segurado. (CASTRO, LAZZARI, 2020, p. 99)

Nesse sentido, percebe-se que a Lei retromencionada criou para os trabalhadores das empresas privadas, uma benesse que pode ser comparada com o fundo de pensão hodierno, posto que fixou, naquele período, o caráter contributivo e o limite de idade, vinculados ao tempo de serviço. Servindo, assim, de alicerce para o sistema previdenciário que hoje contemplamos, que paga aposentadoria, pensões e outros benefícios aos brasileiros.

É importante relatar, entretanto, que antes mesmo do Decreto Legislativo nº 4.682/23, já existia o Decreto nº 9.284/1911, o qual estabeleceu a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Operários da Casa da Moeda, englobando, assim, os funcionários públicos daquele órgão. (CASTRO, LAZZARI, 2020, p. 99)

Insta salientar, que o estilo de aposentadoria adotado por Eloy Chaves teve semelhanças ao modelo alemão de Otto Von Bismarck, sendo três as mais importantes.

Nessa senda, a primeira se traduz na obrigatoriedade de participação dos trabalhadores para o funcionamento do sistema, em segundo lugar, a contribuição sendo regulada pelo Estado e a terceira, as prestações definidas em lei, salvaguardando o empregado em determinados casos, provendo sua subsistência. (MÜLLER, ROCHA, 2021, p. 31)

Nesse caminhar, a aposentadoria teve sua primeira lei com guarida constitucional, conforme Castro (2021, p. 31), por meio da Constituição de 1934, em que se regulou a contribuição dos trabalhadores do Poder Público e dos empregados em seu art. 121, §1º, h.

A partir de todo esse cenário, anteriormente apresentado, inúmeros projetos de leis foram apresentados aos setores trabalhistas, tratando dos direitos a uma seguridade social.

Assim, em 1960, foi promulgada a Lei nº 3.807, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social, esta que instituiu a aposentadoria especial e que, nos ensinamentos de Castro (2021, p. 31), criou uma uniformidade para dar suporte aos segurados, contudo, ainda com ausência de regulação a respeito dos trabalhadores rurais e domésticos, estes que se encontravam marginalizados perante o sistema de previdência. No entanto, em 1971, por meio da criação do Funrural, através da edição da Lei Complementar nº 11/1971, que os trabalhadores do meio rural passaram a ser assegurados da Previdência Social e, no ano seguinte, os empregados domésticos foram incluídos nesse bojo, salvaguardados pela Lei nº 5.859/1972, em seu art. 4º.

É com vistas a esse cenário, retromencionado, que o Estado brasileiro percebeu que era necessário unificar os sistemas de seguridade social para que pudesse controlar de forma eficiente.

Nesse sentido, foi com a Constituição de 1988 que isso começou a se vislumbrar, em que o Estado, de forma unívoca, iniciou a regular de forma simultânea a saúde, previdência social e assistência social, de tal forma que as contribuições sociais subvencionavam essas três áreas para o Estado.

No entanto, em que pese tivesse ocorrido a unificação para atuação conjunta nas áreas retromencionadas, a previdência continuou com seu caráter contributivo, isto é, não abarcou toda a população economicamente ativa, dando guarida, somente aqueles que, através de contribuição e nos termos da lei, fizessem jus ao benefício, como bem está mencionado no art. 201 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abaixo demonstrado:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, **de caráter contributivo** e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...]

Nesse diapasão, percebe-se a manutenção do caráter contributivo através da Constituição Federal de 1988, deixando de contemplar outras pessoas que laboravam no país.

Cumprе salientar que no ano de 1990 os sistemas fixados que regulamentavam as contribuições e a previdência foram substituídos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia que começou a cuidar dos segurados no que tange às suas contribuições e pagamentos dos benefícios. Nesse ínterim, no ano que sucedeu, duas leis, importantes para a consecução da seguridade social, foram publicadas, a Lei 8.212 e 8.213, estas que, respectivamente, versavam sobre o custeio da Seguridade Social e dos Benefícios da Previdência. (CASTRO, 2021, p. 36)

A Constituição Brasileira de 1988 sofreu algumas alterações desde sua promulgação, contudo, conforme Horvath Júnior (2011, p. 4), a primeira reforma constitucional no que tange ao sistema previdenciário brasileiro foi realizada em 1998, com a Emenda Constitucional nº 20, referida emenda iniciou a reforma do então regime de previdência social e fixou novas regras para os outros regimes que abarcavam a proteção previdenciária.

Nessa senda, os contribuintes que já reuniam os requisitos requeridos pela legislação pretérita, seus direitos ficaram resguardados pelo motivo do direito adquirido, assim, regras diferenciadas para os que já contribuíaи antes da emenda e para os que começaram após a emenda. (CASTRO, 2021, p. 38)

Não obstante, Horvath Júnior (2011, p. 4) nos ensina que, como forma de complementar as alterações trazidas pela emenda nº 20, houve, ainda, mais duas reformas, sendo a Emenda Constitucional nº 41 de 2003 que versou sobre os regimes próprios da previdência social e a Emenda Constitucional nº 47 de 2005, esta que, regulou o que estava faltando da Emenda de 2003, sendo conhecida como "Projeto de emenda constitucional paralela". O doutrinador João Batista Lazzari, assim descreve, quando trata a respeito das Emendas acima mencionadas:

As Emendas Constitucionais 41 e 47, por seu turno, em linhas gerais, tornaram a previdência dos agentes públicos não igual, mas pior que a dos demais trabalhadores brasileiros, em muitos pontos. E, com a

Emenda ora aprovada, ter-se-á uma situação inusitada: mesmo que diversas regras do texto da Constituição de 1988 tenham sido revogadas e, em seu lugar, incluídas novas, valerão as regras “antigas” para servidores dos demais Entes da Federação, até que lei do Estado, Município ou do Distrito Federal altere o regramento dos seus servidores vinculados aos regimes próprios, como será visto no conteúdo deste livro. (CASTRO, LAZZARI, 2020, p. 8)

Assim, com vistas ao explanado alhures, percebe-se que os agentes públicos que contribuía antes das reformas de 2003 e 2005 (Emenda nº 41 e 47, respectivamente), possuirão, ainda, direito às regras anteriores até que uma lei altere tal regramento.

Por derradeiro, no ano de 2019 houve a Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019 que se transformou na Emenda Constitucional nº 103 de 2019, esta que alterou de forma bastante significativa o RGPS e o RPPS da União. Nessa esteira, pode-se elencar a criação de idade mínima para as aposentadorias voluntárias do Regime Geral, inclusive a “especial”, alvo de várias críticas e a alteração do critério de carência para novos filiados ao RGPS do sexo masculino. (CASTRO, LAZZARI, 2020, p. 116)

A seguridade social, prevista no artigo 194 da Constituição Federal do Brasil, é um conjunto harmônico de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com o intuito de salvaguardar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social. (BRASIL, 1988)

Nessa esteira, Horvath Júnior (2011, p. 16), nos exorta que seguridade social pode ser conceituada como sendo a proteção que a sociedade deve proporcionar aos seus membros, sendo norteadada por diversas medidas públicas.

As medidas tinham por desígnio elidir privações econômicas e sociais em virtude de uma redução dos recursos econômicos, seja por doença, acidentes de trabalho, idade avançada, morte, doenças que tornavam o trabalhador inválido, esta, sob o viés da proteção em caráter assistencial.

O sistema retromencionado, de seguridade social, foi implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988, uma vez que até então era chamado de seguro social.

Nesse sentido, percebe-se que as ações do Estado, a partir desse momento, além da previdência, incluem também a saúde e o atendimento aos necessitados, fazendo surgir o chamado tripé da seguridade social, qual seja, a previdência social, assistência social e saúde. Esses direitos assegurados no art. 6º da Constituição Federal e enquadrados como

direitos fundamentais de segunda geração, na tradicional classificação de Norberto Bobbio. (MÜLLER, ROCHA, 2021, p. 28)

Partindo dessa visão é que a estruturação completa da seguridade social veio através da Constituição Federal de 1988, sendo regulada pelos arts. 194 a 204, versando sobre os direitos relativos à saúde, previdência social e assistência social, visando, assim, a democratização desses institutos. (AGOSTINHO, 2020, p. 26)

É, também, com essa visão que Eugélio Müller e Daniel Rocha, assim nos exortam, a respeito da seguridade social:

Partindo dessa noção de seguridade social, o legislador constituinte, em 1988, definiu-a no art. 194 como sendo “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Logo, formam todos, Estado mais sociedade civil, uma ferramenta de proteção social com o objetivo precípua de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes/desamparadas, trabalhadores em geral e seus dependentes, com o intuito de alcançar a manutenção de um padrão mínimo de vida. (MÜLLER, ROCHA, 2021, p. 28-29)

Nesse sentido, é nítida a percepção do caráter protetivo construído pelo legislador ao definir, o que seria a seguridade social, trazendo uma união harmônica entre os setores da sociedade para a melhor consecução da proteção social dos indivíduos.

Dessa forma, a Constituição Federal tem por objetivo, por todo o construído, assegurar que todos estejam protegidos pela seguridade social, assegurando proteção adequada, por meio do custeio e necessidade. Nessa senda, quando necessário e, se encaixando nos devidos requisitos legais, aqueles não segurados a nenhum regime previdenciário terão direito a usufruir da assistência social e, para os segurados, serão concedidos os benefícios previdenciários. (SANTOS, 2021, p. 20)

Por consequência, através dos ensinamentos alhures mencionados, afere-se que a seguridade social deve ser compreendida sob duas óticas diversas, contudo, complementares. Primordialmente, sendo um modelo de proteção social acolhido pelos Poderes Públicos e pela sociedade para salvaguardar o indivíduo contra riscos sociais e infortúnios da vida. Mas também, como manobra de proteção social, da qual se valem os Poderes Públicos para a consecução dos objetivos republicanos fundamentais. (MÜLLER, ROCHA, 2021, p. 29)



A saúde, um dos tripés da seguridade social, é dever do Estado a sua promoção, uma vez que se traduz em um direito de todos, sem qualquer distinção, havendo ou não contribuição. Não obstante, tal direito deve ser regulado por todos os entes federativos, através de políticas sociais e econômicas, buscando, por meio dessa, a redução de doenças e disponibilizando o acesso a todos de maneira igualitária a todo cidadão, assim como nos exorta o art. 196 da Constituição Federal de 1988:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.  
(BRASIL, 1988)

Nesse sentido, pela leitura do artigo alhures mencionado, percebe-se o caráter universal e protetivo que se imiscui a saúde, sendo dever de todos e do Estado a sua promoção.

A forma utilizada para o fornecimento da saúde igualitária e sua democratização para os cidadãos, foi a criação do SUS - Sistema Único de Saúde, em que este deve descentralizar, fazer a promoção de um atendimento integral e trazer a participação da comunidade, em conformidade com o art. 198 da Carta Magna.

Nesse ínterim, as ações realizadas pelo SUS são financiadas pela seguridade social e os entes que dela participam, havendo, também, a possibilidade de participação da iniciativa privada, com o objetivo de complementar, por meio de contratos de direito público ou por convênios. (AGOSTINHO, 2020, p. 27)

Cumpram ressaltar, ainda, através das palavras de Eugélio Müller e Daniel da Rocha (2021, p. 35) que em sendo a saúde direito de todos, independentemente de contribuição, estão enquadrados nesse cenário, inclusive, os estrangeiros, sejam residentes ou em trânsito pelo país. Assim, se traduz o artigo 196 da Constituição em uma norma de caráter programático.

Portanto, o direito à saúde é benefício constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, trazendo a imperiosidade ao Estado de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. (MÜLLER, ROCHA, 2021, p. 35)

No intuito de lograr êxito com as políticas sociais estabelecidas pelo modelo de Estado Hodierno, percebe-se como característica inigualável, o intervencionismo estatal, tendo como pedra angular o reconhecimento de que o Estado tem papel de suma

importância a desempenhar, no que diz respeito a garantir a salvaguarda material para todos. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Nesse diapasão, nas palavras de Victor Stuchi (2020), a Previdência Social é traduzida como um seguro coletivo para aqueles que não possam exercer atividade com remuneração, estando disciplinada nos arts. 201 e 202 da Constituição Republicana, sendo um modelo de proteção social que requer a contribuição dos segurados.

É o caráter contributivo que difere fundamentalmente a Previdência Social, da Saúde e da Assistência Social, uma vez que apenas aqueles que contribuírem para o sistema terão a possibilidade de usufruir das prestações.

Nesse sentido, Eugélio Müller e Daniel da Rocha, exortam a respeito dessa distinção existente no tripé da seguridade social, senão vejamos:

Portanto, o que distingue fundamentalmente a Saúde e a Assistência Social da Previdência Social é o caráter contributivo da última (só se aposenta ou passa a receber um benefício previdenciário quem contribuiu ou, nos casos de pensão por morte e auxílio-reclusão, o dependente de quem contribuiu). (MÜLLER, ROCHA, 2021)

A dinâmica organizacional da Previdência vem insculpida nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, sendo defeso a adoção de critérios distintos para que o benefício seja concedido para aqueles que tem direito pelo Regime Geral, com exceção dos casos previsto em lei complementar. (STUCHI, 2020)

Portanto, percebe-se, por todo o explanado, o caráter contributivo da Previdência Social, sendo previsto no art. 201 da Constituição Federal. Assim, nas palavras de Eugélio Müller e Daniel da Rocha (2021), a constituição garantiu que o benefício substitutivo do salário ou rendimento do trabalho não seja aquém do salário-mínimo, isto é, todos os benefícios previdenciários não podem ser inferiores ao salário base, com exceção do salário-família, auxílio-acidente e benefícios calculados por totalização. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

A assistência social é uma política inserida na dinâmica da Seguridade Social não contributiva, em que fornece os mínimos sociais, sendo atingidos seus objetivos, através de um conjunto harmônico de ações do setor público e da sociedade, visando garantir o atendimento às necessidades básicas do brasileiro e do estrangeiro residente no país. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Nesse interregno, aquele que não tiver a condição de prover seu próprio sustento, seja de maneira permanente ou provisória, a assistência social age no sentido de trazer o mínimo existencial para o indivíduo.

O ideal de Assistência Social está descrito no art. 203 da Constituição Federal de 1988, explicitando o caráter não contributivo e universal, isto é, na contramão da previdência social que só alcança os que contribuem, a assistência social é prestada de maneira gratuita para todo aquele que dela necessitar.

A assistência social não se trata de mero instrumento assistencialista, mas também, de transformação social, nesse sentido é que Marisa Ferreira dos Santos exorta a importância desse instituto, como abaixo demonstrado:

Para a CF a Assistência Social é instrumento de transformação social, e não meramente assistencialista. As prestações de assistência social devem promover a integração e a inclusão do assistido na vida comunitária, fazer com que, a partir do recebimento das prestações assistenciais, seja “menos desigual” e possa exercer atividades que lhe garantam a subsistência. O art. 203 da CF foi regulamentado pela Lei n. 8.742, de 07.12.1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS,) alterada pela Lei n. 12.435, de 06.07.2011, que definiu a assistência social como Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Isso significa que deve garantir ao assistido o necessário para a sua existência com dignidade. A Lei n. 12.435/2011 alterou substancialmente diversas disposições da LOAS e, inclusive, adequou a terminologia original — pessoas portadoras de deficiência — para referir-se, agora, a pessoas com deficiência. (SANTOS, 2021)

Assim, percebe-se o caráter integrador da assistência social, uma vez que visa diminuir a desigualdade dentro da vida em comunidade e, nesse sentido, prover o mínimo existencial.

Portanto, no que tange à Assistência Social, independentemente de contribuição, são assegurados, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, não obstante, a salvaguarda das crianças carentes e promoção da integração ao mercado de trabalho, com renda nunca inferior ao salário-mínimo vigente. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

A seguridade social é norteada por diversos princípios, dentre eles encontra-se o da solidariedade, este como norteador da dinâmica securitária brasileira. Embora não esteja arrolado no art. 194 da Constituição Federal, é tido como um fundamento basilar da seguridade social, uma vez que toda ela é regida pela solidariedade entre os membros da sociedade.

No momento em que se fala em solidariedade logo nos remetemos à imagem de uma pessoa em situação precária, recebendo ajuda de outras que se solidarizam com a situação. Nesse sentido, o princípio norteador da seguridade e da previdência social, assim como de todos os direitos sociais, é o da solidariedade. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Nesse diapasão, este princípio traduz o direito previdenciário, posto que traz a necessidade da participação social na consecução do financiamento da seguridade social.

É nesse caminho que Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari nos exortam acerca da ação coletiva para permitir a subsistência do sistema previdenciário, como abaixo demonstrado:

[...] A Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. Uma vez que a coletividade se recuse a tomar como sua tal responsabilidade, cessa qualquer possibilidade de manutenção de um sistema universal de proteção social. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Nessa senda, percebe-se que a solidariedade se faz presente em todo o cenário da seguridade social brasileira, seja no seu amparo, na divisão de seu ônus contributivo ou agindo em favor de uma minoria necessitada.

Portanto, o princípio aqui insculpido é a bússola norteadora de todo sistema de seguridade social e, nas palavras de Daniel Machado da Rocha (2004), traduz-se na ideia de que, para além de direitos e liberdades, o indivíduo possui deveres para com a comunidade na qual está inserido.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, a partir de sua promulgação uma gama de princípios que norteiam a seguridade social brasileira, estando estes previstos no artigo 194, com sete incisos, cada um deles especificando um princípio que visa a assegurar os direitos relativos à saúde, assistência social e previdência social.

Nesse sentido, a constituição pacificou como norma, fixar um conjunto de princípios e objetivos regentes da seguridade social, além disso, alguns outros, reguladores da atuação em que essa se desdobra. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Esses princípios têm por característica a generalização da proteção a determinados valores, estes tidos por essenciais para a norma jurídica, de forma que são utilizados como nascentes/fontes do direito. (SANTOS, 2021).

O primeiro princípio que é trazido pela constituição no art. 194, parágrafo único, inciso I, é o da universalidade da cobertura e do atendimento, sendo um dos alicerces que sustentam a seguridade social.

Nesse sentido, por universalidade de cobertura entende-se que a proteção social tem o escopo de atingir a todos os eventos cuja reparação seja necessária, com o fito de manter a subsistência de quem necessite. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

A universalidade de atendimento, por sua vez, conforme explanação de Marisa Ferreira dos Santos (2020), significa a proteção direcionada aos sujeitos de direito que fazem jus a essa garantia. Nesse sentido, todos os que vivem no território têm direito subjetivo a alguma das formas de salvaguarda do tripé da seguridade social.

É com essa visão que Eduardo Rocha Dias nos explana acerca da dupla divisão, em universalidade objetiva e subjetiva, como abaixo categorizado:

O primeiro aspecto diz respeito às contingências sociais cobertas pela seguridade social. É missão da seguridade social cobrir todas as contingências sociais que possam ocorrer na vida das pessoas. A universalidade subjetiva, por sua vez, impõe que todos os habitantes da comunidade sejam protegidos pela seguridade social, sem qualquer discriminação. (DIAS, MACÊDO, 2021)

No entanto, em que pese a obrigatoriedade em abarcar a todos e a todas as necessidades sociais, é importante salientar que o sistema de seguridade não atenderá a essa demanda em sua totalidade, em virtude de limitações econômicas.

Portanto, como bem vergastado, o princípio da universalidade tem por escopo a cobertura e atendimento, por meio da proteção social, de todos aqueles que vivem no país, estes possuindo direito ao mínimo existencial para sobrevivência em sociedade.

O princípio, aqui demonstrado, está previsto no art. 194, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e possui espelho no art. 7º, do mesmo diploma, uma vez que as prestações da seguridade social devem ser idênticas para todos, não importando se rural ou urbano.

Nesse diapasão, a constituição proibiu o tratamento desigual para a população urbana e rural, posto que os direitos previdenciários somente foram salvaguardados aos trabalhadores rurais em 1963, época em que foi criado o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural. (HORVATH, 2014)

Assim, nas palavras de Marisa Ferreira dos Santos (2020), a uniformidade significa que o cenário de proteção social será isonômico para obredores urbanos ou rurais. A

equivalência, por seu turno, o valor das prestações pagas a rurais e urbanos deve ser proporcionalmente igual, isto é, os benefícios são os mesmos, contudo, o valor da renda mensal é equivalente.

Tal princípio, todavia, não deve ser entendido que haverá identidade de valores, posto que equivalência não significa igualdade.

Nesse trilhar, Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari, nos exortam acerca do significado da uniformidade e o que ela implicada para o trabalhador, como in fine arrolado:

Essa uniformidade não significa que todos os benefícios terão o mesmo valor. O que se quer dizer é que eles serão calculados com base nos mesmos critérios, pois quem contribui com valores superiores, respeitado o teto do salário de contribuição, vai fazer jus a um benefício com renda superior ao que contribui com base no limite mínimo. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Portanto, percebe-se, que as prestações pagas a urbanos e rurais serão proporcionalmente iguais, de acordo com suas contribuições, usando uma mesma uniformidade para essa consecução.

A seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, diz respeito à dinâmica de distribuição daqueles, consistindo na eleição dos riscos e contingências sociais a serem cobertos e, também, a criação de critérios para acesso aos riscos objetos de proteção. (HORVATH, 2014)

Nesse caminhar, Eugélio Müller e Daniel da Rocha, nos explicam o caráter complementar da distributividade em relação à seletividade, como abaixo demonstrado:

A seu turno, o princípio da distributividade opera como um complemento da seletividade. Ramo contributivo da seguridade social, a previdência necessita priorizar as situações de necessidade social consideradas mais graves, em consonância com os objetivos fundamentais da Carta Magna de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (inciso III do art. 3º da CF/88). (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Assim, através da leitura do acima explanado, afere-se que o princípio aqui insculpido traz em seu bojo a necessidade de seleção das situações, isto é, analisar o caso concreto para verificar, quem precisa mais da ajuda estatal.

Então, com isso em mente, entende-se que cada benefício se adequa a uma necessidade, sendo aplicados corretamente, conforme a particularidade do trabalhador, incumbindo ao legislador, em sua seletividade, contemplar o maior número de indivíduos, segundo um critério que favoreça quem mais necessite da proteção social. (HORVATH JÚNIOR, 2011)

Previsto no art. 194, inciso IV, da Carta Republicana, este princípio se imiscui no dever de vedar a redução do valor dos benefícios, em conformidade com o art. 201, § 4º, do mesmo diploma que assim determina:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...] § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, percebe-se a intenção do legislador em determinar que não haverá diminuição ou qualquer outra forma de redução no valor dos benefícios repassados ao trabalhador.

É nessa ideia que Cláudio Rodrigues Morales (2009) explica que as prestações dos benefícios de cunho previdenciário que constituem dívidas de valor, não podem sofrer desvalorização, uma vez que precisam manter seu valor de compra, tratando-se, assim, de norma de eficácia limitada.

Portanto, ao longo de sua caminhada o benefício deve-se manter com o objetivo de suprir o mínimo existencial ao para o indivíduo, assegurando uma vida com dignidade, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar em redução no seu valor. (SANTOS, 2021)

A equidade na forma de participação no custeio é mais um princípio preconizado pelo art. 194 da Constituição Federal de 1988, apresentado como um consectário do princípio da igualdade, uma vez que cada indivíduo deverá contribuir de acordo com suas possibilidades.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto que a seguridade social é um conjunto de ações que integram toda a sociedade, o seu financiamento deve respeitar a

situação de cada um, no que tange ao seu poder de contribuição, sejam eles direta ou indiretamente beneficiados pelo sistema. (SANTOS, 2021)

Não obstante, Cláudio Rodrigues Morales nos exorta sobre a necessidade da justa participação no custeio, de forma a respeitar isonomia entre os indivíduos, como abaixo demonstrado:

Quem ganha mais deve pagar mais para que ocorra a justa participação no custeio; a contribuição do empregado recai sobre o lucro e o faturamento, além da folha de pagamento; deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. (MORALES, 2009)

Com isso, percebe-se o intuito de fazer valer o tratamento isonômico, de forma que pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas desigualmente, isto é, conforme a necessidade de cada um.

Portanto, tal conceito de equidade está ligado ao desígnio de justiça, ou seja, com intuito de gerar contingências abarcadas pela cobertura da seguridade social e promoção do bem-estar, em respeito aos princípios constitucionais. (SANTOS, 2021)

A diversidade da base de financiamento é um dos fundamentos basilares para a seguridade social, se trata de imposição para que todos possam contribuir, conforme suas possibilidades econômicas.

O financiamento é de responsabilidade de toda a comunidade, conforme o art. 195 da constituição, nesse sentido, é imperioso que todos os segmentos sociais, seja o Poder Público, empresas e trabalhadores, contribuam de acordo com o que possuem. Assim, a proteção social é ônus de toda a sociedade, uma vez que a desigualdade social incomoda os indivíduos como um todo. (SANTOS, 2021)

Nesse interregno, não há que se falar em apenas uma fonte de custeio, pois quanto maior a base para financiamento, maior é a estabilidade econômica proporcionada para a seguridade social.

É nesse caminho que Fábio Camacho Dell' Amore Torres (2012) nos exorta, quando explica que o princípio aqui insculpido, "visa garantir maior estabilidade da Seguridade Social, na medida em que se impede que se atribua o ônus do custeio a segmentos específicos da sociedade".

O atendimento às necessidades sociais requer uma quantidade elevada de recursos econômicos, com isso, o art. 195 especifica quais serão as bases justificadoras da imperiosidade das contribuições. Assim, da leitura do artigo mencionado, as bases devem ser as mais amplas possíveis, permitindo ao legislador uma margem de flexibilidade para



adotar um modelo de financiamento que se encaixe à realidade econômica de nosso país. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Portanto, percebe-se que podem ser instituídas outras formas de custeio que garantam a expansão da seguridade social, não obstante há a necessidade da participação coletiva, isto é, que todos os integrantes da sociedade atuem em prol do financiamento, além disso, outras fontes podem ser desenvolvidas, contudo, somente por meio de lei complementar. (SANTOS, 2021)

É um princípio de grande relevância na definição dos rumos a serem tomados para a proteção social. Nesse sentido, a sua normatização é resultado da necessidade dos destinatários desta proteção influírem de forma efetiva nas prioridades que devem ser abarcadas na seguridade social, assim como terem oportunidade de acompanhar todo o processo de concretização das políticas elencadas. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Outrossim, tem por escopo definir que a seguridade social deve ter a participação de empregadores, aposentados, trabalhadores e o governo, trazendo, assim, uma aproximação entre esses indivíduos.

Levando isso em conta, Fábio Camacho nos explana a respeito do caráter democrático e descentralizado, trazendo à baila as especificidades de cada um desses institutos, como abaixo demonstrado:

Caráter democrático da gestão administrativa, visa a aproximação dos cidadãos (aqui representados pelos trabalhadores, aposentados e empregadores) às organizações e processos de decisão dos quais dependem seus direitos. Ex. Conselho Nacional da Previdência Social (garante-se a participação dos trabalhadores, aposentados e empregadores, a fim de que estes possam apresentar sugestões acerca da Previdência Social); "caráter descentralizado da gestão administrativa, trata-se de conceito de direito administrativo. O serviço público descentralizado é aquele em que o poder público (União, Estados e Municípios cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público" Ex. (Instituto Nacional do Seguro Social) é uma pessoa jurídica de direito público, criada por lei para gerir a concessão e manutenção dos benefícios previdenciários. (TORRES, 2012)

Por derradeiro, afere-se que o princípio em voga tem por escopo a participação de toda a sociedade, com o intuito de garantir a justiça para um fim social, contribuindo,

assim, para que os indivíduos participem de forma a influenciar na formação da vontade estatal. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

### **3. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS TRABALHADORES ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 (REFORMA DA PREVIDÊNCIA)**

Para o pleno entendimento da questão relacionada à aposentadoria especial dos mineradores e os impactos negativos em suas vidas, faz-se necessário adentrarmos nos aspectos relacionados às características desse benefício antes da reforma da previdência perpetrada pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Nesse sentido, para melhor entendimento, o presente capítulo versará sobre a conceituação de aposentadoria especial, sua natureza jurídica, além disso, elencar-se-á, como já explanado alhures, como se dava a aposentadoria especial antes da reforma.

Segundo Horvath Júnior (2011) a aposentadoria especial é o benefício que será concedido para o trabalhador que labora exposto a agentes (físicos, químicos e biológicos) nocivos à saúde, que com o passar do tempo, podem causar prejuízo ao seu bem-estar físico e mental, isto é, a aposentadoria extraordinária tem por fito a reparação financeira ao trabalhador que exerceu suas atividades sobre condições inadequadas.

A aposentadoria especial, em outros termos, é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com tempo reduzido de contribuição necessário para a inativação, concedida, conforme dicção do art. 201, § 1º, da Constituição, com redação dada anteriormente à Emenda Constitucional nº 103/2019, em razão do exercício de atividades laborais consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física e mental. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Na esteira do que nos exorta a ilustríssima professora Maria Lúcia Luz Leiria (apud CASTRO, LAZZARI, 2020), a aposentadoria extraordinária tem por finalidade conceder guarida ao obreiro que trabalhou em condições nocivas e perigosas à saúde, reduzindo, assim, o tempo de serviço para se aposentar.

Nesse sentido, há nesse modelo uma diferença em relação às atividades laborais, de acordo com o Decreto 3048/99, uma vez que poderá haver a concessão desse benefício, respeitados os tempos de contribuição, conforme o grau de exposição aos agentes nocivos.

Com isso em mente, explica o doutrinador Victor Hugo Nazário Stuchi:

A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de

trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. A concessão da aposentadoria especial dependerá da comprovação, durante o período mínimo acima mencionado do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente e da exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física. (STUCHI, 2020)

Nessa senda, percebe-se o caráter extraordinário desse benefício, além da necessidade de comprovação de trabalho permanente, isto é, sem ocasionalidades, para que seja concedido tal benesse.

Não obstante, a Lei 9.032/95 regulou que é imprescindível a comprovação, pelo obreiro, da efetiva exposição aos agentes nocivos, além disso requer que tal exposição seja habitual e permanente, incumbindo a perícia do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) analisar caso a caso, averiguando o local de labor e as condições que atestem a veracidade das informações. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Nesse sentido, são elencados como agente nocivos, três categorias de matérias, sendo eles:

1. Químicos: neblinas, gases, vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho, como em minas subterrâneas.
2. Biológicos: Bactérias, parasitas, vírus, fungos.
3. Físicos: Ruídos, vibrações, calor, pressão anormal, radiação etc.

Cumprido salientar que tais agentes devem ser comprovados pelo INSS, tal análise sendo feita pelo PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), emitido pela empresa atestando em laudo técnico, as condições de trabalho em que laboravam os obreiros. (HORVATH JÚNIOR, 2011)

O PPP é um documento que deve ser elaborado pelo empregador, expondo as condições em que as atividades laborais eram exercidas, demonstrando os agentes físicos, químicos e biológicos e as associações prejudiciais destes à integridade física ou à saúde do empregado. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Além disso, outro documento de suma importância é o LTCAT, ou seja, Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho, este tendo como escopo demonstrar ao

INSS a situação e as condições de como as atividades eram exercidas e se ocorria na presença de agentes nocivos. (CASTRO, 2021)

Nesse caminho, como já explanado alhures, a aposentadoria extraordinária será concedida para o obreiro que conseguir atestar a efetiva exposição aos agentes nocivos, ora citados, de maneira habitual e permanente.

Contudo, o próprio TNU (Tribunal Nacional de Uniformização) entende, por meio da Súmula 62 que a restrição para o reconhecimento da atividade especial, ser ilegal, pois conforme a dicção daquela norma, o trabalhador, segurado contribuinte individual, para obter êxito no recebimento do benefício deve comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física. (SÚMULA 62, TNU, 2012)

Nesse sentido, não seria necessário a comprovação da permanência, nem habitualidade na presença dos agentes nocivos, mas somente a exposição, sendo assim, a jurisprudência entende ilegal tal restrição.

Outrossim, em se tratando da possibilidade da conversão do tempo especial para tempo comum, aqueles que anteriormente à Emenda Constitucional nº 103/2019 tivessem trabalhado em ambiente insalubre e em condições nocivas podem pedir a conversão, sendo tais situações regradadas pelo art. 57, § 5º da Lei 8.213/95 e pelo art. 28 da Lei 9.711/98, que autorizam tal conversão. (SANTOS, 2020)

Noutro giro, no que se refere à natureza jurídica da aposentadoria especial, esta é um benefício de natureza previdenciária extraordinária, de caráter preventivo e, com viés indenizatório, como forma de compensação para o obreiro que trabalha exposto em condições inadequadas de salubridade e segurança. (PORTAL MIGALHAS, 2022)

Portanto, percebe-se o caráter preventivo, indenizatório e protetivo desse benefício, em razão do período laborado em condições inviáveis de trabalho, uma vez que expostos, os trabalhadores, a agentes nocivos à saúde e à integridade física.

A aposentadoria extraordinária do mineiro subterrâneo passou a ser regulada em 1960, quando do sancionamento da Lei nº 3.807/60, em seu art. 31, em que este dispositivo era favorável ao trabalhador de minas, uma vez que o obreiro tinha o direito de se aposentar precocemente com o objetivo de resguardar o segurado antes do surgimento de qualquer doença relacionada ao ambiente de trabalho em que laborava. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Não obstante, tal benefício, tradicionalmente, consolidava/consolida uma proteção diferenciada para o obreiro de minas subterrâneas, posto que sua atividade por si só, expõe sua saúde a riscos consideráveis que, sem os devidos cuidados, extrapolam os padrões das atividades normais. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Nesse sentido, em concordância com Marisa Ferreira dos Santos (2021), desde a Lei Orgânica da Previdência Social, a aposentadoria especial era obtida pelo labor exercido em atividades insalubres, perigosas e penosas, que deixavam os mineradores expostos a materiais cancerígenos e altamente mortais.

Assim, com a Lei referida alhures, ficou estipulado tempo mínimo de contribuição para aposentadoria desses trabalhadores, em que se dava com 15 anos para os trabalhadores de frente de produção (risco alto) e 20 anos para os que laboravam afastados da frente de trabalho (risco médio). (CAMPO GRANDE NEWS, 2021)

Nesse diapasão, o obreiro só tinha que atingir um tempo de contribuição mínimo para que pudesse ir para a inatividade, sem precisar cumprir uma idade mínima.

Como visto, este benefício previdenciário concedido ao segurado exposto a agentes nocivos, de ordem física, química ou biológica, em ambiente insalubre, tem previsão constitucional, no art. 201, § 1º e art. 40, § 4º da Constituição Federal, contudo seus requisitos, eram previstos nos arts. 57 a 58 da Lei nº 8.213/91 e arts. 64 a 70 do Decreto nº 3.048/99. (ZUBA, BALERA, 2020)

Com isso, anteriormente à Reforma da Previdência perpetrada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, o obreiro de minas subterrâneas, deveria comprovar, além do tempo de trabalho, efetiva exposição aos agentes nocivos à saúde (físicos, químicos e biológicos) pelo período de 15 ou 20 anos, conforme o tipo de trabalho exercido. (SANTOS, 2021)

#### **4. OS IMPACTOS NEGATIVOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 NA VIDA DOS TRABALHADORES**

A partir da Emenda Constitucional nº 103/2019 a aposentadoria especial ficou regradada pelo art. 201, da seguinte forma:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de

contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido percebe-se o caráter preventivo desse benefício previdenciário, uma vez que o próprio Colendo Supremo Tribunal Federal já entendeu, na Repercussão Geral Tema 555 a respeito desse caráter.

Com vistas ao exposto no art. 201 da Constituição Federal, o doutrinador Carlos Alberto Pereira dos Santos, assim nos exorta:

A EC n. 103/2019 alterou substancialmente a redação do § 1º do art. 201 da Constituição, estabelecendo a possibilidade de previsão, em lei complementar, de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedados a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (CASTRO, 2021)

Assim, o novo regramento levou a alteração de inúmeras regras dentro da dinâmica da aposentadoria extraordinária, posto que, nesse novo panorama, além do tempo de atividade insalubre, deverão os obreiros, cumprir uma idade mínima para irem à inatividade.

No que tange ao período de contribuição, o segurado deverá atingir 25 anos com idade mínima de 60 anos, para o risco baixo à saúde, 20 anos devendo atingir 58 anos de idade, para o risco médio, e, por último, sendo a de risco alto, deverá cumprir 15 anos de contribuição e 55 anos de idade. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Ocorre que o valor do benefício também sofreu alterações, tendo os segurados por atividades insalubres, ganhos menores do que os outros beneficiários, uma vez que antigamente era recebido 100% do valor contribuído, eliminando-se 20% das menores contribuições. Com a nova alteração, o valor recebido caiu drasticamente, de 100 para 60%,

sendo acrescido 2% por ano de contribuição que exceder os 20 anos de contribuição e 15 anos no caso das mulheres. (CASTRO, 2020)

Cumprido ressaltar que antes da reforma havia a possibilidade de transformação da atividade especial em comum, contudo, com a reforma, esta extinguiu tal benesse, tendo direito à conversão mais benéfica, somente aqueles que já trabalhavam antes de promulgada a reforma, posto que há direito adquirido. (SANTOS, 2021)

Para além, criou-se, com nova emenda, as regras de transição, isto é, para aqueles que não conseguiram atingir o tempo de contribuição antes da Emenda, existem regras que estão elencadas no art. 21 da Emenda Constitucional nº 103/2019, em que é regrado sobre o sistema de pontos.

O autor Victor Stuchi, a esse respeito nos explica:

A Emenda Constitucional 103, de 2019, também estabeleceu, em seu art. 21, outra regra de transição. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional 103, cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de: I – 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição; II – 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e III – 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição. (STUCHI, 2020)

Nessa senda, o obreiro segurado da previdência, se até a promulgação da reforma previdenciária de 2019, não tiver atingido o tempo mínimo, poderá inserir-se nas regras de transição, a teor do artigo 21 da Emenda Constitucional nº 103/2019.

É cediço que as atividades que expõem o obreiro a materiais físicos, químicos e biológicos nocivos, são as mais perigosas, vez que os trabalhadores expostos a esses

agentes estão sujeitos, dentre outros riscos, ao câncer, gases tóxicos e desabamentos, como os segurados que trabalham em minas subterrâneas.

Assim, com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, o retrocesso fora enorme, uma vez que adicionou idade mínima para a aposentadoria especial, expondo ainda mais ao risco o trabalhador, posto que ficará mais tempo na presença de materiais nocivos à sua saúde.

Não obstante, a reforma da previdência veio para diminuir ainda mais os valores recebidos a título de aposentadoria extraordinária, pois, reduziu o valor anteriormente recebido, em que era 100% dos 80% maiores salários de contribuição, ficando agora 60%, com 2% adicionado a cada ano que supere os 15 anos. (MÜLLER, ROCHA, 2021)

Nesse caminho, os segurados passarão para a inatividade recebendo um benefício muito aquém do que seria de direito, com o risco de não poder usufruir, na sua velhice, das suas contribuições da melhor forma possível, uma vez que terá um salário reduzido, em virtude da reforma previdenciária.

Insta salientar, que com a necessidade de cumprir uma idade mínima, o trabalhador deverá ficar por um maior período exposto a materiais nocivos à saúde, crescendo, assim, a possibilidade de contrair doenças irreversíveis.

Outrossim, com os novos critérios provenientes da EC 103/2019, haverá, a problemática, com o passar dos anos, da troca da aposentadoria especial pelos benefícios por incapacidade, posto que ocorrerá ainda mais pessoas inválidas em virtude dos seus trabalhos expostos a produtos nocivos, gerando, assim, ainda mais sofrimento para os segurados e seus familiares.

Portanto, é perceptível os impactos negativos trazidos pela Emenda Constitucional nº 103/2019 (Reforma da Previdência) para os trabalhadores brasileiros, visto que com a adição de idade mínima e redução do coeficiente de cálculo, houve um retrocesso nessa seara.

## **5.CONCLUSÃO**

Por derradeiro, mediante todo o exposto neste artigo, percebe-se que a previdência foi implantada no Brasil de forma lenta, com demora para ser regulada, não obstante baseou-se em vários modelos já presentes em outros países.

Cumpramos ressaltar que ao longo da história do país tivemos, em suas constituições, artigos e leis que regulavam determinadas espécies de assistência social, no entanto, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que foram surgindo institutos que versaram de forma mais abrangente sobre o assunto.



Não obstante, após a estruturação da seguridade social per se, passou-se a tratar a respeito não somente dos obreiros que contribuía para a previdência, mas também, para todos aqueles que precisavam, de forma a prover saúde e bem-estar para a população como um todo.

Nesse sentido, por meio dessa seguridade democratizada, os cidadãos passaram a vislumbrar a possibilidade de uma vida digna, com o mínimo existencial garantido, de forma ter seu sustento assegurado.

Nessa senda, para contribuir ainda mais com a seguridade social, foram criados princípios norteadores, isto é, como seria a dinâmica na tratativa daquela, sendo assim, foi no art. 194 da constituição, dentre outros, que foram utilizados para promover o acesso de todos aos benefícios assistenciais, de forma a abarcar não somente quem contribuísse, mas também, quem não tivesse a possibilidade de fazê-lo.

Ocorre que com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019 (Reforma da Previdência), esta foi lançada com o intuito de diminuir os custos e contornar os déficits que se alastraram durante os anos, contrariando, assim, os princípios que tinham por intuito ajudar os cidadãos.

Com isso em mente, percebe-se que com a reforma, vários benefícios foram reduzidos de forma notória, sendo que outros foram expressamente excluídos e, ainda, ficando ainda mais moroso e dificultoso auferir êxito em obter tais benesses.

Pode-se citar, como exemplo bem evidente desse impacto da EC nº 103/2019, o caso da aposentadoria extraordinária, posto que antes da reforma, existiam requisitos que já eram barreiras sólidas contra o trabalhador lograr êxito em auferi-los, com uma quantidade de anos elevada em que o obreiro deveria ficar exposto a agentes nocivos à saúde.

Assim, com a nova emenda, que reformou a previdência, o acesso a esse benefício ficou ainda mais difícil, visto que, além de um tempo mínimo de contribuição para a previdência, o segurado deve cumprir uma idade mínima para ir à inativação, isto é, para poder receber a benesse.

Nesse caminho, um benefício cuja natureza é preventiva e protetora para o trabalhador que labora em situação insalubre e exposto a agentes químicos, físicos e biológicos nocivos à saúde, teve sua dinâmica totalmente modificada, uma vez que o obreiro tem que ficar por mais tempo em exposição a esses materiais e tem que comprovar em quais pontos a função que exercia lhe era prejudicial.

Sem se olvidar, é necessário elencar também que outra situação bastante negativa para o segurado, foi a extinção da conversão do tempo especial em tempo comum, em que não há mais essa mudança benéfica, ou seja, o trabalhador que exerça suas funções em situação insalubre e não alcance o tempo necessário para receber a aposentadoria especial, será tal tempo, contabilizado como tempo normal.

Dessa forma, podemos analisar e chegar a conclusão de que houve, sim, impactos negativos ao obreiro/segurado com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, posto que esta visou somente cortes de gastos, sem, contudo, pensar na situação dos trabalhadores, principalmente no que se refere aos segurados especiais, deixando estes à mercê de leis negam os princípios que servem de bússola para a seguridade social.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 11 ago. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIAS, Eduardo Rocha; MONTEIRO DE MACÊDO, José Leandro. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª Edição. Editora METODO, 2021.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. Barueri-SP: Editora Manoele, 2011.

MORALES, Cláudio Rodrigues. **O Direito Previdenciário Moderno e sua Aplicabilidade antes o princípio da segurança jurídica**. São Paulo: LTR, 2009.

MÜLLER, Eugélio Luis; ROCHA, Daniel Machado da. **Direito Previdenciário em resumo**. 3 Ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

PORTAL, Migalhas de Peso. **A nova aposentadoria especial e sua inviabilidade protetiva pela incompatibilidade do requisito etário a partir da PEC 06/19 (Reforma da Previdência)**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/314156/a-nova-aposentadoria-especial-e-sua-inviabilidade-protetiva-pela-incompatibilidade-do->

[requisito-etario-a-partir-da-pec-06-19--reforma-da-previdencia](#). Acesso em: 15 de set. 2022

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, João Vitor Alves dos. Aposentadoria Especial do Trabalhador de Mineração. Campo Grande News, Campo Grande, 10 de fev. de 2021. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/colunistas/compartilhando-justica/aposentadoria-especial-do-trabalhador-de-mineracao>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. **Comentário sobre a Nova Previdência**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

TORRES, Fábio Camacho Dell' Amore. **Princípios da Seguridade Social**. In Revista Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: [HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/?nlink=revistaartigos-leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?nlink=revistaartigos-leitura). Acesso em: 04 de set. 2022.

## **OPERAÇÃO LAVA JATO: A DIVERGÊNCIA SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA, NO CASO DO EX-PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.**

**PATRÍCIO NOVAIS LIMA:**  
Graduando em Direito, discente da Rede FTC.

RODRIGO ROCHA CARDOSO<sup>27</sup>

(orientador)

**Resumo:** O presente artigo buscará, sob a luz da constituição federal, da legislação infraconstitucional e da doutrina, resposta sobre o tema, ora tão divergido. Intentando de forma imparcial e apartidária trazer discussões sobre a decisão da condução coercitiva, do ex-presidente da república, verificando se houve excessos, erro ou total acerto no posicionamento eminente Magistrado, ao deferir a condução forçada do investigado, seguindo o pedido do Ministério Público Federal.

**Palavras Chave:** Operação Lava Jato; Ex-presidente; Condução coercitiva; Decisão; Inconstitucionalidade.

**Abstract:** This article will seek, under the light of the federal constitution, the infraconstitutional legislation and the doctrine, answer on the subject, now so divergent. Intending in an impartial and non-partisan way to bring discussions about the decision of the coercive conduct of the ex-president of the republic, checking if there were excesses, errors or total correctness in the eminent position of the magistrate, when granting the forced conduct of the investigated, following the request of the Public Ministry Federal.

**Key words:** Operation Car Wash. Ex-president. Coercive driving. Decision. unconstitutionality.

**Sumário:** introdução. 1. o que é a Lava Jato. 2. Conceito de condução coercitiva. 3. A decisão do Magistrado. 4. Posicionamento contrário á condução coercitiva. 5. Declaração da Inconstitucionalidade da Condução Coercitiva. 6. Posicionamento sobre a Decisão do Eminente Juiz Sérgio Moro. . Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

### **Introdução**

O tema sob análise trouxe inúmeras divergências no mundo jurídico, nesse íterim, o vigente documento científico buscará uma iluminação acerca da consonância, entre os entendimentos sobre a condução coercitiva para o interrogatório de investigados. Bem

---

<sup>27</sup> Mestre em Direito, professor da Rede UniFTC.

como, o conceito jurídico de tal instituto? Em quais casos ela é permitida? Nesse caso específico o era? A oposição á decisão do magistrado acerta, ao dizer que a interpretação do dispositivo está equivocada? Ou temos um acervo positivo da decisão discutida? A decisão acerca da inconstitucionalidade em sede do controle concentrado foi realizada com justeza, a luz da segurança Jurídica?

Cuida-se de analisar, a visão dos juristas sobre o respectivo tema, seus posicionamentos e interpretações sobre a lei infraconstitucional, especificamente o código de processo penal, com amparo hermenêutico na carta magna de 1988, nossa atual constituição cidadã. Que versa eminentemente, sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento da república, a liberdade, assegura o contraditório e á ampla defesa, estes como garantias fundamentais, ratifica-se, que implicitamente tais princípios devem estar norteados sob a segurança jurídica, como eficácia do Estado nas suas funções, inclusive a de punir.

A colheita para as respostas supracitadas, é sem dúvida uma *climbing to everest*, (uma escalada ao Everest), muito difícil e complicado, trazer uma posição sobre o impasse criado, mediante as inúmeras divergências suscitadas. Vale ressaltar, que o conteúdo jamais será exaurido aqui, sendo, o mesmo de dimensões incomensuráveis, de modo que, se torna impossível vê-se o tema se esgotar muito pelo contrário, se tornará prazeroso, examina-lo.

## **O que é a Lava Jato?**

Antes de se envolver com o assunto central, julga-se importante explicar o que vem a ser a *lava Jato*. Considerada a maior operação de combate a corrupção da história desse país. Ela teve sua gênese no Paraná, em 17 de março de 2014, unificando quatro ações que apuravam redes operadas por doleiros que praticavam crimes financeiros com recursos públicos. A duração permanece imprevisível, com mais de 1.434 procedimentos instaurados, 775 buscas e apreensões, **210 conduções coercitivas**, 95 prisões preventivas, prisões temporárias, 06 prisões em flagrante, 158 acordos de colaboração premiada, 10 acordos de leniência, 274 pessoas acusadas, 141 condenações, R\$ 38,1 bi é o valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas) e R\$ 3,2 bilhões bens já bloqueados. Dados fornecidos pelo portal do UOL.

## **Conceito de Condução coercitiva:**

A condução coercitiva é originada do latim "*conducere coercere*", que quer dizer levar e controlar. Pode-se inferir que após ser intimado, o individuo deverá comparecer perante a autoridade competente, em caso de não comparecimento, claro de forma injustificada, poderá ser conduzida coercitivamente a presença da autoridade legal.

A condução coercitiva é uma modalidade de prisão cautelar de curta duração cuja finalidade é garantir a conveniência da produção da prova. O Código de Processo Penal autoriza a aplicação da condução coercitiva do ofendido, da testemunha, do acusado e do perito que se recuse a comparecer em juízo, podendo inclusive ser, algemada e conduzida em viatura policial.

Em vista disso, segue o entendimento de Vladimir Aras;

“A condução coercitiva autônoma que não depende de prévia intimação da pessoa conduzida pode ser decretada pelo juiz criminal competente, quando não cabível a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP), ou quando desnecessária ou excessiva a prisão temporária, sempre que for indispensável reter por algumas horas o suspeito, a vítima ou uma testemunha, para obter elementos probatórios fundamentais para a elucidação da autoria e/ou da materialidade do fato tido como ilícito”. (BLOG DO VLAD, pág. 01, online). (Grifo Nosso).

Segundo o Desembargador Cândido Ribeiro,

“é um instrumento de restrição temporária da liberdade conferida à autoridade judicial para fazer comparecer aquele que injustificadamente desatendeu à intimação e cuja presença seja essencial para o curso da persecução penal, seja na fase do inquérito policial, seja na da ação penal.” (NEXO Jornal, pág. 02 online). (Grifo Nosso).

A juíza Placidina Pires, semelhantemente dispõe a cerca da condução coercitiva,

“Nesse prisma, destaco que a condução coercitiva, por consubstanciar medida cautelar menos agressiva ao direito de liberdade do cidadão, e não desprezar os direitos constitucionais do indivíduo de permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo (“nemo tenetur se detegere”), não pode ser considerada medida inconstitucional, inconveniente ou abusiva, como querem fazer crer os que a criticam, porque não caracteriza medida de privação de liberdade”. (CONJUR, pág. 02, online). (Grifo nosso).

A Condução Coercitiva é um ato previsto pelo Código de Processo Penal brasileiro (CPP), para testemunhas como dispõe em seu artigo 18:

“qualquer testemunha que deixar de comparecer a uma intimação, sem uma justificativa prévia, o juiz poderá legitimar uma autoridade

policial ou um oficial de justiça com auxílio da força pública para conduzir a testemunha para prestar os devidos depoimentos". (BRASIL, 1941, art. 18). (Grifo nosso).

Também para o acusado que não atender a intimação Art. 260:

"Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença". (BRASIL, 1941, art. 260).

Diante das afirmações acima, o conceito de condução coercitiva em suma, está voltado a uma medida meramente cautelar, cujo objetivo maior, seria evitar por parte do indiciado ou acusado, isso dependendo, se na fase do inquérito policial (indiciado), na fase processual com a ação penal (acusado) por parte do ministério público, que exista destruição de provas, esclarecimento dos fatos sendo assegurados os princípios constitucionais ao mesmo, tais como, de permanecer calado art.5º LXIII, não alto incriminar-se e, a não culpabilidade antes do transito em julgado da condenação art. 5º LVII.

### **A Decisão do Magistrado.**

No dia 17 de fevereiro de 2016, um dia antes da ida do casal ao que seria, o **espontâneo** comparecimento a autoridade policial para prestar depoimento. No entanto os manifestantes pró e contra o ex-presidente entraram em uma confusão generalizada, o que obviamente resultou em pessoas feridas. Foi acionada a presença dos policiais militares. Com a segurança pública sob ameaça, em conjunto com a integridade física dos manifestantes, esse acontecimento resultou no Cancelamento da ida do casal diante da autoridade Policial.

Posteriormente o eminente magistrado Sérgio Fernando Moro, após ser "**incomodado**" pelo Ministério Público Federal, que pleiteia a presença do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de sua esposa Marisa Leticia Lula da Silva, diante da autoridade policial, de forma coercitiva, para prestação de esclarecimentos sobre o inquérito policial que fora iniciado contra os mesmos. Existindo a imputação de vantagem imprópria, diante do caos estabelecido pelos manifestantes, em uma possível "escapada", para não prestar esclarecimentos a autoridade competente, aos indiciados.

O Magistrado decide, e acompanha o entendimento do MPF, sobre a condução em primeiro ponto espontânea, se houvesse negativa, então a condução a força, somente do

ex-presidente, pois, na decisão o Juiz indefere o pedido do *parquet* sobre a condução coercitiva para prestação de esclarecimentos, sobre a pessoa de Marisa Leticia Lula da Silva.

Consta no Despacho/Decisão emitido pelo Magistrado: O embasamento usado para a condução do investigado; com fulcro na Jurisprudência do Supremo tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

- I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.
- II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI.
- III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.
- IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal,



que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária.

(HC 107644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma do STF – por maioria, j. 06/09/2011, DJe-200, de 18/10/2011).

É possível ainda identificar na decisão do magistrado a equivalência de raciocínio com o MPF ao declarar que a condução coercitiva, não mais ensejaria o caos organizado, o que outrora havia acontecido diz-se “de maneira não espontânea”. Ele faz questão de frisar, vale salientar, o não uso de algemas em nenhuma hipótese e que não poderia haver filmagem da condução do investigado.

### **Posicionamento contrário à condução coercitiva.**

O primeiro a abrir a divergência foi o eminente ministro Marco Aurélio, que se posicionou gritantemente contra a Decisão do juiz Federal. Ele disse:

[...] “Não me consta que o ex-presidente da República, e poderia ser um cidadão comum, não importa, tenha se recusado a comparecer. Ou seja, não me consta aqui que o mandado de condução coercitiva tenha sido antecedido por um mandado de intimação para comparecer espontaneamente perante a autoridade”.[...] (STF, 2016, pág. 10 online).

Diante desse viés, afirma o ministro da impossibilidade da decisão, pois o ex-presidente não havia se recusado de ir perante a autoridade competente o que segundo ele não ensejaria, a condução coercitiva segundo a lei. Continua suas fortes críticas dizendo;

[...] “Em direito, os fins não podem justificar os meios. Caso isso ocorra, as consequências serão negativas. Quando se potencializa o objetivo a ser alcançado em detrimento de lei, se parte para o justicamento, e isso não se coaduna com os ares democráticos da Carta de 88”.[...] (STF, pág. 13, online).

Ivan Morais Ribeiro, Advogado. Especialista em Ciências Criminais. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/DF. Também diverge da Decisão, ainda que discretamente citando uma frase do então já mencionado ministro do Egrégio STF; *“Se pretenderem me ouvir, vão me conduzir debaixo de vara? Se quiserem te ouvir, vão fazer a mesma coisa? Conosco e com qualquer cidadão?”*. (Morais, 2016, pág. 01)

Sob o argumento de que além da leitura expressa do CPP, devia-se analisar a condução coercitiva pelos seguintes argumentos; "Intimação/comunicação regular para comparecimento ao ato, somente em caso de, recusa injustificada de quem foi intimado e não compareceu, deveria ensejar a condução coercitiva".(Morais, 2016, pág. 02).

### **Declaração da inconstitucionalidade da Condução coercitiva.**

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar no dia 13 de Junho de 2018, as arguições de descumprimento de preceito fundamental nº 395 e nº 444, ajuizadas pelo Partido dos Trabalhadores (PT) com representação no congresso nacional e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para análise do artigo 260 do Código de processo penal, que prevê a possibilidade de condução coercitiva para interrogatório ainda na fase inquisitorial, em face da constituição federal de 1988.

O advogado Thiago Bottino do Amaral, representando o partido dos trabalhadores pela (ADPF- 395), disse na sua sustentação oral no plenário da corte que a medida cautelar coercitiva, permitiria tanto para a autoridade policial quanto para o Ministério Público a extração de informações e provas consequentemente obtidas de modo fraudulento, que seria uma possível coação do investigado. Ele denomina a condução coercitiva como "violenta" e "Abusiva", pois estaria ferindo direitos fundamentais, previsto no diploma constitucional.

O representante da Ordem dos Advogados do Brasil, o senhor Juliano José Breda, em defesa da (ADPF-444), disse que a condução coercitiva, lesava de forma significativa o direito a ampla defesa do acusado, pois nesta fase processual, não é garantido o contraditório, bem como, os defensores do possível interrogado, não é intimado e não tem acesso aos autos do inquérito.

O vice-procurador da República Luciano Mariz Maia, falou em nome da Procuradora geral, ele se manifestou pela receptividade do artigo 260 do CPP, pela constituição cidadã de 1988, bem como o mencionado artigo estaria sendo demasiadamente usado, de forma incompatível com a carta magna, em alguns casos, em que se não privilegiava os direitos fundamentais do investigado.

O relator das ações ajuizadas perante o supremo foi o ministro Gilmar Mendes, ele se posicionou favorável ao quanto alegado nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, bem como para a inconstitucionalidade da condução coercitiva no interrogatório. Ele fundamentou o seu voto, sob o argumento de que a medida cautelar, estava expondo os investigados para a mídia, além do vazamento de informações sigilosas. Disse Gilmar; "*As conduções coercitivas são um novo capítulo da espetacularização da investigação, a qual ganhou força no nosso país no início deste século.*" (STF, 2016, pág. 33). (Grifo nosso).

Frisa-se a existência factual de supostas lesões aos direitos fundamentais dos investigados, entre eles o direito de locomoção, e a presunção de não culpabilidade estariam ameaçados. Pois as autoridades policiais, pós-autorização judicial, teriam legalidade de impedir o ir e vir do cidadão, em face da medida cautelar, para que o mesmo fosse, querendo ou não, prestar esclarecimentos, sob o quanto alegado em seu desfavor, nesse sentido, ferindo sua liberdade, e, pior tendo um conceito e juízo precoce de culpabilidade. O ministro Gilmar Mendes termina dizendo;

[...] “Que tenhamos a humildade de reconhecer que nos nossos gabinetes nós não conhecemos toda a dimensão da vida. Ainda há muito que ser feito para descobrir a verdade e que haja justiça para todos e que os espertos por serem riscos ou terem poder não consigam escapar dos deveres de prestar contas às cortes de Justiça”.  
[...] (STF, 2016, pág. 34).

Dentre os outros cinco ministros que acompanharam Gilmar, destaca-se o voto do ministro Celso de Melo Decano da suprema corte, que em seu voto deu ênfase a sua posição reiterada, em julgamentos em que se tem o Estado e os direitos fundamentais do cidadão. Ele continua dizendo, que o pretório Excelsior tem formado suas jurisprudências, na ilegalidade do clamor público em face das medidas cautelares coercitivas, bem como naquelas, notadamente do controle do Estado, qualifica como abusivo e ilegal esses entraves arbitrários sobre os direitos fundamentais de outrem, que em regra são invioláveis. Disse Celso de Melo:

[...] “O dever de proteção das liberdades fundamentais asseguradas no texto da Constituição da República representa encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se, sob pena de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional”.  
[...] (STF, 2016, pág. 45).

O decano não diz não ser contra a justiça contra aqueles que perfazem as condutas tidas como criminosas, mas que o poder público deve ter coerência em suas decisões, bem como não se esquecerem das normas constitucionais de garantias fundamentais de cada cidadão em caráter subjetivo. Dispõe o ministro:

[...] “Na realidade, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso, resposta essa que não pode manifestar-se de modo cego

e instintivo, há de ser uma reação pautada por regras que viabilizem a instauração, perante juízes isentos, imparciais e independentes, de um processo que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, em ordem a que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de qualquer persecução penal movida pelo Estado, àquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!" [...]. (STF, 2016, pág. 48).

Pela divergência tem-se o ministro Alexandre de Moraes, que se posiciona pela constitucionalidade da condução coercitiva, desde que o investigado tenha de forma injustificada, se negado a comparecer perante a autoridade policial, isto porque, segundo ele não existe o direito de se eximir dos procedimentos investigatórios, o que existe é o direito ao silêncio.

O ministro Alexandre continua dizendo, que o direito do investigado de permanecer calado, não estaria sendo lesado, pelo fato de o mesmo estar sendo levado perante a autoridade competente de forma coercitiva, muito pelo contrário esse direito só seria visto na prática quando este comparecesse aos atos procedimentais, permanecendo calado diante da autoridade policial. Dentre os outros 5 ministros que acompanharam a divergência destaca-se o ministro Edson Fachin, senão vejamos;

[...] "Jamais dirão que o que desejam é realmente manter a seletividade penal e a intocabilidade dos poderosos" [...] "Tomam-se algumas falhas e desencontros e por meio de hipérboles, tentam fazer crer que uma nova ordem está se instaurando e é perigosa para as garantias individuais." [...]. (STF, 2016, pág.50).

O ilustre ministro Fachin, relatou em seu voto, que o presente julgamento era "impar" além de ser "histórico", para o sistema criminal no Brasil, em sede da importância da matéria, e seu impacto quanto a maior operação já realizada nesse país, contra a corrupção, á famigerada operação lava jato. Argumenta o ministro que em território nacional, a um excesso de rigor contra as classes abastardas, de forma injustificada e ilegal, no entanto a uma leniência por parte do Estado quanto aos crimes do colarinho branco.

Em suma exsurge da decisão do pretório Excelsior, que a condução coercitiva na fase da formação do inquérito policial, para o interrogatório está proibida, em sede da inconstitucionalidade declarada após a análise do dispositivo. Vale salientar, que ainda é possível a medida cautelar de pequena duração, na fase processual, para inquirição de testemunhas, como para ouvir não mais o investigado, mas o acusado, a requerimento das partes, sendo deferido pelo juiz natural.

## Posicionamento sobre a decisão do Eminentíssimo Juiz Sérgio Moro.

Em Vista do que foi exposto acima, da análise ora minuciosa do pedido do MPF, e da Decisão do Magistrado, das divergências pretéritas, vê-se importante um posicionamento a favor da decisão do eminentíssimo magistrado Sérgio Moro, que decidiu a demanda de forma correta, sensata e equilibrada.

De certo, a análise da Decisão, informa que o intimado não havia comparecido perante a autoridade policial, pois no dia anterior criou-se uma antinomia, levando a insegurança pública e o risco de lesão à integridade física de terceiros e do próprio ex-presidente, como consequência houve a impossibilidade do comparecimento.

No entanto MPF, buscou-se do Juiz natural da demanda, uma nova intimação ao ex-presidente e a sua esposa, e que desta vez não enseja-se em caso de novas manifestações, o não comparecimento dos intimados, **caso se recusassem seriam levados coercitivamente**. Portanto decide em parte a favor ao pedido do *parquet*, Sobre a condução coercitiva, caso o mesmo se recusasse a aparecer espontaneamente, o que não fere a lei, tampouco a constituição, na verdade funde-se com ela.

Nesse sentido, em caráter meramente crítico/construtivo, tem-se que as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, não tinham fundamento, em sede do caso sob exame, é sabido que todos os direitos individuais de caráter fundamental foram soberanamente respeitados, e que não houve afronta a carta magna deste país.

Logo a decisão que declarou a inconstitucionalidade da condução coercitiva, ainda que somente em sede de interrogatório na fase de formação do inquérito, não foi feliz, e tampouco se buscou como medida de justiça tal decisão. De modo que o mais lesado de todos os princípios de todo o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente os que regem as engrenagens do direito criminal, foi o da segurança jurídica, que versa em caráter objetivo, sobre a confiança e credibilidade no judiciário, o terceiro poder, como elenca Montesquieu.

Conforme elencado no voto do ministro Alexandre de Moraes, não houve lesão aos direitos fundamentais, tais como; o direito do investigado de permanecer calado, da não culpabilidade, ou presunção precoce da culpa, mas somente a submissão de todos, aos procedimentos investigatórios, a que possam ser compelidos.

## Considerações Finais

Diante de todo o exposto, percebe-se que a condução coercitiva servia pelo menos de praxe, como um instrumento legal, para auxílio de maneira incontestada, para a justiça,

leia-se para o devido processo legal, esculpido na Constituição federal e na legislação infraconstitucional.

Outro sim, como prova fática da importância desse instituto, é que a maior operação contra a corrupção de todos os tempos nesse país, que realizou 210 conduções, no longo das investigações, portanto resta demonstrado, a plena eficácia, além da sua importância para o Estado, que tem a incumbência de zelar, resguarda e proteger em caráter preventivo ou repressivo, os bens jurídicos tutelados.

Posto isto, diante das discussões acima colocadas, para os que discordam da condução, argumentam que o texto do artigo 266 do CPP, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e que, portanto o dispositivo seria inconstitucional, pois fere os direitos e garantias fundamentais dos investigados. Entretanto, aos que entendem pela possibilidade da condução, e conseqüentemente pela sua constitucionalidade, observado os requisitos da intimação/comunicação e injustificada recusa de comparecimento, ensejaria a medida cautelar.

### Referências Bibliográficas

ANDRÉ. Luciana dos Santos. **Condução coercitiva e seus efeitos nas investigações criminais contras as investigações criminosas**. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22 de dez. de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62513>. Acesso em: 08 de março de 2019.

ARAS. Vladimir. Debaixo de Vara. **Condução coercitiva como medida cautelar pessoal autônoma**. Publicado em 16/07/2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/07/16/a-conducao-coercitiva-como-cautelar-pessoal-autonoma/>. Acesso em 26.10.2019.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) abril de 2019. Acesso em 21 de abril de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Decreto lei nº 3689 de 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em Abril de 2019.

COELHO. Gabriela. **Condução coercitiva virou espetáculo midiático, diz ministro Gilmar Mendes**. Consultor Jurídico, 07 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/conducao-coercitiva-virou-espetaculo-midiatico-gilmar-mendes>.

FEDERAL. **Supremo Tribunal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (395) com Medida Liminar.** Brasília, 11 de abril de 2016.:<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=395&processo=395>. Acesso em 11 de abril de 2016.

FLORES. Paulo. **Gilmar restringe condução coercitiva. E outros pontos em xeque na Lava Jato.** NEXO Jornal, 17 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/19/Gilmar-restringe-condu%C3%A7%C3%A3o-coercitiva.-E-outros-pontos-em-xeque-na-Lava-Jato>. Acesso em 26.10.2019.

MORAIS. Ivan Ribeiro. **O que é, afinal, a condução coercitiva. Canal Ciências Criminais, 04 de março de 2016.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-que-e-afinal-a-conducao-coercitiva/>>. Acesso em 25 de abril de 2019.

TALON. Evinis. **A decisão de Gilmar Mendes sobre a condução coercitiva.** Canal Ciências Criminais, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/gilmar-mendes-conducoes-coercitivas/>. Acesso em 22 de abril de 2019.

Rodrigo, P. **Direito Constitucional.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2019. 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 12.10.2019.

## **ANÁLISE DA PROVA INDICIÁRIA NO SISTEMA PROBATÓRIO PENAL BRASILEIRO**

**CAROLINE AUSTREGESILO DE ATHAYDE PESSÔA:**  
advogada formada pela UERJ e pós-graduada pela UCAM

**RESUMO:** A elaboração do presente trabalho tem como propósito o estudo do sistema probatório penal brasileiro, com enfoque específico nas provas indiciárias, de modo a verificarem-se os diferentes conceitos que são atribuídos aos indícios; limites do âmbito de sua aplicação, de modo a se abordar as diferentes posições doutrinárias acerca da possibilidade, ou não, de se ensejar um decreto condenatório com base nos indícios e a valoração dada a este tipo de prova. Trata-se, na realidade, de formar uma convicção acerca do polêmico tema sobre admissibilidade ou não das provas indiciárias, de sua correta ou errônea utilização no processo judicial penal, bem como de sua possível equiparação às demais provas processuais. Por fim, será feita uma abordagem sobre o modo que a prova indiciária é utilizada na prática, no âmbito do processo penal, por meio do estudo de determinados casos concretos, abordados pela mídia como verdadeiros escândalos nacionais, envolvendo sua utilização e os seus efeitos em nosso ordenamento jurídico.

**Palavras Chaves:** Sistema Probatório Penal Brasileiro. Provas indiciárias. Âmbito de aplicação e limites de sua utilização. Análise de Casos concretos.

**ABSTRACT:** The purpose of this work is to study the Brazilian criminal evidence system, with a specific focus on the evidence, in order to verify the different concepts that are attributed to the evidence; Limits of the scope of its application, in order to approach the different doctrinal positions about the possibility or not of giving rise to a condemnatory decree based on the evidence and the valuation given to this type of evidence. In fact, it is a matter of forming a conviction about the controversial issue of admissibility or not of the evidence, of its correct or erroneous use in the criminal judicial process, as well as of its possible equivalence to the other procedural evidence. Finally, an approach will be taken on the way in which the evidence is used in practice in criminal proceedings, through the study of certain concrete cases, addressed by the media as true national scandals, involving their use and their effects on Our legal system.

**Key Words:** Brazilian Criminal Probation System. Indefinite evidence. Scope and limits of its use. Concrete cases.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Sistema Processual Penal Brasileiro. 2.1 Preceitos Básicos de Direito Probatório. 2.1.1 Conceito, objeto e finalidade da prova. 2. 1.2 Os sistemas de apreciação de provas. 2. 1.3 O sistema de apreciação de provas vigente no Brasil. 2.3 Classificações das Provas: Diretas x Indiretas. 3. Da prova indiciária. 3.1 Os indícios como elementos de convicção. 3.2 Os diferentes conceitos de indício e métodos de raciocínio



lógico utilizados. 3.3 A relação entre indício e presunção. 3.4 A valoração dos indícios na persecução penal. 3.5 A controvérsia sobre a utilização da prova indiciária para fundamentar sentença penal condenatória. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico de conclusão do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro irá versar sobre a questão da utilização/aplicação das provas indiciárias no processo penal vigente.

O tema desenvolvido nesta monografia foi escolhido em razão de sua elevada relevância para a sociedade brasileira, haja vista a necessidade de se analisar o indício como meio de prova considerada. Assim, no espectro atual, em que a mídia aborda de forma incessante a atuação do Poder Judiciário em supostos crimes que são considerados verdadeiros escândalos nacionais, é de suma importância que se compreenda os limites de aplicação das provas indiciárias dentro de um sistema penal garantista, em que se tem como um dos princípios basilares o do chamado *"in dubio pro réu"*.

É preciso que se estabeleça que através de uma análise mais profunda dos indícios, é possível que o Julgador forme sua convicção, embasando sua decisão de acordo com o seu convencimento.

De tal sorte, observa-se que a utilização de provas indiciárias, plenamente permitida no Código de Processo Penal vigente, tem, por vezes, o condão de evitar uma possível impunidade quando todos os caminhos apontam para a efetiva consumação de um crime. Entretanto, é necessário que se faça uma análise pormenorizada dos fatos, de modo a evitar que sejam feitos saltos epistemológicos que levem a conclusões não condizentes com a verdade.

Em um primeiro momento, será traçado o histórico acerca do sistema probatório penal brasileiro. Por meio de tal análise, procurar-se-á focar, especificamente, na questão da prova, como um elemento umbilicalmente ligado com a busca ou construção da verdade. É justamente por meio dela que se procura criar o convencimento do juízo sobre determinada verdade, ou seja, os atos de prova estão aptos a *"formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo"* 28.

Ressalte-se que tal análise deverá levar em consideração o que se encontra preceituado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, verificando-se que o legislador brasileiro adotou o processo amparado pela ampla defesa e contraditório como

---

28Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. III, São Paulo: Saraiva, 1965, p.91

um meio de se realizar justiça. Assim, o meio como o processo penal é conduzido e permeado com as provas reflete o instituído Estado Democrático de Direito, tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana. O modelo de Estado adotado está intimamente relacionado com o *modus operandi* na busca ou construção da verdade por parte da máquina estatal. Nesse sentido, encontra-se o ensinamento de Cândido Dinamarco:

*“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.” 29*

Logo, quando se adentra na seara da prova no processo penal brasileiro, há de se abordar aspectos ligados ao Estado Democrático de Direito, aspectos que se relacionam com a própria dignidade da pessoa humana. A busca da verdade, então, exercida pelo Estado, detentor do monopólio de jurisdição, encontra determinados limites, quais sejam as garantias individuais das pessoas. Logo, essa busca da verdade não deve ser exercida de maneira desenfreada, a todo custo.

Assim, depreende-se que o constituinte brasileiro não adotou a busca da verdade absoluta, alcançada por qualquer meio, mas sim por uma verdade mínima<sup>30</sup> ou relativa, definida como aquela possível de ser alcançada em conformidade com os procedimentos legais e respeito às garantias individuais. A busca da verdade, então, deve coexistir com a busca pela tutela de demais interesses presentes no ordenamento jurídico.

Posteriormente, será travada uma discussão acerca da utilização das provas indiciárias como elementos aptos a ensejar um decreto condenatório. Levando-se em consideração a supracitada afirmação, é preciso que se ressalte que esses limites à busca da verdade no processo penal esbarram, por diversas vezes, na necessidade e anseio social de se evitar a impunidade diante do provável cometimento de uma infração penal. A sociedade moderna, como se sabe, vem se revelando cada vez mais atenta e exigente no que diz respeito a atitudes adotadas por parte dos operadores da Justiça. E, com a espantosa velocidade dos fatos que vêm à tona pela mídia, tornando-se assim públicos, a sociedade exige, a cada dia mais, que haja a aplicação do direito e da Justiça, com a conseqüente punibilidade de atos criminosos.

---

29Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, 3. Ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27

30 Ferrajoli, op. Cit., p. 38 e 434-440

A grande questão é que diversas atitudes criminosas são comprovadas, quase que exclusivamente, por meio de indícios. É o caso, por exemplo, da Operação Lava-Jato ou do goleiro Bruno do Flamengo, casos polêmicos que dividem opiniões no país. Ora, diante de indícios tão óbvios e indubitáveis, a própria população clama por uma resposta, por uma punição.

Assim, diante de crimes altamente elaborados, em que se exige por parte dos órgãos responsáveis pela sua solução uma demasiada perspicácia, muitas vezes só se consegue desvendar a ação em tela por meio de indícios apresentados. E é justamente dentro desse contexto que a prova indiciária se apresenta como importante meio de se evitar a impunidade.

Ao final do estudo desenvolvido ao longo dos capítulos anteriormente descritos, a Autora buscará apresentar casos práticos ocorridos no Brasil em que se fez a utilização das chamadas provas indiciárias. O objetivo é abordar até que ponto, efetivamente, os indícios podem ser utilizados no processo penal como prova a fim de se ensejar uma condenação.

## **2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

### **2.1 Preceitos Básicos do Direito Probatório**

O Sistema Processual Penal, no qual está inserido o direito probatório, está fortemente amparado por direitos e garantias fundamentais, lastreadas na própria Constituição Federal. Dessa forma, o sistema processual penal brasileiro oferece mecanismos ao magistrado para que este atue com certa liberdade, mas, ao mesmo tempo, balizado por determinados limites a fim de que seja contida a arbitrariedade e o subjetivismo.

O Juiz, no exercício de sua função, deve observar o conhecido princípio da presunção de inocência. Daí decorre a necessidade de se observar, com a devida cautela, o conjunto probatório existente no processo em análise, a fim de que se alcance a exigida certeza, necessária a ensejar um decreto condenatório.

Dentro desse contexto, nasce a questão acerca da idoneidade das provas indiciárias para embasar a condenação de um indivíduo, dada a sua peculiaridade, que será abordada em momento posterior. Delimitar os limites que devem ser observados pelo juiz no que diz respeito à apreciação de todo o conjunto probatório é, sem dúvidas, essencial para a apreciação da tarefa que lhe é designada, qual seja julgar.

Neste diapasão, relações entre o processo, as provas, o alcance da verdade e a provável certeza faz-se extremamente relevante à compreensão da análise da prova

indiciária no processo penal. De tal sorte, antes que se adentre de modo específico no estudo dos indícios, será feita uma análise mais ampla do sistema de direito probatório brasileiro.

Ora, entender os preceitos básicos do direito probatório no processo penal vigente é essencial para que o magistrado exerça seu papel de julgar. Isso possibilita que as atribuições, bem como as limitações impostas ao julgador sejam evidenciadas, a fim de se observar como se assegurar as garantias mínimas que devem perpassar o processo penal.

Diante disso, torna-se relevante o estudo do objeto do presente trabalho, qual seja a prova, de modo a se abordar seu aspecto conceitual, bem como sua finalidade no âmbito processual. De igual maneira, faz-se relevante o estudo dos sistemas de apreciação de provas, a fim de que se estabeleçam os contornos que devem ser adotados pelo magistrado, quando do momento de proferir a sentença.

### 2.1.1 Conceito, objeto e finalidade da prova

Conforme conceitua De Plácido e Silva<sup>31</sup>, a prova consiste na *“denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”*.

Já o renomado doutrinador Guilherme Nucci<sup>32</sup>, afirma que a prova pode ser conceituada por três diferentes perspectivas, quais sejam: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou verdade do fato alegado pela parte no processo; b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Segundo Edilson Mougnot Bonfim<sup>33</sup> *“A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”*. Entretanto, na esteira do pensamento de Nucci, entende que o termo possui diversos significados, podendo, então, ser compreendido como atividade de provar, ou o resultado pelo qual se prova um resultado final.

31 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 656

32 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3.ed. rev. atual.e ampl. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 359

33 MOUGNOT BONFIM, Edilson. **Curso de Processo Penal**.2.ed. rev. ampl. atual. SãoPaulo: Saraiva, 2007, p. 289.

Já nas palavras de Dellepiane<sup>34</sup>, *“Usa-se, de ordinário, no sentido de meio de prova, isto é, significando os diferentes elementos de juízo produzidos pelas partes ou recolhidos pelo juiz, a fim de estabelecer no processo a existência de certos fatos (prova testemunhal prova indiciária). A seguir, entende-se por prova a ação de provar, a ação de fazer a prova, [...]. Finalmente, a palavra prova designa também o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no Juiz por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acêrca da existência de certos fatos sobre os quais recairá o seu pronunciamento”*.

O que se verifica, então, é que à palavra prova são atribuídas diversas acepções, ainda que em sentido técnico-jurídico.

Já no que diz respeito ao chamado objeto de prova, tem-se que este consiste no fato que se pretende demonstrar ocorrido. Assim, considerando-se que a persecução penal tem por objetivo apurar a verdade dos fatos relacionados intimamente com o delito, tem-se que, por consequência, o conteúdo da prova deve, obrigatoriamente, versar sobre tais fatos, chamados de fatos probandos.

O objetivo da ação penal serve, então, para delimitar esse objeto de prova, a fim de que não sejam produzidas provas que não possuem relação qualquer com o caso em tela, ou seja, que em nada possam contribuir para a solução do conflito. Sobre o assunto, assevera Jose Francisco Cagliari<sup>35</sup> que *“Objeto da prova [...] são os fatos. Nem todos, porém. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, pelo que devem ser excluídos do âmbito da prova em concreto, e ter a sua prova recusada pelo juiz, sob pena de desenvolver-se atividade inútil”*.

A análise de pertinência da prova foi, inclusive, incorporada ao próprio Código de Processo Penal, ao estabelecer em seu art. 400, § 1º, que *“As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”*. A aferição do objeto de prova, que conforme já mencionado deve se manter fiel ao objeto a que deve corresponder, denominado de fato probando, é imprescindível,

---

34 DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. 2.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. Tradução da 5ª edição argentina. p. 19-20.

35 CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Revista Justitia, São Paulo, v. 63, n.195. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24153/prova\\_processo\\_penal.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24153/prova_processo_penal.pdf)>. Acesso em 03 de agosto 2017, p. 80.

portanto, para que haja um desenvolvimento eficaz da atividade jurisdicional, bem como para que se atinja o próprio objetivo do processo.

No que diz respeito à finalidade da prova, De Plácido e Silva<sup>36</sup> afirma que consiste em *“objetivo ou fins tidos na prática ou execução de um ato”*. Isso significa que para se compreender a finalidade da prova no processo, deve-se levar em consideração o objetivo almejado pela atividade que envolve produção e apreciação, do momento de sua admissibilidade até a avaliação pelo magistrado.

Já de acordo com Edilson Mougenot Bonfim<sup>37</sup>, *“Toda a atividade processual, em especial a produção de prova, deve conduzir ao descobrimento dos fatos conforme se passaram na realidade”*. O referido autor acrescenta que *“O conjunto instrutório deverá refletir, no maior grau de fidelidade possível, os acontecimentos pertinentes ao fato investigado”*

Paceli, por sua vez, ensina que *“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”* <sup>38</sup>

Já Malatesta, relaciona as faculdades perceptivas do julgador com a finalidade da prova, afirmando, de tal sorte, que *“Como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são o modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, portanto, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”*<sup>39</sup>

Desse modo, depreende-se de todos os entendimentos supracitados que a finalidade da prova é permitir que o magistrado, analisando todo elemento probatório apresentado e discutido nos autos, atinja uma compreensão dos fatos em análise, a fim de que obtenha sua conclusão sobre a ocorrência, ou não, do fato em investigação, e de

---

<sup>36</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p 359

<sup>37</sup> MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 2. Ed. rev. ampl. Atual. São Paulo: Saraiva 2007, p. 48-49

<sup>38</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10. Ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 281.

<sup>39</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: Conan, 1995. Tradução da 3ª edição de 1912, p. 87

acordo com seu grau de convencimento, determinar a solução jurídica que entender por bem ser mais apropriada.

Ressalta, ainda, a autora do presente trabalho monográfico, que no que diz respeito ao processo de reconstrução dos fatos por parte do julgador, a partir da colheita das provas carreadas ao processo, entende ser possível se alcançar a chamada verdade processual, uma vez que, conforme assevera Pacelli, *“o processo (...) produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá)”*, sob a consciência de que *“a verdade [...] revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes, do juiz, quanto à de terminação de sua certeza”* 40

### 2.1.2 Os sistemas de apreciação de provas

Os três sistemas apontados como mais relevantes na doutrina são: 1) Sistema da Livre Convicção; 2) Sistema da Prova Legal e 3) Sistema do Livre Convencimento Motivado.

O primeiro, também conhecido como sistema da livre convicção, equivale a um modelo que se sustenta na atividade intelectual íntima do magistrado no julgamento do caso. Para tanto, basta que o magistrado avalie o caso concreto conforme desejar o seu íntimo, sendo desnecessário que se vincule, estritamente, à prova obtida, tampouco que apresente a fundamentação para a decisão tomada.

Já o Sistema da Prova Legal está, conforme leciona Mougenot Bonfim, *“ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringindo sua atividade de julgar”* 41. Ou seja, o papel do magistrado nesses sistemas, restringe-se a aplicação das fórmulas, já estabelecidas, dentro do caso concreto. E, como resultado aritmético da análise do conjunto probatório, resultará a condenação ou absolvição do sujeito.

Por último, o sistema do Livre Convencimento Motivado, ou da Persuasão Racional, consiste, por assim dizer, num meio termo entre os dois sistemas anteriores, na medida em que reúne elementos de ambos. Dentro do sistema por ora em análise, o magistrado pode

---

40 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10. Ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282 e 286.

41 MOUGENOT BONFIM, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 2. Ed. rev. ampl. Atual. São Paulo: Saraiva 2007, p. 306-307

conferir valor à prova, independente de qualquer tarifação legal, contudo tem o dever de fundamentar sua decisão, amparada nos elementos probatórios reunidos no processo.

Assevera Guilherme Nucci que *“O sistema da persuasão racional é uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem por outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juízes pelo sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões.”*<sup>42</sup>

Tendo sido feita esta breve análise sobre os sistemas, passaremos à averiguação de qual deles foi adotado em nosso ordenamento jurídico pátrio, a fim de que seja analisado o parâmetro para a averiguação da utilização da prova indiciária para embasar uma condenação penal.

### **2.1.3 O sistema de apreciação de provas vigente no Brasil**

Considera-se, por diversas razões, que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o Sistema de Livre Convencimento Motivado.

Primeiramente, insta ressaltar que a Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, preceitua que todas as decisões tomadas pelo Poder Judiciário devem ser devidamente fundamentadas. De igual maneira, o Código de Processo Penal, em seu art. 155, *caput*, assegura ao julgador a liberdade para realizar a apreciação da prova. Além disso, consta da exposição de motivos do CPP, Decreto-Lei 3.689/41, no item XI, que o sistema do Livre Convencimento Motivado foi adotado por nosso Ordenamento, conforme preceituado: *“A sentença deverá ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento”*

Nada obstante, deve-se salientar que, ainda que predomine o Sistema do Livre Convencimento Motivado, conforme visto nas supracitadas previsões legais, ainda se encontram, excepcionalmente, resquícios do Sistema da Prova Legal e do Livre Convencimento.

Por conta dessas exceções encontradas, por exemplo, no Tribunal do Júri, em que vigora a Livre Convicção, ou em determinados artigos do CPP, como o Parágrafo único do 155 ou 564, inciso III, alínea b, em que vigora a tarifação das provas, há quem afirme que o Brasil, na realidade, adotou o Sistema Misto.

---

<sup>42</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3.ed. rev. atual.e ampl. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 308.



Ou seja, o legislador optou por, preferencialmente, utilizar o Sistema do Livre Convencimento Motivado, mas, ao mesmo tempo, realiza uma mescla entre os sistemas, conforme determinadas circunstâncias expressas na legislação.

## 2.2 Classificações das provas: Diretas x Indiretas

De acordo com Malatesta, a classificação da prova se dá de dois modos diferentes. Um deles diz respeito à sua natureza e produção, já o outro, diz respeito ao efeito que as provas geram no espírito do julgador.

O segundo, amplamente aceito pela doutrina contemporânea, consiste, basicamente, na divisão da prova quanto ao conteúdo; quanto ao sujeito de que emana; e quanto à forma pela qual se apresenta.

No que diz respeito ao sujeito da prova, compreende-se como tal a pessoa ou coisa de onde emana a prova. Esta pode, ainda, ser subdividida em real, quando *da "atestação inconsciente, feito por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu"*; ou pessoal, sendo esta *"toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados, como a testemunha que narra o fato que presenciou."* 43

Já quanto à forma da prova, esta se divide conforme o modo em que é apresentada em Juízo, podendo ser: testemunhal; documental e material. Também nas palavras de Cagliari, *"Prova testemunhal, em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral, compreendendo as produzidas por testemunhas, declarações da vítima e do réu. Documental é a afirmação escrita ou gravada. Diz-se material a prova consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc."* 44

Finalmente, quanto ao objeto, as provas classificam-se em diretas e indiretas, ainda segundo o referido autor, *"Referem-se as primeiras, direta e imediatamente ao fato a ser*

43 CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Revista Justitia, São Paulo, v. 63, n.195, p. 78-100, jul/set. 2001. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/x6wc11.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2017, p. 82

44 CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Revista Justitia, São Paulo, v. 63, n.195, p. 78-100, jul/set. 2001. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/x6wc11.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2017, p. 83

*provado. As segundas dizem respeito a outro(s) fato(s) que, por sua vez, se liga(m) ao fato a ser provado. São provas indiretas as presunções e indícios”<sup>45</sup>*

Em consonância com os ensinamentos de Malatesta, a classificação quanto ao objeto da prova, depende da análise entre a relação do conteúdo da prova com a verdade, de modo a se verificar se essa se dá de maneira mediata ou imediata. Assim, assevera que *“a prova pode referir-se, como a objeto imediato, ao delito, mesmo em um dos seus mínimos elementos ou consistir no próprio elemento delituoso, sendo chamada, agora, de prova direta. Pode, ao contrário, a prova, como ao objeto imediato, referir-se a uma coisa diversa do delito, da qual, por um esforço da razão se passa ao delito, referindo-se, assim, a este mediatamente ou pode consistir diretamente nessa coisa diversa, sendo chamada, agora, de prova indireta”* <sup>46</sup>

Em outras palavras, isso significa que a classificação depende da maneira pela qual se alcança, por meio do conteúdo da prova, a proposição acerca do fato que se deseja provar. Desse modo, as provas diretas, por si só, são capazes de externar uma proposição sobre o fato probando, e em contrapartida, as indiretas demandam que seja feita uma operação mental por parte do julgador, a fim de que se obtenha uma proposição acerca do fato probando.

Assim, a prova direta traz, em seu próprio conteúdo, o fato probando, ou, por vezes, uma de suas circunstâncias. Já a prova indireta, exige que haja uma análise do seu conteúdo para que, então, seja estabelecido um nexos causal entre o fato provado e o delituoso. Dentro de tal contexto, tem-se que pode ser obtida a verdade dos fatos por meio das provas indiretas, porém essa, diferentemente do que ocorre nas provas diretas, demandará um maior esforço e maior cautela por parte do julgador para que este chegue a uma conclusão segura e precisa.

Não há que se falar, deste modo, em uma diferença quanto à natureza das provas diretas e indiretas, pois, na realidade, o que as difere é apenas o grau de complexidade da operação mental empregada pelo julgador.

Então, pode-se dizer que há apenas uma diferenciação quanto ao conteúdo das provas. Na prova direta se lida com o próprio fato, objeto do processo, enquanto na prova indireta, os fatos são diversos daquele principal, mas tendem a possibilitar, por meio da

---

<sup>45</sup> CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Revista Justitia, São Paulo, v. 63, n.195, p. 78-100, jul/set. 2001. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/x6wc11.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2017, p. 82

<sup>46</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: Conan, 1995. Tradução da 3ª edição de 1912, p. 153

utilização de uma operação mental, a constatação de uma relação entre o fato conhecido e o fato desconhecido que se deseja provar.

Assim, tendo-se realizado o estudo sobre a prova, bem como do tratamento que lhe é oferecido dentro de nosso sistema processual penal, torna-se viável o estudo da prova indiciária e de sua utilização.

### **3. DAS PROVAS INDICIÁRIAS**

#### **3.1 Os indícios como elementos de convicção**

O Código de Processo Penal Brasileiro é bem sucinto no que se refere à prova indiciária, tendo se dedicado apenas a um artigo sobre a referida matéria, qual seja o 239:

*“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”*

O indício, como o próprio sentido do termo expressa, é aquilo que indica, ou seja, que aponta. Assim, a título de exemplificação, se uma pessoa é encontrada ao lado de um cadáver que foi esfaqueado, com uma faca na mão, isso constitui, justamente, um indício de que se trata do provável assassino.

Ora, o Código de Processo Penal, ao fazer uso da palavra indício, a utiliza, a bem da verdade, como sinônimo de prova em geral. Contudo, algumas considerações devem ser tecidas.

De acordo com o entendimento do doutrinador Hélio Tornaghi, ao se fazer uma análise literal do referido dispositivo, depreende-se que a lei não considerou o indício como sendo fonte idônea para se comprovar a existência, ou não, de um fato, mas sim sobre as circunstâncias deste. Ou seja, é preciso que, primeiramente, seja demonstrado, por outros meios, que a infração de fato ocorreu e, somente em momento posterior, é possível que se conclua, por meio de indícios, acerca das circunstâncias do crime.

Assevera que os indícios, então, não são admitidos, pelo Sistema Penal Brasileiro, como prova do fato, mas apenas para prestar informações acerca das circunstâncias que o rodeiam. Assim, a prova da materialidade do crime tem que ser feita pelo exame de corpo e delito, seja direto ou indireto, conforme prevê o art. 158, do Código de Processo Penal. Há de se provar o fato, desse modo, por meio de depoimentos de testemunhas, documentos, fotos, ou outros meios, e nunca pelos indícios ou pela própria confissão.

Diante disso, se uma pessoa, por exemplo, é encontrada com objetos de outra que está morta, ainda que os dois sejam inimigos e tenha havido diversas ameaças, e haja diversos outros indícios, isso, exclusivamente, não permite uma conclusão que enseje em condenação de homicídio, haja vista ser necessário o exame direto do cadáver ou a prova testemunhal, utilizada como base pelo exame indireto.

Atualmente, contudo, o estudo da prova indiciária deve ser realizado no sentido de uma busca à verdade material. Essa busca da verdade, entretanto, limita-se à probabilidade de se conceber uma idéia, considerada mais ou menos exata, a respeito da possível ocorrência de uma prática delituosa, ou seja, restringe-se à certeza subjetiva, enquanto persuasão de uma verdade.

O que se busca, então, é que se atinja a verdade possível ou material. Nas palavras de Edmundo Dantés Nascimento, *“a verdade para a decisão do juiz é a conformidade do espírito do julgador com a realidade contida no processo”*<sup>47</sup>. No mesmo sentido estão as palavras de Vicente Greco Filho, ao afirmar que *“no processo, não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”*.<sup>48</sup>

O magistrado deve extrair da análise de todas as provas contidas nos autos o seu convencimento, que não deve ser atrelado a qualquer critério pré-estabelecido. O que se exige é que a sentença proferida seja fundamentada, no sentido de demonstrar porque acolheu ou rejeitou determinado elemento de convicção.

Em meio a tal contexto, conforme o entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, os indícios possuem, sim, o mesmo valor probante das demais provas. É importante que se ressalte, entretanto, que admitir a prova por indício não significa que o magistrado está autorizado a declarar provado um fato apenas provável. Na realidade, o que vale para a prova indiciária, bem como para as demais, é que o juiz só pode declarar um fato provado quando dele derive a certeza processual necessária.

O indício vem se revelando muito importante, na medida em que pode ser utilizado para que contradições sejam afastadas, pois, apesar de considerado prova imperfeita por

---

47 Nascimento, Edmundo Dantés. *Lógica Aplicada à Advocacia – Técnica de Persuasão*, 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva 1991, p. 55

48 Filho, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 4ª Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1898, v.2, p.114.

alguns, acaba constituindo, na prática, um elemento de convicção que gera a certeza moral<sup>49</sup> para o julgador.

Assim, diversas condenações são fundamentadas num vasto conjunto de fatos indiciários, que são corroborados, evidentemente, por outros elementos de prova. Em contrapartida, diversas decisões absolutórias também são fundamentadas em indícios, que são capazes de, por exemplo, revelar a inocência de uma pessoa ou insuficientes para gerar uma certeza que leve à condenação.

Os indícios, então, para que sejam considerados elementos de convicção do magistrado, devem ser compreendidos em seu exato sentido, de modo que não sejam confundidos com presunção ou mera suspeita. Ressalte-se, ainda, que a existência de meros indícios não enseja uma sentença condenatória. É preciso, para tal, que sejam concludentes e não deixem qualquer margem de dúvida. Ou seja, o magistrado deve, ao prolatar a sentença, expressar sua certeza moral, conforme análise de todo conjunto probatório. Assim, não deve haver prevalência ou exclusão de qualquer elemento probatório.

### **3.2. Os diferentes conceitos de indício e métodos de raciocínio lógico utilizados**

O conceito jurídico de “indício” não é pacífico na doutrina. Isso se reflete por uma discordância no próprio conceito do termo, consagrado de diferentes maneiras em dicionários e enciclopédias como: circunstância relacionada ao fato; fato que guarda relação com o outro ou como sinônimo de presunção. Também, por uma falta de uniformidade no que diz respeito à índole da operação mental efetuada, em que se verifica diferentes concepções, quais sejam: indutiva; dedutiva ou conjectura, produzida por circunstância de um fato.

O indício, então, é conceituado de diversas maneiras por diferentes autores. Vejamos:

Para Gianturco<sup>50</sup>: *“Fato conhecido do qual, através de um juízo lógico, que se coloca no esquema característico do silogismo probatório, se pode argumentar a existência de outro fato desconhecido, que constitui o thema probandum”*

---

<sup>49</sup> “a persuasão produzida no ânimo do juiz, de acordo com o modo normal de agir das pessoas, que exclui qualquer dúvida prudente”. (Código de Direito Canônico, trad. CNBB, 2ª Ed., Brasília, Loyola, 1987, p.689, nota ao cânone 1.608, § 1º, que reproduz o art. 1.869 do *Códex Iuris Canonici* de 1917).

<sup>50</sup> GIANTURCO, Vito. *La Prova Indiziaria*. Milano. Guiffré. 1958, cit., p. 213

Para Manzini<sup>51</sup>: *“Circunstância certa da qual se pode tirar, por indução lógica, uma conclusão acerca da existência ou inexistência de um fato a provar”*

Para Malatesta<sup>52</sup>: *“Argumento probatório indireto que deduz o desconhecido por meio da relação de causalidade”*.

Para João de Castro Mendes<sup>53</sup>: se refere aos indícios como *“fatos probatórios indiciários”*, e os define como *“os que permitem concluir pela verificação ou não verificação de outros fatos em virtude das leis naturais conhecidas pelos homens, e que funcionam como máximas de experiências”*.

Assim, o que se conclui é que os autores divergem quanto ao sentido de indícios, basicamente, em relação a dois pontos: a definição de indício, efetivamente. Para alguns, indício é fato, já para outros, circunstância ou coisa, e há ainda quem defenda, de modo indistinto, ser fato, circunstância ou uma coisa; e quanto ao método de raciocínio usado pelo sujeito investigativo. Ou seja, para alguns, é um método indutivo, já para outros, dedutivo ou, um método indutivo-dedutivo e, finalmente, há quem fale em inferência.

É importante, desta forma, que seja feita a análise de cada elemento, de modo separadamente.

A palavra fato significa feito, acontecido. Genericamente, então, é significa acontecimento, ou seja, aquilo que existe, que realmente é real. No direito penal, o termo assume um significado que corresponde, para a maioria dos autores, “à somatória da ação praticada pelo agente e o seu resultado jurídico, penalmente relevante. Se, porém, o resultado não interessar ao direito Penal, a ação, por si só, constituirá o fato, como nos crimes de mera conduta”<sup>54</sup>.

Já no Direito Processual, o termo “fato” representa algo que sucedeu, ou seja, um acontecimento interno ou externo. Assim, é um termo objetivo, que não depende de representação mental que dele possa ter uma pessoa. Isto é, o fato remete a uma situação objetiva. Ressalte-se, ainda, quer o fato, dentro da esfera do direito processual, pode ser

---

51 MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Chile-Buenos Aires. EJE, 1952, t. I e III, cit., v. III p.482

52 MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Tard. Alexandre Augusto Correia e anot. De Hélio Pereira Bicudo. São Paulo Saraiva, 1960, v. 1, cit., p. 220.

53 MENDES, João de Castro. Do Conceito de Prova em Processo Civil, Lisboa, Ática, 1961, p. 182.

54 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. Ed. Lumen Juris, reimpressão, p. 31.

considerado notório. Isso significa que o fato é de conhecimento geral, dentro daqueles sujeitos processuais.

Já a palavra circunstância, etimologicamente falando, é aquilo que “está ao redor”, em volta do fato. Assim, sob um aspecto jurídico-penal, a circunstância pode ser definida como um elemento accidental, algo que fica ao entorno do fato criminoso, sem interferência na estrutura típica, mas podendo gerar efeitos no *quantum* da punição.

A circunstância pode ser abordada sob o aspecto objetivo, quando se atrela à realização objetiva do fato, ou seja, forma de execução, tempo, local etc. Por outro lado, pode ser abordada, também, sob o aspecto subjetivo, quando a circunstância se adere à pessoa do agente, suas condições ou qualidades pessoais.

Ora, conforme os ensinamentos de Bentham e Ellero<sup>55</sup>, dentre outros pensadores, um fato, se considerado parte de outro, é, na verdade, uma circunstância dele. Assim, todo fato, em sentido absoluto, pode, relativamente, ser considerado circunstância de outro fato. Compartilhando do mesmo entendimento, entende Maria Thereza Rocha de Assis Moura que, a bem da verdade, circunstância é fato e não há que se falar em duas categorias distintas.

Já o conceito da expressão coisa, significa aquilo que pode existir, negócio, etc. Trata-se, conforme Ricardo Antunes Andreucci<sup>56</sup>, de uma palavra indefinida ou “porosa”.

De acordo com a visão de Hélio Tornaghi, o indício é sempre um fato. E é o referido fato, como por exemplo, o homem estar com a faca ao lado de um cadáver, que aponta, ou indica, coisas a respeito do crime, por estar ligado a ele. O indício, então, é o fato que está em torno do crime em tela, e aquilo que está em torno denomina-se de circunstância. Desse modo, o indício não deve ser considerado apenas um fato, mas sim um fato ligado ao fato principal, de um modo tão conexo que permite que se chegue a determinadas conclusões sobre este.

Contudo, é importante que se destaque que para que tais circunstâncias indiquem algo, efetivamente, é preciso que sejam conhecidas e, além disso, provadas. Então, se no exemplo dado, o sujeito que estava ao lado do cadáver não foi visto por ninguém, não se

---

55 Ellero, Pietro. *De La Certidumbre em los Juicios Criminales ou Tratado de La Prueba em Materia Penal*. Trad. Do italiano por Adolfo Posada, 4 ed. Esp., Maderid. Ed. Reus, 1944, p. 55

Bentham, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Obra compilada dos manuscritos do autor por E. Dumont. Trad. Do francês por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires, EJE, 1971. 2 v , cit. P. 292

56 ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 49.

provou que estava ali no local dos fatos, essa circunstância, por si só, não é capaz de indicar nada. O indício, então, é tido como um sinal demonstrativo do crime (*signum demonstrativum delicti*), mas para tal, deve ser conhecido e provado. Assim, o indício pode ser definido como “o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre este”.<sup>57</sup>

Então, no diapasão dessa controvérsia doutrinária, acerca da delimitação do conceito de indício, tem-se por definição, para diversos autores, que o indício é, sem dúvida, fato.

Ressalte-se, ainda, que conforme a visão da autora Maria Thereza Moura, em que circunstância e fato se equivalem, em sua substância, sob esse aspecto, a circunstância pode ser vislumbrada como indício, uma vez que relacionada diretamente com o fato conhecido.

Assim, temos que, juridicamente falando, o indício é o rastro, vestígio ou sinal, ou seja, em geral todo fato conhecido, devidamente provado, que possibilita o conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio do emprego do raciocínio.<sup>58</sup>

Quanto ao método de raciocínio empregado para os indícios, tem-se, de igual maneira, uma ausência de pacificação na doutrina.

Quando se fala em indução, fala-se na passagem do particular para o universal. Já quando se fala em método dedutivo, fala-se no processo de raciocínio que passa de um princípio geral para uma situação particular.

A indução é reconhecida por diversos autores como um processo de generalização. Consiste na operação mental que remonta determinado número de proposições dadas a proposições mais gerais. O método indutivo, então, pode levar à indução generalizadora ou indução particularizadora/analógica. Em qualquer dos casos, pode-se dizer que a conclusão indutiva é logicamente provável, não havendo, contudo, necessidade absoluta.

Em contrapartida, o raciocínio dedutivo é, do ponto de vista lógico-formal, uma operação mental que consiste em concluir, necessariamente, de uma proposição apresentada, outra proposição, da qual seja consequência lógica necessária. Assim, a dedução é a argumentação cuja conclusão é resultante das premissas por uma questão de necessidade.

---

57 TORNAGHI, Hélio; Curso de Processo Penal, volume 1, 3ª edição, revista e aumentada, editora SARAIVA, página 457.

58 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. Ed. Lumen Juris, reimpressão, p. 36.



Já sob o aspecto material das proposições, segundo Van Acker, estas podem ser classificadas em: 1) necessárias, ou seja, proposições impossíveis de serem falsas; 2) impossível, ou seja, aquelas que necessariamente não podem ser verdadeiras; 3) contingentes, ou seja, aquelas que podem ser tidas como possivelmente verdadeiras ou possivelmente falsas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a conclusão dependerá da verdade (ou não) da conclusão lógico-formal. Dessa forma, estando-se diante de uma proposição necessária, a argumentação será demonstrativa; estando-se diante de uma proposição contingente, a argumentação será provável e, finalmente, estando-se diante de uma proposição impossível, há de se falar que a argumentação consiste num sofisma.

Há autores, como Hélio Tornaghi, que consideram o indício como uma dedução típica, ou seja, um *silogismo* “em que a conclusão (o fato probando) resulta da comparação entre a premissa menor (fato indiciário) e a premissa maior (um princípio da razão, conhecido a priori, ou uma lei da experiência, induzida de fatos anteriores)”<sup>59</sup>.

Ao se falar em “indução”, está-se diante de uma situação que consiste em passar do singular para o geral, ou seja, por meio da obtenção de dados singulares, de casos concretos e observados, induz-se uma conclusão genérica, uma regra universal. Assim, na indução sempre se alcança uma afirmação de caráter geral. Seria, então, impossível, para o referido autor, se falar em indução quando se trata do caminho do fato provado (indício) ao fato probando (como, por exemplo, a autoria).

O raciocínio lógico utilizado na prova indiciária, então, segue a seguinte lógica:

1. Premissa maior (regra geral): Toda pessoa que se encontre, momentos após o cometimento de um crime, perto ao cadáver, com a arma e, possivelmente, objetos da vítima, é, provavelmente, é o autor delitivo
2. Premissa menor (o fato indiciário): Maria foi encontrada junto ao cadáver, portando a arma e objetos da vítima
3. Conclusão (fatos probandos): Logo, Maria, provavelmente, é a autora do crime em questão.

Ou, tomando-se o raciocínio por outro ponto, como por exemplo, o alibi de determinada pessoa que, à hora do crime, encontrava-se em local diverso:

---

59 TORNAGHI, Hélio; Curso de Processo Penal, volume 1, 3ª edição, revista e aumentada, editora SARAIVA, página 458

1. Premissa maior (regra geral): Nenhuma pessoa pode, simultaneamente, estar e não estar em certo local
2. Premissa menor: Maria, no momento do cometimento do crime, encontrava-se em local diverso daquele em que teria ocorrido
3. Conclusão: Logo, Maria não se encontrava no local do crime, então não pode tê-lo executado.

Assim, tem-se que a premissa menor é o fato conhecido e provado. Contudo, deve-se ressaltar que há casos que dispensam a necessidade da prova, se o fato é daqueles que prescindem de provas. Então se, por exemplo, Mévio é conhecido em sua comunidade por ser exímio atirador, e que se apresenta regularmente fazendo shows em que desfere diversos tiros entre os olhos de um homem, estampado em um tecido. Além do mais, é de conhecimento geral que Mévio possui forte inimizade com Tércia. Determinado dia, Tércia aparece morta com tiros justamente entre seus olhos. Ora, as circunstâncias referentes à Mévio, ou seja, sua exímia habilidade e sua inimizade para com Tércia, não precisam ser comprovadas e podem ser consideradas indícios de autoria do crime.

No caso em análise, a conclusão dependerá do grau de convicção sobre as circunstâncias relacionadas ao fato. Assim, é importante que, ao se falar sobre provas indiciárias, seja abordado o grau de certeza a que ela pode conduzir.

No sistema da livre convicção, que vigora no Brasil, não há regras pré-estabelecidas acerca da avaliação da prova indiciária, de modo que o valor da prova indiciária, a que o magistrado vai, gradualmente construindo seu convencimento, fica atrelado à natureza da premissa maior e ao grau de certeza da premissa menor.

Quando a premissa maior consiste em uma regra de experiência, a conclusão é apenas provável. Isso se explica pelo fato de que as leis experimentais admitem que, com o passar do tempo, sejam desmentidas. Então, por exemplo: há anos atrás, era regra que toda gravidez era produto de relação sexual. Contudo, com a evolução científica e tecnológica, essa regra não é mais absoluta, pois uma gravidez pode ser resultado, por exemplo, de uma inseminação artificial.

Por outro lado, quando a premissa maior consiste em um princípio da razão, que não depende de experiência, sendo considerada imutável, a depender da premissa menor, a conclusão conduz à certeza absoluta.

Assim, em consonância com o defendido por Tornaghi, o valor da prova indiciária depende, primeiramente, da natureza da premissa maior. Contudo, condiciona-se, também, à certeza da premissa menor. Uma vez que esta se baseia no fato indiciário, ou

no indício propriamente dito, quanto mais certo estiver, ou mais provado o fato, maior certeza terá a conclusão.

Na contramão do pensamento acima exposto, está posicionado o ilustre doutrinador Afrânio Silva Jardim, que, até pouco tempo, seguia a corrente supramencionada. Atualmente, porém, ressalta que há de se fazer um reparo quanto ao aspecto formal do referido pensamento.

Afirma que o indício, fato conhecido e provado, não leva à presunção do *factum probandum*, mas sim à certeza de sua existência. Assim, por exemplo, no caso supramencionado em que a pessoa é encontrada ao lado do cadáver, segurando uma faca, em conformidade com todos os fatos indicativos, o juiz julgaria não de acordo com uma presunção de autoria, mas sim com a convicção desta.

O magistrado pode, entretanto, estar equivocado, ou seja, pode valorar de forma errônea as provas por indícios e tomar por base uma premissa maior não absoluta. Da mesma maneira, pode, também, o julgador errar na valoração de fatos trazidos aos autos por meio das chamadas “provas diretas” (por exemplo, as testemunhas podem mentir e os documentos apresentados podem ser falsos).

Assim, entende o autor que *“pela leitura do disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal, constata-se que indício é o fato provado nos autos do processo que, pela sua relação lógica e empírica com outro fato, nos leva a concluir sobre a existência deste outro, embora este outro fato não esteja demonstrado, através dos meios de prova diretos”*<sup>60</sup> e que, de tal sorte, o raciocínio lógico a ser utilizado pelo magistrado deve ser o indutivo e não o dedutivo. Isso porque o juiz, na realidade, partiria de um fato particular, o indicativo, para, só então, inferir o fato que resta demonstrado, independente da existência de meio direto de prova. Ressalte-se, ainda, que o magistrado, ao realizar seu julgamento, não se baseia em presunções, mas sim em convicções.

Já outras correntes doutrinárias, às quais se filiam a autora Maria Thereza Moura e Antonio Dellepiane, defendem que os indícios, e por conseqüência as provas indiciárias, não derivam, única e exclusivamente, de um raciocínio lógico baseado puramente em dedução ou indução.

Conforme referido entendimento, para que o fato particular, conhecido, seja capaz de conduzir a outro fato desconhecido, é necessário que seja realizado, em primeiro lugar, o emprego da lógica indutiva, para que, dessa forma, seja ligado a uma regra geral, com

---

<sup>60</sup> Vide sítio eletrônico [emporiadodireito.com.br/a-prova-indiciaria-e-a-formacao-do-convencimento-do-juiz-no-processo-penal/](http://emporiadodireito.com.br/a-prova-indiciaria-e-a-formacao-do-convencimento-do-juiz-no-processo-penal/)

fundamentação na observação do que ocorre em fatos análogos, na regra comum. Contudo, é por meio da dedução, regra da experiência, que se chega ao caso concreto, a fim de se inferir o fato desconhecido.

Nesse caso, em que o método de pensamento adotado para análise da prova indiciária se baseia em um método indutivo-dedutivo, a conclusão do pensamento ou raciocínio, diferentemente do que ocorre de uma dedução de caráter rigoroso, é apenas provável.

Dessa maneira, em consonância com a visão em análise, o indício não pode ser concluído apenas pela máxima existencial, é preciso, também, que haja a existência do elemento particular, que irá ligar-se à regra geral, para, posteriormente, ser aplicado ao caso em tela. De tal sorte, não há que se falar numa lógica que seja apenas fruto do pensamento dedutivo, ou seja, um silogismo rigoroso. Caso assim fosse, a conclusão seria, meramente, uma declaração teórica.

É preciso que haja, quando se fala em ilação indiciária, a abordagem de uma lógica concreta. Ou seja, deve haver uma lógica provável, uma vez que, se assim não fosse, o sujeito investigativo estaria exercendo uma atividade exclusivamente técnica ou mesmo de modo arbitrário.

Assim faz-se necessário que o *factum probans* esteja exhaustivamente provado, indubitável, para que, então, possa ser revelado o *factum probandum*. Tal fato se mostra indispensável para que a inferência possa ser estabelecida. É, então, feita uma conexão lógica, entre o fato provado e aquele que se quer provar.

### **3.3. A relação entre indício e presunção**

O presente objetivo é verificar se o indício tem, ou não, identificação com a presunção. Para tal, primeiramente, é importante que se analise o conceito do termo "presunção".

O referido termo tem o sentido etimológico de idéia antecipada; previsão, opinião, crença; suposição de uma coisa como certa. Ou seja, conforme a literalidade da palavra, tem o sentido de pressuposto, preconcebido, ou juízo antecipado.

Vulgarmente, a palavra recebe diferentes sentidos. Contudo, sob aspecto jurídico, o termo é definido, via de regra, como "*conseqüência ou ilação que a lei ou juiz deduz de um fato conhecido, para firmar um fato desconhecido*".<sup>61</sup> Para outros autores, contudo, a

---

<sup>61</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. Ed. Lumen Juris, reimpressão, p. 47.

presunção consiste em um método de raciocínio, em que a partir do estabelecimento de um fato, se induz outro ainda não provado.

Ressalte-se que, uma vez que não há previsão legal genérica na esfera penal, muito menos conceito definido em lei, a delimitação de sua natureza jurídica não é muito tranqüila. Contudo, conforme maioria dos autores, a presunção pode ser dividida em dois grandes grupos: a legal, ou de direito, e a comum, ou judicial, ou do homem.

A primeira é aquela estabelecida pela lei. Assim, provada a certeza de um fato (*thema probatum*), devido a uma relação legalmente estabelecida, o magistrado deve ter por certo outro fato distinto (*thema probandí*), mesmo não sendo possível a formação de sua convicção em virtude de ausência de prova direta.

A presunção legal divide-se, ainda, em dois subgrupos: absoluta e condicional. É tida por absoluta quando resulta de ato ou fato que a lei estabelece como verdade, sem que se admita prova em contrário. Ou seja, nesse caso, o juiz não há como rejeitar a eficácia probante que se impõe. Já a condicional é aquela que a lei estabelece como verdade, enquanto não houver prova em contrário. Ou seja, o efeito que essa presunção gera é o de dispensar do ônus da prova aquele que por ela é beneficiado, de modo que cabe à parte contrária destruí-la.

Já a presunção comum, ou do homem, é aquela que é deixada ao raciocínio daquele que deve solucionar a controvérsia em tela. Ou seja, a relação entre o fato que é provado e outro estimado como certo pelo magistrado, frente à ausência de prova direta, depende, única e exclusivamente, da aplicação de uma regra de experiência que deve ser formulada antes de ser aplicada.

Ora, ao se estudar o processo penal, então, é muito comum que discussões acerca das presunções sejam encontradas juntamente com os indícios. Segundo diversos doutrinadores os indícios se identificam com a presunção do homem, de modo que se equivalem.

Segundo Giuseppe Bettiol<sup>62</sup>, não há que se falar em diferença entre a prova indiciária e a prova presuntiva. Defende o referido autor que esta, assim como aquela, também estabelece a união entre o abstrato e o concreto, tendo como ponto de partida o indício.

---

<sup>62</sup> Bettiol, Giuseppe. *Sulle Presunzioni nel diritto e nella procedura penale*. Milano, Giuffrè, 1938, cit. PP. 13-4.

Considera, então, que tanto o indício como a presunção podem ser considerados meios de prova, não havendo diferença a respeito da estrutura do procedimento lógico, de modo que o que os distingue é apenas o cálculo de probabilidade acerca da conexão entre o fato conhecido e o desconhecido, pois um é realizado pelo próprio magistrado (presunção) e outro é deixado a cargo do legislador (indício).

Na mesma esteira de pensamento, entende Manuel Serra Dominguez<sup>63</sup> que não há diferenças entre indícios e presunções, senão o momento distinto de um mesmo juízo. Ou seja, enquanto o indício constitui elemento inicial, de qual parte a presunção, a presunção consiste na atividade intelectual do julgador, que a partir do indício, poderá afirmar um fato distinto, porém que se relacione causal e logicamente com o primeiro. Dentro de tal contexto, afirma Lessona que o indício seria a causa (fato conhecido) e a presunção o efeito (conhecimento do fato anteriormente ignorado). De tal sorte, em essência, as duas palavras podem ser consideradas sinônimas, uma vez que o indício que faz prova é presunção, ou seja, sobre a base do indício se completa, com êxito, o trabalho lógico que leva do desconhecido ao conhecido.

Também integra tal corrente José Frederico Marques. Afirma que os civilistas falam em presunções, enquanto os penalistas falam em indícios, entretanto que, a bem da verdade, em nada diferem. Afirma o renomado processualista que *“basta confrontar essa definição (art. 239, CPP) com a que vários autores dão de presunção, para logo verificar-se a perfeita sinonímia entre indício e presunção. E isso revela o erro crasso e palmar de afirmar-se que nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar à condenação. Tal assertiva equivaleria a abolir-se a prova indiciária do processo penal”*.<sup>64</sup> Nesse sentido, afirma, ainda, que *“o indício confunde-se [...] com a chamada presunção hominis [...] por serem ilações que o juiz, como homem, se utiliza no decorrer da lide para formar sua convicção, como faria qualquer raciocinador fora do processo”*<sup>65</sup>.

Entretanto, na contramão do que fora acima exposto, há autores que sustentam a diferenciação entre indícios e presunções. Para aqueles que pensam de tal forma, o indício é o indicador e a presunção o fato indicado; o indício é o meio e a presunção é o resultado. Ou seja, em consonância o entendimento em tela, o indício é, na realidade, o fato-base para a presunção. Por meio do indício, do fato conhecido, é que se parte do esforço para se alcançar o fato desconhecido e é, justamente, esse resultado positivo que constitui a presunção.

---

<sup>63</sup> Dominguez, Manuel Serra. *Indícios, in nueva Enciclopedia Juridica*. Prep. Por Buenaventura Pelissé Prats. Barcelona, Francisco Seix, 1965, t. XII cit. P.348.

<sup>64</sup> *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, vol 2, 1998, p. 343.

<sup>65</sup> *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, vol 2, 1998, p. 346.

Assim, tomando por base as palavras de Devis Echandia<sup>66</sup>, a presunção, seja do homem ou judicial, é diferente do indício, do mesmo modo que a luz o é da lâmpada, que a produz. Ou seja, a doutrina que entende haver distinção entre presunção e indício reproduz que do conjunto de indícios provados que surgem no processo em tela, o magistrado obtém as inferências necessárias que lhe permitem presumir o fato indicado. Os indícios, então, são considerados a fonte de onde vêm as presunções, ou em outras palavras, os indícios são os fatos e as presunções o raciocínio conclusivo.

De acordo com Vicente Greco Filho e Alessandra Greco, "*presunção é a ligação lógica entre um fato antecedente e um fato conseqüente, feita pela lei, por regra da experiência técnica ou por regra da experiência comum*" <sup>67</sup>. Já para Edílson Mougénou Bonfim, "*Além de não constituir meio de prova, a presunção é, em sentido técnico, o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) e outro probando, ou seja, é o nome jurídico para a descrição justamente desse liame entre ambos. O indício vincula-se a um fato real, apontando para a demonstração de algo. Ao raciocínio que se fará, concluindo-se – certa ou equivocadamente – acerca do fato probando, chamar-se-á, então, presunção*"<sup>68</sup>.

No mesmo sentido, concorda a autora Maria Thereza Rocha de Assis Moura que indício e presunção se distinguem. Entretanto, discorda com a doutrina defensora de que o indício é fato base para a presunção. Em consonância com seu ponto de vista, admitir que a presunção é a conclusão do raciocínio lógico indiciário é o mesmo que confundi-la com a inferência indiciária, o que não considera correto.

Compartilha a supracitada autora do mesmo pensamento de Guglielmo Sabatini, ao afirmar que a conseqüência extraída dos indícios para que, então, se atinja o desconhecido, é sempre uma lógica indiciária, e não uma presunção. Sustenta, ainda, que na presunção, diferentemente do que ocorre no indício, não há que se falar numa lógica indutiva, uma vez que não há o elemento particular em direção à regra geral.

Assim, a ilação que se verifica nos indícios é a indiciária, enquanto a que se verifica na presunção, é a presuntiva. Enquanto a primeira deriva de determinados indícios, ou fatos, a segunda deriva de um atributo genérico. A ilação indiciária, por sua vez, consiste em prova que, tomando-se por base o link entre o indício e o fato probando, conduz à

<sup>66</sup> Echandia, Devis Hernando. *Teoría General de La Prueba Judicial*, cit. P. 697.

<sup>67</sup> A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana. *In Revista do Advogado*, nº. 99, setembro de 2008, p. 151. Grifos no original.

<sup>68</sup> MOUGENOT, Edílson. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: 2009 p. 367.

probabilidade ou certeza plena. Já a ilação presuntiva é aquela constituída de elementos jurídicos inerentes ao sujeito, e, por conseqüência, não prováveis.

De tal sorte, alega que é um erro da doutrina considerar que as presunções são conseqüências derivadas dos indícios (fatos conhecidos), os quais constituem a própria prova indiciária. Assevera que, na realidade, os fatos conhecidos são inconciliáveis com a idéia de presunção e que destes não se tira, propriamente, uma conseqüência, pois se resolvem em fatos específicos e probatórios. Conclui, então, que os motivos de certeza, que se extraem dos elementos indiciários, são designados, erroneamente, de presunção.

Já outros autores, como Salvatore Messina, Vincenzo Manzini e Eugenio Florian, defendem que o que difere os termos "indício" e "presunção" é o fato de que enquanto este parte sempre de um pressuposto abstrato e atinge, na maioria das vezes, alguma coisa geral, aquele, diferentemente, tem sempre um pressuposto concreto.

De tal sorte, a corrente que diferencia presunção e indício com base na comparação entre a ilação de um e outro, afirma que enquanto o indício decorre de fatos concretos, as presunções nascem de atributos genéricos. Assim, em síntese, a presunção é considerada subjetiva, abstrata e genérica, enquanto o indício é objetivo, concreto e específico.

Ressalte-se, por oportuno, que a análise em tela faz referência à presunção que não representa mera ficção ou fantasia. Ou seja, trata-se de um instituto que, na realidade, deve repelir a idéia de se tratar de "mera opinião baseada numa suposição ou numa suspeita", sem que haja qualquer fundamento objetivo. Tal ressalva torna-se relevante na medida em que a mera presunção, sem qualquer base sólida, deve ser considerada, por evidente, penalmente irrelevante, de modo a não poder influenciar em qualquer decisão.

### **3.4. A valoração dos indícios na persecução penal**

No âmbito do processo penal, a produção e valoração das provas são temas de altíssima relevância. Assim, a prova vincula-se à certeza judicial, com a possibilidade, ou não, de se alcançar a verdade dos fatos imputados. Há de ressaltar, contudo, conforme já mencionado anteriormente, que essa busca da verdade deve ser limitada, de modo a se observar os meios legais e legítimos para sua obtenção. 69

Conforme leciona Vicente Greco Filho, "*a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas certeza relativa suficiente na*

---

69 A prova, segundo **Carnelutti**, consiste na "*demonstração da verdade de um fato realizada pelos meios legais (modos legítimos)*" (Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 44).



*convicção do juiz*<sup>70</sup>. Dessa forma, a prova no processo penal tem por finalidade formar o convencimento do magistrado e a sua valoração está estreitamente relacionada com o livre convencimento. Todavia, é muito importante que se destaque que essa liberdade de convicção não pode se confundir com arbítrio<sup>71</sup>, decisão irracional ou busca incessante de uma prova justificadora da decisão.

O juiz, então, a partir de uma extensa análise de todo conteúdo probatório, deve chegar à sua convicção sobre o caso em análise, e por meio da demonstração de sua motivação, de modo a se evitar arbítrio, proferir a decisão fundamentada, legitimando, desse modo, a persecução penal e o devido processo legal.<sup>72</sup>

Em meio a esse contexto, surge a discussão sobre o valor probante dos indícios, em especial no que diz respeito ao fato de ser possível, ou não, ensejar uma sentença condenatória com base neles.

A problemática da análise já surge, em primeiro lugar, pelo tratamento legislativo conferido aos indícios, pois o Código de Processo Penal, em seu art. 239, os insere no capítulo "da prova". Nada obstante, há quem afirme que apesar de inserido no capítulo de provas, os indícios não constituem meios de prova.

A autora Ada Pellegrini, por exemplo, assevera que o indício constitui "*fonte de prova indireta por uma operação lógica (a presunção hominis) vai-se do fato indiciário ao fato provado*".<sup>73</sup> Do mesmo modo, afirma o renomado Gustavo Badaró que os indícios, na realidade, constituem "*o resultado probatório de um meio de prova. O indício é o fato provado, que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato*"<sup>74</sup>. Tal

70 Greco Filho, Vicente. Manual de processo penal. 6. Ed. São Paulo: Saraiva 1999. P. 196

71 "*A liberdade de convicção não significa, nem pode significar, arbítrio. Por isso que o órgão julgador deve, ao proferir sobre os meios de prova reputados indispensáveis ao atingimento da verdade material e, posteriormente, sopesá-los, um a um, ater-se, afinal, aos autos, justificando o seu pronunciamento absolutório ou condenatório*" (Tucci, Rogério Lauria; Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes et al. *Princípio e regras orientadoras no novo processo penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 157.

72 "*a exigência da motivação dos provimentos penais integra e completa todo o sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de direito. É com a justificação explícita das decisões penais em suma, que se realiza concretamente a máxima garantia 'veritas non auctoritas facit iudicium'*" (Gomes Filho, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001. p. 75).

73 Grinover, Ada Pellegrini et. al. *As nulidades no processo penal*, 8 ed. São Paulo, RT, 2004. p. 195.

74 Badaró, Gustavo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro, Elsevir, 2008. t. I, p. 266.

pensamento, contudo, foi amplamente superado, sendo uma doutrina muito minoritária, atualmente, a que não considera os indícios como meios de prova.

O que ocorre é que, em tempos mais antigos, os processualistas consideravam que os indícios tinham menos valor do que a prova direta. Consideravam a prova por indício frágil e extremamente propensa a erros. Desta forma, ainda nos dias atuais, há quem entenda que a prova indiciária, mesmo com grande aplicabilidade no processo penal, é frágil e insegura.

Eliézer Rosa, por exemplo, afirma de modo um tanto quanto radical que a prova por indício é *“a mais desgraçada, a mais enganosa, a mais satânica de todas as provas”*. Afirmando, ainda, que *“O indício, na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes. Toda inocência, por isso mesmo que é inocência, é a vítima de eleição da prova indiciária. Com os indícios, chega-se a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo”*.<sup>75</sup> Há, ainda, quem afirme que apenas devem-se lançar mãos das provas indiciárias quando houver ausência de prova direta sobre o fato em tela investigado.<sup>76</sup>

Atualmente, predomina o entendimento de que, sob o aspecto processual, os indícios possuem força probante igual à de outras provas. Ou seja, em consonância com a regra do livre convencimento, uma vez preenchidos os requisitos de validade, existência e eficácia, não há que se falar em nível hierárquico entre as provas existentes, seja direta ou indireta.

Ressalte-se que, conforme já mencionado, a livre convicção do magistrado não deve ser confundida com arbítrio, de modo que também se aplicam às provas indiciárias a necessidade de uma apreciação pormenorizada do julgador, que deve expor, de maneira consistente, os motivos de sua decisão motivada.

A prova direta e imediata é passível, como qualquer outra, de falha, seja por erro ou má-fé. Nesse contexto, o fundamento do valor probatório dos indícios se apresenta como importante elemento capaz de radicar, através da operação lógica realizada pelo magistrado para chegar a uma conclusão, o fato investigado.

Quando se fala na força probante dos indícios, é importante que se leve em consideração o maior ou menor grau de conexão entre estes e o fato que se pretende provar, que se investiga. Ou seja, deve se analisar o nexó causal do indício com a circunstância a ser provada, de modo que haja harmonia entre as demais provas. Contudo,

<sup>75</sup> Rosa, Eliézer. Dicionário de Processo Penal, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975, p.131.

<sup>76</sup> Alves, Roque de Brito. Dos Indícios no Processo Penal. Recife, Gráfica Ipanema, 1964, cit. Pp. 101-125.

para que se garanta a eficácia dos indícios, é imprescindível que seja eliminada qualquer aparente/falsa conexão entre o fato indiciado e o fato indiciante.

Os indícios, então, podem levar o juiz a uma certeza moral sobre o fato, ou, apenas, a mera probabilidade e verossimilhança. Nesta última hipótese, os indícios não poderão constituir, propriamente, prova do fato investigado, mas, tão somente, poderão autorizar determinadas medidas que exigem apenas indícios suficientes, como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva.

Para que se desenvolva a questão da valoração dos indícios, faz-se necessária a análise dos elementos indispensáveis para 1) a existência jurídica dos indícios; 2) validade e 3) eficácia probatória, elementos estes considerados pressupostos para que haja uma criteriosa avaliação pelo julgador. Assim, passaremos à análise, individualizada, de tais elementos, cuja existência permite que se fale de indícios com fins probatórios, conforme doutrina unânime. 77

#### 1) Elementos necessários à existência jurídica dos indícios

##### - Certeza do fato indiciante

Constitui elemento primordial da prova indiciária a certeza do fato ou circunstância indiciante. Ou seja, é indispensável que o fato concreto seja conhecido seguramente, de modo que não pode o magistrado apoiar-se em dado provável ou hipotético. Assim, a base argumentativa, que é justamente o fato conhecido, deve ser certa.

Dentro deste tema, a polêmica se dá quando o *thema probandum* não é atingido de maneira imediata. Ou seja, às vezes, apesar de ser fundada em uma base certa, não é atingido de maneira única, sendo necessárias várias ilações subseqüentes e ininterruptas.

Quando a conclusão da primeira ilação consiste em um dado objetivo, que não suporta exceções, não há discordância de que tal resultado pode constituir base para posterior inferência. Entretanto, há hipóteses, que inclusive ocorrem na maior parte dos casos, em que a conclusão da primeira ilação, ou indício probante, não é algo necessariamente certo.

Nesse segundo caso, então, a doutrina divide opiniões. Há quem afirme, como Malatesta<sup>78</sup>, que, uma vez que o indício deve ser provado de modo certo, ele não pode

---

77 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. Ed. Lumen Juris, reimpressão, p. 89-104.

78 MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Trad. Alexandre Augusto Correia e anot. De Hélio Pereira Bicudo. São Paulo, Saraiva, 1960, v.1, p. 259.

ser provado por outros indícios, via de regra, a menos que o indício probante seja necessário.

Em contrapartida, há doutrinadores, como por exemplo, Gianturco<sup>79</sup>, que entendem que a menor força probante do indício não exclui sua admissibilidade, sobretudo dentro do contexto de livre convicção do magistrado. Acrescenta o referido autor que desconsiderar indícios que dão certeza do fato, por meio de uma concatenação ininterrupta de ilações, é o mesmo que não reconhecer o sistema de livre convencimento do juiz. Contudo, faz uma importante ressalva, no sentido de que a estes indícios deve ser dispensada uma especial atenção pelo julgador, a fim de que as ilações indiretas se afastem da realidade e invadam o campo da suspeita ou hipótese.

De modo geral, então, a doutrina assevera que a certeza da circunstância indiciante pode ser derivada de qualquer fonte de prova.

- Proposição geral fornecida pela lógica ou pela experiência

A valoração dos indícios tem por base as próprias leis da experiência. Estas, por sua vez, marcam o caminho percorrido do fato indiciante conhecido até se alcançar o conhecimento daquele desconhecido.

Ou seja, a máxima da experiência deve ser exata e conhecida no momento em que se aplicar a ilação, a fim de que, pelo raciocínio lógico, por meio da circunstância provada se depreende outra circunstância a ser provada.

- Relação de causalidade entre o fato indicador e o fato indicado

É imprescindível que haja uma conexão lógica entre o fato provado e o fato investigado. Isso significa que se o fato indiciante se encontra provado plenamente, mas o magistrado não enxerga nenhum liame lógico entre este o fato que se pretende provar, o primeiro não deve ter caráter de indício, uma vez que não há que se falar em qualquer significação probatória do segundo.

Esse requisito é extremamente importante, pois a menor ou maior força probante do indício varia de acordo com o grau de nexos lógico existente entre ele e o fato desconhecido, o que se pretende provar.

## 2) Requisitos de validade para a prova indiciária

Ora, uma vez feita a análise acima, tem que há, dentro do processo penal, indícios sobre o fato investigado. Contudo, para que o magistrado possa utilizá-los como meio de

---

<sup>79</sup> GIANTURCO, Vito. La Prova Indiziaria. Milano. Giuffrè. 1958, p. 145.

prova, faz-se necessário que estes estejam livres de qualquer vício de nulidade. De tal sorte, para que os indícios possam ser considerados e utilizados como meio probatório, precisam cumprir os requisitos de validade, quais sejam:

- Ausência de imitação probatória

Há casos excepcionais em que a lei processual penal impõe limitações probatórias. Em casos desse gênero, é preciso que a lei não limite a investigação do fato indiciado. Temos como exemplo, o estabelecido no § único do art. 155 do CPP, que trata a respeito da prova quanto ao estado das pessoas.

- Emprego de provas lícitas para demonstração do fato indicador

O fato indiciário não pode ter sido obtido por meio de prova ilícita.

- Ausência de nulidade na obtenção do fato indicador

Os meios empregados para obtenção de prova do fato indiciário não pode padecer de nulidade, isso porque o magistrado não pode lhes conceder validade e, conseqüentemente, assim se sucederá com os indícios. Ou seja, a invalidade das provas das quais podem resultar os indícios, faz com que estes sejam desconhecidos processualmente, não há qualquer valor.

- Ausência de nulidade capaz de viciar a prova indiciária

Por vezes, não há que se falar em vícios sobre os meios empregados para obtenção da prova do fato indicador. Contudo, pode ser que haja nulidade, por outros motivos. Assim havendo, o efeito é o mesmo em caso de vício: o indício que resultar desse tipo de prova não terá valor.

### 3) Fatores de eficácia probatória dos indícios

Uma vez analisados os elementos acima, faz-se necessário passar à análise do presente fator. Os indícios, assim como outros meios de prova, podem ser eficazes ou não, dependendo da conexão lógica que o relaciona ao fato desconhecido que se investiga.

Assim, à exceção de casos em que apenas um indício já é suficiente para estabelecer a certeza do fato, é do conjunto de indícios que se extrai determinado grau de certeza, mínimo ou máximo, quanto ao fato investigado.

É de se reconhecer que a prova por indícios é polêmica e apresenta, por diversas vezes, problemas. Contudo, constitui um meio altamente relevante para a perquirição

judicial dos fatos que estão sendo apurados. E, para que se atinja a certeza com fundamento em indícios, os fatores abaixo descritos são imprescindíveis. Senão, vejamos:

- Exclusão da hipótese de azar

Como já mencionado anteriormente, a força probatória dos indícios depende, justamente, de maior ou menor certeza da relação causal existente entre eles e o fato desconhecido investigado.

Assim, é necessário que haja plena certeza jurídica que há, de fato, uma conexão entre o fato indicador e o indicado. É, dessa forma, que se garante credibilidade aos indícios. Ou seja, havendo a mera possibilidade de falsa conexão, criada por obra do azar, o magistrado não poderá fundamentar sua decisão com base nos indícios, uma vez que estes não podem ser considerados aptos à produção segura de provas.

O azar, conforme mencionada Echandia<sup>80</sup>, consiste na aparente conexão entre o fato provado e o desconhecido, por possuírem, na realidade, causas separadas e independentes entre si. Afirma ainda o mencionado autor que para se reconheça a eficácia dos indícios, é preciso que não seja casual a conexão entre o fato investigado e o indiciário.

- Exclusão da hipótese de falsificação do fato indicador

Uma vez excluída a possibilidade de azar, é indispensável, também, que seja descartada qualquer hipótese de falsificação do fato indicador, seja por terceiros ou pelas próprias partes.

É por tal motivo que é de extrema relevância que haja a cuidadosa análise dos indícios por parte dos julgadores, bem como a atuação de peritos, a fim de atestar a autenticidade dos rastros, marcas, dentre outros, bem como sua maior ou menor conexão com o fato investigado.

Ademais, a fim de que se evitem fraudes, a partir de alterações ou falsificações realizadas pelo próprio homem, é importante que os possíveis indícios sejam, o quanto antes, apreendidos ou colhidos, a partir da visita do local dos fatos e da reconstrução de suas condições originárias.

- Certeza Processual da relação de causalidade entre o fato indicador e o indicado

---

<sup>80</sup> Echandia, Devis Hernando. *Teoría General de La Prueba Judicial*, cit. P. 642.

A relação de causalidade entre fato indicador e indicado deve ser clara e certa. Se, contudo, tal relação for vaga e imprecisa, o magistrado não poderá considerar-se convencido da realidade do fato indicado.

De acordo com Mittermayer<sup>81</sup>, há a necessidade dessa relação de causalidade, uma vez que considera que o indício mais grave quanto mais certa parece ser a relação necessária entre o fato primitivo e o que se quer tomar conhecimento.

Assevera, ainda, que deve-se indagar a respeito de todas as circunstâncias que poderiam explicar a relação, até que, finalmente, se estabeleça uma harmonia, de modo a se obter por verdadeira a consequência entre fato indiciado e fato investigado.

Na mesma esteira de pensamento, estão os autores Andrei Vishinski<sup>82</sup>, ao usar a simbologia de “anéis de uma mesma cadeia”, ao se referir à conexão que deve haver entre circunstâncias indiciantes e o fato indiciado; e o autor Garraud<sup>83</sup>, ao asseverar que *“porque os indícios não se sustentam uns pelos outros, eles devem se encadear entre si sem interrupção”*.

Assim, em resumo, sendo o nexos de causalidade ausente, incerto ou imaginário, não há que se agregar força probatória ao indício pretendido.

#### - Pluralidade de Indícios

Com exceção do chamado indício necessário, a doutrina é unânime em afirmar que a existência de um único indício representa, apenas, argumento de probabilidade, podendo ser maior ou menor, sobre a existência ou inexistência do fato desconhecido.

Isso não significa que não se possa inferir a existência de determinado fato por meio de um indício contingente. Contudo, via de regra, a certeza daquele fato em investigação resulta de um conjunto de indícios. Por tal motivo, a maioria dos autores exige uma pluralidade de indícios como requisito para sua eficácia probatória. Esse número de indícios, contudo, não tem que ser pré-definido, uma vez que cabe ao magistrado avaliar e decidir quando um determinado número de indícios constitui prova plena.

---

81 MITTERRMAYER, Carlos José Antonio. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1871. 2 t., cit., v. II, pp. 237-8.

82 VISHINSKI, Andrei. A prova Judicial no Direito Soviético. Trad. Roberto Pereira de Vasconcelos, Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1975, p. 217.

83 GARRAUD, R. Traité Théorique et Pratique d’Instruction Criminelle et de Procédure Pénale. Paris. Sirey, 1907, t. I; 1909, t. II, cit., p. 283

Nessa esteira de pensamento, alerta Echandia<sup>84</sup> que a pluralidade dos indícios autônomos deve ser real, e não aparente. Ou seja, quando diversos indícios constituem, na realidade, apenas um, por serem sucessivos momentos de uma mesma circunstância, não há que se falar em autonomia.

Já Ellero assevera que: *“considerando o indício como um efeito de uma causa, quando não é necessário (pois se o é, basta por si só), se deve considerar juntamente com os demais. Então, pode ocorrer que vários indícios reunidos revelem uma só coisa; resultando neste caso que o concurso valerá como um indício necessário, já que dele resulta a coisa necessariamente indicada<sup>85</sup>”*.

Entretanto, salienta Echandia que ainda que seja freqüente a afirmação de que o concurso de indícios contingentes se assimila ao indício necessário, é preciso frisar que tal comparação se dá no âmbito da obtenção, pelo magistrado, da certeza necessária para resolver, única e exclusivamente, com fulcro em provas indiciárias. Quanto ao mais, a pluralidade de indícios contingentes leva à necessidade lógica do fato indicado, enquanto ao se falar em indício necessário, há que se falar em necessidade física imutável.

Então, ao se falar em indícios contingentes, deve haver mais de um para que seja garantida a eficácia probatória.

- Gravidade, precisão e concordância dos indícios e convergência das liações indiciárias

Levando-se em consideração que os indícios devem ser pesados, e não contados, é imprescindível que sejam analisados em conjunto e, assim, produzam a certeza moral necessária sobre o fato investigado.

Desse modo, o concurso dos indícios deve ser completo e produzir uma prova sólida. Eles devem ser graves, precisos e concorrerem, de modo harmônico, a indicar um mesmo fato. Então se, por exemplo, algum indício sério se encontra em dissonância com o conjunto indiciário, a causa deve ser perquirida e, caso persista, isso pode ser um sinal de falha e comprometimento da eficácia probante. De igual modo, se os indícios são de pouco valor probatório, devido à ausência de relação causal sólida com o fato indicado, o seu conjunto não poderá gerar a certeza processual necessária para que o magistrado baseie sua decisão.

---

<sup>84</sup> Echandia, Devis Hernando. *Teoría General de La Prueba Judicial*, cit. P. 652.

<sup>85</sup> ELLERO, Pietro. De La Certidumbre em los Juicios Criminales ou Tratado de La Prueba em Materia Penal. Trad. Adolfo Posada. 1 ed. Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1896; 4 ed. Madrid, Ed. Réus, 1944, cit., pp. 102-4.



Em suma, os indícios devem trazer uma concordância entre si, de modo a produzirem um resultado coerente e natural. Ao corroborarem-se de maneira recíproca, afasta-se o azar e revelam ao julgador a crença na veracidade do fato por eles indicado.

O que se verifica, então, é que a concordância dos fatos indicadores entre si, produzindo um conjunto harmônico e coerente, aliada à convergência das ilações indiciárias, corrobora para uma maior eficácia probante dos indícios. Essa convergência de ilações significa dizer que todas devem levar à mesma conclusão.

Então, além da produção de um conjunto harmônico dos indícios, é imprescindível que de cada um deles possa se extrair a mesma inferência sobre o fato em investigação.

- Eliminação de contra-indícios

Conforme define Echandia<sup>86</sup>, os contra-indícios consistem nos fatos indicadores dos quais se extraem uma inferência oposta àquela fornecida pelos indícios. Já de acordo com os ensinamentos de Malatesta<sup>87</sup>, o contra-indício vai além de um indício que se opõe a outro indício, podendo ser qualquer outra prova que a ele se opõe. Ressalta, ainda, que é preciso que haja uma análise dos contra-indícios, a fim de que se eliminem as “aparências enganosas desta espécie de prova”. Para Mittermayer<sup>88</sup>, os contra-indícios são aqueles cuja conclusão alcançada é capaz de abalar, severamente, aqueles indícios contrários ao acusado, uma vez que são capazes de fornecer explicação favorável dos fatos, que pareciam correlatos ao delito.

Uma vez que há indícios e contra-indícios, coexistindo, relativos ao fato que se investiga, sem que seja viável desprezar um ou outro, a conclusão que se alcança não é firme, motivo pelo qual não se pode chegar ao pleno convencimento sobre a certeza do fato. Tal explicação se encontra no fato de que a conexão e unidade do conjunto indiciário se rompem, desaparecendo a concordância e, conseqüentemente, as inferências obtidas deixam de convergir a um mesmo resultado.

- Eliminação das outras hipóteses e dos motivos infirmantes da conclusão

Por vezes, o mesmo fato indiciário possui distintas inferências que levam a distintos resultados. Pode acontecer, também, que do conjunto de indícios convergentes, cujas

---

<sup>86</sup> Echandia, Devis Hernando. *Teoría General de La Prueba Judicial*, cit. P. 661.

<sup>87</sup> Malatesta, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia e anot. De Hélio Pereira Bicudo. São Paulo, Saraiva, 1960, v.1. Cit, pp. 235-6.

<sup>88</sup> Mittermayer, Carlos José Antonio. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad Alberto Soares. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1871.2 t., cit., v, II, p. 227.

inferências sejam convergentes de modo harmônico, resultem diversas possíveis conclusões. Por fim, também há a possibilidade de que dos mesmos fatos possam se induzir diversos argumentos ou motivos, podendo alguns confirmar e outros infirmarem a conclusão alcançada.

Em qualquer dessas hipóteses, uma vez que não elas não sejam descartadas, mediante uma análise pormenorizada de cada indício, bem como do conjunto, o magistrado não pode adquirir o convencimento necessário capaz de dar à prova indiciária o valor de prova plena.

- Inexistência de provas que infirmem os fatos indicadores

Tem-se, por óbvio, que a existência de outra prova capaz de tornar inverossímil, duvidoso ou impossível o fato indiciário, ou que demonstrem outro fato indicado por este, afeta a eficácia probante do indício.

Assim, aquelas provas que são contrárias aos indícios, ou os infirmem, se não rechaçadas, conduzem à ineficácia da prova indiciária em tela.

- Conclusão precisa e segura

Quando a análise, em conjunto, de diversos indícios graves, precisos e concordantes aponta para uma consolidação, sob forte nexos lógico, estes podem levar à certeza processual do fato indicado.

A conclusão alcançada deve ser precisa e segura. Isso significa que esta deve ser fruto de um resultado lógico imediato, e não o resultado de custosa cadeia de argumentos, cuja complicação estará, justamente, indicando o contrário.

De acordo com Ellero<sup>89</sup>, é essa necessidade moral ou física da conclusão, resultante de uma crítica análise de todos os indícios, que constitui o fundamento do valor probatório dos indícios.

Deste modo, se os indícios não conduzirem à certeza do fato, não terão eficácia probante, pois terão, na realidade, constituído uma prova incompleta. Assim, se, após a análise dos supracitados requisitos, ainda houver dúvidas razoáveis acerca da conclusão a que conduz o conjunto de indícios, o magistrado não poderá declarar o fato provado em uma sentença, com base única e exclusivamente nos indícios. Ou seja, será necessário que, por meio de outras provas, alcance a certeza exigida.

---

<sup>89</sup> Ellero, Pietro. *De La Certidumbre em los Juicios Criminales ou Tratado de La Prueba em Materia Penal*, cit., trad. Do italiano por Adolfo Posada, 4 ed. Esp., Maderid. Ed. Reus, 1944, cit., p. 166.

### **3.5. A controvérsia sobre a utilização da prova indiciária para fundamentar sentença penal condenatória**

A doutrina diverge, ainda, se a utilização das provas indiciárias, por si, é apta a gerar uma condenação penal.

Primeiramente, insta salientar que, em razão do princípio do livre convencimento, já mencionado no presente trabalho, cabe ao magistrado, no momento de proferir sentença, analisar as provas produzidas e julgar o feito em conformidade com estas. Assim, o magistrado encontra-se num papel em que, nitidamente, precisa interpretar e valorar as provas trazidas aos autos pelas partes. Destarte, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, *“A valoração da prova é, num primeiro momento, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Num segundo momento, pela valorização, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal.”*<sup>90</sup>

Há, então, os defensores de que a prova indiciária, como qualquer outra prova, seria meio idôneo para levar o juiz a uma decisão e, conseqüentemente, a embasar uma sentença condenatória. Atesta-se, para tal, que os indícios não se encontram em escala inferior a qualquer outro meio de prova. Frederico Marques, por exemplo, assevera que *“o valor probante dos indícios e presunções, no sistema do livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas”*<sup>91</sup>

Deste modo, para os referidos autores, os indícios, apesar de considerados como provas indiretas, têm plena capacidade de levar o juiz a obter uma certeza, diante de um raciocínio lógico e ponderado. Além disso, na esteira do pensamento defendido, alega-se que, diante da existência de indícios altamente comprometedores, em caso de o agente não apresentar álibi seguro ou contra-indícios concretos, estes podem, inclusive, ser considerados provas determinantes. Malatesta, por exemplo, afirma *“ser necessário que o indício, para provar, não tenha indícios infirmantes, ou seja, que ao indício não se oponha um contra-indício”*<sup>92</sup>

A força probatória dos indícios, então, depende, além da análise dos elementos já realizada no presente capítulo, de uma análise criteriosa, específica e completa por parte

---

<sup>90</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.215

<sup>91</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997, v. II, p. 378

<sup>92</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei, Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Servanda, 2009. p. 265

do julgador. De tal sorte, entende certa corrente doutrinária, da qual os referidos autores fazem parte, ser possível a condenação de uma pessoa com base no exercício lógico-mental realizado pelo magistrado.

Ressalta o autor Danilo Knijnik<sup>93</sup> que, ao se tratar de uma sentença condenatória com base única e exclusivamente em provas indiretas, faz-se necessária uma adaptação do modelo de "prova acima da dúvida razoável" empregada no processo penal, a fim de que possa ser condizente com a complexidade das provas indiciárias. Assim, deve haver um empenho no sentido de tornar a avaliação e valoração da prova menos vulneráveis a interpretações equivocadas. Assevera, ainda, que, diferentemente do que ocorre com as provas diretas, não basta à prova indireta que esta seja consistente em relação à versão acusatória, devendo ser, também, apta a se contrapor a qualquer versão absolutória apresentada que seja crível ou racionalmente provável.

Ademais, afirma o referido autor que, diante da fundamentação de sentença condenatória fundamentada em indícios, é preciso que se leve em consideração sua peculiaridade. De tal sorte, aponta a necessidade de constarem na fundamentação as máximas de experiência empregada na premissa maior de cada inferência indiciária realizada. Ou seja, deve se explicitar não apenas as máximas utilizadas para avaliação objetiva da prova, mas também, as empregadas na análise subjetiva da prova, referente à análise do sujeito de que emana a prova.

Sob outra perspectiva, há doutrina divergente que defende não ser possível a condenação do acusado, pelo magistrado, com base única e exclusivamente em indícios. Para tanto, argumentam os adeptos a tal compreensão que os indícios não estariam inseridos, propriamente, dentro do conceito de "provas" e, ainda que estivessem, deveriam ser consideradas como "provas" de menor valoração. Ou seja, poderiam até auxiliar, a bem da verdade, na elucidação de um caso concreto, mas jamais teriam aptidão para embasarem, sozinhos, uma sentença penal condenatória.

Coaduna com tal entendimento o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que ainda que as provas indiciárias não sejam hierarquicamente inferiores aos demais meios de prova, estas não são capazes de ensejar, por si só, um decreto condenatório por *"não ter força suficiente para levar a uma condenação, visto que esta não prescinde de segurança"*<sup>94</sup>.

---

93 Vide [sítio eletrônico: academia.edu/2781183/A\\_Constitucionalidade\\_da\\_Condena%C3%A7%C3%A3o\\_Penal\\_por\\_prova\\_indici%C3%A1ria](https://www.academia.edu/2781183/A_Constitucionalidade_da_Condena%C3%A7%C3%A3o_Penal_por_prova_indici%C3%A1ria)

94 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, cit., p. 465

Ainda há aqueles que sustam que os indícios não são capazes de provar a ocorrência do fato criminal. Isto porque, conforme se depreende da leitura do próprio art. 239, do CPP, os indícios são definidos como as circunstâncias conhecidas e provadas que têm “relação com o fato”. Este fato, com o qual se relacionam as circunstâncias indiciárias é, justamente, o que configura a efetiva lesão ao bem tutelado juridicamente na esfera penal, ou aquele que dá deslinde à persecução penal. Então, o fato consiste na existência, no mundo real, do acontecimento em que uma conduta pode ser qualificada como crime. Daí advém a explicação pela qual o indício não é capaz de provar a ocorrência do fato criminal: o fato, como a materialidade do crime, consistente no antecedente necessário dos indícios que com ele irão se relacionar, a fim de que se prove a autoria. 95

Os defensores de tal pensamento se utilizam do artigo 414, do CPP, onde se preceitua que: *“Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.”* De tal sorte, utilizam-se do próprio dispositivo legal para demonstrarem que a prova da materialidade e da autoria possuem diferentes dimensões. Afirmam, desta maneira, que os indícios podem servir à apuração e prova apenas da autoria, mas não da materialidade. Ou seja, os indícios não podem ser utilizados para trazer à realidade o próprio acontecimento criminoso.

O que se verifica, então, é que apoiar a decisão judicial exclusivamente em indícios, sem o necessário respaldo de outros meios de prova, é matéria ainda controversa.

#### **4. CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo analisar questões sobre a prova indiciária dentro do Processo Penal Brasileiro. Diante de todo o conteúdo exposto, tem-se que a prova por indícios apresenta um caráter polêmico, que leva a doutrina a divergir de opiniões e a jurisprudência a não ser pacífica quanto ao tema. Devido à complexidade do assunto, certo é que comporta diversas discussões a respeito, mas também, certo é que, em que pese as dificuldades, a prova por indícios constitui importantíssimo meio para a perquirição judicial dos fatos.

A primeira polêmica abordada diz respeito, justamente, à própria conceituação técnica do termo indício, bem como sua abordagem como meio de convicção. Diante das diferentes percepções apresentadas, posiciona-se a autora do presente trabalho no sentido de que o indício pode ser considerado, como regra geral, qualquer fato conhecido que, já

---

95 Vide sítio eletrônico: [conjur.com.br/2012-set-06/felix-soibelman-stf-concede-indevida-elasticidade-prova-indiciaria](http://conjur.com.br/2012-set-06/felix-soibelman-stf-concede-indevida-elasticidade-prova-indiciaria)

devidamente provado, seja capaz de levar ao conhecimento de outro fato desconhecido, que se pretende provar.

Igualmente, faz-se inteiramente necessário que os indícios sejam analisados com a devida cautela, dada sua peculiaridade. É imprescindível que não haja a confusão de indícios com mera presunção. O indício deve ser então, objetivo, concreto e específico. Ademais, também não se deve fazer confusão com a suspeita, pois conforme assevera Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *“A pessoa incriminada deve despontar como provável autor do delito, não como o possível”* 96.

Outro ponto pelo qual perpassa o presente trabalho é a avaliação e valoração da prova indiciária. Em consonância com a maioria da doutrina atual, posiciona-se a presente autora no sentido de considerar os indícios não mais como sendo provas menos valiosas do que as provas diretas ou como inseguras e frágeis. Na realidade, muito pelo contrário, os indícios, nos dias atuais, vêm sendo considerados iguais a outras provas, no que diz respeito a sua força probante. Deste modo, desde que preenchidos os requisitos de validade, existência e eficácia dos indícios, não há que se falar em nível hierárquico entre as provas existentes, seja direta ou indireta.

Em decorrência do sistema do sistema do livre convencimento, o magistrado deve fazer a apreciação das provas indiciárias livremente. O papel do julgador é avaliar de modo criterioso cada indício, de modo separado, bem como todo o conjunto indiciário. E, assim, estando a prova indiciária em consonância com as demais provas, a certeza processual sobre a realidade do fato restará reforçada. Já em caso desarmonia entre as provas diretas e indiretas, estas devem ser avaliadas livremente, sem que prepondere a antiga concepção da inferioridade dos indícios. Ressalte-se, contudo, que os indícios não devem substituir o exame de corpo e delito em crimes que deixam vestígios, pois nestes casos, a avaliação da prova indiciária se dará a partir da existência de prova direta de materialidade.

Outro papel do magistrado é avaliar, criteriosamente, a fonte dos indícios e o nexo causal entre estes e o fato desconhecido. É a aptidão dos indícios de fazer com o que o magistrado alcance, por meio deles, uma certeza sobre o fato que se investiga, que constitui o fundamento do valor probatório dado às provas indiciárias.

Para que, então, se atinja a certeza possível, com base na prova indiciária, é preciso, em última análise, que a conclusão seja clara, firme e livre de qualquer dúvida razoável. Assim, deve ser afastada qualquer aparente conexão entre fato indiciante e fato indiciado, bem como quaisquer contra-indícios relativos ao fato investigado, devendo ser os indícios

---

96 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. Ed. Lumen Juris, reimpressão, cit., p. 109.

graves, precisos e concordantes, bem como harmônica a conclusão destes, indicando a um mesmo fato.

De tal sorte, faz-se necessário o reconhecimento da eficácia probante dos indícios à semelhança de qualquer outro tipo de prova. Se, então, após minuciosa análise da prova indiciária por parte do julgador, não houver qualquer margem de dúvida quanto à certeza da imputação feita, não há que se falar na impossibilidade da prolação de uma decisão com cunho condenatório com base em tal prova. Do mesmo modo, levando a prova indiciária à certeza da inocência, ou mesmo dúvida quanto à acusação feita, só há margem para a prolação da sentença absolutória.

## 5. Referências bibliográficas

MOURA, Maria Thereza R. de Assis. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. Ed. Campus Jurídico, 2009. Cap. 09

TORNAGHI, Hélio; Curso de Processo Penal, volume 1, 3ª edição, revista e aumentada, 1983, editora SARAIVA

**Artigos presentes nos sítios eletrônicos:**  
[intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2251/2226](http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2251/2226) (último acesso em 10/07/2022)

[revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=29](http://revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=29) (último acesso em 15/07/2022)

[ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4800-Forca-probante-dos-indicios-e-sentenca-condenatoria](http://ibccrim.org.br/boletim_artigo/4800-Forca-probante-dos-indicios-e-sentenca-condenatoria) (último acesso em 21/07/2022)

[gabrielmoreira92.jusbrasil.com.br/artigos/150619180/o-valor-probatorio-dos-indicios-e-a-presuncao-de-inocencia](http://gabrielmoreira92.jusbrasil.com.br/artigos/150619180/o-valor-probatorio-dos-indicios-e-a-presuncao-de-inocencia) (último acesso em 04/08/2022)

### Sítios Eletrônicos:

[emporiadodireito.com.br/a-prova-indiciaria-e-a-formacao-do-convencimento-do-juiz-no-processo-penal/](http://emporiadodireito.com.br/a-prova-indiciaria-e-a-formacao-do-convencimento-do-juiz-no-processo-penal/) (acesso em 12/07/2022)

[emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2014/trabalhos\\_12014/MilenaMachadoRocha.pdf](http://emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MilenaMachadoRocha.pdf) (último acesso em 26/07/2017)

[academia.edu/2781183/A\\_Constitucionalidade\\_da\\_Condena%C3%A7%C3%A3o\\_Penal\\_por\\_prova\\_indici%C3%A1ria](http://academia.edu/2781183/A_Constitucionalidade_da_Condena%C3%A7%C3%A3o_Penal_por_prova_indici%C3%A1ria) (último acesso em 03/08/2022)

## **DA VERDADE REAL À VERDADE NEGOCIADA: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL**

**ALANA DOS SANTOS TELES:**  
Advogada. Especialista em Direito Penal

**RESUMO:** Este artigo aborda, de forma breve, a justiça negocial no Brasil, em especial os institutos da transação penal e do acordo de não persecução penal. Busca trazer discussões sobre um tema não tão novo, mas ainda muito divergente, principalmente no que tange à possibilidade de flexibilização ou não dos direitos e garantias fundamentais e processuais daquele que pode vir a ser réu no processo penal. Para tanto, se baseia na doutrina que discute o tema.

Palavras chaves: justiça negocial. Transação penal. Acordo de não persecução penal. Direitos fundamentais.

### **1.Introdução**

Está em voga no âmbito processual penal os chamados negócios jurídicos processuais. Muitos são os seus institutos, tais como a composição civil dos danos, a transação penal, suspensão condicional do processo, instituídos pela Lei nº 9.099/95, também há a colaboração premiada e, mais recentemente, foi criado no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal. Nesse modelo, ao menos em tese, acusação e defesa entram em um acordo evitando o processo ou a condenação.

Pode-se falar que a introdução da justiça consensual no Brasil se deu pela Lei nº 9.099/95, pelos institutos da composição civil dos danos (art. 74 da Lei nº 9.099/95) e da transação penal (art. 75 da Lei nº 9.099/95). A transação penal, em especial, trouxe muitos debates no cenário jurídico do país. Mais recentemente, o acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal) também suscita diversas discussões sobre as disposições trazidas. Sobre esses dois institutos nos ateremos nesse artigo.

Assim, se por um lado tem-se a economia, a simplicidade, a informalidade e a consequente finalização mais célere do caso, com uma resposta mais rápida para o ato delituoso, por outro tem-se a flexibilização de direitos e garantias processuais fundamentais do autor do fato. Dessa forma, importante traçarmos as discussões doutrinárias que balizam esse debate.

### **2.Verdade real ou verdade negociada?**

O processo penal tem como um de seus princípios norteadores a busca pela verdade. Grande parte da doutrina atual entende, inclusive, que não há que se falar em



verdade real, pois ela seria inatingível, defendendo, desta forma, uma verdade a ser construída dentro do processo, através da instrução probatória<sup>97</sup>.

No procedimento comum ordinário, essa “verdade” é construída ao longo do processo, por meio de audiência de instrução, com a oitiva do ofendido, inquirição de testemunhas de acusação e defesa, esclarecimentos de demais provas e, por fim, a oitiva do acusado, nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Ressalta-se, inclusive, que esse dispositivo do Código de Processo Penal foi alterado em 2008, trazendo que o interrogatório deve ser o último ato da instrução. Tal disposição efetiva os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal) e o direito ao confronto (art. 8, 2, f, do Pacto de São José da Costa Rica) o que, segundo parcela significativa da doutrina, consolida o interrogatório como meio de defesa<sup>98</sup>. Nesse sentido, os Tribunais Superiores veem entendendo pela aplicação do interrogatório como último ato da instrução em todos os procedimentos:

**Ementa:** PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ÚLTIMO ATO INSTRUTÓRIO. INCIDÊNCIA DO ART. 400 DO CPP EM DETRIMENTO DO ART. 7º DA LEI 8.038/1990. O Plenário desta Suprema Corte, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, firmou entendimento no sentido de que, mesmo nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal, o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução processual (AP 528 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 8/6/2011). Agravo interno provido.(AP 988 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE

<sup>97</sup> Nesse sentido: LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1, p. 540-550.

<sup>98</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 7 ed. São Paulo: RT, 2001. P.81.

MORAES, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017)

(...) 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade.

Ressalvou-se, contudo, a incidência da nova compreensão aos processos nos quais a instrução não tenha se encerrado até a publicação da ata daquele julgamento (10.03.2016). In casu, o paciente foi sentenciado em 3.8.2015, afastando-se, pois, qualquer pretensão anulatória. (...) STJ. 6ª Turma. HC 403.550/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15/08/2017.

Assim, em um processo penal garantista, a verdade é construída a partir de uma produção probatória, que pode ser amplamente rebatida pela defesa. Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 58), a verdade processual é:

“Identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste de justa medida, seja por sentença condenatória ou por sentença absolutória”.

Como pode-se extrair do conceito trazido pelos autores, o princípio da busca pela verdade defende um processo pautado na regular produção de prova, atendidos os demais princípios processuais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, para que, no final, o juiz formule a sua decisão baseada nesse processo justo e equânime.

Há quem defenda, inclusive, que tal princípio está implicitamente previsto na Constituição como decorrência do inciso LIV do art. 5º, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (Brião, 2014, p. 2 apud

in Estrela<sup>99</sup>).

É, portanto, um princípio que reflete um direito processual penal de garantias, considerando que, ao final do processo, o réu poderá vir a ser condenado, podendo ter o seu direito à liberdade restringido.

Todavia, com o advento da justiça negocial, pode-se dizer que o princípio da verdade real ou busca pela verdade, em determinados casos, foi substituído pelo princípio da verdade consensual.

Isso porque, tanto na transação penal quanto no acordo de não persecução penal, por exemplo, sequer há o processo propriamente dito, sendo estes realizados ainda em fase pré-processual, conforme o art. 76 da Lei nº 9.099/95 e do art. 28 do Código de Processo Penal:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá **propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas**, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

---

99 Disponível em: <https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>. Acesso em 29 de setembro de 2022.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (grifos nossos)

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, **o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal**, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, **mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função

proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

(...)

Assim, tratam-se de negócios jurídicos pré-processuais, de modo que, sendo aceita pelo autor do fato/réu não há a denúncia pelo Ministério Público. Dessa forma, também não haverá instrução probatória, nem observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tal qual um processo comum.

Nesse sentido, para ter esse “benefício”, conforme é entendido por alguns operadores do direito, o autor do fato/réu abre mão de prosseguir com o processo, com todas as garantias processuais e instrutórias que resultariam na busca pela verdade, por uma verdade consensual.

No que tange à transação penal, para Grinover et tal (1999, p. 30) deve-se repensar a função do juiz, o qual deve deixar “de ser um solucionador da controvérsia, em seu papel de ditar o direito, para assumir as vestes de um verdadeiro mediador de conflitos”.

Bitencourt (2003, p. 125) por sua vez, considera que a transação penal possui inegáveis vantagens. Nas palavras do jurista “esse novo modelo de verdade, segundo Luhmann, evita-se que o autor do fato sofra as frustrações naturais decorrentes de uma decisão que contrarie suas expectativas, necessitando adaptar-se à nova situação, que, às vezes, exige demasiado esforço pessoal”. Complementa ainda dispondo que “com a verdade consensual essa predisposição de acerto parte de dentro do autor da infração penal, como valor pessoal, com disposição anímica diferente, espontânea, com grande probabilidade de êxito”.

Aury Lopes Júnior (2021, p. 285), por sua vez, ao tratar do acordo de não persecução penal, o tem como

(...) um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciais, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se

pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do timing da negociação, da arte negocial.

Defende-se, no entanto, que todos os atores devem estar abertos à lógica do negócio, do acordo, não podendo os institutos negociais se revestirem apenas de privação dos direitos constitucionais e processuais do pretense réu para uma aplicação imediata da pena, ainda que mais branda, em benefício da celeridade processual e desafogamento do judiciário.

No que tange à transação penal, muito foi-se discutido sobre a (in)constitucionalidade do instituto, em razão dos princípios do devido processo, da ampla defesa e do contraditório, da não culpabilidade e da igualdade processual.

Miguel Reale Júnior (1997, 28-29 apud in Pereira, 2008, p. 29) partindo em defesa da inconstitucionalidade do instituto trouxe que:

“não aceitar a transação significa, portanto, preferir que a condenação à mesma pena decorra do exame da acusação e das provas no exercício amplo do direito de defesa, com respeito ao contraditório, e não de apressada imposição sem processo. É optar pela eventual condenação em processo regular, no qual pode ser absolvido”.

Na visão do autor, o réu, ao aceitar a antecipação da pena, perde a possibilidade de discutir no processo a imputação que lhe é feita, com a desvantagem de que, caso optasse pela continuidade do processo com todas as garantias processuais, poderia vir a ser absolvido no final.

No que tange à ofensa ao princípio da ampla defesa, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Amorim (2013, p. 313) defendem que a transação penal, tal como ele é oferecida, resulta em uma verdadeira imposição de pena ao autor do fato, que passa a ter medo de enfrentar o processo penal. Dessa forma, interessante é o quadro pensado pelos autores, que em suas palavras assim dispõem:

“(...) ao chegar à audiência preliminar, diante de um Juiz e de um membro do Ministério Público, o autor do fato é perguntado se deseja aceitar a transação penal, com todos os seus fogos de artifício (não aceitação de culpa, não gera reincidência, não traz os efeitos normais de uma sentença condenatória, etc.), percebendo uma pena restritiva de direito, ou se vai “enfrentar” o processo, neste último caso, quase como se fosse enfrentar o Juiz e o Ministério Público, tal é o inconveniente indisfarçável gerado por quem não aceita a

'benéfica' proposta''.

No que toca à mitigação do princípio da presunção da inocência, Chagas e Dias (2015, p. 1658) explicam que "na transação penal o autor do fato recebe uma pena, ainda que restritiva de direito, sem uma análise profunda dos fatos, sem direito de defesa, ou, ao menos, a instauração de processo na sua devida forma e por consequência, sem sentença condenatória", o que feriria frontalmente o disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Continuando a sua explanação, os autores afirmam que:

"em termo práticos, troca-se o devido processo legal pelo princípio da oportunidade regrada do Ministério Público, este que nem sempre acompanha cabalmente a tramitação da demanda, visto que a grande maioria dos procedimentos dos juizados é orquestrada pela figura do conciliador".

Na mesma linha de discussão, quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a doutrina vem divergindo em relação ao acordo de não persecução penal - ANPP.

Problematiza-se a necessidade de confissão formal e circunstanciada para o oferecimento do ANPP, diante dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Isso porque, se é previsto que o indivíduo só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo sido observado o devido processo legal, a exigência da confissão mostra-se em dissonância com os ditames da Constituição Federal.

Aury Lopes Júnior (2021, p. 286-287) chama a atenção para a problemática do valor da confissão em caso de descumprimento ou rescisão do acordo:

"O primeiro problema que surge é o valor dessa confissão em caso de rescisão do acordo. Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe "delete" mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco".

Em busca de tentar compatibilizar o requisito da confissão com os direitos daquele que ainda sequer pode ser chamado de acusado, parcela da doutrina, vem sustentando a limitação do valor e alcance dessa confissão, para que sirva exclusivamente para cumprimento do requisito formal do acordo de não persecução penal, sem geração de outros efeitos materiais. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2021, p. 288) chama a atenção a posição de SOARES, BORRI e BATTINI: “se verifica é que a confissão representa mera formalidade para fins de concretização do acordo, não podendo ser empregada nas demais esferas”. Segue aquele, citando os supracitados autores que:

"a confissão efetuada pelo investigado atende meramente à exigência formal para concretização do acordo de não persecução penal, até mesmo por ocorrer em sede de investigação preliminar, vedando-se sua utilização em eventual processo criminal, em caso de descumprimento das condições, bem como na hipótese de instauração de processos cíveis ou administrativos"

De forma semelhante, defende a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, no Enunciado nº 3100, ressaltando, todavia, a defesa da inconstitucionalidade do requisito:

Enunciado nº 3 da DPRJ, “constará expressamente do acordo de não persecução penal cláusula indicando que a confissão, apesar da duvidosa constitucionalidade de sua exigência, dá-se exclusivamente para os efeitos de celebração do acordo de não persecução penal. (grifos nossos)

Recentemente a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, julgou o Habeas Corpus Nº 657165 - RJ (2021/0097651-5) tendo decidido que a falta de confissão no inquérito policial não obsta o acordo de não persecução penal e que essa exigência pode levar a não autoincriminação:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um

---

100 Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/Doe/2021.05.18.pdf>> acesso em 21 de junho de 2022.



lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP. **2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado** – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada. 3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual **“o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).** 4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinio delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”. **5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns**

**inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento.** Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. **Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do Parquet.** 6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão o réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe. 7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

Ressalta-se, inclusive, que o tema é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade em curso perante o Supremo Tribunal Federal, sob o nº 6304101, ainda sem julgamento.

Nesse sentido, ainda que o modelo consensual seja uma realidade crescente no nosso ordenamento jurídico, entendemos que esse deve ser compatibilizado com os direitos do pretense réu. Assim, o negócio jurídico pré-processual deve ser efetivamente fruto de um acordo e não pode de uma imposição trajada de opção, como bem apontaram Jardim e Amorim em relação à transação penal, assim como não deve estabelecer requisitos que venham a prejudicar de sobremaneira o pretense réu em caso de descumprimento, como no caso da exigência de confissão para o ANPP.

### **3.Considerações Finais**

O tema negociação penal no Brasil já é uma realidade antiga. Diversos institutos

---

101 Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>> acesso em 21 de junho de 2022.

negociais foram criados numa proposta de dar maior economia e celeridade processual para determinados crimes.

Dessa forma, a doutrina busca compatibilizar ou rechaçar os institutos à luz dos princípios constitucionais, em especial devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção da inocência (art. 5º, LIV, LV, LVII, da CF).

Assim, entendemos que é preciso estar atento às novas formas de lidar com o processo, no entanto, deve-se ter cuidado para que esses institutos não mitiguem por completo os direitos fundamentais e processuais conquistados, literalmente, “à duras penas”.

#### 4.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica nos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro**. 2014. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/21f964298f6154c9e2b64f76ce9de8b8.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro.

CHAGAS, Cleverton Paulo das e DIAS, Bruno Smolarek. A transação penal à luz da hermenêutica constitucional e processual penal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei n. 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 29-140.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7 ed. São Paulo: RT, 2001. P.81.

JARDIM, Afrânio Silva. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 313.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 755-785.

LOPES JÚNIOR., Aury **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 285-288. *E-book*.

MASI, Carlo Velho. Comentários ao projeto de lei anticrime do Min. Sérgio Moro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5761, 10 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73149>. Acesso em: 14 ago. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 35-139.

NORONHA, Rodolfo et al. Celeridade ou justiça?: análise empírica de um juizado especial criminal. **Confluências**: Revista interdisciplinar de Sociologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p.157-177, out. 2016. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/124/147>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

ROBERTO, Cezar. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124-135.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**: Tripartido em três Projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. 1. ed. Salvador: Juspodium, 2019. p. 43-45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 58-58.

## **PRINCÍPIOS, CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**HUGO CAVALCANTI VAZ MENDES:**

Bacharel em Direito (2011), formado pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Mestre em direito empresarial internacional pela Central European University - Hungria (2014) e mestrando em direito comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

**RESUMO:** O presente artigo analisará os princípios e principais cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que tratam da responsabilidade civil objetiva na Lei N. 10.406/2002 (Código Civil) com o objetivo de compreender o grau de vagueza de tais enunciados e como tais conceitos abertos têm sido preenchidos. Para tanto, é feito um recorte histórico da evolução da responsabilidade civil no âmbito internacional, tendo como marco a Segunda Revolução Industrial; no caso da legislação brasileira o estudo inicia na década de 1910 até a promulgação do Código Civil/2002; e, ao final, faz-se uma análise dos enunciados normativos pertinentes em que se descrevem os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Conclui-se que tais mecanismos, ao trazerem maior abrangência para a cobertura do ordenamento jurídico, servem como importante meio para combater a impunidade de agentes que expõem a coletividade a riscos e danos demasiados em razão da natureza de suas operações.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil objetiva, cláusula geral, princípio, norma, conceito jurídico indeterminado.

**ABSTRACT:** This article will analyze the principles and main general clauses and undetermined legal concepts that regulate strict liability under Law N. 10.406/2002 (Civil Code) in order to comprehend the degree of vagueness of these provisions and how such vague concepts have been interpreted. For that, a historical clipping of the evolution of civil responsibility in the international scope is made, adopting as milestone the Second Industrial Revolution; in the case of Brazilian legislation, the study begins in the 1910s until the enactment of the Civil Code/2002; and, finally, an analysis is made of the pertinent normative provisions in which the doctrinal and jurisprudential understandings are based on. It is concluded that such mechanisms, by granting some vagueness to the coverage of the legal system, serve as important means to prevent impunity of agents that expose the community to too high risk or damage due to the nature of their operations.

**Keywords:** strict civil liability, general clause, principle, general rule, indeterminate legal concept.

## INTRODUÇÃO

No âmbito global, a responsabilidade civil objetiva obteve sua ascensão na segunda metade do século XIX, com a Segunda Revolução Industrial. Neste momento histórico, em razão do aumento dos acidentes trabalhistas e urbanos causados, principalmente, pelo maquinismo e novas tecnologias, a sociedade viu-se diante da dificuldade das vítimas em buscar reparação pelos danos em razão da falta de provas. Com isso, iniciou-se um movimento legislativo e doutrinário na França e, posteriormente, no mundo, de modo a flexibilizar os meios de responsabilização dos agentes causadores de danos com o intuito de garantir a reparação em determinados casos.

No Brasil, a responsabilidade objetiva, até 2002, encontrava-se esparsa em diversas leis específicas e, no Código Civil (BRASIL, 1916) vigente, possuía pouca expressividade em detrimento da prevalência da responsabilidade subjetiva. Entretanto, no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), este instituto passou a ter mais destaque, com a implementação de uma série de enunciados prevendo hipóteses de responsabilização do agente sem necessidade de comprovação de sua culpa. Dentre os enunciados normativos, verifica-se a adoção de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios os quais, em razão de relativa vagueza, demandam do intérprete sua valoração de modo a adequá-lo ao caso fático.

Nesse sentido, o presente artigo visa a compreender tais técnicas legislativas considerando seus limites e objetivos no regramento da responsabilidade objetiva. Trata-se de um estudo bibliográfico em que se faz um recorte histórico da responsabilidade civil. Para tanto, primeiramente, será feita uma conceituação das normas, regras, princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados com o propósito de compreender essas técnicas legislativas e os elementos diferenciadores entre elas. Na sequência, passaremos a analisar o histórico da responsabilidade objetiva, no âmbito global, desde a Segunda Revolução Industrial.

Superado o recorte internacional, passaremos a analisar a evolução da responsabilidade civil objetiva na legislação brasileira, a partir do Decreto N. 2.681 de 2012 que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Finalmente, concluiremos com o levantamento e estudo dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados implementados pelo Código Civil de 2002.

## 1. NORMAS, REGRAS, PRINCÍPIOS, CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Inspirado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) veio dotado de uma série de modelos jurídicos abertos. Tal estrutura, como bem esclarece a autora Judith Martins-Costa (2009), reflete o universo da Pós-Modernidade, no qual:

não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada (MARTINS-COSTA, 2009, p. 131).

Para melhor compreensão dos enunciados legais que regulam a responsabilidade objetiva no Código Civil (BRASIL, 2002), vale uma prévia elucidação quanto aos conceitos de norma, princípios, cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados, técnicas empregadas pelo Legislador quando da elaboração do código.

Primeiramente, no que tange às normas, como esclarece Alexy (2006, p. 54), estas são os significados dos enunciados normativos e, por isso, uma mesma norma pode ser expressada por mais de um enunciado normativo. Assim, todo enunciado que expressa um dever ser é um enunciado normativo. Tomando-se o caput art. 927 do Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro como exemplo<sup>102</sup>, podemos concluir que se trata de um enunciado normativo, já que abriga a norma de que ninguém pode causar dano a outrem (dever ser).

Enquanto espécies de normas, existem as regras e os princípios que, igualmente, estabelecem o dever ser e podem ser expressas através de enunciados normativos. Para Humberto Ávila (1999, p. 164), por sua vez, "os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor".

Há diversos critérios para diferenciar regras de princípios. O primeiro é o da abstração e generalidade, que classifica os princípios como normas dotadas de alta generalidade, ou seja, que são "dirigidos a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias" (ÁVILA, 1999, p. 156), enquanto as regras são menos genéricas ao serem direcionadas a um grupo mais restrito de sujeitos. Outros critérios de diferenciação consistem no fato do princípio ser a razão para a regra e no enquadramento como normas de argumentação ou normas de comportamento. Ainda, segundo Alexy (2006, p. 91), "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível

---

<sup>102</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ao passo que as regras são sempre satisfeitas ou não, ou seja, precisam ser observadas na sua integridade.

Na mesma linha, Humberto Ávila defende que os princípios são normas incondicionais e categóricas, tendo em vista que não precisam descrever uma realidade com respectiva consequência normativa. Para este doutrinador, em razão dessa abstração, os princípios consistem em normas finalísticas, que estabelecem atividades necessárias para atingir o fim devido, enquanto as regras são normas de conduta. Assim, o autor define princípios como:

normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e dos atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida (ÁVILA, 1999, p. 167).

Enquanto as regras seriam:

normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida (ÁVILA, 1999, p. 167).

Por fim, passamos à análise das técnicas legislativas de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, empregadas pelo legislador para permitir, em razão de sua vagueza, uma melhor adequação do texto normativo à realidade social. Para Gustavo Tepedino, as cláusulas gerais:

não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação de demais disposições normativas (NALIN, 2005, p. 93, apud TEPEDINO, 2002, p. XIX).

Alinhada com esse argumento, Judith Martins-Costa esclarece que as cláusulas gerais:

constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civil. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios



valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo (MARTINS-COSTA, 1998, p. 131 – Grifo da autora).

Considerando o esclarecimento da doutrinadora, essa técnica legislativa é característica da segunda metade do século XX, quando predominou o modo de legislar casuístico, segundo o qual a lei deveria ser clara, uniforme e precisa (MARTINS-COSTA, 1998, p. 132). Assim, “nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 134). Ademais, pelo fato de limitar a interpretação jurisdicional, “a técnica casuística torna-se o principal fator gerador de rigidez dos Códigos Civis” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 134). Em contraposição, as cláusulas gerais trazem mobilidade, em razão de sua imprecisão causada, por sua vez, pela intenção de não trazer respostas para todas as questões sociais, “uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 134).

Assim, as cláusulas gerais possuem caráter genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz e, portanto, permitem “pela abrangência da formulação, a sua aplicação a um número indeterminado de situações diferentes” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 215). Esse autor acrescenta que “essa técnica jurídica permite que o Direito seja atualizado sem a necessidade de alteração legal” (p. 215). Em outras palavras, no caso das cláusulas gerais, o antecedente (hipótese fática) possui termos vagos enquanto o consequente (efeito jurídico) é indeterminado (SCHWERZ, 2017, p. 285).

Distinguem-se dos conceitos jurídicos indeterminados, pois estes, após devida valoração do juiz, estão inseridos em enunciados que possuem a consequência legal pré-determinada, devendo o magistrado aplicar a solução. Em outros termos, a atividade criadora do juiz é muito maior nas cláusulas gerais, “já que deverá analisar axiologicamente a norma, verificar a sua aplicação à espécie, imprimir efeitos ao ato praticado, ou, ainda, graduá-los, no caso de existir previsão legal” (RODRIGUES, 2013, p. 188). Assim, nos dispositivos que contém conceitos jurídicos indeterminados, haverá a subsunção do fato ao enunciado normativo, sendo que caberá ao juiz valorar apenas o termo vago, uma vez que sua consequência está previamente determinada.

Concluída essa conceituação, a seguir exploraremos os principais princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados empregados no Código Civil (BRASIL, 2002) no que diz respeito à responsabilidade civil objetiva.

## 2. A ORIGEM DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Desde a *Lex Aquilia*, a responsabilidade subjetiva deteve um protagonismo no sistema de responsabilidade civil. Por volta de 286 a.C., a lei surgiu com o objetivo de “assegurar aos plebeus o pagamento dos danos causados a seus bens pelos patrícios”, nesse sentido, “prescrevia, a cargo do autor do dano, o pagamento de uma sanção pecuniária a favor da vítima” (FATTORI, 1997). Segundo Caio Mário, sua maior contribuição reside no fato de ter substituído multas fixas por penas proporcionais ao dano causado (PEREIRA, 2018, p. 8). A *Lex Aquilia* abrangia apenas os danos causados por atos do ofensor (culpa comissiva) e, como esclarecido por Sara Fattori, trouxe três requisitos para configuração do delito de dano (*damnum iniuria datum*) (FATTORI, 1997):

- a) *Iniuria*: dano deve decorrer de ato ilícito;
- b) *Culpa*: dano deve ser fruto de um ato comissivo do agente, praticado com dolo ou culpa;
- c) *Damnum*: a coisa deve sofrer lesão em razão da ação do agente.

Portanto, foi com a *Lex Aquilia* que surgiu o conceito de culpa extracontratual ou aquiliana, base da responsabilidade subjetiva. Tal conceito ficou refletido no Código Napoleão, que influenciou os Códigos modernos. Apenas no século XIX, que esta modalidade de responsabilidade deu espaço para a responsabilidade objetiva, que, ao invés de fundar-se na culpa, se baseia, principalmente, no risco inerente à atividade exercida.

Distinto da responsabilidade civil subjetiva, que demanda a apuração da culpa do agente para eventual responsabilização, a responsabilidade extracontratual objetiva, também denominada responsabilidade pelo risco (CAVALIERI FILHO, 2020), dispensa tal aferição, bastando a existência de um nexo causal entre o dano e o ato ilícito do responsabilizado. Dessa forma, a existência da culpa não é um elemento necessário para configuração da responsabilização, cujas hipóteses são trazidas pela legislação.

A ascensão da responsabilidade objetiva foi impulsionada, principalmente, pelo progresso científico e explosão demográfica característicos da Segunda Revolução Industrial. Nesse momento histórico, “as cidades cresceram, fábricas se espalharam e a vida das pessoas passou a ser regulada pelo relógio ao invés do sol” (NILLER, 2019). A realidade trazida por essa revolução era composta por um movimento populacional das zonas rurais para os grandes centros urbanos, em que as pessoas se submetiam a longas jornadas de

trabalho nas fábricas sem a devida segurança. Isso justifica o grande número de acidentes de trabalho na época. Além disso, a evolução tecnológica também proporcionou o surgimento de inventos, como veículos, que foram outra fonte de acidentes.

Foi, principalmente, no ambiente laboral que a responsabilidade aquiliana ou subjetiva se mostrou insuficiente. Isto pois, na análise de Sérgio Cavalieri Filho, “o operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 191), mesma lógica ocorreu com os transportes coletivos, com os quais os acidentes aumentavam e as vítimas encontravam-se desamparadas. É nessa realidade que os juristas passam a questionar a exigibilidade de culpa para imputação da responsabilidade civil.

Inicialmente, os tribunais passaram a flexibilizar a prova da culpa e, em seguida, adotou-se a culpa presumida, que implicava na inversão do ônus da prova, de inexistência de culpa ao causador do dano. Em seguida, evoluiu-se para a ampliação dos casos de responsabilidade contratual e, por fim, admitiu-se a responsabilidade objetiva, sem exigibilidade de culpa por parte do agente que gerou o dano (CAVALIERI FILHO, 2020).

De acordo com esse autor, são apontados como principais precursores da teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva, os franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand (CAVALIERI FILHO, 2020). A obra de Saleilles “les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle” é considerada um marco e nela o autor defende que “o princípio da imputabilidade vem substituído por um princípio de simples causalidade, prescindindo da avaliação do comportamento do sujeito causador do dano” (MARCHI, 2016). Para R. Saleilles, após análise da jurisprudência francesa, os tribunais vinham alargando o conceito de culpa a fim de proteger os trabalhadores e, com isso, se afastaram da teoria subjetiva tradicional e se aproximaram do posicionamento de que os prejuízos de uma atividade deveriam ser absorvidos por quem a executa (PÜSCHEL, 2005). Com base neste movimento, surgiu a teoria do risco.

Segundo a teoria do risco, concebida pelos juristas, em especial franceses, do século XIX, “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 191). Oriunda da teoria do risco, surgiu uma série de outras teorias visando a delimitar o conceito de risco.

De início, temos a teoria do risco-proveito, que identifica como sendo responsável aquele que se aproveita da atividade que causou o dano. Sergio Cavalieri Filho, nos esclarece, “a dificuldade desta teoria reside na definição do que seria proveito e, conseqüentemente, no fato da sua aplicação se restringir a comerciantes e industriais,

excluindo agentes de atividade das quais não foi obtido um proveito” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 143).

Outra teoria é a do risco profissional, que entende que há a obrigação de indenizar quando o dano é gerado pela atividade profissional do lesado. Essa teoria busca sustentar, principalmente, a responsabilidade do empregador em caso de acidentes de trabalho.

Os defensores da corrente teórica do risco excepcional, por sua vez, entendem que haverá responsabilização, apenas, quando o risco for excepcional, ou seja, que escape às atividades comuns da vítima como, por exemplo, os riscos inerentes às redes de alta tensão e às atividades nucleares (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 192).

De forma mais abrangente, a teoria do risco criado entende que deve ser responsabilizado todo aquele que optou por exercer uma atividade que trouxesse algum risco para a coletividade, não sendo necessário que esse risco seja excepcional. De acordo com essa teoria, por exemplo, as empresas de transporte seriam responsáveis, independentemente de culpa, pelos danos causados por sua frota de veículos, assim como uma indústria química, igualmente, seria objetivamente responsável pelos danos causados por seus produtos. Nesse sentido, como bem sumariza Caio Mário, "aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo" (MÁRIO, 1992, p. 24).

Por fim, a teoria do risco integral amplia ainda mais o rol de agentes passíveis de responsabilização ao dispensar a necessidade denexo causal. Assim, na hipótese de o agente de uma atividade criar um risco e ter sido causado um dano, ainda que tal dano não tenha sido originado da atividade em si, mas sim de fatores externos, tal agente deverá ser responsabilizado. Logo, bastará que a atividade de risco tenha sido a ocasião, mera causa mediata ou indireta do evento, ainda que este tenha tido por causa direta e imediata fato irresistível ou inevitável, como a força maior e o caso fortuito.

Situada a origem da responsabilidade objetiva, no tópico seguinte dissertaremos brevemente acerca de sua evolução no arcabouço jurídico brasileiro.

### **3. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

No Brasil, a evolução da responsabilidade objetiva deu-se de forma bastante espaçada por meio de leis especiais até sua adoção pelo Código Civil, de 2002. A responsabilização de agentes independentemente de culpa foi introduzida na legislação a partir de 1912, quando o Decreto N. 2.681 (BRASIL, 1912) trouxe a responsabilização das estradas de ferro por todos os danos causados aos proprietários marginais.

Outra esfera jurídica na qual a responsabilidade objetiva foi implementada é a trabalhista. Conforme antecipamos acima, a reflexão quanto à necessidade de se revisar a responsabilidade dos empregadores em casos de acidentes de trabalho emerge de uma demanda oriunda da realidade criada pela Segunda Revolução Industrial, em meados do Século XIX. Por aqui, o primeiro corpo legal que tratou da responsabilização em acidentes laborais foi criado apenas em 1919, através do Decreto Legislativo N. 3.724 (BRASIL, 1919). Com base na teoria do risco, o art. 2 do referido diploma atribui ao empregador a responsabilidade de indenizar o empregado ou seus familiares por danos causados em razão de acidentes relacionados ao exercício do trabalho. A esta responsabilidade objetiva, excetuam-se apenas casos de força maior ou quando o acidente decorrer de dolo do empregado.

Durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, foi promulgada a segunda lei tratando de acidentes laborais do Brasil, o Decreto-lei N. 24.637 de 1934 (BRASIL, 1934), que manteve a responsabilidade objetiva do empregador exceto para os acidentes decorrentes de força maior ou por dolo do empregado, conforme disposto em seu art. 2. Dentre suas inovações, esta lei trouxe o conceito do seguro de acidente do trabalho, pelo qual o empregador deverá contratar seguro ou prover seguro bancário de modo a garantir a indenização do empregado.

Em 1944, por meio do Decreto-lei N. 7.036 (BRASIL, 1944), aperfeiçoou-se o sistema mediante a implementação do seguro de acidente de forma compulsória, conforme estabelecido no art. 94 de tal dispositivo. Aqui, a instituição da previdência social passa a figurar como responsável perante as responsabilidades da lei. Assim, da mesma forma que o seguro obrigatório para a responsabilização do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), prevê indenização independente de culpa do agente, em 1974, a Lei n. 6.194 (BRASIL, 1974) implementou outra hipótese de responsabilização de natureza objetiva, o seguro obrigatório de responsabilidade civil para proprietários de veículos automotores – DPVAT. Cavalieri Filho, esclarece, tratar-se de um “seguro social em que o segurado é indeterminado, só se tornando conhecido quando da ocorrência do sinistro, ou seja, quando assumir a posição de vítima de um acidente automobilístico” (CAVALIEIRI FILHO, 2020, p. 201).

Com a evolução da legislação acidentária, atualmente, ao empregador, é atribuída a responsabilidade subjetiva, devendo este, para fins de obrigação de reparação de danos, incorrer em dolo ou culpa nos termos do art. 7, XXVIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), exceto quando se remeter a atividade de risco, conforme posicionamento pacificado

pelo Tribunal Superior do Trabalho<sup>103</sup> e pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário - RE 828040/DF (STF, 2020) de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Na esfera ambiental, a responsabilização do poluidor por danos ambientais é regrada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e pela Lei N. 6.938/1981 (BRASIL, 1981). A Lei ordinária em tela adotou a responsabilidade objetiva no parágrafo primeiro do seu art. 14 ao determinar que:

sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Posteriormente, em 1988, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) recepcionou essa modalidade de responsabilização por meio do seu art. 225, parágrafo terceiro ao estabelecer que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Ainda, vale ressaltar que a responsabilidade por danos ambientais é auferida com base na teoria do risco integral, haja vista que grande parte dos casos de poluição ambiental são causados por casos fortuitos e de força maior, como rompimento de barragens, vazamento de oleodutos. Tal posicionamento encontra-se pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em um dos acórdãos que tratam do tema, no Recurso Especial - REsp 114.398, o decidiu-se que “a alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental” (STJ, 2009).

Além das previsões acima, há outras leis especiais e dispositivos constitucionais que preveem a responsabilização do agente independente de culpa:

- (i) Responsabilidade por dano oriundos de atividades nucleares, conforme disposto no art. 21, XXIII, da Constituição Federal/1988;
- (ii) Responsabilidade por danos causados pela atividade de lavra, conforme disposto no art. 47, VIII do Decreto-lei N. 227 de 1967 (Código de Minas) (BRASIL, 1967);

---

<sup>103</sup> Neste sentido: RR 22/2004-001-05-00, RR 946/2006-025-12-00, RR 1.538/2006.

- (iii) Responsabilidade causada pela aeronave a terceiros na superfície, conforme disposto nos arts. 268 e 269 da Lei N. 7.565 de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) (BRASIL, 1986);
- (iv) Responsabilidade pelos danos causados nas relações de consumo, conforme Lei N. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

No Código Civil de 2002, a responsabilidade civil fundada na culpa, consoante seu art. 159, abandonou seu protagonismo mediante o destaque dado pelo legislador à responsabilidade civil objetiva que passou a ser prevista por uma série de dispositivos. Como pontua Sergio Cavalieri Filho, o Código Civil de 2002:

embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 214).

A seguir, avaliamos os princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados adotados pelo Código Civil de 2002 para regular a responsabilidade civil objetiva.

#### **4. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL**

Após esse breve recorte histórico, passaremos agora a analisar como a responsabilidade civil objetiva foi regulada pelo Código Civil de 2002. Primeiramente, faremos uma análise dos princípios adotados e, na sequência, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados empregados pelo legislador brasileiro.

##### **4.1. Princípios norteadores da responsabilidade objetiva**

Conforme explanado acima, o princípio é uma espécie de norma caracterizada por sua generalidade e universalidade. Ainda, os princípios podem ou não ser traduzidos por meio de enunciados normativos, porém sempre buscarão um dever ser. Neste sentido, Barroso pontua que “Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos” (BARROSO, 2010, p. 11).

No que tange à responsabilidade objetiva, conforme recorte histórico feito no presente estudo, seu surgimento e desenvolvimento devem-se, principalmente, à demanda social por uma nova forma de responsabilização frente à exposição e vulnerabilidade de algumas pessoas e da dificuldade de se provar a culpa do agente em alguns casos, o que acabavam deixando as vítimas desamparadas. Dentre os princípios que norteiam, principalmente, a responsabilidade objetiva, alguns merecem destaque.

Quando se fala em responsabilização em razão do risco, independente de culpa, busca-se tutelar a integridade física e patrimonial da sociedade como um todo, trazendo ao potencial causador do dano o prévio dever de segurança. Como esclarece Cavalieri Filho, se o causador do dano

pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjetivo) à incolumidade física e patrimonial, decorrendo daí o dever de segurança [...] cuja violação justifica a obrigação de repararem nenhum exame psíquico ou mental, sem apreciação moral da conduta do autor do dano” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 233).

Assim, é clara a ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo legislador ao optar pela adoção de um sistema que garanta a segurança e a inviolabilidade física e patrimonial dos cidadãos. Barroso (2010) destaca que a dignidade é composta por três conteúdos essenciais: valor intrínseco da pessoa humana, valor comunitário e autonomia da vontade. O primeiro está fundado em uma série de direitos fundamentais, dentre eles o da vida, da integridade física e da integridade psíquica. É perseguindo a defesa desses direitos que surge o conceito do dever de segurança e, como consequência, a responsabilização independente de culpa para as atividades que representam risco para sua garantia.

Paralelamente, temos o princípio da causa do risco, que determina que “a responsabilidade deve ser atribuída a quem deu causa ao dano, mediante criação do risco” (PÜSCHEL, 2005, p. 98). Como apontamos, uma das teorias do risco, a do risco integral, é totalmente embasada na causalidade, haja vista que defende que quem criar o risco, ainda que sem nexo de causalidade imediata com o dano deve ser responsabilizado.

Na mesma linha do princípio da causa do risco, temos o princípio da prevenção, que atribui a responsabilidade ao “sujeito em melhores condições para controlar e reduzir os riscos de dano” (PÜSCHEL, 2005, p. 98). Aqui vale uma distinção entre “prevenção e precaução, enquanto aquele cuida de um risco certo e conhecido a ser evitado, o último abrange riscos incertos, não-confirmados, mas que, na dúvida, deve ser evitado” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 212). Para esse autor, a adoção desse princípio na responsabilidade civil representa uma transição de um posicionamento repressivo para um proativo/preventivo.



Outro princípio é o da distribuição de danos, segundo o qual o prejuízo deve ser assumido por quem tem melhores condições de absorvê-lo, reduzindo o fardo individual. Na mesma linha, “o princípio da equidade busca a responsabilização daquele que tem as melhores condições econômicas para suportar os prejuízos advindos do dano” (PÜSCHEL, 2005, p. 99).

#### **4.1.1 Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que regem a responsabilidade objetiva**

Cavaliere Filho (2020, p. 214) destaca que o Código Civil de 2002:

embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas que são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928), etc.

A seguir, analisaremos alguns dos enunciados normativos acima citados, de modo a compreender sua estrutura e natureza bem como apontar e analisar os termos vagos neles contidos.

- (i) Art. 187 cominado com Art. 927: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Avaliando-se a estrutura desse enunciado normativo, cominado com o art. 927, a princípio, pode-se concluir que há uma série de expressões dotadas de vagueza que demandam sua valoração pelo intérprete legal (“manifestamente”, “fim econômico ou social”, “boa-fé”, “bons costumes”). Apesar de tais conceitos vagos, há um conseqüente claro e pré-determinado, ou seja, se preenchidos os requisitos trazidos na hipótese legal, haverá a configuração de um ato ilícito, que, nos termos do art. 927, implicará na obrigação de reparação. Assim, não estamos diante de uma cláusula geral propriamente dita, mas sim de uma regra contendo conceitos jurídicos indeterminados dada a limitação de sua vagueza.

A natureza objetiva da responsabilidade trazida por este dispositivo depreende-se pelo fato de que “não é necessária a consciência de que se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do

direito” bastando-se o excesso para que seja configurada a responsabilização (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 218). Como bem salientado por Cavalieri Filho, aqui há de se considerar o excesso, abuso no exercício do direito e não no direito em si, que sempre será dotado de legalidade.

Essa responsabilização objetiva busca, principalmente, “vedar um exercício antissocial do direito e que este sirva como forma de opressão, evitando que o seu titular utilize seu poder visando a uma finalidade distinta da que se destina” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 217). Neste sentido, o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil estabelece que “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Assim, verificado o abuso, este configura ilícito e, nos termos do art. 927, implicará na responsabilização do agente. Ainda, na hipótese do abuso de direito, o dano não é um requisito para sua configuração.

Passando-se à análise dos termos vagos, inicialmente, tem-se o requisito do “excesso manifesto” do abuso no exercício do direito. Aqui, não basta que o exercício do direito cause um dano a outrem, caso contrário, o exercício de muitos direitos ficaria prejudicado, haja vista que é natural e lícito que eles impliquem no prejuízo de terceiro. Dessa forma, por “excesso manifesto” deve-se entender, apenas, o exercício anormal do direito, que não seja norteador por um fim legítimo.

Os demais conceitos indeterminados do artigo (“fim econômico ou social”, “boa-fé” e “bons costumes”) são os limitadores do exercício do direito. Por “fim econômico”, entende-se o “proveito material ou vantagem que o exercício de um direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 221), enquanto o “fim social deve estar alinhado com os objetivos que são buscados por toda sociedade, incluindo, da paz, ordem, solidariedade, etc” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 226).

Com relação à “boa-fé”, aqui identificamos a adoção do princípio da boa-fé objetiva como um dos norteadores da execução do direito. Esclarecemos, anteriormente, que os princípios são normas caracterizadas por sua generalidade e por nortear o atingimento de um dever ser; no caso da “boa-fé”, o princípio é pautado pelo “padrão de conduta necessário à convivência social para que se possa acreditar, ter fé e confiança na conduta de outrem” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 227). No art. 187, o princípio da boa-fé objetiva exerce uma função de controle, uma vez que limita o exercício de direitos subjetivos, que deve ocorrer com base no “padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 228).

Por fim, com relação ao conceito de “bons costumes” este deve ser valorado no sentido de abranger o “conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em

certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 230). Assim, o conceito de bons costumes é alinhado com o de boa-fé.

Como exemplo de aplicação deste enunciado, temos o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.467.88-GO (STJ, 2014), de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, pelo qual reconheceu-se a responsabilização do recorrido que impetrou *habeas corpus* para impedir a interrupção da gestação da recorrente, interrupção esta que se encontrava devidamente autorizada judicialmente. Entendeu o tribunal que se tratou de um abuso do direito da tutela de urgência, o que causou danos físicos e psicológicos à gestante, que se viu obrigada a parir um feto portador da síndrome de *Body Stalk* e que faleceu logo após o parto.

- (ii) Art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Segundo Judith Martins-Costa (2009), o parágrafo único do art. 927 consiste em importantíssima cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco. Entretanto, se observarmos a estrutura do enunciado, verificaremos que em que pese a existência de termos vagos, pendentes de valoração, há uma hipótese e um consequente definidos e pré-determinados qual seja a obrigação de reparação de dano, independente de culpa.

Relativamente aos termos vagos, também denominados pela Judith Martins-Costa, a saber: “conceito jurídicos indeterminados”, encontramos as palavras “normalmente”, “natureza” e, como termo central dessa hipótese normativa, “risco”. Em razão de sua vagueza, tais expressões demandam que o intérprete defina o que consistiria numa atividade de risco normalmente executada, que, se gerar um dano, implicará na responsabilização de seu agente de forma objetiva.

Em primeiro lugar, no que se refere à habitualidade da atividade, conforme consagrado pela legislação e doutrina, deve-se entender como atividade normalmente desenvolvida o serviço reiterado, habitual, organizado para realizar fins econômicos (CAVALIERI FILHO, 2020). Com relação ao conceito de “natureza de risco”, mencionado anteriormente, há diversas teorias para definir o que seria risco para fins de responsabilização objetiva. Ressalta-se que, no Brasil, “adotou-se a teoria do risco criado, que estabelece que haverá a responsabilização, sem necessidade do elemento culpa, quando a atividade exercida, em razão de sua natureza, gerar risco para direitos de outrem” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 230).

Ainda segundo esse autor, a doutrina distingue o risco da atividade em duas naturezas: "o risco inerente e o risco criado". Enquanto o primeiro, é inerente à natureza, qualidade e modo de execução da atividade o segundo é eventual, isto é, surge de modo acidental durante a execução da atividade" (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 233). Além disso, a previsão do parágrafo único do art. 927 engloba, apenas, a hipótese do risco inerente, que está alinhado com a teoria do risco criado, pela qual, conforme já explorado, haverá a responsabilidade objetiva quando o agente optar por executar uma atividade que é naturalmente arriscada (CAVALIERI FILHO, 2020).

- (iii) Art. 931: Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Por conseguinte, outro dispositivo apontado como uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pela doutrina é o art. 931 (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 936). Aqui, mais uma vez, temos um resultado pré-definido e claro, que independe de valoração pelo intérprete. Entretanto, a sua hipótese causadora detém maior vagueza haja vista que deverá ser definido qual o limite do dano causado pelo produto bem como o universo de agentes passíveis de responsabilização. Uma arma de fogo que cause a morte de um transeunte poderia implicar na responsabilidade do seu comerciante? O fabricante de um produto químico poderia ser responsabilizado por um produto que foi revendido por um de seus distribuidores com embalagem violada?

Por meio deste enunciado normativo, o Código Civil (BRASIL, 2002) adotou a teoria do risco empresarial, pelo qual o empresário responde pelos defeitos dos produtos postos em circulação, devendo garantir sua segurança e qualidade. Assim como para as atividades de risco, a responsabilização pelos danos causados pelo produto não decorre de sua natureza, mas sim dos defeitos que venham a ser causados na sua fabricação ou funcionamento. Dessa forma, uma empresa fabricante de armas de fogo não pode ser responsabilizada por todos os danos causados pelos seus disparos, mas tão somente pelos originados de defeito no seu funcionamento, dada a inerente periculosidade deste bem. Para Sergio Cavalieri Filho (2020, p. 239):

Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade desses produtos é normal e conhecida – previsível, em decorrência de sua própria natureza -, em consonância com a expectativa legítima do usuário. Em suma, normalidade e previsibilidade são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe apenas informar o usuário a respeito desses riscos inevitáveis.

Portanto, com relação aos “agentes responsáveis por eventual dano causado pelo defeito do produto, estariam englobados os empresários que tiverem comercializado o produto, incluindo fabricantes e vendedores” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 239). Quanto a esse ponto, pode haver entendimento diverso, limitando a responsabilização aos fabricantes com base no disposto pelo art. 13 do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 239).

A título de exemplo, citamos o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.644.405-RS (STJ, 2016), de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, pelo qual se reconheceu a existência de dano moral no caso de venda de uma aliança no recheio dos biscoitos vendidos. Aqui, entendeu o Tribunal que houve ofensa ao direito fundamental da alimentação adequada que é uma das bases do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **5. CONCLUSÃO**

O Código Civil (BRASIL, 2002) inspirado pela estrutura da nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988), adotou uma série de enunciados e conceitos vagos de modo a permitir uma maior flexibilidade da aplicação da norma conforme contexto e realidade social vigentes. Tal técnica fez uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados sendo que, enquanto as primeiras são caracterizadas por sua total indeterminação, os últimos são parte de um enunciado que possui um conseqüente determinado e que independe de valoração judicial. Tal técnica legislativa foi utilizada também nos dispositivos que regulam a responsabilidade civil objetiva, que dispensa o elemento de culpa para configuração da responsabilidade do agente.

Para nortear a aplicação da responsabilidade objetiva, o legislador incorporou uma série de princípios, que refletem a origem deste instituto. Os princípios da dignidade da pessoa humana, da causa do risco, da prevenção, da precaução e da distribuição dos danos visam a garantir a responsabilização daqueles agentes que, em razão de sua natureza ou da atividade que conduzem, põem em risco a segurança e integridade da coletividade como um todo. Mediante tal técnica, o legislador busca afastar a impunidade e garantir a reparação das pessoas lesadas.

Aliado à adoção de tais princípios, o legislador do Código Civil de 2002 também adotou uma série de enunciados vagos que permitem a valoração do intérprete em consonância com tais princípios. Em que pese a comum referência doutrinária às cláusulas gerais de responsabilidade civil objetiva, ao avaliarmos os enunciados dotados de vagueza que regulam tal matéria (Art. 187, Art. 927, parágrafo único e Art. 931), verificamos que o conseqüente trazido por estes é claro e pré-definido, aproximando-os, portanto, de regras contendo conceitos jurídicos indeterminados e não de cláusulas gerais propriamente ditas.

Nesse sentido, é importante que a interpretação da vagueza de tais enunciados ocorra de modo a respeitar os princípios norteadores da responsabilidade objetiva. Nota-se na avaliação dos três artigos supramencionados, que os conceitos jurídicos indeterminados neles contidos, ao mesmo tempo dão liberdade ao intérprete para que este os valore, demandam certa limitação em tal atividade interpretativa de modo que a hipótese criada esteja alinhada com o contexto social existente e, principalmente, com os princípios e objetivos da responsabilidade objetiva.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de direito administrativo*: RDA, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. *LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm) Acesso em: 20 nov. 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. *LEI Nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7565compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm) Acesso em: 09 fev. 2022

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm) Acesso em: 07 fev. 2022

BRASIL. *LEI Nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974*. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, 1974. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6194.htm) Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas), 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0227.htm#:~:text=Del0227&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20227%2C%20DE%2028%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201967.&text=Art.,o%20consumo%20de%20produtos%20minerais](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm#:~:text=Del0227&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20227%2C%20DE%2028%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201967.&text=Art.,o%20consumo%20de%20produtos%20minerais). Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei N. 7.036, de 10 de novembro de 1944*. Reforma da Lei de acidentes do trabalho, 1944. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del7036.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7036.htm) Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei N. 24.637 de 10 de julho de 1934*. Estabelece sob novos moldes as obrigações resultantes dos acidentes do trabalho e dá outras providências. 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24637-10-julho-1934-505781-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 08 jan. 2022.

BRASIL. *Lei N. 3.071. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916, 95º da Independência e 25º da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art). Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. *Decreto Nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912*. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, 1912. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2681\\_1912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm) Acesso em: 06 nov. 2022

BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público*. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 06 mar. 2022.

FATTORI, S. C. A responsabilidade pela reparação do dano no direito romano. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 80, 135-153, jan/dez de 1997.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14a. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2020.

MARCHI, C. De. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no código civil. *Revista dos Tribunais*, Vol. 964, fevereiro, 2016, Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.964.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.08.PDF) Acesso em: 04 abr. 2022.

MÁRIO, C. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.

MARTINS-COSTA, J. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações* (Vol. V). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, J. O direito privado como um "sistema em construção" (as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 129-154, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.70391> Acesso em: 05 abr. 2022.

NALIN, P. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*, 23, 85-98, jul - set de 2005.

NILLER, E. How the Second Industrial Revolution Changed Americans' Lives. *History Stories*, 25 jan de 2019.. Disponível em: <https://www.history.com/news/second-industrial-revolution-advances> Acesso em: 17 nov. 2020.

PEREIRA, C. M. *Responsabilidade Civil*. 12a. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PÜSCHEL, F. P. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do código civil. *Revista Direito GV*, 1, 91 - 107, 2005.

RODRIGUES, L. C. V. O código civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13, *10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*, V. I, 179 - 194, 2013. Disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil\\_179.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_179.pdf) Acesso em: 07 fev. 2022.

SCHWERZ, S. M. (2017). Princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e a responsabilidade objetiva normatizada. In A. J. Batista, *Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado*. São Paulo: IASP, 2017, p. 281-302.

STF. *Recurso extraordinário 828.040 Distrito Federal, 2020*. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 1654-F791-0F66-1A53 e senha 2178-EEAC-DA38-1747 Acesso: 02 abr. 2022.



STJ. *Recurso Especial 1.644.405-RS de 2016*. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521875579/recurso-especial-resp-1644405-rs-2016-0327418-5/inteiro-teor-521875582>. Acesso em: 05 abr. 2022.

STJ. Recurso Especial - REsp 1.467.88-GO, de 2014. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862810192/recurso-especial-resp-1467888-go-2014-0158982-0/inteiro-teor-862810202> Acesso em: 05 abr. 2022.

STJ. *Recurso Especial - REsp N. 1.114.398*. Relator Ministro Sidnei Beneti, 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21249564/recurso-especial-resp-1114398-pr-2009-0067989-1-stj/inteiro-teor-21249565> Acesso: 02 abr. 2022

## A GREVE POLÍTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR

**ALINE MARQUES FIDELIS:**

advogada, especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestranda em Direito do Trabalho pela mesma instituição.

**JOÃO FRANCISCO DA SILVA**<sup>104</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo propõe um estudo acadêmico acerca de questão que comporta divergências doutrinárias e jurisprudenciais: a greve deflagrada com fins exclusivamente políticos é ilícita? Para tanto, realizamos uma breve análise histórica do direito de greve, chegando aos tempos atuais, nos quais o direito de greve e a democracia estão intrinsecamente relacionados. Destacamos, também, que a greve é direito fundamental e a greve política, por sua vez, é subclasse de referido direito fundamental no atual Estado Democrático de Direito no Brasil.

**Palavras-chave:** Greve. Direitos Fundamentais. Greve Política. Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** This paper proposes an academic study on a matter that involves theoretical and court precedents divergences: are strikes exclusively started with political purposes unlawful? In order to do so, we carried out a brief historical analysis of the right to strike, until current times, in which the right to strike and democracy are intrinsically related. We also noted that the strike is a fundamental right and the political strike is, in turn, a subcategory of such fundamental right in Brazil's current democratic State based on the rule of law.

**Keywords:** Strike. Fundamental rights. Political strike. Democratic State based on the rule of law.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A GREVE NO CONTEXTO HISTÓRICO DO MUNDO E DO BRASIL. 2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS. 2.2. A GREVE NO MUNDO. 2.3 A GREVE NO DIREITO BRASILEIRO. 3 A GREVE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 4. A GREVE POLÍTICA. 4.1. A GREVE POLÍTICA

---

104 João Francisco da Silva é advogado, especialista em Direito do Trabalho pela Faculdades Metropolitanas Unidas e mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR: TEORIA RESTRITIVA E TEORIA AMPLIATIVA. 4.2. A GREVE DOS TRABALHADORES E DOS ESTUDANTES DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO EM 2012. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe um estudo acadêmico acerca de questão que comporta divergências doutrinárias sobre a greve política.

O direito de greve e a democracia estão intrinsecamente relacionados. Mas o que é a greve política? Como ela é classificada? O ordenamento pátrio a reconhece como lícita?

Ao longo do artigo, buscaremos responder a essas indagações e, para tanto, traremos considerações históricas para a compreensão do tema.

O detalhamento histórico trazido, principalmente no tópico atinente à greve no Brasil, decorre da necessidade de destacar o tratamento que a greve recebe na sua acepção geral e, também, que a greve política recebe na história pátria.

A greve é um direito dos trabalhadores e, por isso, só pode ser decidida se aprovada pelos próprios trabalhadores. Além disso, por ser um direito social, a greve também pode ser feita objetivando um interesse social. A nosso ver, o trabalhador pode recorrer à greve para atender a uma reivindicação trabalhista, assim como pode ser utilizada como instrumento para reivindicações políticas ou de outros ideais.

A greve política, nesse contexto, pode ser conceituada como a paralisação dos trabalhadores, de uma mesma categoria ou de categorias diferentes, que questiona decisões, atos, manobras ou mudanças promovidas por líderes e figuras políticas ou que busca reverter quaisquer outros efeitos que venham a ser gerados pela política de um país, de uma região ou até mesmo de área reduzida e específica, ou seja, versa sobre elementos que não se prendem exclusivamente ao contrato de trabalho nem a condutas do empregador.

O direito de greve, nesse diapasão, não deve ser limitado aos conflitos de trabalho suscetíveis de culminar em uma convenção coletiva de trabalho apenas. Destarte, as greves podem ter natureza: a) trabalhista, que buscam garantir ou melhorar as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores; b) sindical, que buscam garantir e desenvolver os direitos das organizações sindicais e de seus dirigentes; c) política, que têm por fim, embora indiretamente, a defesas dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores.

Por derradeiro, o objetivo maior do presente artigo é que ao final o leitor possa ter a sua própria resposta acerca da seguinte questão: É lícita ou abusiva a greve deflagrada com fins exclusivamente políticos?

## **2. A GREVE NO CONTEXTO HISTÓRICO DO MUNDO E DO BRASIL**

### **2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS**

Parte da doutrina relata que a história da greve remonta ao século XII a.C., quando trabalhadores se recusaram a trabalhar na construção do túmulo de um faraó em protesto pela irregularidade no pagamento de salários e tratamento desumano que recebiam. Outros doutrinadores, por sua vez, indicam o êxodo em massa dos hebreus, ao abandonarem o Egito.

A história da greve remonta, ainda, aos romanos, no Baixo Império, quando as greves foram objeto de repressão pelos textos legais principalmente no setor público e de atividades essenciais.

Na França, a Lei *Le Chapelier*, de 1791, proibia todas as formas de agrupamento profissional que tivessem o escopo de defender os interesses coletivos. Contudo, até então, não era utilizado o vocábulo "greve" para conceituar as paralisações dos trabalhadores que buscavam melhores condições de trabalho no sentido próprio utilizado pela linguagem do Direito, pois até então não havia a estrutura moderna das relações de trabalho, porquanto o sistema social era nitidamente escravista ou servil.

Nesse contexto, a partir da revolução industrial, quando surge o trabalho assalariado e os trabalhadores passaram a pressionar, em conjunto, o empregador por melhores condições de trabalho, no sentido amplo do termo, é que surge a greve propriamente dita.

### **2.2. A GREVE NO MUNDO**

O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas ("ONU"), que entrou em vigor em janeiro de 1976, e estabelece o compromisso de os Estados-Partes garantirem o direito de greve de conformidade com as leis de cada País<sup>105</sup>.

A Organização internacional do Trabalho ("OIT"), ainda não possui uma Convenção Internacional disposta, especificamente, sobre o direito de greve. Contudo, a nosso ver, a

---

105 Art.8.1. Os Estados-Partes do presente Pacto se comprometem a garantir:

(...)

d) o direito de greve de conformidade com as leis de cada país.

própria liberdade sindical, proclamada pela Convenção 87 e complementada pela Convenção 98 da OIT, consagra a greve implicitamente.

Ainda no âmbito da OIT, há "orientações no sentido de que as limitações ao exercício do direito de greve sejam razoáveis, relativamente a serviços essenciais e à função pública."<sup>106</sup>

A Declaração Sociolaboral do Mercosul<sup>107</sup>, por sua vez, assegurou a todos os trabalhadores e organizações sindicais o exercício do direito de greve, conforme as disposições vigentes. Asseverou, em seguida, que os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação desse direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar sua finalidade.

O direito de greve é reconhecido, também, no ordenamento da União Europeia. A Carta dos Direitos Fundamentais<sup>108</sup> do aludido bloco internacional, que se tornou juridicamente vinculante a partir do Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, reconhece uma pluralidade de direitos fundamentais, entre os quais o direito de negociação coletiva e de greve.

A maioria dos Textos Constitucionais dos países ocidentais reconhece a greve como um direito<sup>109</sup>.

Portanto, desde que seu exercício seja revestido de caráter pacífico, a greve é reconhecida, pela maioria dos países, como um direito fundamental de que devem gozar os trabalhadores.

Passemos, então, a analisar o instituto da greve no direito brasileiro e, em que medida, esse direito constitucional e fundamental pode (ou não) ser limitado a ponto de proibir o exercício da greve exclusivamente política no atual Estado Democrático de Direito.

### **2.3. A GREVE NO DIREITO BRASILEIRO**

---

<sup>106</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve como direito fundamental. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 51.

<sup>107</sup>[https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma\\_AP\\_75320.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75320.pdf), acesso em 25/09/2022.

<sup>108</sup> [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf), acesso em 25/09/2022.

<sup>109</sup> A de Portugal, por exemplo, o faz em seu art. 57, a Grécia em seu art. 23.2, a Espanha em seu art. 28.2 e a Suécia em seu art. 17.

A abolição tardia da escravidão no Brasil, em 1888, foi logo seguida por uma legislação penal (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890) que proibia a greve, tipificando-a como ilícito penal nos arts. 205 e 206.

As Constituições de 1891 e 1932 foram omissas a respeito da greve.

A Constituição de 1937, por sua vez, considerou livre a associação profissional ou sindical, em seu art. 139, que dispunha que “a greve e o *lockout* são declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

Em 2 de maio de 1939 foi promulgado o Decreto-lei 1.237, que instituiu a Justiça do Trabalho e previa punições em caso de greve, desde a suspensão e a despedida por justa causa, até a pena de detenção.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943) tratava na Seção I, Capítulo VII, do *lockout* e da greve, prevendo que os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do tribunal, abandonassem o serviço, ou desobedecessem a qualquer decisão proferida em dissídio, incorreriam nas penalidades de suspensão ou dispensa do emprego, perda ou suspensão do direito de serem eleitos para o cargo de representação profissional (art. 723).

A Constituição de 1946 passa a reconhecer a greve como direito dos trabalhadores, embora condicionando o seu exercício à edição de lei posterior (art. 158).

Assim, sob a égide da ditadura militar, foi editada a Lei n. 4.330, de 1º de junho de 1964, que regulava o direito de greve previsto no art. 158 da Constituição de 1946, que prescrevia a ilegalidade da greve: a) se não fossem observados os prazos e condições estabelecidos na referida lei; b) que tivesse por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano; c) por motivos políticos, partidários, religiosos, morais, de solidariedade ou quaisquer outros que não tivessem relação com a própria categoria diretamente interessada; d) cujo fim residisse na revisão de norma coletiva, salvo se as condições pactuadas tivessem sido substancialmente modificadas.

Eram tantas as exigências para a greve ser considerada lícita, que a Lei 4.330/1964 passou a ser conhecida como lei “antigreve”.

A greve na modalidade política certamente representava uma antinomia aos valores opressores da ditadura militar. Os líderes que administraram o país entre 1964 e 1985 o fizeram com práticas tirânicas e determinações autoritárias, em um governo de repressão, aderente inclusive à tortura de seus opositores.

Um movimento coletivo que contestasse manobras do Estado, atitudes políticas ou escolhas da máquina pública obviamente sofreria reprimendas, e essa é uma realidade inerente de um espaço antidemocrático.

O fim da ditadura militar, em 15 de março de 1985, representa uma grande conquista da sociedade e trabalhadores no Brasil. Instalou-se, finalmente, o regime democrático, o Estado Democrático de Direito. E a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, foi a primeira Lei Maior nesse recomeço político, social, trabalhista e sindical para os cidadãos brasileiros.

Na Constituição de 1988, a greve deixa de ser mencionada no Título atinente à Ordem Econômica e Social, como ocorria nas Constituições anteriores, de 1946 e 1967, passando a figurar no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais (MALLET, 2015, p. 21).

Assim, no atual Estado Democrático de Direito no Brasil, a greve é um direito garantido pela Constituição Federal que, em seu artigo 9º, assegura aos trabalhadores o direito de greve como meio de defender seus interesses. É, também, regulamentada pela Lei 7.783/1989, que em seu artigo 2º considera a greve como “[...] a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

### **3. A GREVE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Segundo BOBBIO (2017, p. 64), são fundamentais os direitos que, positivados em uma constituição, abarcam todas as pessoas sem discriminação, ou seja, são aqueles diante dos quais todos os cidadãos são nivelados em igualdade.

Os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões. A primeira dimensão é composta por prerrogativas ligadas à liberdade, direitos civis e políticos, que geralmente foram incorporados primeiramente aos ordenamentos jurídicos nos momentos iniciais do constitucionalismo ocidental, em processos distintos e próprios de cada nação, referentes à oposição contra o Estado (BONAVIDES, 2015, p. 577-578).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais adveio da rejeição ao liberalismo que caracterizou o século XX. Consiste ela em direitos da coletividade, além dos direitos sociais, culturais e econômicos. Essas prerrogativas se fizeram presentes nas Constituições com influência do marxismo e também naquelas pertencentes a regimes da democracia social, entre elas a Constituição de Weimar, após um período de eficácia questionável. Enfrentaram tais direitos, alguns impasses, como escassez de recursos, e foram até

classificados como meramente programáticos, porém gradualmente vêm se tornando mais aplicáveis (BONAVIDES, 2015, p. 578-579).

A greve, portanto, é um direito fundamental de segunda dimensão e pertence não a cada componente da classe trabalhadora, mas à coletividade, o que faz com que, no âmbito trabalhista, prevaleça sobre direitos fundamentais individuais.

No rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988 consagra o direito à greve em seu art. 5º, §1º e art. 9º, § 1º e 2º:

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:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º A lei definirá os serviços e atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

O direito à greve no Brasil democrático é, portanto, fundamental e com aplicabilidade imediata. Nesse contexto, pondera MALLET (2015, p. 21)

Prevalece, em primeiro lugar, a aplicabilidade imediata do direito de greve, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição, afirmada, inclusive, por jurisprudência e doutrina. Em consequência, são inconstitucionais normas inferiores contrárias à possibilidade de exercício do direito de greve. Teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de extrair dessa aplicabilidade imediata a inconstitucionalidade de norma estadual que sancionava com exoneração a participação de servidor em greve, ainda em estágio probatório.



Outro ponto importante que decorre de a greve ser um direito constitucional e fundamental é que a lei regulamentadora não pode inviabilizar o exercício do direito de greve, com exigências desproporcionais, tampouco pode comprometer seu núcleo essencial, com restrições desequilibradas.

Porém, a despeito de a Constituição de 1988 assegurar o direito de greve ao trabalhador, certo é que não se trata de um direito absoluto, ou seja, na ponderação com outros bens constitucionalmente garantidos, o direito de greve pode ser objeto de limitações.

Entretanto, a nosso ver, trata-se de ponderar um direito constitucional e fundamental com outros da mesma natureza, ou seja, não cabe à lei ordinária e/ou decisões judiciais restringir o direito de greve garantido constitucionalmente.

Trata-se, portanto, do cenário de harmonizar os direitos constitucionais, mas jamais de restringi-los por lei ordinária, onde não há mandamento constitucional requerendo que seja feita essa restrição.<sup>110</sup>

Somente na administração direta e indireta (autarquias e fundações públicas) é que a Constituição de 1988 determina que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (art. 37, VII). Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve (art. 142, V).

Verificamos, portanto, que o direito de greve não é absoluto, a própria Constituição o limitou, quando era necessária tal limitação, apenas e tão-somente porque deve conviver harmonicamente com os demais direitos fundamentais em nosso Estado Democrático de Direito.

## **4. A GREVE POLÍTICA**

### **4.1. A GREVE POLÍTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR: TEORIA RESTRITIVA E TEORIA AMPLIATIVA**

O direito de greve é um direito fundamental garantido constitucionalmente. A nosso ver, o direito de exercer a greve é, também, um direito social.

---

<sup>110</sup> Não há no art. 9º da Constituição de 1988 expressões como “a ser definido por lei ordinária”, “a ser regulado por legislação infraconstitucional”, de modo que o direito de greve é amplo, garantido constitucionalmente e fundamental.

Por ser um direito fundamental, a greve se reveste de proteção especial e não podem ser admitidas limitações ao seu exercício, sejam essas limitações impostas por leis ordinárias, sejam impostas por interpretações doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

A greve política, por sua vez, é a paralisação dos trabalhadores, de uma mesma categoria ou de categorias diferentes, que questiona decisões, atos, manobras ou mudanças promovidas por líderes e figuras políticas ou que busca reverter quaisquer outros efeitos que vêm a ser gerados pela política de um país, de uma região ou até mesmo de área reduzida e específica, ou seja, versa sobre elementos que não se prendem exclusivamente ao contrato de trabalho nem a condutas do empregador.

Contudo, não significa que as razões da greve política são incabíveis ou que o movimento assim enquadrado deve ser considerado abusivo. Isso porque, ainda que indiretamente, as reivindicações da greve política buscam trazer, ao final, melhores condições – sejam políticas, sociais ou econômicas – aos trabalhadores, enquanto cidadãos pertencentes ao Estado Democrático de Direito que vivemos, atualmente, no Brasil.

Nesse diapasão, LEITE (2014, p. 31) assinala que todas as greves, ainda que reconditamente, assumem um caráter político, no sentido amplo do termo, porquanto o fato de um grupo social de trabalhadores suspender a prestação pessoal de serviços é, em si, um comportamento político, ou, pelo menos, de conscientização política desses trabalhadores perante o empregador, uma vez que a greve, via de regra, tem por objeto a instituição de novas condições de trabalho mais favoráveis em relação àquelas que existiam antes do movimento paredista.

A grande questão que impulsionou o presente artigo acadêmico foi: **é lícita ou abusiva a greve deflagrada com fins exclusivamente políticos?**

A resposta comporta divergências doutrinárias, mas a nosso ver, a resposta é positiva, como defendemos ao longo deste artigo.

Para a resposta a essa questão, MELO (2017, p. 43) destaca que, para restringir o direito de greve bastaria defini-lo.

Para o autor é o que tem acontecido no Brasil após 1988:

É o que tem acontecido entre nós após 1988, pois, embora a Constituição Federal tenha reconhecido esse direito como um direito amplo e fundamental do trabalhador genericamente considerado, a doutrina trabalhista, e mais especialmente a jurisprudência, tem procurado restringir o seu uso a partir da definição que lhe deu o art. 2º da Lei n. 7.783/89, que a direciona ao empregado e ao empregador na relação estrita trabalhista.

Para MELO (2017, p. 44), enquanto o art. 9º da Constituição de 1988 diz que a greve é um direito do trabalhador e a ele compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre o direito a ser tutelado, a Lei de Greve, que é uma lei ordinária regulamentadora, restringe o seu exercício à tutela de direitos apenas trabalhistas, quando se refere à paralisação de serviço de empregador.<sup>111</sup>

Concordamos com MELO (2017, p. 44) quando apresenta críticas à lei ordinária:

*Mas, data vênia, uma lei ordinária não pode mudar a essência de um direito assegurado pela Lei Maior – o direito de greve –, no caso, sem restrição, que depois de muitos anos de ditadura militar, em que tal instituto foi negado aos trabalhadores, numa verdadeira aclamação do desejo da sociedade reprimida, faz incluir, no seu texto, esse direito fundamental.*

BARROS (1997, p. 11) destaca que é permitida a greve com fins exclusivamente políticos em alguns países, como na Itália e na Espanha, mas desde que não tenham, também, objetivos revolucionários, ou seja, a greve é permitida “para remoção de obstáculos de ordem econômica e social que impedem o desenvolvimento da pessoa humana e a participação dos trabalhadores na organização política, econômica e social do país.”

Conforme destacamos alhures, o art. 9º da Constituição de 1988 dispõe que é assegurado o direito de greve, não podendo normas inferiores o restringir.

Como destaca LEITE (2014, p. 32), “há cizânia doutrinária no que se refere à extensão e alcance da expressão “interesses” contida no preceptivo em causa.”.

Sobre a controvérsia acerca da expressão “interesses”, BARROS (1997, p. 11-12), por sua vez, assinala que a locução “interesses”, não acompanhada da qualificação desses interesses, é ambígua:

Pode-se pensar, com razão, que tais interesses são os que podem ter o cidadão comum, enquanto membro da comunidade social. Mas esses interesses não podem ser outros senão os do trabalhador enquanto sujeito de um contrato de trabalho, membro do pessoal de uma empresa. Há de se distinguir entre trabalhador enquanto

---

<sup>111</sup> Art. 1º, Lei 7.783/89. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei.

cidadão e cidadão enquanto trabalhador. Interpretação contrária poderia chegar até a afirmação de que a greve defende interesses de todo tipo, sejam trabalhistas, sejam políticos.

O Tribunal Superior do Trabalho, contudo, já declarou abusiva a greve política:

GREVE. NATUREZA POLÍTICA. ABUSIVIDADE. A greve política não é um meio de ação direta da classe trabalhadora em benefício de seus interesses profissionais, e, portanto, não está compreendida dentro do conceito de greve trabalhista. Entende-se por greve política, em sentido amplo, a dirigida contra os poderes públicos para conseguir determinadas reivindicações não suscetíveis de negociação coletiva. Recurso Ordinário Obreiro parcialmente provido. (TST – RODC 454136-20.1998.5.015555, Rel. Min. Valdir Righetto, SDC, DJ 06.08.1999).

Dentre as mais recentes greves políticas declaradas abusivas pelo Poder Judiciário, podemos citar a greve dos caminhoneiros, em 2018, e a greve dos petroleiros, em 2020, cuja ementa de julgamento segue abaixo.

"DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE DOS PETROLEIROS DE 2018 - CARÁTER POLÍTICO DO MOVIMENTO EM FACE DA MOTIVAÇÃO APRESENTADA - PARALISAÇÃO NO CONTEXTO DA GREVE DOS CAMINHONEIROS - RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE IN RE IPSA DE GREVE POLÍTICA - DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL INIBITÓRIA DA GREVE - APLICAÇÃO DE MULTA - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO . 1. A greve, como fenômeno social, constitui o último recurso dos trabalhadores em um conflito coletivo com seus empregadores, para fazer valer suas reivindicações de melhores condições de trabalho e remuneração. A greve está para a negociação coletiva como a guerra está para a diplomacia, na linha da conhecida e sucinta definição do general prussiano Carl Von Clausewitz: "a guerra é a continuação da política por outros meios" ("Da Guerra", Berlim, 1832). 2. Naquilo que se convencionou chamar de "Escalada Nuclear" durante o período da Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética, os conflitos localizados em países satélites ou das respectivas zonas de influência eram resolvidos, quando surgidas guerras pontuais, pelo recurso aos armamentos convencionais, desde aqueles mais leves (armas brancas, rifles e metralhadoras), passando para os mais pesados (tanques, aviões e navios), de modo a se evitar o uso de armas atômicas, pelo potencial destrutivo e efeitos radioativos permanentes que deixavam, como se viu em Hiroshima e

Nagasaki no final da 2ª Guerra Mundial. 3. Analogamente, no que concerne aos conflitos coletivos de trabalho, a Constituição Federal de 1988, com a Emenda Constitucional 45, de 2004, estabeleceu uma escalada de recursos para a sua composição (CF, art. 114, §§ 1º a 3º), que começa na negociação coletiva, passando pela arbitragem (e institutos similares da mediação e conciliação) e pelo dissídio coletivo (intervenção estatal), para culminar na greve em caso de frustração de todos os meios menos traumáticos. 4. Na greve, ao poder econômico do patrão sobre os salários se opõe o poder sindical sobre o trabalho, sendo o período conflituoso de paralisação de atividades considerado, como regra geral, em caso de não acordo em sentido contrário, como de suspensão do contrato de trabalho (Lei 7.783/89, art. 7º): não há prestação de serviços e não há pagamento de salários. 5. No caso de greve em serviços essenciais, mormente quando prestados em caráter monopolístico, o que se verifica é que, nesse embate de forças, a população acaba sendo refém dos grevistas, pois não tendo como obter tais serviços por fontes alternativas, pode se ver privada de energia, comunicações, transporte, alimentos, saúde e demais serviços básicos de infraestrutura, que dificultariam a sobrevivência da comunidade. Daí o rigor maior e as condições mais exigentes que a Lei 7.783/89 traçou ao regulamentar o direito constitucional de greve. 6. No caso de greve política, o recurso à "guerra" é imediato, sem nenhuma possibilidade de composição não traumática do conflito de interesses, na medida em que, estando o atendimento às reivindicações obreiras fora do alcance direto do empregador, não tem ele como negociar ou recorrer à arbitragem ou ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho, pois a competência para acolher as reivindicações veiculadas pelos grevistas é do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, editando atos normativos de suas esferas. 7. Assim, nosso ordenamento jurídico não admite a greve política, na medida em que o perfil constitucional do direito de greve (CF, arts. 9º e 114) é o de um direito coletivo dos trabalhadores a ser exercido frente aos empregadores, quando frustradas a negociação coletiva, a arbitragem e o dissídio coletivo. E a jurisprudência pacificada da SDC do TST se firmou nesse sentido. 8. Portanto, quando a motivação da greve desborda para o campo político, dirigida aos Poderes Públicos, na busca de decisões governamentais e ou de edição de leis e atos normativos que refogem ao poder estrito do empregador público ou privado, tem-se que tal greve não se insere no direito coletivo dos

trabalhadores, pois a disputa é, na realidade, político - partidária, com os sindicatos operando como braço sindical dos partidos políticos na disputa pela assunção do Poder na sociedade politicamente organizada que é o Estado, ainda que sob a bandeira da luta política de melhora das condições dos trabalhadores . 9. No caso dos autos, de plano se detectou o caráter nitidamente político da greve, pela motivação declinada pelas Entidades Sindicais Suscitadas, resumidas no comunicado de que "suas bases estarão de greve, contra o preço abusivo do combustível e a deposição do Sr. Pedro Parente do cargo de Presidente da Petrobras, bem como os mandos e desmandos do governo Temer" . Daí a conclusão pelo seu caráter abusivo in re ipsa , por não se dirigir à solução de questão laboral no âmbito exclusivo da empresa, ser deflagrada na vigência de acordo coletivo de trabalho, sem nem sequer a alegação de seu descumprimento e qualquer recurso à negociação coletiva. 10. Deflagrada no contexto da greve dos caminhoneiros que paralisou o país no período de 21 a 30 de maio de 2018 e dando-lhe continuidade, houve a determinação judicial de abstenção da greve por parte da Relatora Originária, Min. Maria de Assis Calsing, que foi ostensivamente descumprida pelas Entidades Suscitadas, que alardearam em seus comunicados à população: "Petroleiros não se intimidam com decisão do TST e mantêm greve" . 11. Assim, tendo a greve durado apenas dia e meio dos três originariamente previstos, em face de nova ordem judicial elevando para R\$ 2.000.000,00 a multa diária pelo movimento paredista, e caracterizada a abusividade do movimento paredista, é de se julgar procedente o presente dissídio coletivo de greve, dosando-se a sanção originalmente estabelecida, levando-se em conta a capacidade financeira dos sindicatos obreiros, para reduzi-la a R\$ 250.000,00 em relação a cada Entidade Sindical Suscitada, autorizando-se as Empresas Suscitantas a proceder à retenção das mensalidades associativas, até o atingimento do montante global das multas, com possibilidade alternativa de execução das mesmas. Dissídio coletivo de greve que se julga procedente, para declaração da abusividade da greve, com aplicação de multas " **(DCG-1000376-17.2018.5.00.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Redator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 17/02/2021).**

Atualmente, predomina a corrente que defende a teoria restritiva, ou seja, a que defende que não pode ser reconhecida a licitude da greve exclusivamente política, como nos recentes episódios das greves dos caminhoneiros e dos petroleiros no Brasil.

Para os adeptos da teoria restritiva, alguns dos argumentos que levam a crer que a greve política é inaceitável são: a) o empresário não pode suportar prejuízos decorrentes de um conflito que ele não ocasionou; b) o *caput* do art. 3º da Lei de Greve, ao dispor que a cessação coletiva do trabalho é facultada uma vez “frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral”, condiciona o direito de greve à prévia tentativa de negociação e c) o sindicato é órgão de representação profissional, e não político, cargo este incumbido aos partidos.

Em sentido contrário, a corrente que defende a teoria ampliativa tem como argumento base não haver qualquer limitação legal à greve política.

Ao contrário, o art. 9º da Constituição de 1988 dispõe que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercer o direito à greve e sobre os interesses que devam por meio dela defender.

Dessa feita, não há vedação legal para uma greve que defenda interesses políticos, pois caso assim desejasse o legislador, teria estabelecido a expressa proibição legal, a exemplo do que ocorria com a Lei 4.330/1964, nos sombrios tempos de ditadura militar no Brasil.

Sendo parte dessa corrente doutrinária minoritária, SILVA (1993, p. 273-274), assevera que:

A Constituição assegura o direito de greve, por si própria (art. 9º). Não o subordinou a eventual previsão em lei. É certo que isso não impede que a lei defina os procedimentos de seu exercício, como exigência de assembleia sindical que a declare, de quórum para decidi-la e para definir abusos e respectivas penas. Mas a lei não pode restringir o direito mesmo, nem quanto à oportunidade de exercê-lo nem sobre os interesses que, por meio dele, devem ser defendidos. Tais decisões competem aos trabalhadores, e só a eles (art. 9º). Diz-se que a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir deverá ser de proteção do direito de greve, não deve ir no sentido de sua limitação, mas de sua garantia e proteção. Quer dizer, os trabalhadores podem decretar greves reivindicatórias, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves de solidariedade, em apoio a outras categorias ou grupos reprimidos, ou greves políticas, com o fim de conseguir as transformações econômico-sociais que a sociedade requeira, ou greves de protestos.

Corroborando o posicionamento de SILVA, ROMITA (1989, p. 269) assinala que:

A interpretação do art. 9º da Constituição deve observar, em plano sistemático, as diretrizes traçadas pelos textos constitucionais que realçam os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos em que se esteia o Brasil constituído em Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV); determinam que se construa uma sociedade livre, justa e solidária, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); protegem o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º); protegem o trabalho como um dos direitos sociais (art. 6º); asseguram a participação dos trabalhadores na criação do ordenamento jurídico que lhes diz respeito (art. 10) e bem assim na gestão da empresa (arts. 7º, XI e 11); preconizam a redução das desigualdades sociais, como um dos princípios a que obedece a ordem econômica (art. 170, inc. VII); exaltam a valorização do trabalho humano, como um dos pilares de sustentação da mesma ordem econômica (art. 170); apontam o primado do trabalho como a base da ordem social (art. 193); consagram o bem-estar e a justiça sociais como objetivos colimados pela ordem social (art. 193). À luz desses princípios básicos institucionais, deve ser entendido o preceito constitucional que assegura o exercício do direito de greve. Qualquer interpretação que resulte em repressão ou restrição despropositada do exercício desse direito padecerá de inconstitucionalidade.

Compartilhando do mesmo posicionamento de SILVA e de ROMITA, LEITE (2014, p. 35) discorre:

Parece-nos que no atual paradigma do Estado democrático de direito, a greve apresenta-se como um dos instrumentos de promoção da igualdade substancial entre as duas forças produtoras de riqueza: o capital e o trabalho. A Constituição Federal de 1988, é sabido, inspirou-se: (a) na Constituição Portuguesa de 1976, ao proclamar a greve como direito social dos trabalhadores, os quais têm legitimidade para decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devem por meio dele defender (art. 9º, *caput*); e (b) na Constituição Espanhola de 1978, ao estabelecer a possibilidade de regulamentação do exercício do direito de greve nas atividades essenciais, objetivando a manutenção dos serviços mínimos destinados à comunidade.



ARAÚJO e NUNES JÚNIOR (2001, p. 168) asseveram que compete aos trabalhadores decidir sobre a conveniência e oportunidade de exercer o direito de greve e sobre os interesses que devam por meio dele defender:

O direito de greve consiste na proteção de interesses, de qualquer natureza, e na reivindicação de direitos por meio de uma ação coletiva, afinada a uma mesma finalidade dos trabalhadores envolvidos, que, para tanto, utilizam-se da paralisação do trabalho como mecanismo básico de pressão contra o patronato. Vigê, nesse sentido, o princípio de que, na medida em que a Constituição assegurou o direito de greve, compete aos trabalhadores 'decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender' (CF, art. 9º).

Segundo GRAU (2011, p.285), a greve "es un acto coral, un clamor que crece y es capaz de romper el recinto que protege el privilegio económico y la desigualdad". A greve tem sido, segundo o autor, o instrumento mediante o qual se vem conseguindo a grande maioria dos direitos sociais, conceituados como direitos de cidadania plena.

FILHO (2013, p. 21) discorre, nesse contexto, que a greve consiste em um importantíssimo ato político-democrático.

Sob a perspectiva da teoria política, CARVALHO (2011, p. 14) afirma que a greve faz emergir a importância do princípio democrático. Segundo o autor:

"A ruptura da normalidade, no ambiente da empresa, serve para que ele se deixe contaminar pelo princípio maior da democracia, conjugando, afinal, liberdade e participação".

Perfilhamos do entendimento de que deve ser admitida a greve exclusivamente política, como forma de garantir o amplo exercício do direito fundamental de greve em nosso Estado Democrático de Direito. Ao garantirmos o amplo exercício de um direito fundamental tão importante quanto o direito de greve, estamos garantindo a manutenção da democracia em nosso país.

#### **4.2. A GREVE DOS TRABALHADORES E DOS ESTUDANTES DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO EM 2012**

Uma das greves políticas mais recentes, que inicialmente não foi declarada abusiva pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região ("TRT/SP"), é a greve dos trabalhadores e

dos estudantes da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo ("PUC/SP"), deflagrada em 2012 ("Greve da PUC/SP").

A Greve da PUC/SP foi deflagrada em represália ao fato de que o Grão Chanceler nomeou como reitora a candidata que obteve o menor número de votos dentre os três candidatos à reitoria.

Em 14 de novembro de 2012, os funcionários deliberaram pela realização da greve, reivindicando que fosse observado o resultado da eleição realizada democraticamente.

Foi instaurado dissídio coletivo de greve (TRT/SDC nº 005134-84.2012.5.02.0000). Participaram do dissídio, como primeiro suscitado, o Sindicato dos Professores de São Paulo, representando os professores da PUC/SP, e o Sindicato dos Auxiliares de Administração Escolar de São Paulo, representando os demais funcionários, como segundo suscitado.

Os estudantes da PUC/SP também protestaram, por entender que o ato do Grão Chanceler foi uma arbitrariedade que atenta contra o Estado Democrático de Direito. Como resultado, paralisaram as suas atividades estudantis e organizaram uma série de palestras e debates para discutir o tema.

Vale trazer algumas considerações sobre o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos autos do dissídio coletivo nº 005134-84.2012.5.02.0000 ("Acórdão").

A primeira delas é que o desembargador relator, Dr. Francisco Ferreira Jorge Neto, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, arguida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que, segundo o artigo 114 da Constituição de 1988, "o direito de greve é inerente às relações coletivas de trabalho."

Outra consideração de suma importância, em relação à tentativa de negociação prévia, foi o fundamento do Acórdão de que "como se trata de greve política, na qual não se tem nenhuma conotação econômica, não se poderia exigir o requisito da exaustão da negociação coletiva".

Nota-se que, ao fundamentar que a greve não pode ser classificada como abusiva em decorrência da ausência de negociação prévia, o Acórdão assegurou a eficácia do direito de greve.

Entendemos que ao garantir a eficácia do direito de greve, relativizando uma exigência de negociação que não poderia ocorrer, não houve desrespeito à norma legal – como alguns podem concluir. Ao revés, houve autêntica aplicação dos princípios norteadores do Direito do Trabalho.

A coerência lógica é mantida no Acórdão quando da análise da (des)necessidade de deliberação sobre a paralisação coletiva. O Acórdão, então, conclui que “pelos particularidades do movimento grevista, não se pode exigir tamanho formalismo, como o previsto no art. 4º, da Lei n. 7.783/89. ”

O Acórdão segue destacando o que, de fato, é requisito *sine qua non* no ordenamento jurídico pátrio para a greve não ser considerada abusiva, que “é inegável que a greve é pacífica e dentro dos limites da normalidade”. E, ao final, “do exame dos autos, pelos aspectos formais, concluímos que a greve não é abusiva”.

Por fim, restou devidamente fundamentado no Acórdão: “É inegável que o direito de greve não se resume tão somente como fator de pressão objetivando a melhoria econômica. Portanto, é possível a eclosão das denominadas greves de solidariedade ou as greves políticas”.

O Acórdão do TRT/SP, a nosso ver, não poderia ter sido mais assertivo. Ele incluiu, com brilhantismo, a greve política na classe dos direitos fundamentais.

Vale destacar que o Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, reformou a decisão Regional, sagrando-se vencedora a tese do ministro relator, que considerou a paralisação abusiva.

Mas tal decisão do TST não foi unânime, mas sim por maioria de votos, eis que o ministro Mauricio Godinho Delgado abriu divergência, com o entendimento de que a greve por motivação política é garantida pela Constituição Federal, cabendo aos trabalhadores decidir sobre seu exercício.

O ministro Godinho foi seguido pelas ministras Kátia Arruda e Maria de Assis Calsing, em outras palavras, apesar do resultado do julgamento, 03 (três) Ministros do TST reconheceram a validade da Greve Política.<sup>112</sup>

## 5. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 dispõe, em seu art. 9º, que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-los e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

Não há, no texto constitucional, nenhuma limitação quanto à causa da greve, pelo que nos filiamos à teoria ampliativa e, assim, **defendemos que a greve política é uma**

---

112 RO-51534-84.2012.5.02.0000

## **classe pertencente ao gênero greve, garantido em nosso Estado Democrático de Direito.**

Concluimos, ainda, ao concomitantemente, a Lei de Greve, que não há como o direito de greve ser restringido, ou seja, a greve política pertence à classe dos direitos fundamentais ao ser feita a análise no plano infraconstitucional.

Isso porque, o artigo 1º da Lei de Greve também dispõe que compete aos trabalhadores “decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” e o artigo 2º, por sua vez, não retira o direito expresso, de forma ampla, tanto no artigo 9º da Constituição de 1988, quanto no artigo 1º da Lei de Greve.

Em não havendo violência, a greve não deve ser respondida com represália ou ser enquadrada como ilegítima.

Nesse contexto, sendo pacífica, a greve deve ser autorizada e também ouvida, como ocorreu na Greve da PUC/SP, em que o TRT/SP reconheceu tal direito, e três Ministros do TST também votaram para que tal direito fosse mantido.

Outrossim, a greve política, em uma democracia, deve constituir uma oportunidade para que os valores políticos do referido regime sejam consumados.

No Brasil, após muitos anos de ditadura militar, o direito fundamental à greve, prevista na Constituição de 1988, foi uma grande conquista não somente dos trabalhadores, mas da sociedade como um todo.

Não podemos, como a devida vênia, permitir a limitação desse direito, sob pena de estarmos renunciando às nossas garantias democráticas, conquistadas arduamente por todos os que se insurgiram durante muitos anos em que o direito de greve não era garantido à sociedade.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Cássio Mesquita. Responsabilidade civil do sindicato na greve. In: Revista Síntese Trabalhista. 98, ago/97. p. 11 s/s.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de direito judiciário do trabalho. São Paulo: LTr, 1985.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. São Paulo: Edipro, 2017.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CARVALHO, Augusto Cesar leire de. Direito fundamental de greve e interdito proibitório. In: Arruda, Katia Magalães; COSTA, Walmir Oliveira da (coords.). Direitos coletivos do trabalho na visão do TST: homenagem ao Ministro Rider Nogueira de Brito. São Paulo: LTr, 2011.

CORTEZ, Julpiano Chaves. A lei de greve. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FILHO, Jorge Boucinhas. Direito de greve e democracia. São Paulo: LTr, 2013.

GRAU, Antonio Baylos. Estado Democrático de Derecho y amplio reconocimiento del derecho de huelga. Derecho laboral, tomo LIV, n. 242, abril-junio 2011.

HARDY-VALLÉE, Bernoit. Que é um conceito? Marcos Bagno tradutor. São Paulo: Parábola, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve como direito fundamental. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Lei de greve anotada: Lei n. 7.783/89. São Paulo: LTr, 2018.

MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. O direito do trabalho na constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Fundamentos para a solução dos conflitos coletivos de greve. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (orgs.). Curso de direito do trabalho, v. III, Direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

MALLET, Estêvão. Dogmática elementar do direito de greve. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. A greve no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

NOVAIS, As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. Direito sindical e coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. Os direitos sociais na constituição e outros estudos. São Paulo: LTr, 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios gerais de direito sindical. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado. v. 7: direito coletivo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOUZA, Ronald Amorim e. Greve & Locaute. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Responsabilidade pelo abuso do direito de greve. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano I, n.1, 1993.

URIARTE, Oscar Ernida. Critica de la libertad sindical. Derecho laboral, tomo IV, n. 242, abril-junio 2011.

VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

## **A PRECARIIDADE DO SISTEMA PRISIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS FRENTE A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL**

**LEONARDO MOREIRA SANTOS:**  
Pós-graduando em Direito Penal e  
Processual Penal pela  
EDUCAMINAS

**Resumo:** O escopo deste trabalho é refletir sobre a ressocialização de encarcerados no Brasil, sabemos que a situação dos presídios no país é vista como uma calamidade, superlotação de celas, condições desumanas, condições estas que influenciam e muito a volta destes indivíduos em sociedade, que muitas das vezes retornam ainda piores. Todo cidadão deve ser tratado com dignidade, independentemente de terem cometido ou não algum delito. O respeito e dignidade são pilares básicos para todos os indivíduos viverem em uma sociedade justa. É de extrema importância que o Estado adote políticas públicas que permita a recuperação do indivíduo no meio social. É importante ressaltar que existe na legislação vigente alternativas para esse mal que nos assombra a anos e anos. O que falta é engajamento para pôr em prática a redução dos níveis elevados de violência e auxiliar na recuperação do preso. A Lei de Execução penal cumpre o seu papel que é punir e ressocializar, todavia por si só não é eficaz, visto que a realidade não condiz com o papel. O estudo busca revisitar os pontos positivos e negativos, além de debater sobre a reintegração do apenado no convívio em sociedade, tem o objetivo de tratar a necessidade de viabilizar a recuperação do sistema prisional.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Lei de Execução Penal. Penitenciárias. Sistema Prisional. Reintegração. Ressocialização.

**Reanudar:** El alcance de este trabajo es reflexionar sobre la rehabilitación de los presos en Brasil, sabemos que la situación de las prisiones en el país es vista como una calamidad, hacinamiento de celdas, condiciones inhumanas, condiciones que influyen y mucho alrededor de estos individuos en la sociedad, que muchas veces vuelven aún peor. Todo ciudadano debe ser tratado con dignidad, independentemente de que haya cometido o no un delito. El respeto y la dignidad son pilares básicos para que todos los individuos vivan en una sociedad justa. Es de suma importancia que el Estado adopte políticas públicas que permitan la recuperación del individuo en el medio social. Es importante recalcar que existen alternativas en la legislación vigente para este mal que nos persigue desde hace años y años. Lo que falta es compromiso para poner en práctica la reducción de los altos niveles de violencia y ayudar en la recuperación del reo. La Ley de Ejecuciones Penales cumple su función, que es la de castigar y resocializar, sin embargo por sí sola no es efectiva, ya que la realidad no se corresponde con la función. El estudio busca revisar los

puntos positivos y negativos, además de debatir la reinserción del condenado a la vida en sociedad, pretende abordar la necesidad de viabilizar la recuperación del sistema penitenciario.

**Palabra Clave:** Dignidad de la persona humana. Ley de Ejecuciones Penales. Penitenciarias. Sistema Penitenciario. Reinstalación. Resocialización.

## **METODOLOGIA**

A metodologia empregada teve como fundamento desenvolver um trabalho exploratório, trazendo uma abordagem qualitativa, doutrinária, com base no entendimento dos tribunais, conforme a legislação vigente, baseado em artigos científicos renomados, sites que abordam a problemática, bem como as mais diversas literaturas que permeiam o tema, de modo a uma vasta reflexão.

## **INTRODUÇÃO**

O Sistema Prisional brasileiro a cada dia que passa é pauta nas grandes discussões que permeiam a sociedade. Diante de constantes rebeliões, fugas e superlotação em celas, e precárias condições desumanas, está longe de ser considerado um exemplo.

Ao analisarmos a história do sistema, podemos perceber que de lá para cá pouca coisa ou quase nada mudou, os meus problemas diários, violência extrema, além do crime organizado imbuído no papel do Estado por trás das grades.

Além das mais diversas violações de direitos humanos, outro ponto que chama a atenção é a ineficácia do sistema, visto que, 90% dos encarcerados voltam a delinquir e retornam a prisão.

O Brasil é uma máquina de leis que são quase sempre ineficazes, um exemplo disso é a Lei de Execução Penal de 1984, que na teoria enche olhos, mas na dura realidade não é aplicada da forma correta, mesmo sendo ela uma das mais completas existentes no que conhecemos de mundo.

Infelizmente quem deveria solucionar o problema, prefere tratar as penas como um meio de castigo, sem a preocupação do foco central que é a ressocialização do indivíduo.

Por isso o tema é extrema importância, trazer a real situação dos presídios brasileiros na busca de alternativas que possam ajudar no convívio destes índios em sociedade, além da marginalização que sofrem.



Por fim podemos concluir que não basta só o Estado fazer sua parte, é imprescindível que todos caminhem juntos, sociedade, a família do condenado e o mais importante o querer do sentenciado em ressocializar.

## **1 PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO COM FOCO NA REINserÇÃO DO INDIVÍDUO EM SOCIEDADE**

A privação da liberdade teve seu surgimento a partir do século XIX, muito antes as penas corporais eram a forma mais severa de punição, as prisões serviam apenas como um local onde os prisioneiros aguardavam as condenações.

Bitencourt (2011, p. 49), dizia que: “A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz de controle social”.

Apesar do tempo atualmente é possível verificar que as penas privativas de liberdades estão longe de alcançarem seus objetivos com a crise que se encontra o nosso Sistema Prisional.

Uma análise mais detalhada do artigo 1º da Lei de Execuções Penais, é possível afirmar que: “a execução penal tem como seu objetivo executar as sentenças prolatadas, além de proporcionar condições de integração do condenado à sociedade”.

É notório que a finalidade da execução é seu efetivo cumprimento da pena e a ressocialização do indivíduo, todavia não produz os resultados que se almeja, ocasionando na crise que se encontra o sistema.

Quando falamos em ressocialização damos ao preso o apoio necessário para a reintegração dele em sociedade, compreendemos os motivos que o levaram a cometer os atos infracionais, dando-lhe uma chance de mudar, independentemente de seu passado.

Estudaremos os principais problemas que afetam drasticamente a inserção do preso do convívio em sociedade.

### **1.1 Deploração das celas no Brasil**

É fator indispensável para uma boa qualidade de vida que o ser humano tenha uma saúde física e mental saudável.

O artigo 12 da Lei de Execuções Penais diz que: “é assegurado ao preso o fornecimento de alimentos, vestuário e instalações higiênicas”.

Todavia não é a realidade que vemos em muitas reportagens por aí afora, que mostram a real situação das celas no Brasil, quanto a falta de higiene nas celas, corredores e na cozinha dessas penitenciárias.

É possível observar o aglomerado de presos encarcerados disputando um pequeno espaço, vivendo em meio ao lixo, insetos, ratos e em muitos locais esgoto a céu aberto.

Segundo Bitencourt (201, p. 166):

Nas prisões é possível verificar os efeitos nefastos da saúde dos presos. A má instalação das celas aliado a má alimentação aumentam os índices de tuberculose. Contribuindo para a péssima qualidade da saúde dos presos.

Como se não bastassem as doenças do corpo, esses ambientes costumam desenvolver nos prisioneiros doenças psicológicas, tais como depressão, demência e esquizofrenia, levando-os ao suicídio.

A alimentação precária dos presídios, em muitas dessas prisões os próprios presos são encarregados de prepararem sua alimentação, com os alimentados que os familiares levam para dentro dos presídios, sendo essas refeições feitas em ambientes sem o mínimo de higiene.

Apesar da Lei de Execuções Penais prevê direitos que assegurem a dignidade do preso, nota-se que o Estado pouco se importa com a situação em que se encontram os presídios no país e na maioria das vezes por preconceito é possível observar que a sociedade aprova este tipo de tratamento sem pensar nas consequências trágicas que elas podem causar.

## **1.2 Lotação das celas nos presídios brasileiros**

Em todo o sistema é possível observar a superlotação das penitenciárias e suas celas.

É possível encontrar dezessete presos em uma cela com capacidade para dez.

O aumento da quantidade de prisões nos últimos anos, o atraso no julgamento pelo judiciário e o descaso do poder público está ligado diretamente com superlotação dos presídios.

O aumento das prisões no Brasil está ligado as condições sociais injustas fora dos muros das penitenciárias, que auxiliam na criminalidade de muitos indivíduos que praticaram sequer delitos na vida.

É assustador a quantidade de presos provisórios que aguardam uma sentença nas prisões. Em muitos dos casos a justiça demora anos para julgar, casos estes que poderiam estar aguardando seu julgamento em liberdade, ocupam as celas. Cenas como estas exemplificam o atraso do judiciário.

A falta de juízes, aliado a falta de assistência jurídica, bem como o número inferior de colônias agrícolas, industriais e casas de albergue, contribuem com o fracasso da progressão de pena.

Como consequência destes absurdos enfrentados por muitos desses indivíduos é possível observar o alto número de rebeliões e greves dentro nos presídios no Brasil. Estes meios são utilizados pelos presos para expressarem sua indignação diante ao sistema.

Todo esse aglomerado de fatores, geram nos presos sentimentos de revolta, refletindo efeitos negativos e tornando quase impossível a ressocialização destes indivíduos em sociedade.

### **1.3 A violência nas prisões**

A violência nos estabelecimentos prisionais ganha repercussão dia após dia. Onde deveria prevalecer as regras previstas em lei, prevalece muitas das vezes "a lei do mais forte".

É comum nas prisões que presos cumpram ordens ditas pelo que conhecemos de "máfia carcerária". Essa obrigatoriedade de seguir as regras do mais forte faz com que os presos, valendo-se de sua sobrevivência adaptem ao comportamento regido pelo código recluso.

Segundo Bitencourt (2011, p. 186):

O domínio dentro desse estabelecimento se faz tão forte que propiciam aos internos o controle da comunidade carcerária que as próprias autoridades.

O código de regras dispõe de regras de devem ser cumpridas por todos os detentos. Sua desobediência pode acarretar nos mais diversos tipos de violência como: isolamento, o espancamento, as violências sexuais praticas por detentos e até a morte do indivíduo.

É comum deparar com abusos sexuais dentro do ambiente carcerário. Com a prática desses abusos é possível observar também o surgimento e aumento de doenças sexualmente transmissíveis como a AIDS. Muitos daqueles que trabalham nestes ambientes, ao invés de denunciarem, se calam diante da situação em troca de valores.

## **1.4 Reinserção do indivíduo em sociedade**

É essencial para que a ressocialização possa surtir seus efeitos que a sociedade participe da reintegração do condenado.

As dificuldades enfrentadas pelos ex-detentos são enormes ao adquirirem a tão esperada liberdade. Infelizmente, validade pelo preconceito a sociedade acaba adotando uma postura contrária, nada humanizada em relação aos presos pelo sensacionalismo muito das vezes criados pelas mídias em geral.

Rogério Grecco (2011, p. 443): destaca que: “a sociedade a primeira vista não concorda com a ressocialização, o peso de ter uma condenação impede que retorne ao convívio em sociedade”.

A maior dificuldade desses indivíduos está no ingresso do mercado de trabalho, dado que, muitos destes detentos não possuem escolaridade mínima, sem experiência, dificultando assim a admissão no trabalho.

O preconceito aliado a falta de oportunidade dificulta a reintegração destes indivíduos em sociedade, contribuindo para o aumento da reincidência e os altos índices da criminalidade.

## **2. ESTRATÉGIA PARA A CRISE CARCERARIA NO BRASIL**

A pena privativa de liberdade tornou-se um meio de retirar indivíduos que praticaram delitos do convívio em sociedade que viola os preceitos do ordenamento jurídico.

É muito importante que o Estado busque mecanismos para mudar o atual cenário dos estabelecimentos prisionais no Brasil, visto que, cabe ao Estado zelar pelo cumprimento das leis sem ignorar a atual situação que se encontra o país.

No intuito de superar a crise no sistema prisional brasileiro e dá busca na efetiva ressocialização do condenado é possível seguir algumas alternativas.

### **2.1 O trabalho nos estabelecimentos prisionais para ressocialização**

Já ouviu falar naquele ditado “o trabalho edifica o homem”, pois bem o trabalho digno tende a surtir efeitos positivos na ressocialização de condenados dando-lhe dignidade.

Maurício Kuehme (2013, p. 32):

O trabalho aliado a outros fatores essenciais possuem grande importância para o principal objetivo da LEP, devolver o indivíduo um ser útil em sociedade. É uma lástima que as federações não aproveitam os trabalhadores que o sistema prisional disponibiliza.

A constituição Federal promulgada em 1988, em seu artigo 6.º expressa que o trabalho é um direito social atribuído a todos os cidadãos.

Com o intuito de reforçar o que a constituição já expressa a lei de Execuções Penais em seu artigo 41, inciso II, também trouxe o trabalho como um direito do preso, todavia nem todos os estabelecimentos prisionais fornecem aos reclusos trabalhos.

Além de ser um importante mecanismo para a salvação do sistema prisional brasileiro no que se diz respeito a ressocialização, evita que esses indivíduos sejam corrompidos, contribuindo para a formação da personalidade destes, permite ao recluso a possibilidade de trabalhar e ajudar nas despesas de sua família, dá ao detento dignidade para ir em busca de novas oportunidades.

Podemos considerar que o trabalho prisional deve ser para remissão da pena do condenado que está expressamente prevista no artigo 126, parágrafo 1.º, inciso II, que dispõe que para cada três dias trabalhado, o preso terá um dia de sua pena descontado.

De outro lado o trabalho exercido pelos detentos no ambiente prisional é uma forma de ressarcir o ente estatal pelas despesas advindas da prisão, sendo ambos favorecidos.

## **2.2 Educação**

A Lei de Execuções Penais tratou nos artigos 17 a 21 e no artigo 41, inciso VII, sobre a assistência educacional no sistema prisional.

A finalidade da educação nos sistemas prisionais é qualificar o indivíduo, dar-lhe condições na busca de um futuro melhor, sendo este um requisito fundamental na mudança de vida de qualquer ser humano.

Com intuito de beneficiar os encarcerados foi criado a remissão prevista no artigo 126, parágrafo 1º, inciso I da Lei de Execuções Penais.

Além do incentivo a educação proporcionando a busca de novos horizontes, também é uma forma de diminuição da pena, além de contribuir para a diminuição do número de analfabetos no país.

## **2.3 Políticas públicas**

É essencial para a efetivo cumprimento do objetivo que o Estado desenvolva políticas públicas na execução da pena para ressocializar o preso.

A falta de políticas agrava o problema e reflete em todas as áreas da sociedade, devendo ser dividida em três pilares fundamentais exercida pelo Estado, Judiciário e as penitenciárias.

É importante que para diminuir o problema do sistema penitenciário no Brasil, haja investimento voltado as áreas da saúde, educação, segurança, geração de emprego e habitação, para aniquilar a desigualdade, para que todos tenham as mesmas oportunidades no alcance de sua dignidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Podemos concluir que o objetivo deste artigo não é defender criminoso, tampouco seus crimes, mas sim buscar mecanismos que nos ajude a compreender a falência do sistema prisional no Brasil. Por muitos séculos a prisão foi tida para descarte de pessoas que não serviam para sociedade, com essa mentalidade veio o aumento da lotação dos presídios.

É importante lembrar que não adianta só castigar o indivíduo, dado que, já está comprovado que a restrição de liberdade por si só como vem ocorrendo atualmente só está agravando a lotação dos presídios, não surtindo efeito algum.

O Estado tem sua parcela de culpa por sua omissão de anos frente ao cárcere, todavia não é ele o único culpado, a sociedade também tem sua parcela de culpa, pois é notório o preconceito que se enfrenta no Brasil quando se é um Ex-detento, este preconceito é o que distância esse indivíduo na mudança de sua realidade.

A dificuldade de um preso conseguir emprego no Brasil é imensa, isso se dá pela dificuldade que o Estado encontra em propor, projetar e executar ações que permita a ressocialização destes detentos. É necessárias políticas públicas, que vise a capacitação profissional destes presos, inserção no mercado de trabalho através de qualificação profissional, além da parceria do ente público com as empresas privadas que viabilize a estes indivíduos a construção de sua dignidade.

Diante de tudo que já foi explanado aqui, chegamos à conclusão que o Estado possui mecanismos para lidar com a situação do sistema prisional brasileiro, o que falta é a prática em si, prática de querer reduzir os altos índices de violência e auxiliar na recuperação destes indivíduos.

O Estado diariamente vem colhendo aquilo que plantou lá atrás, pois é mais barato investir em presídios do que em educação, visto que a finalidade da pena não é apenas punir, mas sim educar e ressocializar.

## Referências

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução da 1ª edição: Alfredo Bosi, Revisão da tradução e tradução de novos textos: Ivone Castilho Benedetti, 5ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007, P.749BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Bertolt Brecht, (10.02.1898 - 04.08.1956). Teatrólogo e poeta alemão.

Presidência da república. Lei de execução penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em : 07.08.2018 , às 14h45min

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão causas e alternativas, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

Brasil. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210/84. De 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7210.htm> Acesso em 10/02/2012.

BOSESANDA. Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos. São Paulo, Cultura, 1943.

CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougnot. Direito Penal, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. A prisão. São Paulo: Publifolha, 2002. P21

FABRINNI, roberto. Manual de processo penal. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 4. ed. rev., Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, P.57-58.

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm), acesso em: 06.08.2018, à 20h55min.

Constituição Federal de 1988, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em: 06.08.2018, às 21h01min.

GARCIA.BASILEU. Sistema prisional: as divergências sobre sua verdadeira Função. Revista da Católica, Uberlândia, 1956.

GOMES, Luiz Flavio. Curso básico de direito penal: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 66.

GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGNABOSCO, Pedro. A prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica. Canoas: ULBRA, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal, 11.ed. São Paulo , Atlas, 2004, P.89

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2006, P.162.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 7ª Ed. Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005,P. 590.

Lei de Execução Penal, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm), acesso em : 07.08.2018 ,às 14h27min.

KUHENE, Maurício. Lei de Execução Penal Anotada. 11. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá , 2013.

WERMINGHOFF, Thiago Rigo. et. al. A realidade penitenciária brasileira e uma breve evolução histórica de privatizações de presídios. 2012.

DIUANA, Vilma et. al. Saúde em prisões: representações e práticas dos agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro, Brasil. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 24(8): 1887-1896, ago, 2008.

WIKCIONÁRIO, disponível em: <https://pt.wiktionary.org/wiki/pena>, acesso em: 07.08.2018, às 20h04min



## O PSICOPATA E O ORDENAMENTO JURÍDICO SOBRE A VERTENTE POSITIVISTA

**VERÔNICA MERLOS GONÇALVES:**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul -  
UNIFUNEC.

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

**RESUMO:** O objetivo desta pesquisa é investigar a abordagem do Direito Penal Brasileiro aos psicopatas infratores, concentrando-se no sistema de responsabilidade criminal do psicopata infrator. O clima contemporâneo está maduro para este debate devido aos acalorados debates e discussões sobre a punição criminal adequada para os psicopatas. Isto foi realizado utilizando uma abordagem dedutiva com três seções dedicadas à pesquisa de natureza descritiva e explicativa, com cada seção baseada em um estudo bibliográfico e jurisprudencial separado. A princípio, o estudo focalizará as características normativas da culpa, especialmente a imputabilidade e seus desdobramentos, imputabilidade e semi-imputabilidade, dentro do contexto da teoria do crime e seus componentes essenciais. O segundo capítulo transfere o foco para o domínio da psiquiatria, onde serão discutidas as características básicas, conceito e procedimentos para o diagnóstico da pessoa psicopata. O estudo conclui com uma apresentação interdisciplinar da psicopatia, levando em conta a jurisprudência relevante, os escritos legais e os casos de nível nacional. O estudo definirá a responsabilidade criminal dos criminosos psicopatas a partir da perspectiva do Direito Penal brasileiro, e então fornecerá recomendações para o tratamento jurídico-penal adequado desses criminosos.

**Palavras-chave:** Psicopatas; Psicopatia; Responsabilidade Penal; Culpabilidade, Imputabilidade;

**ABSTRACT:** The purpose of this research is to investigate Brazilian criminal law's approach to psychopathic offenders, focusing on the system of criminal responsibility of the psychopathic offender. The contemporary climate is ripe for this debate due to the heated debates and discussions about the appropriate criminal punishment for psychopaths. This has been accomplished using a deductive approach with three sections devoted to research of a descriptive and explanatory nature, with each section based on a separate literature and case law study. At first, the study will focus on the normative characteristics of guilt, especially imputability and its unfolding, imputability and semi-imputability, within the context of the theory of crime and its essential components. The second chapter shifts the focus to the domain of psychiatry, where the basic characteristics, concept, and

procedures for the diagnosis of the psychopathic person will be discussed. The study concludes with an interdisciplinary presentation of psychopathy, considering relevant case law, legal writings, and national level cases. The study will define the criminal responsibility of psychopathic criminals from the perspective of Brazilian Criminal Law, and then provide recommendations for the appropriate legal-penal treatment of these criminals.

**Keywords:** Psychopaths; Psychopathy; Criminal Responsibility; Culpability, Imputability.

## INTRODUÇÃO

Ainda hoje, em 2022, centenas de pessoas perdem suas vidas nas mãos de criminosos tidos a luz da medicina como pessoas psicopatas no Brasil. Essa realidade decorre de diversos fatores: falta de lei específica para esse tipo de crime, não haver uma avaliação correta na distinção entre pessoas com doenças mentais (inimputáveis) com pessoas de mentes psicopatas, a dificuldade de saber identificar uma pessoa com mente psicopata, a ineficiência das ferramentas processuais para combater o crime. Essas dificuldades resultam em estatísticas inaceitáveis de impunidade. As características imersas no perfil psicológico do *serial killer*, impossibilitam a ressocialização, pois dentro de seu comportamento assume uma posição de incorrigível, de ausência de medo de punição, o que impede a internalização dos valores e do espírito das normas, causando falta de arrependimento ou sentimento de culpa. Da mesma forma, essas características estruturais de sua personalidade fazem com que o assassino minimize os danos causados, o que gera um aumento em sua periculosidade e alto nível de reincidência, criando em sua consciência uma incapacidade de aprender com a experiência dele e dos outros, o que se materializa em sua inabalável falta de apetite pelo respeito à lei (GEGESQUE, 2021).

Por essa razão, os efeitos das penalidades (prevenção geral, penalidade justa, prevenção especial, reintegração social e proteção do condenado) e medidas de segurança (proteção, cura, tutela e reabilitação), contempladas na legislação penal são ineficazes perante um indivíduo com as características acima expressas, uma vez que violam o objetivo primário da punição no direito penal, que é a ressocialização do preso; uma vez que, para que uma pessoa condenada seja ressocializada, ele deve entender a magnitude e a gravidade do comportamento realizado, ele deve ter a capacidade de arrependimento e gerar um sentimento de culpa que o distancia de repreensão na ação realizada (DE BAIROS, 2020).

De fato, independentemente de as decisões judiciais adotarem a imputabilidade ou a não imputabilidade como parâmetros para avaliar a responsabilidade; sobre a qual dependerá da consequência penitenciária que, finalmente, e do punível e da penitenciária, há um vácuo imensurável nesse sentido. Sob a perspectiva de casos de imputabilidade ou inimputabilidade, as consequências seriam as seguintes: se for declarado inimputável ou se for sancionado com pena privativa de liberdade por encontrar sua imputabilidade na

conduta cometida, o operador judicial, e anteriormente o legislador projetará com sua decisão que o psicopata seja ressocializado, remunerar de forma justa o mal causado e não reofender na prática de crimes, o que levaria ao mesmo resultado, uma vez que nenhuma dessas medidas mudará o comportamento do psicopata, fazendo com que ele se repita no comportamento punível.

Por outro lado, os psicopatas manipulam o sistema de tratamentos convencionais (tratamento, desde os mais simples relacionados às regras de convivência penitenciária até o mais complexo, de natureza psicoterapêutica) para atender às suas próprias necessidades e interesses. Entre os psicopatas, o resultado do tratamento em grupo geralmente é o oposto do objetivo buscado, pois aparentemente contribuiu para aperfeiçoar suas estratégias de manipulação e engano, favorecendo futuras situações criminosas. Por essas razões, pode-se dizer que assassinos em série (psicopatas) não são adequados para ressocialização implícita dentro das formas tradicionais de tratamento da política prisional. Portanto, as dificuldades inerentes à própria possibilidade de tratamento psicoterapêutico são muito elevadas, uma vez que se basearia na confiança e cooperação entre pacientes e profissionais, condições difíceis de implementar com psicopatas (DE ANDRADE, 2017).

## **2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA**

A psicopatia é um tipo de transtorno mental que se caracteriza pela alteração do caráter ou comportamento social de uma pessoa, mas não implica qualquer alteração da capacidade intelectual. Os transtornos mentais se distinguem por uma combinação de alterações no pensamento, na percepção do ambiente, nas emoções, no comportamento e nas relações de uma pessoa com os outros. Organizações como a Organização Mundial da Saúde (OMS) incluem depressão, esquizofrenia, psicose e outros transtornos do desenvolvimento em sua lista de transtornos mentais (SOUZA et al, 2020).

A psicopatia não está incluída nesta lista de transtornos mentais, embora especialistas incluam essa condição em uma de suas categorias: transtornos de personalidade. Especificamente, a psicopatia faz parte do grupo dos transtornos antissociais, que são aqueles em que a pessoa que a sofre apresenta uma atitude agressiva e impulsiva, sem sentimento de culpa e com desobediência sistemática às normas e obrigações sociais (DE ANDRADE, 2017).

Segundo Souza et al (2020) suas características e consequências para a vida em sociedade o tornam um transtorno mental cujo estudo é de grande relevância tanto no campo clínico quanto na criminologia. De acordo com estudos realizados sobre a psicopatia, as pessoas acometidas por esse transtorno costumam seguir padrões de comportamento que permitem identificar esses traços:

- I. Parecem distantes e alheios, ignoram os sentimentos de outras pessoas e desenvolvem um comportamento cruel.
- II. São capazes de distinguir o que é certo e o que é errado, mas não se importam em cometer infrações, quebrar as regras e convenções sociais e sem medo das punições que isso possa acarretar.
- III. Exibem comportamento desonesto e manipulador para ganho ou prazer pessoal.
- IV. São mentirosos irritáveis, egocêntricos, agressivos, imprudentes e patológicos.
- V. São capazes de se relacionar normalmente com seu ambiente, com charme superficial, mas incapazes de manter relacionamentos afetivos estáveis.

As causas que levam à psicopatia não são claras, mas, como em outros transtornos de personalidade, estão ligadas a fatores genéticos e ao ambiente em que a pessoa se desenvolve. Ou seja, algumas pessoas nascem com uma predisposição genética para sofrer algum tipo de transtorno de personalidade e, dependendo do ambiente em que crescem, a tendência aumenta ou diminui (DUARTE, 2016).

Para obter um diagnóstico adequado, um profissional de saúde mental realizará uma avaliação completa da saúde mental. Durante esse processo, o profissional de saúde mental avaliará os pensamentos, sentimentos, padrões de comportamento e relacionamentos de uma pessoa. Serão identificados os sintomas e os comparará com os sintomas do transtorno de personalidade antissocial. O profissional de saúde mental também analisará seu histórico médico. Essa avaliação abrangente é um passo crítico, pois o transtorno de personalidade antissocial tende a apresentar comorbidade com outros transtornos de saúde mental e dependência (MORANA, 2006).

Uma vez que um diagnóstico real de transtorno de personalidade antissocial geralmente é adiado até os 18 anos, adolescentes que apresentam sintomas semelhantes são frequentemente avaliados para transtorno de conduta ou transtorno desafiador de oposição (DUARTE, 2016).

Dos dois transtornos de comportamento, o transtorno de conduta é mais grave do que o transtorno desafiador de oposição. Ao determinar se uma criança tem transtorno desafiador de oposição, os médicos observarão como ela age em torno de pessoas que conhece (DE ANDRADE, 2017).

Geralmente, alguém com transtorno desafiador de oposição é mais propenso a agir de forma opositiva ou desafiadora em torno da família, professores ou médico. Se um adolescente mostra um padrão consistente de agressão em relação a outras pessoas e

toma regularmente decisões que vão contra as regras e normas sociais em casa, na escola ou com os colegas, o médico pode decidir avaliar o adolescente quanto ao transtorno de conduta. A construção da "psicopatia" refere-se a um conjunto de sinais e sintomas psicopatológicos relacionados. No entanto, não está incluído nas classificações internacionais de transtornos mentais (RODRIGUES; FERREIRA, 2021). Apesar disso, é possível entender a psicopatia como uma desordem da estrutura de personalidade resultante de uma conformação anômala de traços temperamentais e característicos que podem ser expressos com vários desequilíbrios comportamentais (GEGESQUE, 2021).

Indiscutivelmente, a principal controvérsia técnica existente atualmente diz respeito às características clínicas definidoras da psicopatia (DE CARVALHO, 2021). Embora haja concordância em considerar que são os traços básicos de personalidade que caracterizam principalmente esse transtorno, no entanto não há concordância ao avaliar o peso dos comportamentos antissociais no diagnóstico do mesmo. Assim, para alguns autores, os comportamentos não estariam definindo critérios do transtorno, mas sim consequências disso (RIBEIRO, 2020); enquanto outros consideram que eles permanecem características deste. Essa discussão é bastante compreensível, pois foram as expressões comportamentais disfuncionais em relação ao sistema social que iniciaram o interesse no estudo desse fenômeno psicopatológico (DE CASTRO, 2012).

Segundo Baltazar (2020) Há disfunções psicopáticas em diferentes áreas da personalidade; a área cognitiva seria a área de personalidade que se forma ao longo do processo de socialização (caráter) e se refere a esquemas mentais, crenças básicas que o indivíduo usa para perceber e interpretar os outros, ele mesmo e eventos de vida. A personalidade psicopática apresentaria desequilíbrios nessa área caracterizada por:

- I. Visão egocêntrica do mundo, que se refletirá principalmente em uma busca ativa pela própria satisfação, desvalorizando os outros e mostrando desprezo e desrespeito pelas motivações dos outros e sociais. Essa característica de personalidade predispõe o psicopata à violação dos direitos e liberdades de outras pessoas.
- II. Sentimento grandioso de autoestima com abordagens para objetivos ilimitados de sucesso, demanda e percepção de admiração irreal por parte dos outros e sentimento de onipotência.
- III. Percepção hostil e ameaçadora do meio ambiente. O psicopata geralmente apresenta um padrão de desconfiança e desconfiança em relação aos outros, fazendo interpretações maliciosas dos comportamentos e atitudes dos outros. Esse traço de personalidade

explicaria as reações interpessoais incompatíveis e hostis que frequentemente aparecem na história desses sujeitos.

A área afetiva refere-se à parte da herança biológica da personalidade (temperamento), responsável por regular a resposta emocional aos estímulos do ambiente. Dados empíricos apontam para duas grandes áreas de incompatibilidades nesse sentido em personalidades psicopáticas: por um lado, disfunções no processamento de informações emocionais e, por outro, severas limitações a serem condicionadas à punição (DE BAIRROS, 2020).

A pesquisa neuropsicológica acumulada durante esses anos de experimentação mostra disfunções na estrutura e funções do cérebro (envolvimento no córtex frontal, mecanismos ventromediais e límbicos) que nos faz enfatizar fatores biológicos contra a incidência do processo de socialização na etiologia do transtorno de personalidade psicopática, ao contrário de outras personalidades antissociais onde a ênfase em sua explicação é colocada na experiência de um processo de socialização deficitária (SOUZA et al, 2020). Controle inadequado da raiva. No psicopata pode haver dois tipos de manifestações de raiva (RODRIGUES; FERREIRA, 2021):

- I. Uma raiva visceral que será provocada pela percepção de ataques à sua pessoa ou autoridade (hipersensibilidade à crítica) ou por impedimentos à realização de seus desejos (baixa tolerância à frustração). Esses tipos de respostas descontroladas de violência no psicopata são de início repentino e de intensidade desproporcional.
- II. Uma raiva instrumental como tática de controle, intimidação e subjugação do outro. Nesse caso, o psicopata representa o estado emocional de hostilidade (com sinais externos óbvios), mas seu nível de ativação psicofisiológica real é normalizado.
- III. Falta de empatia. Para uma compreensão adequada dessa característica dentro da dinâmica da personalidade psicopática deve-se aludir aos modelos multidimensionais de empatia (Hoffman, 2000) que estabelecem três componentes na resposta empática: os dois primeiros cognitivos e o terceiro afetivo: a) a capacidade de identificar o estado emocional de outra pessoa, b) a capacidade de assumir a perspectiva e o papel do outro, e c) a capacidade de experimentar a mesma emoção do outro é sentir (reatividade emocional).

O psicopata teria exacerbado componentes cognitivos (ele tem uma habilidade incomum de perceber o estado emocional do outro e pode até assumir sua perspectiva) o que o coloca em uma posição privilegiada para identificar indivíduos vulneráveis (vítimas

propiciatórias). No entanto, falta a capacidade de experimentar a emoção que o outro está sentindo (componente afetivo). Em suma, o psicopata é capaz de entender as consequências de seus atos, mas é incapaz de sentir os efeitos deles, de modo que a probabilidade de expressão de comportamentos violentos graves é muito alta (insensibilidade aos sinais de dor e sofrimento da vítima) (GEGESQUE, 2021).

## 2.1 A PSICOPATIA DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Na doutrina nacional, a noção comum de culpa é atribuir a culpa a alguém por fazer um ato normal e proibido. Em certos sistemas legais, este fator é essencial para estabelecer a culpa e pode até ser uma condição prévia para impor uma punição. Os elementos de "reprovabilidade do comportamento normal e criminoso" devem estar presentes para que uma pessoa seja julgada culpada. É importante descobrir se era concebível esperar, dadas as circunstâncias, um comportamento diferente do agente e se o infrator, de acordo com seu estado psicológico, poderia construir sua consciência e sua vontade em conformidade com a lei (imputabilidade) (RODRIGUES; FERREIRA, 2021).

A capacidade do agente de compreender as consequências de sua conduta e de escolher como responder a elas é crucial para a imputabilidade de sua culpa. Tomando a arte. 26, caput para trás, obtemos o conceito de que a imputabilidade é a capacidade de reconhecer o delito em uma dada circunstância e de construir a própria identidade à luz desta constatação. Quando a saúde mental de uma pessoa está em seu auge, ela é capaz de pensar racionalmente e agir por sua própria vontade. Portanto, uma pessoa imputável é um ser humano plenamente constituído que pode tomar decisões moralmente significativas e deve viver com as consequências dessas escolhas se suas ações violarem os direitos dos outros (SOUZA *et al*, 2020).

Segundo o Artigo 26 do Código Penal Brasileiro, "o agente que, devido a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, no momento da ação ou omissão, totalmente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, está isento de punição". A falta de responsabilidade prevista no referido artigo. 26, caput, do Código Penal não pode ser aplicada à psicopatia, uma vez que a psicopatia não é uma desordem mental ou condição que desqualifica a pessoa psicopata como réu.

A aplicação desta disposição tem sido objeto de muitos debates porque o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal trata do semi-imputável, e os estudiosos têm opiniões diferentes sobre se o psicopata homicida pode ou não entender o caráter ilícito do ato e agir de acordo com ele. Alguns têm sugerido que a responsabilidade criminal dos psicopatas é confundida pela ambiguidade de uma única linguagem no Artigo 26 do Código Penal. Entretanto, os psiquiatras dizem que os legisladores não deveriam ter criado

semi-imputabilidade para os psicopatas, já que eles nascem com o traço, são inocentes e têm prejudicado o julgamento (GEGESQUE, 2021).

## 2.2 TEORIA DO CRIME

Após a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, tornou-se amplamente aceito que o direito penal tem uma função protetora e tem a tarefa de defender bens considerados demasiado valiosos para o indivíduo e a sociedade para serem adequadamente protegidos por outros ramos do direito.

Para simplificar, o direito penal é aquele ramo da lei que procura proibir determinados atos ou omissões, criando crimes criminosos e as consequências relacionadas (penas ou medidas de segurança) através de normas estabelecidas pelo Estado (regras e princípios). (BITENCOURT, 2012, p. 19).

Zaffaroni e Pierangeli definem da seguinte maneira:

Com a expressão "direito penal" se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal. Tendo em conta esta duplicidade, e sem pretensões de dar uma definição – e sim uma simples noção prévia –, podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama "delito", e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou interpretação) da legislação penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p.77 e 78).

O direito penal, portanto, é o conjunto de regulamentos promulgados pelos governos para dissuadir o comportamento criminoso, delineando as transgressões e ligando-as a sanções como a pena de prisão. A violação da proteção legal é chamada de "crime" à luz dos preceitos doutrinários revelados, e é necessário examinar os componentes essenciais da instituição para descrevê-la adequadamente. É importante notar que o sistema jurídico-penal brasileiro adotou os critérios bipartidos, o que significa que ele vê o "delito criminal" como um gênero que engloba duas espécies: delitos e crimes, às vezes chamados de delitos. (GRECO, 2014, p. 144).

## 2.3 CONSCIENCIA SOBRE A ILICITUDE



Para legitimar a responsabilidade do infrator, é necessário, como foi dito anteriormente, que ele seja dotado da capacidade de compreensão e determinação da conduta, pois o cumprimento da norma só pode ser exigido se, no mínimo, o sujeito for capaz de compreender a natureza criminal de sua conduta. (MASSON, 2012, p. 477)

Eisele aponta:

A legitimidade da responsabilização do sujeito pela prática da conduta é condicionada por dois requisitos: 1) a capacidade de entender o significado do fato, formando a compreensão do sentido do contexto situacional no qual se encontra inserido, assim como a capacidade de entendimento do significado de sua intervenção em tal situação e; 2) a capacidade de opção e decisão consciente pela realização ou não do comportamento. Tais aspectos são pressupostos à responsabilização do sujeito porque somente é exigível de alguém o cumprimento de uma norma se esta pessoa puder entender o que está ocorrendo (seus significados sociais) e, nesta situação, puder optar pela realização ou não da conduta. (EISELE, 2018, p. 558)

Neste ponto de vista, é sublinhado que a conscientização necessária para a reprovação criminal não precisa ser a conscientização real, na qual o agente realmente sabe que a atividade que está empreendendo é ilegal, mas sim a conscientização prospectiva, ou seja, a possibilidade de adquirir esta informação, é suficiente. De acordo com o sistema finalista selecionado, na ausência de um conhecimento prospectivo de ilegalidade, o propósito natural é inteiramente mantido, mas a culpa é abolida, como no erro desculpável de proibição, cuja premissa é dada no parágrafo único do artigo 21 do Código Penal. (MASSON, 2012, p. 478):

Erro sobre a ilicitude do fato Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (BRASIL, 1988)

Devido a sua falta de compreensão e determinação, o sujeito não pode ser responsabilizado criminalmente por sua conduta. (CAPEZ, 2012).

#### 2.4 A RESPONSABILIDADE PENAL DO INDIVÍDUO PSICOPATA

Para acessar o tópico principal deste artigo, é necessário relembrar alguns dos princípios fundamentais mostrados anteriormente. O principal papel do Direito Penal é salvaguardar os bens mais vitais e essenciais para a preservação e coabitação da sociedade, mas somente como último recurso, ou seja, depois que todos os outros mecanismos de controle social falharam. Para este fim, é responsabilidade do direito penal estabelecer normas que definam a atividade criminosa e as sanções ou medidas de segurança aplicáveis àqueles que se comportam de forma contrária às determinações legais. A noção analítica de crime escolhida neste estudo consiste em tipicidade, ilegalidade e responsabilidade. Assim, a fim de estabelecer um crime, um indivíduo deve se envolver em um ato habitual, ilegal e culpado. Em geral, a atividade é típica, uma vez que é proibida por lei (RODRIGUES; FERREIRA, 2021).

Além disso, é ilegal, pois a ação é contrária ao sistema legal, tornando-a ilegal. Finalmente, a responsabilidade é o componente subjetivo, que consiste na consciência efetiva da conduta ilegal, da imputabilidade e da necessidade de uma ação alternativa. Imputabilidade, o tema deste capítulo, refere-se à capacidade do agente de ser considerado criminalmente responsável pela conduta habitual e ilegal praticada e, posteriormente, de suportar as punições que a acompanham (SOUZA *et al*, 2020).

Embora o Código Penal Brasileiro não defina imputabilidade, o Artigo 26 apresenta a hipótese que a exclui: quando o agente, afetado por um distúrbio mental ou com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é incapaz de compreender plenamente a natureza ilegal do ato ou de se determinar de acordo com tal compreensão. luz do acima exposto, a questão fundamental é se as pessoas psicopatas devem ou não ser responsabilizadas criminalmente. Elas são ou não imputáveis, semi-imputáveis ou não imputáveis?

## 2.5 IMPUTABILIDADE

A imputabilidade, um dos componentes da culpa, é a capacidade de responsabilizar criminalmente uma pessoa pela prática de um típico ato ilegal. O artigo 26 do Código Penal brasileiro, adotando o sistema biopsicológico, que requer a existência de um distúrbio mental e incapacidade de compreensão, define o não atribuível da seguinte forma:

### Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

## Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1988)

Assim, a exclusão da imputabilidade indica que o indivíduo, afligido por uma condição mental, carece da capacidade de compreender ou agir de acordo com o conhecimento de que o comportamento foi ilegal e contrário à ordem jurídica. (FIORELLI; MANGINI, 2016, p. 117). A psicopatia, entretanto, não é uma doença, mas uma anormalidade de desenvolvimento psíquico ou uma questão de saúde mental. Além disso, a psicopatia não altera a porção cognitiva do cérebro do psicopata; os psicopatas estão plenamente conscientes de que estão violando as normas sociais.

Desde um resultado, a falta de responsabilidade do psicopata é eliminada, pois ele ou ela tem todo o seu potencial cognitivo. Apesar da dificuldade de considerar um psicopata não culpável nos termos do artigo 26 do Código Penal, a aplicabilidade do parágrafo solitário desse artigo é questionável, portanto, a pessoa pode ser considerada imputável ou semi-imputável, dependendo das circunstâncias. Devido à completa autonomia de pensamento e percepção dos psicopatas, tanto do ponto de vista científico como psicológico, existe a propensão de considerá-los plenamente competentes, ou seja, imputáveis, e assim passíveis de punição criminal.

Entretanto, mesmo que o psicopata mantenha a capacidade cognitiva retida e seja plenamente capaz de compreender a natureza ilegal de seu comportamento, ainda é necessário, para o exame da responsabilidade criminal, avaliar a capacidade de autodeterminação do psicopata, ou seja, sua capacidade volitiva. Aqueles que foram diagnosticados com psicopatia são, no entanto, incapazes de o fazer. Desta forma, apesar do fato de que a psiquiatria forense tradicional não considera a psicopatia uma doença mental, dado que o sujeito não apresenta qualquer tipo de desorientação ou desequilíbrio mental, é inegável que o transtorno de personalidade acarreta marcada insensibilidade afetiva e, em casos extremos, pode resultar em comportamento criminoso. Segundo o psicólogo canadense Robert Hare, enquanto a porção cognitiva do cérebro psicopático é excelente, sugerindo que os psicopatas estão plenamente conscientes de que estão violando as normas sociais, a psicopatia resulta em uma diminuição da capacidade de sentir reações emocionais (SILVA, 2014).

Portanto, a condição mental, mesmo que não prejudique a capacidade de compreender a natureza ilegal do comportamento, é responsável pelas dificuldades em

fazer a avaliação e condenação correta dos fatos e se posicionar de acordo com esta capacidade. A psicopatia agora condiciona a pessoa a viver sem a capacidade de sentir ou sentir as emoções. Assim, apesar do fato de que a psicopatia pode surgir em vários graus e de que cada indivíduo deve ser avaliado separadamente, o psicopata, em geral, tem uma capacidade diminuída de autodeterminação e, conseqüentemente, dificuldades para administrar seus impulsos criminosos. Dado o acima exposto, parece aceitável colocar uma situação de semi-imputabilidade para o criminoso psicopata, cuja capacidade de autodeterminação é limitada pela questão da saúde mental (SOUZA *et al*, 2020).

Em um esforço para provar a alegação, foram realizadas pesquisas na jurisprudência dos tribunais do país, bem como do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), para descobrir instâncias específicas em que os tribunais foram confrontados com o problema. Os termos "psicopata", "psicopatia" e "desordem de personalidade antissocial" foram utilizados neste estudo. Entretanto, nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal encontraram casos que abordassem diretamente a responsabilidade criminal dos psicopatas (RODRIGUES; FERREIRA, 2021).

Nota-se que:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. REQUISITO OBJETO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO JUÍZO A QUO. EXAME POR ESTE JUÍZO AD QUEM QUE IMPORTARIA EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. Não sendo apreciado o requisito objetivo na decisão agravada, não cabe, nesse momento, o conhecimento e análise do pedido neste Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em supressão de instância. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. PARECER DA COMISSÃO TÉCNICA, RELATÓRIO SOCIAL E LAUDO PSIQUIÁTRICO DESFAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 112 DA LEI N. 7.201/84. DECISÃO MANTIDA. Não preenche o pressuposto subjetivo o apenado que não apresenta uma perspectiva de melhorar sua vida, assim como possui características de psicopatia e pedofilia, evidenciando um alto risco de reincidência criminal. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. (TJSC, Quarta Câmara Criminal, Recurso de Agravo n. 2013.031180-0, de Joinville, Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 01/08/2013 – grifo não original)

Dada a escassez de jurisprudência em outros estados sobre o tema, este estudo foi baseado no TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), um dos poucos Tribunais Regionais do país apesar no debate.

Nota-se que:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. LATROCÍNIO TENTADO. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. TRANSTORNO ANTISOCIAL DE PERSONALIDADE. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA. [...] 2. TRANSTORNO ANTISOCIAL DE PERSONALIDADE. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. 2.1. As modernas classificações internacionais consideram as psicopatias como transtornos da personalidade e as definem como alterações da forma de viver, de ser e relacionar-se com o ambiente, que apresentam desvios extremamente significativos do modo em que o indivíduo normal de uma cultura determinada percebe, pensa, sente e particularmente se relaciona com os demais. O transtorno antissocial de personalidade coincide com o que tradicionalmente se denomina psicopatia. As personalidades psicopáticas se enquadram no rol das perturbações da saúde mental, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, regulando-se conforme o disposto no parágrafo único do art. 22, do Código Penal. 2.2. Comprovado pelo laudo psiquiátrico que o réu ao tempo do crime padecia de transtorno antissocial de personalidade, a redução de pena é obrigatória, o que é facultativo é o quantum maior ou menor (1/3 a 2/3) dessa diminuição de pena. 2.3. A consequência legal da capacidade relativa de culpabilidade por perturbação da saúde mental ou por outros estados patológicos, é a redução obrigatória da pena, pois se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, então a redução da capacidade de culpabilidade determina, necessariamente, a redução da pena. Argumentos contrários à redução da pena no sentido do cumprimento integral da pena são circulares, inconvincentes e desumanos porque o mesmo fator determinaria, simultaneamente, a redução da culpabilidade (psicopatias ou debilidades mentais explicariam a culpabilidade) e a agravamento da culpabilidade (a crueldade do psicopata ou débil mental como fator de agravamento da pena). Não incidência da *untermassverbot* na medida em que o legislador não atuou de maneira deficiente, mas sim ponderada. (TJRS, Terceira Câmara Criminal, Recurso de Apelação Criminal n. 70037449089, de Carazinho, Relator Des. Odone Sanguiné, j. em 17/03/2011 – grifos não originais)

A. V. O. é acusado de duas acusações de homicídio qualificado, uma de aborto e uma de tentativa de roubo. O relatório técnico elaborado pelo psiquiatra confirmou a presença de características indicativas de psicopatia, incluindo indiferença e sensibilidade aos sentimentos dos outros, desprezo pelas normas e regras estabelecidas, ausência de culpa e dificuldade em aprender com a experiência ou com a punição aplicada a ele. Portanto, o especialista aconselhou que se concedesse ao acusado a semi-imputabilidade e que a punição fosse executada em uma cadeia de população em geral. O psiquiatra argumenta que tal medida de segurança é inapropriada, uma vez que pessoas com psicopatia não se beneficiam dos serviços prestados pelo centro de tratamento, e há a possibilidade de que isso possa impactar negativamente o atendimento prestado a outros pacientes (GEGESQUE, 2021).

O Tribunal de Julgamento declarou A. V. O. culpado e o condenou a 53 anos de prisão, a princípio num sistema fechado, com base na determinação do Conselho de Sentença de que ele era apenas parcialmente culpado.

A Suprema Corte do Rio Grande do Sul chegou à mesma conclusão em um caso separado:

Atentado violento ao pudor. Decisão majoritária que concluiu pela suficiência da prova para condenar o acusado apenas por um dos fatos descritos na inicial acusatória, veiculado na comunicação de ocorrência levada a efeito pela mãe da ofendida, e não assim, no que concerne ao cometimento de outras infrações, em oportunidades diversas. Continuidade delitiva afastada. Psicopatia moderada, apontada por laudo de avaliação psicológica, que caracteriza perturbação com óbvia repercussão sobre a faculdade psíquica da volição, ensejando o enquadramento do acusado na situação do art. 26, parágrafo único, do CP. Semi-imputabilidade reconhecida. Apelo parcialmente provido, por maioria. Voto minoritário, mais gravoso, proferido pelo Revisor. (TJRS, Sexta Câmara Criminal, Recurso de Apelação Criminal n. 70016542557, de Cruz Alta, Relator Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira, j. em 30/11/2006 – grifo não original)

A maioria dos juízes do julgamento concordou que o réu era de certa forma imputável, e assim reduziu sua sentença de prisão perpétua para cinco anos, para ser passado inicialmente em regime semiaberto, sob as disposições do Artigo 26, parágrafo solitário, do Código Penal. Levando tudo isso em consideração, é razoável concluir que o psicopata é geralmente considerado semi-imputável e enviado a um estabelecimento prisional comum, apesar de haver pouca produção doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto. Isto se deve à capacidade cognitiva preservada do psicopata e à sua volição prejudicada. Finalmente, vale notar que o debate sobre se esta categorização deve ou não

ser utilizada no setor jurídico, com suas consequências na criminalização do psicopata, é uma questão à parte (VASCONCELLOS, 2014, p. 94)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho é determinar se aqueles que têm distúrbios psicopáticos devem ser considerados imputáveis, semi-imputáveis, ou não criminalmente responsáveis sob a lei brasileira. Para este fim, o foco preliminar do estudo foi a forma como várias escolas de pensamento lidam com a idéia de crime, com particular atenção à centralidade de definir características como "tipicidade", "ilegalidade" e "culpabilidade".

Isto exemplifica como o componente de culpa foi dado o devido peso. A imputabilidade, um componente chave da culpa, foi então acrescentada. Ao explicar o artigo 26 do Código Penal, a falta de especificidade do sistema jurídico-penal brasileiro na disposição dos fatores que, de acordo com critérios político-legislativos, levam à imputabilidade foi trazida à luz. Em segundo lugar, de um ponto de vista psicológico e psiquiátrico, a psicopatia foi analisada. A Escala Hare, frequentemente conhecida como Psychopathy Checklist, desenvolvida pelo psicólogo canadense Robert Hare, foi utilizada como critério para este estudo. Isto estabeleceu as características de conduta dos psicopatas. Além disso, várias explicações para o porquê de os tratamentos convencionais terem falhado em ajudar este grupo foram examinadas.

No último capítulo, foi demonstrado que há uma escassez de trabalho doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, deixando os profissionais do direito sem bases teóricas sobre as quais tomar decisões em assuntos muito complicados. Foi demonstrado que uma melhor compreensão de como aplicar a punição requer uma colaboração entre estudiosos do direito e psiquiatras e psicólogos forenses. Com base nos dados, fica claro que a grande maioria das pessoas acredita que um psicopata deve ser considerado semi-imputável nos termos do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal porque, apesar de ter pleno entendimento, ele é incapaz de autodeterminar de acordo com tal entendimento. Finalmente, embora não seja o foco principal deste artigo, foi sugerido que as ciências da saúde desenvolvam um novo programa de tratamento que seja adaptado ao indivíduo psicopata e não procure alterar sua personalidade, mas sim persuadi-lo a buscar a satisfação de uma forma que não seja prejudicial à sociedade.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR, João Pedro Semeler. Psicopatia no ordenamento jurídico brasileiro. **Direito-Araranguá**, 2020.

- BECCARIA, Dos Meios de Prevenir Crime. 2015. Disponível em <<https://ensaiosnotas.com/2015/05/28/beccaria-dos-meios-de-prevenir-crime/>>.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, 13ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009
- DE ANDRADE, Mariana Dionísio. Direitos humanos das pessoas com deficiência mental: tratamento institucional no contexto brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, v. 10, n. 2, p. 1226-1243, 2017.
- DE BAIROS, David. A Psicopatia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 5, p. e24496-e24496, 2020.
- DE CARVALHO, Nathaly Cristian. RESOLUÇÃO DO ESTADO PERANTE O CRIME DE PSICOPATIA. **TCC-Direito**, 2021.
- DE CASTRO, Isabel Medeiros. **Psicopatia e suas consequências jurídico-penais**. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>>.
- DUARTE, Ronaldo Alves. Origens do fórum mineiro de saúde mental: um estudo sobre as condições de emergência de um movimento social antimanicomial. **Barbarói**, n. 46, p. 188-216, 2016.
- EISELE, Andreas. **Direito penal: teoria do delito**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GEGESQUE, Ericllys. A RESPONSABILIDADE DOS PSICOPATAS A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. **Anais da Mostra Científica da FESV**, v. 1, n. 12, p. 152-163, 2021.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral volume 1**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. porto Alegre: Artmed, 2013.
- LOPES, Amanda Mendes Abreu et al. ANÁLISE DA INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE DO MENOR: OS REFLEXOS DA PSICOPATIA. **Praxis Jurídica**, v. 5, n. 1, p. 1-28, 2021.



MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado parte geral** vol. 1. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MORANA, Hilda C P, **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**, 2006.

RIBEIRO, Gabriela. A Psicopatia Ante o Direito Penal: A (In) eficácia da Aplicação da Pena ao Psicopata. **Direito-Pedra Branca**, 2020.

RODRIGUES, Lorrann Parreira; FERREIRA, Gabriela Bastos Machado. A Psicopatia à luz do Direito Penal. **Revista Científica da Faculdade Quirinópolis**, v. 1, n. 11, p. 356-372, 2021.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SOUZA, Dilson Santiago de et al. **Exercício dos direitos humanos de pessoas institucionalizadas**: percepção de profissionais de hospital psiquiátrico. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 73, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - parte geral. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

## ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

### RENATO RAFAEL DE BRITO FELL:

Mestrando em Direito Ambiental, Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Militares, Tecnólogo em Segurança Pública, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduado em Direito Militar, Pós-graduado em Maçonologia, História e Filosofia, MBA em Gestão e Inteligência de Segurança Pública, MBA em Segurança e Defesa Cibernética, Oficial do Quadro de Oficiais do Estado Maior da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

**RESUMO:** Este estudo tem por objetivo analisar a importância do acesso a informação ambiental no Brasil, de modo a identificar se vem atendendo aos fins propostos pelo Direito Ambiental, e contribuindo para que alcance seus objetivos. Para tanto, a pesquisa apresentada utilizou o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento são o monográfico, o sociológico e o histórico; e as técnicas utilizadas são prescritivas e teóricas, centradas principalmente na pesquisa bibliográfica. O ponto de partida foi consagrado na Constituição da República de 1988, em seu art. 225, que estabeleceu o direito ao meio ambiente, como bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, impondo à coletividade, e também ao Poder Público, o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A natureza exploratória foi o método aplicado, que parte da revisão bibliográfica, buscando na doutrina, legislação, periódicos, artigos disponíveis na internet, jurisprudência, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do problema de pesquisa. Assim sendo, o presente estudo dedicou-se a busca pela análise do acesso a informação ambiental no Brasil, analisando suas diretrizes constitucionais, o histórico e o tema como sendo de grande relevância para a preservação da fauna e flora nacional. Ao fim, abordou-se o disposto na Lei nº.10.650/2003, que trata do acesso à informação a Política Nacional do Meio Ambiente, que desde então previa obrigatoriedade a divulgação de dados e informações ambientais, com o intuito de se contribuir para a formação da consciência pública, tendo em vista a necessidade da preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente. Acesso à Informação. Preservação da fauna e flora.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the importance of access to environmental information in Brazil, in order to identify whether it has been meeting the purposes proposed by Environmental Law, and contributing to achieving its objectives. Therefore, the research presented used the deductive approach method and the procedural

methods are monographic, sociological and historical; and the techniques used are prescriptive and theoretical, focused mainly on bibliographic research. The starting point was enshrined in the Constitution of the Republic of 1988, in its art. 225, which established the right to the environment, as a common good for the people, and essential to a healthy quality of life, imposing on the community, and also on the Government, the duty to preserve it for present and future generations. The exploratory nature was the applied method, which starts from the bibliographical review, seeking in the doctrine, legislation, periodicals, articles available on the internet, jurisprudence, among other sources, elements for the understanding of the research problem. Therefore, the present study was dedicated to the search for the analysis of access to environmental information in Brazil, analyzing its constitutional guidelines, the history and the theme as being of great relevance for the preservation of the national fauna and flora. Finally, the provisions of Law 10.650/2003, which deal with access to information on the National Environmental Policy, which since then provided for the mandatory disclosure of environmental data and information, were addressed, in order to contribute to the formation of public awareness, bearing in mind the need to preserve the quality of the environment and ecological balance.

**Keywords:** Environment. Access to information. Preservation of fauna and flora.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL. 2.2 - DIREITO A INFORMAÇÃO. 2.2 - ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir do momento que em o homem passou a se conscientizar que necessita utilizar os recursos naturais com responsabilidade, em decorrência da finitude destes, e da importância de se assegurar esses recursos para às presentes e futuras gerações, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, os princípios também ganharam força no Direito Ambiental, dentre os quais se destaca o direito ao acesso as informações ambientais.

Dentre as mais diversas informações, a que mais tem chamado atenção dos brasileiros é o princípio poluidor-pagador que encontra amparo na Constituição da República de 1988, que em seu art. 225, § 3º, preconiza que todas as “condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988), ou seja, o poluidor deverá ser responsabilizado por todos os danos causados ao meio ambiente, sendo esta uma informação de conhecimento da maioria dos brasileiros.

Contudo, em que pese a importância da responsabilização do poluidor, dada a imprescindibilidade de um meio ambiente sadio e equilibrado para a qualidade de vida dos indivíduos, não raras vezes a relevância do princípio do poluidor-pagador é mitigada, e críticas são tecidas à sua funcionalidade, mormente quando se trata das questões afetas ao desenvolvimento econômico, e principalmente pela falta de informação quanto as características do respectivo princípio, qual sua abrangência, dentre outros.

Ademais, não raras vezes o princípio é erroneamente compreendido, ou seja, é analisado apenas sob o viés repressivo, a ser invocado para impor ao poluidor o dever de reparar os danos causados ao meio ambiente, demonstrando mais uma vez que, a falta de informação ambiental no Brasil, tende a levar o indivíduo ao erro, e conseqüentemente, situações que apresentem prejuízos para o mesmo e para o meio ambiente.

Assim sendo, o princípio também deve ser analisado do ponto de vista preventivo, o que é considerado pelo legislador em alguns diplomas legais, e também ressaltado pelos Tribunais pátrios, inclusive o Superior Tribunal de Justiça.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar importância do acesso a informação ambiental no Brasil, de modo a identificar se vem atendendo aos fins propostos pelo Direito Ambiental, e contribuindo para que o mesmo alcance seus objetivos.

A pesquisa apresentada utiliza o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento são o monográfico, o sociológico e o histórico; e as técnicas utilizadas são prescritivas e teóricas, centrada principalmente na pesquisa bibliográfica.

Para tanto, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória, que parte da revisão bibliográfica, buscando na doutrina, legislação, periódicos, artigos disponíveis na internet, jurisprudência, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do problema de pesquisa.

Assim, o presente estudo se dedicará a busca pela análise do acesso a informação ambiental no Brasil, analisando suas diretrizes constitucionais, o histórico e o tema como sendo de grande relevância para a preservação da fauna e flora nacional.

## **2. REFERENCIAL TEÓRICO.**

### **2.1 Princípios Fundamentais do Direito Ambiental.**

O direito ao meio ambiente é consagrado na Constituição da República de 1988, em seu art. 225, como bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, impondo à coletividade, e também ao Poder Público, o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Não se faz possível, nesse breve estudo, aprofundar na análise conceitual e evolução do Direito Ambiental e da proteção conferida ao meio ambiente no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, é mister ressaltar que o conceito de meio ambiente se encontra inserto na Lei nº 6.938/1981, que em seu art. 3º, inciso I, o define como “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Ocorre que o conceito supra é restrito, até mesmo porque o meio ambiente abarca elementos naturais, artificiais, culturais, dentre outros, sendo incontestável a sua imprescindibilidade para a realização individual e para a sadia qualidade de vida, como preconizou o constituinte.

Nesse sentido é a lição de Fiorillo (2013, p. 43), para quem o conceito inserto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 6.938/1981, foi recepcionado pela Constituição da República, e conclui que a “definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma”.

Por isso os princípios ganham ainda mais importância no Direito Ambiental, considerada uma ciência humana e social, ramo autônomo do Direito, que possui, como salienta Milaré (2011, p. 1.063), uma série de princípios próprios que a fundamentam e contribuem para o seu desenvolvimento.

Não é demais salientar que, no Direito, o princípio é o fundamento, ou seja, é utilizado como a base para a criação de leis, normas e regras jurídicas.

Canotilho (2003, p. 1.034), ao dissertar sobre a importância dos princípios, destaca que são “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fáticos e jurídicos”. E mais adiante o autor ainda acrescenta que os princípios permitem o “balanceamento de valores e interesses [...] consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”.

Sirvinskas (2014, p. 54), por sua vez, pontua que o princípio é o alicerce, sendo considerado o fundamento dentro da ciência. Porém, o autor chama a atenção para o fato de que embora muitos estudiosos considerem os princípios como fonte normativa, nem todos possuem estas características, pois “esta é extraída dos princípios oriundos da Constituição ou de leis infraconstitucionais. No entanto, não é fácil identificar, entre os inúmeros princípios, aquele que tem força normativa”.

Na esfera do Direito Ambiental, constata-se que os princípios embaixadores foram advindos de um plano internacional. Ou seja, foram materializados por meio de Convenções Internacionais ou Conferências, através de atos não mandatários, caracterizando diretrizes políticas, conhecidos como soft law, que, aos poucos, estão evoluindo para regras de observância obrigatória (LEITE, 2011, p. 53).

Anote-se, ainda, que o Direito Ambiental, por possuir seus próprios princípios estabelecidos no art. 225 da Constituição, é considerado independente e, portanto, uma ciência autônoma, motivo pelo qual pode-se dizer que os seus princípios tendem a uma pretensa posição de valor, pois possuem um alto grau de similaridade com os diversos tipos de direitos fundamentais.

De acordo com os ensinamentos de Fiorillo (2013, p. 26), por ter sido a Política Nacional de Defesa Ambiental recepcionada pela Constituição da República de 1988, vários são os princípios que norteiam o Direito Ambiental na atualidade, alguns consagrados na legislação infraconstitucional de forma expressa, outros que foram consagrados expressamente no texto constitucional e, ainda, tem-se os princípios implícitos, já que a preocupação maior é assegurar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dentre os princípios que norteiam o Direito Ambiental pode-se citar o do desenvolvimento sustentável, do ambiente ecologicamente equilibrado, da natureza pública da proteção ambiental, da precaução, da prevenção, da responsabilidade, do poluidor-pagador, dentre outros, sendo que ao presente estudo, em particular, interessa este último, que passa a ser analisado no próximo tópico.

O primeiro fundamento a ser abordado é baseado na percepção de que os recursos naturais são escassos, e a sua ampla utilização acarreta na aceleração destrutiva do meio ambiente, sendo necessária a prevenção deste avanço, que, não raras vezes, é por meio de pagamentos pela utilização dos recursos naturais.

A partir deste entendimento adotou-se o princípio da equidade, que visa o tratamento não desigual ou desproporcional entre os cidadãos no tocante ao bem de uso comum ambiental, como se extrai dos ensinamentos de Machado (2010, p. 67):

O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia.

De acordo com Birnfeld (2003, p. 227), o fundamento em análise está explícito na Constituição de 1988, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do

Brasil, “[...] ao teor do art. 3º, inciso I, num contexto onde justiça e igualdade são eleitas como valores supremos”.

Ainda segundo Birnfeld (2003, p. 227), pode ser elencado outro fundamento, que é mais explícito ainda que o da necessidade de se utilizar, de forma racional, os recursos naturais, ou se pagar pela utilização quando houver degradação do meio ambiente. Trata-se da singularidade de que toda lesão ao meio ambiente envolve um ilícito constitucional.

Prossegue o autor ressaltando que tal fundamento é baseado nos deveres constitucionais elencados de forma expressa pelo constituinte, no art. 225, ao impor ao Poder Público e à coletividade a incumbência de defender e preservar o meio ambiente, e que resulta não somente em uma genérica obrigação de defender e preservar, mas também revela a imediata e indeclinável obrigação de não degradar, ou seja, de se evitar a degradação ambiental (BIRNFELD, 2003, p. 227).

Factualmente, independentemente da existência de normas infraconstitucionais, que impõem a obrigação de não poluir o meio ambiente, sob pena de responsabilização penal, administrativa e civil do causador de danos, a Constituição da República já proíbe, expressamente, qualquer forma de degradação. Logo, qualquer dano ao meio ambiente implica, por conseguinte, no entender do autor, um ilícito constitucional, a fundamentar o princípio do poluidor-pagador no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, o princípio do poluidor-pagador tem, como uma de suas prerrogativas, o condão de estabelecer uma equidade entre os homens quanto ao uso do meio ambiente, além de preservar e reparar ao máximo o dano a ele causado.

Nesse ponto já se revela a importância do princípio do poluidor-pagador no âmbito do Direito Ambiental, e porque não dizer a sua correlação com outros princípios, assim como a sua função, que como já dito alhures é controversa dentre os estudiosos do tema, embora prevaleça o entendimento de que tem como característica marcante a redistribuição de responsabilidade.

Por isso Milaré (2011, p. 1074) preconiza que o princípio remete à teoria econômica, e é definida pela necessidade da internalização dos custos sociais externos que decorrem do processo produtivo, ou seja, parte-se do pressuposto de que os agentes econômicos deverão considerar os custos de produção e assumi-los.

Todavia, há de se esclarecer que o princípio do poluidor-pagador não pode ser considerado como uma forma de punição, pois, conforme explicita Machado (2010, p. 68), para que seja imposto não é necessária a verificação de ilicitude. Ou, em outras palavras, o pagamento relacionado ao uso do meio ambiente independe da comprovação de faltas

ou infrações. Logo, ainda que “a existência de autorização administrativa para poluir, segundo nas normas de emissão regularmente fixadas, não isenta o poluidor de pagar pela poluição por ele efetuada”.

Outrossim, não se pode ignorar que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, outorgou-se aos brasileiros o direito ao meio ambiente equilibrado, tendo em vista sua essencialidade para a qualidade de vida de todos. Trata-se de uma visão integrativa do meio ambiente considerado uma totalidade complexa formada por elementos fisiológicos, biológicos e antropológicos cujo equilíbrio depende do respeito às suas múltiplas interações.

Dentre os sustentáculos do Estado de Direito Ambiental elencados pela doutrina encontra-se o “estímulo a formação da consciência ambiental” considerada esta indispensável para a participação pública nos processos ambientalmente relevantes (LEITE; FERREIRA, 2012, p. 24).

Como sabido, o Estado de Direito surge em um contexto em que a burguesia havia recém sido instalada no poder e para quem era interessante uma legalidade destinada a garantir determinados valores e direitos – tidos como naturais – que assegurassem o seu livre desenvolvimento (GARCÍA-PELAYO apud MENDES et al, 2009).

Uma vez detentora do poder econômico, a classe burguesa tratou logo de dominar o poder político, transformando, então, o Estado e o Direito em instrumentos de legitimação de sua ideologia liberal (MENDES et al, 2009).

Contudo, o Estado de Direito com sua lógica individualista e liberal não conseguiu garantir a realização e a proteção dos direitos e das liberdades de todos, pois a defesa da liberdade e da segurança jurídica era muito mais eficaz do que a defesa da igualdade e da propriedade privada no seu viés material (MENDES et al, 2009).

Como bem destacado por Morim e Kern (2011), progressivamente foi-se dando conta, em especial a partir dos anos oitenta que, além da não concretização dos direitos sociais, econômicos e políticos reconhecidamente postos, o modelo de desenvolvimento tecnológico e industrial adotado pelo mundo ocidental causava degradações e poluições múltiplas no meio ambiente.

Nesse sentido, Nunes Júnior (2005) fala em uma crise ambiental que não é só inerente aos aspectos físicos, biológicos e químicos do meio ambiente planetário. É mais do que isso, afirma. É uma crise de valores, cultural e espiritual, que atravessa a civilização contemporânea.

Para tentar resolver a questão do desgaste ambiental, Nunes Junior (2005) afirma que se tem promovido a repartição das responsabilidades entre sociedade e Estado. Os



cidadãos passam a conviver com a obrigação de adotar uma postura ativa no sentido de proteger o ambiente no qual estão inseridos; passam a ter que se organizar socialmente para buscar alternativas que melhorem a qualidade de vida e, por consequência, mantenham o meio ambiente equilibrado.

Este “novo Estado”, denominado pela doutrina como Estado de Direito Ambiental, é, na realidade, uma construção teórica voltada para o mundo real como algo a ser concretizado, a ser realizado. Sua importância reside no fato de ser uma construção teórica complexa e, no mérito, por apresentar uma proposta “de exploração de outras possibilidades que se apartam da realidade para compor novas combinações daquilo que existe” (LEITE, 2012, p. 175).

Leite (2012, p. 178), por exemplo, afirma que a definição dos pressupostos de um Estado de Direito Ambiental institui “parâmetros” a serem atingidos pelos responsáveis (Poder Público e sociedade) os quais, uma vez postos, geram debates/estudos sobre como se aproximar de uma possível concretização do Estado de Direito Ambiental.

Ganha relevo, nesse cenário, a noção de educação ambiental, pois parte-se do pressuposto de que são necessárias medidas para garantir um nível de promoção adequado, focado na dimensão preventiva. Logo, cabe ao Estado estimular a formação da consciência ambiental, a fim de viabilizar o exercício da responsabilidade compartilhada e a participação pública nos processos ambientalmente relevantes, uma vez que a construção de novos conhecimentos, fundamentados na complexidade do meio ambiente, permitirá o surgimento de ideias e pensamentos que reconheçam o valor intrínseco do meio ambiente (LEITE, 2012).

Contudo, em que pese o até aqui mencionado, o lecionado por Carvalho e Canavese (2013, p. 03), se encaixa perfeitamente no que diz respeito ao acesso as informações ambientais, que pode advir da educação ambiental que “é fundamental para a conscientização das pessoas em relação ao mundo em que vivem para que possam respeitar cada vez mais o meio ambiente”.

Lembram os autores supracitados, ainda, que o art. 2º, da Lei nº 9.795/1999 dispõe que a educação ambiental é componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente em todos os níveis e modalidades do processo educacional (CARVALHO; CANAVESE, 2013).

No entanto, em que pese a relevância da educação ambiental, o que se percebe é a desinformação dos brasileiros quando ao Direito Ambiental e suas vertentes, inclusive pela escassez de estudos específicos, o que reforça a necessidade de se discutir a questão

e, principalmente, implementar políticas públicas de educação ambiental para que o acesso a informação ambiental se torne uma realidade para toda a sociedade.

## 2.2 Direito a Informação

O Direito à Informação é um direito individual pessoal de informar, ou coletivo de ser informado e um objeto plural a informação, e tutela a defesa para que seu titular possa exercer sem impedimentos seu direito fundamental de ser informado, de informar e informar-se.

O exercício do direito de informar pressupõe a veracidade, mas quem informa de certa forma, envolve seu elemento valorativo, tendo em vista que "verdade" é um elemento subjetivo deve-se haver a cautela, pois quem informa acredita estar diante da verdade. (SARMENTO, 2015, p. 9)

Tanto no aspecto individual como coletivo, somente a Constituição Federal Brasileira/88 poderá limitar ou justificar restrições à liberdade de informação, que só podem em circunstâncias de colisão de princípios e direitos fundamentais, como intimidade, honra e imagem ou quando afetar de forma a dignidade da pessoa humana. (MOLINARO; SARLET, 2014, p. 26).

Como caracteriza Molinaro e Salert (2014, p. 12), o Direito a Informação, consiste na existência de um "direito humano ao saber", faz parte dos direitos humanos e fundamentais. Em seu artigo narra Ingo Sarlet (2014, p. 13), o alcance do Direito de Liberdade de Informação:

"Toda pessoa tem o direito à informação, conforme especificado por lei. As restrições a este direito podem ser impostas por lei apenas se for absolutamente necessário e justificado por razões de segurança nacional, combate ao crime ou para proteger os direitos e interesses legítimos de terceiros. De igual modo, toda pessoa tem o direito de participar na Sociedade da Informação. A facilidade de acesso às informações tratadas por via eletrônica, e cuja produção, intercâmbio e difusão da mesma constitui uma obrigação do Estado."

Pode-se entender autonomia privada como liberdade do homem de determinar seu comportamento. Particulares tem uma liberdade juridicamente protegida derivada de sua dignidade, mas não basta apenas o simples reconhecimento deve o Estado dar condições para que se possa desfrutá-la. A Democracia é um pressuposto para as liberdades básicas como a liberdade de expressão.

A liberdade de informação anteriormente era visto como um direito individual, pois dela decorre da liberdade expressão, mas é na verdade um direito coletivo à "informação

porque inclui o direito do povo de ser bem informado", e desloca a liberdade de informação para o campo dos direitos políticos do cidadão. A Liberdade de Informação é um direito com muitas faces como a liberdade de imprensa e liberdade de expressão.

Na opinião de Godoy apud Bittar (2015, p.49-52) é o direito de estar informado independentemente do modo de obtenção da informação, bem assim como o direito de ter e compartilhar a informação, isto é, é o direito que assegura a veiculação das informações pelo órgão de imprensa, é o mesmo direito à Liberdade de Informação, pois é individualizada a livre manifestação do pensamento.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz em seu artigo 220, inciso primeiro a seguinte formulação, que remete ao artigo 5º da própria Constituição Federal Brasileira/88 reportando-se o conflito.

Art. 220 – [...]

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV

Art. 5º IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; alternativa, fixada em lei;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O direito de acesso a informação tem caráter geral, a todos, e o titular desse direito os órgãos de comunicação, que possuem então o dever de adequação da informação jurídica e fática, ou seja, que a informação seja passada sem violar o ordenamento jurídico, sem afronta dos direitos fundamentais e que seja tenham sua obtenção de forma lícita, que são substancialmente o dever da veracidade e da pertinência.

Hoje com a revolução das comunicações, ofensa, elogio, assuntos privados e públicos, estão em tempo real ao alcance de todos e a difusão da informação. (MIRAGEM, 2005, p.60-62)

A proteção do direito à informação se dá quando abrange o interesse público, pois há o entendimento do Superior Tribunal Federal, que presume-se interesse público nas informações obtidas por meio de comunicação social, com a justificativa que gênero "interesse público" é maleável e não deve confiar aos agentes estatais, nem mesmo ao Poder Judiciário para se definir o que a sociedade deve ou não saber. (SARMENTO, 2015, p.10)

Liberdade de Informação consiste no direito de informar e ser informado em que garante a comunicação de uma sociedade pluralista e tem conquistado um espaço e reconhecimento constitucional nas legislações de diversos países do mundo, inclusive no Brasil.

### **2.3 Acesso à informação ambiental no Brasil**

Nossa Constituição de 1988, previu no inciso XXXIII, do artigo 5º, o direito de acesso à informação, com o intuito de confirmar a relevância, e especialmente a centralidade deste direito, a fim de que o Estado Democrático de Direito e seus cidadãos possam dele valer. Vejamos:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Contudo, antes da promulgação da Carta Constitucional de 1988, o Estado brasileiro já se dedicava a reconhecer o direito de acesso à informação, como também sua aplicabilidade no que se refere às matérias ambientais. A Lei nº. 6.938/81, foi editada com o objetivo de tratar da Política Nacional do Meio Ambiente, dispondo de parte especial quanto a divulgação de dados e informações ambientais, com intuito de contribuir para a formação da consciência pública no que diz respeito a necessidade de preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, V). Assim sendo, o artigo 9º da lei comentada, se dedicou a tratar de um dos diversos instrumentos que norteiam a Política Nacional do Meio Ambiente que é, a prestação de informação que estejam intrinsecamente ligadas ao meio ambiente.

Da mesma forma, o Decreto 98.161/1989, que tem como função promover a administração do Fundo Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 6º, estabelece a

competência da Comissão que administra o fundo "desenvolver o relatório anual de atividades para promover a sua difusão". Ademais, existem diversos instrumentos internacionais que por sua vez foram ratificados pelo Brasil, que possuem força de lei, e que encontram-se presentes no ordenamento interno no forma de decretos presidenciais, como é o caso da Convenção sobre Diversidade Biológica, que encontra-se ratificada pelo Brasil através do Decreto 2.519/1998; a Convenção Internacional de Combate à Desertificação (Decreto 2.741/1998), e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (Decreto nº 592/1992).

No entanto, em que pese os instrumentos normativo até aqui expostos, o principal deles, acerca do tema do presente estudo é a Lei nº 10.650/2003, popularmente conhecida como Lei de Acesso à Informação Ambiental, que se dedica a determinar a obrigatoriedade do acesso público aos dados e as informações de todos os órgãos que se encontram vinculados ao SISNAMA.

A Lei em comento foi promulgada em virtude da influência da repercussão do princípio 10 disposto na Rio-92, como também na Convenção de Aarhus, se firmando como norma de extrema significância, dado aos importantes avanços por ela tragos, no que diz respeito a efetivação dos direito à informação no que se refere ao meio ambiente ou matérias afins.

Como mencionado, a referida norma teve como inspiração os inovações apresentadas pela Convenção de Aarhus e pela Lei de Acesso à Informação Ambiental, que estabeleceram a garantia a qualquer indivíduo de acesso às informações que detém os órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente –Sisnama, que é independente de comprovação de interesse específico. O acesso deve se dar dentro de um prazo de trinta dias, sendo sua recusa permitida somente em casos que demonstrem motivação coerente. Contudo, outros inúmeros avanços foram apresentados pela Lei em comento, cabendo ao presente estudo destacar o disposto no artigo 4º, que se dedicou a fazer menção expressa ao direito de acesso à informação no Brasil.

Neste contexto, cabe trazer trecho do estudo comparativo realizado por Mata Diz e Discacciati (2015, pp. 105-106), em relação a Lei e a Convenção de Aarhus:

A Lei nº 10.650/2003 possui a temática restrita ao primeiro pilar da Convenção de Aarhus, ou seja, contém artigos semelhantes sobre informação ambiental, mas não assegura a participação popular na tomada de decisões e o acesso à justiça em matéria ambiental. Contudo, em matéria de acesso à informação ambiental, a lei brasileira foi um avanço e trouxe embasamento legal para um maior engajamento social. O impacto da ordem internacional, representado

pela influência da Convenção de Aarhus na Lei nº 10.650/2003 é evidente. A lei nacional poderia ser mais abrangente, para incluir pessoas jurídicas como potenciais requerentes, ou reconhecer o papel das ONGs, porém os parâmetros estipulados correspondem a uma democracia que promove a ecocidadania, muito embora tais direitos não sejam efetivamente usufruídos.

Neste ponto, cabe ressaltar que, o Brasil e a Argentina foram os pioneiros, e os primeiros países de toda a América Latina e Caribe a dedicarem leis específicas quanto a matéria de acesso à informação ambiental (CEPAL, 2013, p. 73). Outrossim, a Lei de Acesso à Informação Ambiental brasileira, até o presente momento, mostra-se insuficiente no que diz respeito a assegurar a efetividade do direito de acesso. Isso porque, em um primeiro momento, ao garantir o acesso a informações existentes somente nos órgãos vinculados ao SISNAMA, outros órgãos importantes como os poderes legislativos e judiciário, ficaram impossibilitados de sofrer qualquer tipo de consulta.

Por fim, cumpre destacar outro problema apresentado na Lei de Acesso à Informação Ambiental, que é o descompasso em relação a evolução das tecnologias de comunicação, tendo em vista seu potencial para disponibilizar a sociedade, de forma célere e eficaz o acesso à informações. Em suma, é imperioso e negligente assegurar que o acesso à informação ambiental se restrinja a simples publicação no Diário Oficial, em virtude deste ser um instrumento de alcance questionável.

Assim sendo, em se tratando de uma era em que, grande parte da sociedade tem irrestrito acesso à internet, utilizando-se dela para comunicação diária, é imprescindível que o Poder Público faça uso dela para promover o melhoramento da divulgação das informações ambientais.

Portanto, em que pese o contido na Lei de Acesso à Informação Ambiental, as importantes conquistas nela apresentadas, não se mostram suficientes para garantir sua efetividade. Deste modo, mostra-se indispensável, e principalmente urgente, a promoção de sua atualização e melhoria, sob pena de o Estado Brasileiro continuar a cercear este direito humano, indispensável para a consolidação do Estado Democrático Socioambiental de Direito instituído formalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo do presente estudo viu-se que, a Constituição de 1988, classificou o acesso à informação como direito humano fundamental e portanto, é um direito tido como civil e político, indispensável e indissociável dos demais direitos, no que se refere ao meio ambiente.

Neste contexto, apesar do Brasil dispor de legislação dedicada ao acesso à informação ambiental, o presente estudo evidenciou a existência desérios problemas no que diz respeito a efetividade deste direito.

Os problemas apresentados pela Lei de Acesso à Informação Ambiental nº 10.650/2003, precisam ser trabalhados e superados, devido a eminência de que o direito de acesso à informação, perpetue-se, no ordenamento jurídico, como mera garantia formal, que se encontra na letra da lei, mas que não apresenta qualquer materialização.

Neste contexto, foi apresentado como um dos problemas existentes na Lei de Acesso à Informação, a restrição de acesso público a informações ambientais, somente de órgãos que estejam vinculados ao SISNAMA, sem contemplar as demais fontes de informação ambiental. Assim, o amplo acesso à informação ambiental encontra-se prejudicado, devendo esta lacuna ser exaurida no ordenamento jurídico Brasileiro.

Outro problema apresentado na referida Lei é a modalidade de publicidade dos dados, que mostra-se restrita e ultrapassada, uma vez que contempla a utilização de instrumentos de acessibilidade limitados, como por exemplo do Diário Oficial. Assim, no contexto atual, em que grande parte da sociedade tem acesso irrestrito a internet, mostra-se indispensável, que as Leis acompanhem o desenvolvimento e acessibilidade tecnológica, devendo a publicidade de dados e o acesso à informação ambiental acontecer por meio da utilização da internet. Tal medida, facilitaria tanto a sociedade, quanto aos órgãos públicos e empresas, que lançaria mão de recursos já existentes, e passariam a utilizar de mecanismos de comunicação já utilizados pelas instituições de direito público ou privado.

Assim sendo, observa-se a necessidade de que o Poder Público, reveja e atualize a legislação brasileira, no que diz respeito ao acesso à informação, para que esta possa garantir a efetividade dos direitos civis e políticos, bem como, possa servir de modelo para os demais países da região, na criação de suas normas internas no que diz respeito ao meio ambiente.

A superação dos problemas apontados pelo presente trabalho significará um importante passo no sentido do fortalecimento da participação pública em meio ambiente, com a efetivação de um de seus três pilares: o acesso à informação em matéria ambiental.

#### **4. REFERÊNCIAS.**

BIRNFELD, Carlos André Sousa. **O princípio poluidor-pagador e sua potencialidade:** uma leitura não economicista da ordem constitucional brasileira. 323f. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%E7ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm).

Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. **Leinº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.650, de 16 de abril de 2003.** Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm). Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 2.519/1998.** Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm). Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Decreto. Brasília, DF, 7 jul. 1992a. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 03 jan. 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito civil constitucional. 3ª ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CEPAL. **Extractos de Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: Situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas.** Valeria Torres. 2013. Disponível em:

[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37791/LCM23\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37791/LCM23_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 jan. 2022.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de Imprensa e os direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015



LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, IcaroDemarchi Araújo. **O direito internacional do meio ambiente e a aplicação de seus princípios e de suas normas pela empresa**. 2011, 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano a Honra**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine, DISCACCIATI, Ana Clara Gonçalves. Acesso à informação ambiental: por um novo paradigma de participação. **Revista Eletrônica Direito e Liberdade**, v.17, 2015, p.71 - 113

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado ambiental de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6340>. Acesso em: 21 dez. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Informação e Direito de Acesso a Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. **Revista da AGU**, ano XIII, nº 42, out- dez, 2014.

SARMENTO, Daniel. Parecer Liberdades Comunicativas e o Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira. 2015 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

## **ATIVISMO JUDICIAL: A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PERANTE A PANDEMIA DO COVID-19**

**GABRIELA CAROLINE CREMA:**  
bacharelanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul - SP  
(Unifunec).

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA<sup>113</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal foi alvo de discussões em razão de suas interferências nas decisões do poder legislativo e do executivo. Diante disso, no início do ano de 2020 um vírus foi capaz de parar o mundo e o país precisou tomar medidas importantes para combate do novo coronavírus. O presente artigo, inicialmente, irá estudar as teorias que estruturam o Estado Democrático de Direito, o conceito de ativismo judicial e analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia, mostrando o deferimento das ADPFs 668 e 669, no qual impede a circulação de uma propaganda realizada pelo Governo Federal incentivando a população ao retorno de suas atividades. Foi utilizado como mecanismo de pesquisa livros, sites bibliográficos e artigos. O trabalho visa entender qual a função da Ssuprema Corte e buscar a identificar quando realmente está presente o ativismo judicial. O resultado do estudo mostra que, o Supremo Tribunal Federal necessita interferir em decisões legislativas que afronta a constituição e que nem sempre está atuando de maneira subjetiva ou de forma ativa.

**Palavra-Chave:** Judicialização. Coronavírus. Constituição. Democracia.

**ABSTRACT:** In recent years, the Federal Supreme Court has been the subject of discussions due to its interference in the decisions of the legislative and executive powers. In view of this, at the beginning of 2020, a virus was able to stop the world and the country needed to take important measures to combat the new coronavirus. This article, initially, will study the theories that structure the Democratic State of Law, the concept of judicial activism and analyze the performance of the Federal Supreme Court during the pandemic, showing the granting of ADPFs 668 and 669, in which it prevents the circulation of an advertisement made by the Federal Government encouraging the population to return to their activities. Books, bibliographic sites and articles were used as a search engine. The work aims to understand the role of the Supreme Court and seek to identify when judicial activism is really present. The result of the study shows that the Federal Supreme Court needs to

---

113 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP, UNIFUNEC

interfere in legislative decisions that affront the constitution and that it is not always acting subjectively or actively.

**Keyword:** Judicialization. Coronavirus. Constitution. Democracy.

## 1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade permite a transformação de comportamentos, o desenvolvimento de interesses e a aparição de novos conflitos. De fato, para a permanência da ordem pública e do bem social, é imprescindível a atuação do Estado, em que regulamenta e assegura os direitos sociais.

Por essa razão, os princípios constitucionais garantem a estruturação e organização do Estado. Com isso, o princípio dos três poderes (tripartite) classificam a competência destes poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) que buscam de forma independente e harmônica atuarem em favor dos direitos e garantias constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras garantias, principalmente em razão da sua origem representativa, facilitando o acesso a justiça e permitindo a ascensão da judicialização. Por outro lado, diante da demora ou até mesmo da omissão, os Poderes Legislativo e Executivo deixam de cumprir com o seu dever popular, permitindo que inúmeros fatos deixam de possuir amparo legal. Como consequência, depara-se atualmente com um Poder Judiciário expansivo, que mesmo diante de uma lacuna legislativa deverá julgar o fato recorrido.

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal destacou-se perante o seu comportamento participativo e com a pandemia do coronavírus o termo "ativismo judicial" teve grande repercussão, gerando críticas e debates. Contudo, conforme o controle recíproco entre os poderes e diante os projetos criados pelos demais poderes que ferem a Constituição, a Suprema Corte é acionada para que através do controle de constitucionalidade possa reverter tal situação.

Na presença de uma das maiores crises sanitárias da história, com a paralisação de todas as atividades comuns, fez-se necessário a mudança de comportamentos, adquirindo novos hábitos para o combate do novo coronavírus. Com facilidade em transmissão, o vírus que foi primeiro identificado na China logo se espalhou por todos os continentes, sendo reconhecida oficialmente pela OMS (Organização Mundial da Saúde) como pandemia, com isso, provocando diversos problemas ao mundo.

A saúde básica, sendo o principal problema, trouxe efeitos políticos, econômicos e sociais que prejudicaram o desenvolvimento de muitos países, fazendo-se necessário a criação de estratégias, através do Estado, para o confronto desse possível colapso.

Dessa forma, deverá ser analisado sob a ótica constitucional a teoria do ativismo judicial, assim como, abordar os princípios que asseguram a organização do Estado Democrático de Direito, como o Princípio da Tripartição dos Poderes e o Sistema de Freios e Contra Pesos, além de entender a competência do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do trabalho é entender a importância dos preceitos constitucionais e verificar se realmente a Suprema Corte ultrapassa a sua legitimidade ou se é legítimo quanto as suas decisões, ainda assim, ponderar os posicionamentos positivos e negativos perante a teoria ativista.

Após o desenvolvimento da pesquisa e com o domínio do tema será analisado as decisões do Supremo Tribunal Federal frente a pandemia do covid-19, se realmente tiveram quaisquer traços ativista ou se causaram alguma insegurança jurídica.

## **2 DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO**

Aos olhos da corrente tripartite a existência da subdivisão dos poderes estatais colabora com a harmonia entre os deveres e garantias adquirido em sociedade.

Diante de discussão, muito se falava quando a teoria tripartite, defendida por muitos historiadores diante de discussão, principalmente Aristóteles, em sua obra "A Política", no qual distingue os poderes em três órgãos separados, denominado por "Poder Deliberativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário". Em seguida, Locke defende em sua obra "Segundo Tratado Sobre o Governo Civil", o Poder Legislativo superior aos demais e o Executivo apenas com a função de aplicação das leis, não desvinculando-se do Federativo, que cabia apenas cuidar das questões de governança. Logo, Montesquieu, em sua obra "O Espírito das leis" denominou por "Tripartição dos Poderes" com as atribuições modelo adotada e ainda aceita aos dias atuais, determinando três poderes essenciais para o desenvolvimento das atividades governamentais. (SANTANA, 2016)

Seguindo esse raciocínio, segundo Montesquieu o Poder Legislativo cria e edita as leis necessárias. Enquanto o Poder Executivo possui a liderança no sentido de estabelecer a segurança e prevenir ataques. Já o Poder Judiciário compete à aquele que julga e pune os litígios da vida civil. (SANTANA, 2016)

Outrossim, o propósito dessa divisão é de permitir que os três poderes atuem de maneira separada, independente e harmônica, com característica una, indivisíveis e indelegáveis, devidamente expressa, nos termos do artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, em compasso com a teoria dos três poderes sobrevém o sistema de *checks and balance* (freios e contrapesos), em que faculta ao controle recíproco dos três poderes, exercendo funções típicas e atípicas, evitando violação da Constituição Federal e afastando o absolutismo, caracterizando, portanto, o Estado Democrático de Direito. (TOLEDO, 2018).

### **3 O PODER JUDICIÁRIO**

O guardião da Constituição Federal faz parte da tríade contemplada pela Carta Magna, sendo o Poder do Estado Federal brasileiro, que além de trilhar de forma harmônica e independente, tem o dever de resguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

O poder judiciário possui a função de resolver conflitos de acordo com o texto positivado no modelo legislativo do país, ou seja, sua jurisdição é interpretar a lei e aplicar em caso concreto por meio de um processo judicial.

É organizado e regulamentado pela Constituição Federal de 1988, através dos artigos 92 a 126, sendo a sua composição os seguintes órgãos: O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (BRASIL, 1988)

A sua jurisdição é basicamente a aplicação da norma em caso concreto, sendo detentor do direito objetivo e afastado da possibilidade do entendimento subjetivo.

A propósito, é o entendimento de José Afonso Silva:

Divididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, legislativo, Executivo e Judiciário, os órgãos deste (juízes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o juízo de equidade, excepcionalmente admitido, como referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador. (SILVA, p. 560, 2016)

Portanto, a legislação não pode ser confundida com a jurisdição, posto que a lei dirija não somente a uma pessoa, mas de modo mais complexo e generalizado, indicando o direito subjetivo no texto da lei que se encontra o direito objetivo. Dessa forma, os juízes devem atuar de maneira aplicada, sem colocar em consideração os seus valores morais, apenas dirigira lei até o fato denotado.

#### **4 DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Possuidor do maior grau de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal é a cúpula do Poder Judiciário, através do poder da mais alta instância, é destinado a defender a Constituição, a República e as lides em face das políticas públicas.

A Suprema Corte é composta por onze ministros, sendo cidadãos natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, com notável saber jurídico e de reputação libada (art.101, da CF/88), ingressados após a indicação feita pelo Presidente da República, com a aprovação absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único da CF/88). (BRASIL, 1988).

Previsto no caput do artigo 102 da Constituição Federal (1988) a sua competência quanto a guarda da própria constituição, sendo considerado como papel essencial para a organização do Estado brasileiro. Ainda, a Constituição Federal divide as competências do Supremo Tribunal Federal em dois grupos, de competência originária e competência recursal. (DIAS, 2021).

Ao tocante da decisões das competências, distingue-se a originária perante ao inciso I, do artigo 102 da Constituição Federal (1988) e a recursal ai inciso II e III do respectivo artigo constitucional. A competência originária, permite a Suprema Corte processar e julgar em única instância a matéria suscitada. Já quanto a competência recursal viabiliza as questões em julgamento de última instância. (DIAS, 2021).

Para o professor José Afonso da Silva (2016) a competência do Supremo pode ser dividida em três grupos. Conforme o artigo 12 da Constituição Federal (1988) o primeiro trata-se ao que lhe cabe processar e julgar originariamente, de acordo com a matéria do inciso I. O segundo grupo incube a julgar em recurso ordinário, dispostas no inc. II. E o terceiro grupo compete a julgar em recurso extraordinário, pois são as causas decididas em única ou última instância, quando envolvem as decisões que foram recorridas, previstas nas alíneas do inc. III.

Estas atribuições previstas no artigos 102 da Constituição Federal (1988) são integradas de litígios de matéria constitucional, portanto, deve-se observar que é destinada ao Supremo Tribunal Federal a conciliação dessas lides de acordo com o exercício de jurisdição constitucional.

## 5 DA JUDICIALIZAÇÃO

O Judiciário tem como ofício a aplicação da lei, de acordo com o fato litigioso que foi criado, porém é garantido constitucionalmente que nenhuma matéria deixará de ser julgada, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

O fato da evolução social exige que a norma o acompanhe assegurando o direito que lhe é garantido. Contudo, defronte da omissão normativa configura-se a um poder participativo tomando decisões que deveriam ser feitas por representantes popular.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Felipe Salomão (2018), destaca que no Brasil a judicialização surge, efetivamente, após a Constituição analítica de 1988, durante a luta por direitos e garantias, pois sofriam com a falta de políticas efetivas para a solução de litígios e conflitos extrajudiciais.

A Constituição Federal (1988) assegura a todos o direito ao acesso a justiça, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, garante para aqueles com pouca renda a gratuidade processual, permitindo o acesso sem mesmo quaisquer custos. É verdade que este fator, mesmo que totalmente digno e justo, possibilita a grande massa de processos, abarrotando o judiciário desde litígios triviais aos de renome.

É perante as variáveis matérias discutidas no judiciário que vem sendo destacadas a sua atuação para a solução destes conflitos. Ocorre que, muitas vezes não há respaldo legal para a aplicação da matéria, devendo assim, o juízo referido julgar diante do que é exposto, acarretando debates quanto a instabilidade constitucional perante o seu real poder.

Ante o exposto, mesmo que diante de provocações, as decisões de matérias que advém de lacunas normativas são tomadas pelo Poder Judiciário através de interpretações sociais, em situações que ocorrem frequentemente, resultando um problema social, e assim, servindo como parâmetro para novas decisões.

De acordo com a realidade evidenciada, acentua Vladimir Passos de Freitas:

Com foco no STF, ações invocando a Constituição se sucedem a cada ato do Poder Executivo ou Legislativo, como se a Corte fosse um terceiro órgão do Congresso Nacional. Algumas são oportunas, outras políticas. Decisões proferidas com a melhor das intenções, podem suscitar consequências de difícil mensuração. (FREITAS, 2021)

Em outras palavras, o Judiciário deixa de realizar sua função típica para solucionar uma questão social, que deveria ter a atenção dos outros poderes, que permanecem omissos ou atua de forma lenta e ineficaz.

A judicialização é identificada por ser um fato, que deriva das próprias consequências do modelo constitucional, acontece que, quando questões políticas, sociais e entre outras, não são resolvidas pelo Legislativo ou Executivo, acaba provocando o judiciário a resolver, atuando de maneira atípica, porém embasado e protegido pela legislação. Os dois termos são considerados como primos, da mesma família, contudo de origens distintas, enquanto a judicialização é um fato, o ativismo judicial é considerado uma atitude do poder judiciário, com a participação mais ampla e intensa. BARROSO (2009).

## **6 DO ATIVISMO JUDICIAL**

Diante da perspectiva de um poder participativo, o Poder Judiciário vem sendo destaque nos últimos tempos, em razão de sua atuação proativa frente as questões sociais, políticas e econômicas.

O bojo da conduta considerada ativista pelo Poder Judiciário advém de “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2009).

A princípio, a Corte Norte-Americana é considerada o berço desse fenômeno, principalmente em razão de suas jurisprudências, que possibilitou a incorporação de uma Suprema Corte proativa. Inicialmente tratava-se de um ativismo de natureza conservadora, que deu o amparo a setores reacionários assegurando a segregação racial. (BARROSO, 2009)

Embora ainda discutido, a principal ideia é de que em 1947 um jornalista chamado Arthur M. Schlesinger Jr; publicou na revista “Fortune”, um artigo que buscava analisar as decisões dos nove juízes sobre um plano político, chamado “new deal” com traços evidentes de inconstitucionalidade, e assim, dividiu os juízes em “Ativista” e “Campeões de restritividade judicial” ou “Passivistas”, após uma análise diante das ultimas decisões, denominando o artigo de “The Supreme Court”. (MARTINS, 2019)

BARROSO (2009) define da seguinte forma:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren,



entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...).

O termo passou a ser conhecido por outros países, após identificarem as atitudes dos juízes que não condiziam com suas funções. Notoriamente, o tema repercutiu no país impulsionando discussão e debates diante de sua aplicabilidade, além das possíveis inseguranças políticas e constitucionais que esse mecanismo poderia ocasionar.

No Brasil encontra-se um campo de incertezas quanto a origem e o desenvolvimento do ativismo judicial, todavia, a Constituição de 1988 é um marco histórico para a evolução desse fenômeno no país. Visto que, somente após sua promulgação o judiciário passou a expandir sua atuação diante de suas decisões, afinal anteriormente não havia grande expressividade, uma vez que, vivia nas “sombras” dos demais poderes. E assim, a própria constituição possibilitou a expansão dos juízes no país. (RAMOS, 2021).

Seguinte essa linha, quanto ao que se diz do termo ativista, advém de vários conceitos alavancados pela doutrina, contudo, cabe a definir a postura do magistrado, no qual permite-se a buscar através de uma hermenêutica jurídica expansiva as suas escolhas, com o objetivo de solucionar verdadeiros litígios que possuem necessidade oriundas da lentidão ou omissão do legislativo e até mesmo do judiciário, definindo assim, o valor normativo constitucional. (GRANJA, 2013)

## **6.1 Das implicações positivas e negativas ao ativismo judicial**

A atuação criativa do Poder Judiciário alavancou discussão ao mundo jurídico, gerando severas críticas daqueles que defendem sob a ótica da organização constitucional do Estado Democrático de Direito, assim como, há aqueles que defendem e acreditam no comportamento atual do judiciário.

Há duas teorias referente ao tema, sendo uma favorável e outra contrária. Diante da perspectiva negativa é denominada a teoria procedimentalista, a qual determina que as pessoas não possui o direito de exigir do judiciário determinadas faculdades previstas em lei para ser atendido o princípio da dignidade. Por outro lado, encontra-se a teoria substancialista, que de forma favorável diz que o deve sim o judiciário intervir nessas

questões, pois quando há comportamentos que prejudicam a vida em sociedade, não existindo os direitos mínimo existenciais é o Supremo Tribunal Federal, o guardião da constituição, que deve garantir e fazer valer estes direitos fundamentais. (JÚNIOR, 2017)

Para aqueles que afirmam o posicionamento negativo do ativismo judicial, acreditam que o comportamento expansivo do Judiciário fere princípios constitucionais e desrespeitam os demais poderes.

É o que diz DWRKIN (1999, p.451/452) citado por GRANJA (2013):

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Um dos pontos que a crítica traz ao ativismo judicial é o fator da falta de legitimidade representativa, uma vez que, é o único poder que não passam por processo democrático, não permitindo a escolha popular daqueles que decidem pela sociedade, gerando graves consequência ao Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, as colocações favoráveis advêm de um posicionamento que acredita que o judiciário não age sozinho, ou seja, necessita de intervenção para que realmente atue de maneira ampla.

Diante disso, BARROSO (2009), defende a postura ativista conforme diferentes cabíveis condutas:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os

de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Por este lado, demonstra-se o comportamento do judiciário que deve ser impulsionado por que possui legitimidade ativa, devendo, portanto, assumir o que está disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (1988), assumindo o que é imposto independente da existência, ou não, da norma específica para o caso em julgamento.

## **7 ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DO COMBATE DA PANDEMIA DO COVID 19**

Nas últimas décadas foi possível analisar a atuação participativa do Supremo Tribunal Federal, principalmente em questões de políticas públicas. Principalmente em razão das negligências dos outros poderes, assim como já foi apresentado.

Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declara oficialmente a pandemia do coronavírus (MOREIRA e PINHEIRO, 2020), chegando ao Brasil e logo após paralisando definitivamente o país, e assim, um vírus desconhecido pelo mundo, levou o país à tragédia, não somente à desastres sanitários tanto quanto outros, como exemplo, a própria economia do país.

O pânico que causou na população permitiu a exigiu que medidas fossem tomadas tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo. Entretanto, o embaraço entre os poderes estatais permitiu a discussão perante a legitimidade constitucional e o que realmente deveria ser feito.

Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal passou a destacar diante de sua conduta proativa, inúmeras vezes atuou em face dos outros poderes, sendo motivo de matérias e estudos tratando de qual seria a sua real função e se estaria ultrapassando o limite da sua legitimidade.

Nesse passo, é de suma relevância o estudo das ADPFs 668 E 669, de nº 0089074-78.2020.1.00.0000, que trouxe grandes discussões ao mundo jurídico. Em que, teve como teor a propaganda realizada pelo Governo Federal, através do slogan "O Brasil não pode parar", em que foi divulgado nas plataformas digitais e nas redes de televisão brasileira, a campanha contra as paralizações das atividades sociais, medida esta que foi tomada pelos Governos Estaduais e Municipais, além de outros Governos Mundiais, com o intuito de evitar a própria proliferação do vírus.

Essa campanha trouxe a mensagem de que com a paralização das atividades, principalmente daquelas que teriam impactos econômicos, trariam grandes riscos ao país e que definitivamente não poderiam estar suspensas, mesmo que diante do momento em que se passava em todo o mundo.

Propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade, teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, que deferiu a medida cautelar para a vedação da circulação e a produção das campanhas que sugeriram a população o retorno das atividades comuns e menosprezaram a contaminação do vírus covid-19.

A CNTM, sustentou na ADPF 668, que a propaganda realizada pelo Governo Federal espalha diversas desinformações e oferece riscos ao incentivar a população a desacreditar na potencialidade da doença, com a possível disseminação do vírus.

Já a Rede Sustentabilidade apontou que a Secretaria de Comunicação da Presidência da República, pagou o valor aproximado de R\$ 4,8 milhões para a empresa “iComunicações” com o propósito de auxiliar o controle da disseminação do coronavírus, no entanto, disseminou falsas informações e incentivou a popular crer ao contrário do que se diz as medidas sanitárias, indagou ainda quanto a violação aos princípios da Administração Pública.

A decisão teve como base o artigo 37, §1º, da Constituição Federal (1988), que se refere ao dever das campanhas publicitárias dos órgãos públicos serem de caráter “informativo, educativo ou de orientação social”, e na avaliação de BARROSO a campanha não se enquadra nessa finalidade, desviando do interesse público e fugindo do intuito de salvar vidas e preservar a ordem e o funcionamento do sistema de saúde.

Seguindo a lógica do judiciário proativo, surge várias discussões em relação ao termo apontado, havendo aqueles que compadecem ao comportamento do judiciário em mediar os demais poderes, perante a provocação de atuantes legítimos, não havendo outra saída a não ser cumprir a letra da lei que também lhe é atribuído.

É o que entende o Relator Ministro Luís Roberto Barroso sobre a decisão:

É igualmente importante ter em conta que não se trata aqui de uma decisão política do Presidente da República acerca de como conduzir o país durante a pandemia. Haveria uma decisão política, no caso em exame, se a autoridade eleita estivesse diante de duas ou mais medidas aptas a produzir o mesmo resultado: o bem estar da população, e optasse legitimamente por uma delas. Não é o caso. A supressão das medidas de distanciamento social, como informa a

ciência, não produzirá resultado favorável à proteção da vida e da saúde da população. Não se trata de questão ideológica. Trata-se de questão técnica. E o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros. (BARROSO, 2020).

Por um outro lado, é defendido como inaceitável o papel que o Supremo Tribunal Federal vem realizando, por limitar a atuação do Poder Executivo e Legislativo. Seguindo o raciocínio de que mesmo defronte a provocação, as suas decisões são baseadas em outros interesses.

Nesse sentido que Lenio Luiz Streck (2013) pontua:

Como venho afirmando, os problemas decorrentes do presidencialismo de coalizção se estendem ao Poder Judiciário. Com efeito. No livro *Compreender Direito*,<sup>[4]</sup> trato dessa matéria, mostrando que o STF vem julgando por políticas em grandes causas e não por princípios. Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de presidencialismo de coalizção judicial. (STRECK, 2013).

Pois bem, é possível entender que o fato do Supremo Tribunal Federal ser provocado nem sempre trata-se do cumprimento de seu ofício, diante disso, a judicialização é um fato, no qual tornou-se essencial com o tempo e principalmente com a eficácia que trouxe para os novos litígios que não possuem parâmetros associáveis.

Tratando-se da questão ativista mencionada, o problema da seguinte decisão pode ser englobada no descontentamento das tantas decisões que causam interferências ao Legislativo e Executivo, dando abertura para argumento de que a Suprema Corte não permite a atuação legítima do Poder Executivo e que atrapalha as suas devidas incumbências.

Entretanto, com base nos conhecimentos adquiridos a respeito do conceito de ativismo judicial e da competência do Supremo Tribunal Federal, não foi possível enxergar o modelo proativo do judiciário, já que foi instigado a decidir a respeito de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que está positivada e encontra-se no artigo 102, §1º, da Constituição Federal.

Sendo assim, em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal supriu lacunas, ou seja, mesmo que coibindo o Poder Executivo, em nenhum momento desrespeitou o princípio constitucional da separação de poderes, assim como, agiu de acordo com as

normas constitucionais, seguindo ainda o sistema de *checks and balance* (freios e contrapesos).

Portanto, a Suprema Corte não tomou a posse de legislador ou executou de acordo com o Governo Federal, nesse caso, verificou-se a evidente emergência e apenas aplicou a lei de acordo com a realidade.

## 8 CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados e das informações expostas é passível de entendimento a importância da organização do Estado a luz dos princípios constitucionais provenientes a estrutura da Constituição Federal. Outrora, a relevância destes princípios deriva da identificação da competência de cada poder, sendo assim, o princípio da tripartição dos poderes, busca demonstrar a atuação separada, independente e harmônica dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Particularmente, quanto ao Poder Judiciário, é reputado como o guardião da Constituição Federal ao possuir a competência de resguardar e proteger os direitos elencados na lei maior, bem como, o Supremo Tribunal Federal que especialmente incube a proteção da própria Constituição.

Em face dos variáveis riscos, a maior instância do Poder Judiciário ganhou expansão nos últimos anos perante sua atuação proativa, advento da Constituição Federal de 1988, que abrange o acesso a justiça permitindo a ascensão do controle de constitucionalidade e das garantias previstas em seu texto, assim como, assegurando as ações feitas diretamente à Suprema Corte.

Isto posto, destaca-se a judicialização perante aos fatos sociais de pequena e grande complexidade, em vista das diversas possibilidades de invocar a justiça, sendo um dos fatores a gratuidade (artigo 5º, inciso LXXIV,CF/88) existindo, portanto, o abarrotamento do judiciário, principalmente em razão das demandas que não possuem parecer legal.

O fato é que, a constituição é semeada de representatividade, já que é enraizada por meio democrático e representativo, a qual é propagado em seus artigos os direitos e garantias conquistadas. Não é diferente ao Poder judiciário, pois traz o texto constitucional e os princípios elencados, o dever do judiciário em julgar a conjuntura, mesmo diante da existência de lacuna legislativa, reproduzindo, conseqüentemente, modelos para novas decisões.

Evidentemente, todos os poderes possuem a sua legitimidade dentro dos seus limites, e caso exista a distorção desse modelo, o sistema democrático ficará ameaçado, tornando-se refém do abuso de poder e principalmente, do absolutismo. Por esse motivo,

deve-se observar não só o Poder Judiciário ativista, mas como também, a atuação omissiva dos Poderes Legislativo e Executivo, que em face da evolução social inexistem muitas vezes o seu progresso, deixando com que a sociedade permaneça desamparada.

Ainda, indaga-se quanto a existência de projetos legislativos frágeis que de maneira descuidada fere as normas constitucionais, possibilitando outra vez, a participação do judiciário após ser provocado.

Nota-se ao caso apresentado, sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 668 e 669, que demonstra a atuação negligente do Poder Executivo, no qual, em meio de uma das maiores crises sanitárias da história, propagou informações equivocadas com o slogan “o Brasil não pode parar”, através dos meios de comunicações, desrespeitando as orientações científicas mundiais.

Este fato, demonstra o claro desrespeito de um poder contra a Constituição Federal, permitindo que atuantes com as suas devidas legitimidades provoquem o judiciário para que enfrente tal afrontamento.

Mesmo que diante das alegações de um possível abuso de poder, não é possível identificar o ativismo judicial, afinal o Supremo foi devidamente provocado para julgar uma ação a qual faz parte do controle concentrado de constitucionalidade, que é previsto pela Carta Magna, assim como, o próprio princípio do sistema de *checks and balance* (freios e contrapesos) garante o controle recíproco entre os poderes afastando o absolutismo.

Desse modo, ao que se diz a conduta do Supremo Tribunal Federal ser ativista, é necessário identificar uma manobra de criação para suprir lacunas legislativas, destacando-se quanto a sua conduta atípica. Entretanto, quando é demonstrada a devida provocação não cabe classificar como um poder ativista por cumprir expressamente o que é disposto no texto constitucional.

Portanto, para a existência do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, necessitaria não somente da sua proatividade, como também do poder de criação, ou seja, da decisão criadora, permitindo que a decisão do tribunal fosse subjetiva e assim, a lacuna legislativa seria suprida, ferindo o sistema de tripartição de poderes e consequentemente, desestruturando o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

Arguição de Descumprimento Primário Fundamental – nº 0089074-78.2020.1.00.0000. Supremo Tribunal Federal. J: 07/05/2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884082>. Acesso em: 31 de jul de 2022.

AFONSO. J.R. PINTO. E. G. RIBEIRO. L. C. **Calamidade, regras fiscais e responsabilização - parte II**. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/opiniaocalamidade-regras-fiscais-responsabilizacao-parte-ii>. Acesso em: 15 nov 2021.

ALVES JÚNIOR, Dario da Silva. **Ativismo Judicial**. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://darioalves.jusbrasil.com.br/artigos/503528519/ativismo-judicial#:~:text=O%20ativismo%20judicial%20demonstra%20uma,democr%C3%A1tica%2C%20%C3%A0%20politiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20pol%C3%ADtica..> Acesso em: 01 ago. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, 22 jan. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

CAMPOS. Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Academia, 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/21388109/LIVRO\\_INTRODU%C3%87%C3%83O\\_DIMENS%C3%95ES\\_DO\\_ATIVISMO\\_JUDICIAL\\_DO\\_SUPREMO\\_TRIBUNAL\\_FEDERAL](https://www.academia.edu/21388109/LIVRO_INTRODU%C3%87%C3%83O_DIMENS%C3%95ES_DO_ATIVISMO_JUDICIAL_DO_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL). Acesso em: 01 jun 2021.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Supremo Tribunal Federal**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/462/edicao-2/supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 31 de jul. 2022.

FREITAS, Hyndara. **Barroso veda campanhas que giram que população deve voltar às atividades plenas**. Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-veda-campanhas-populacao-voltar-atividades-plenais-31032020>. Acesso em: 15 Nov 2021.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial: afinal, do que se trata?** Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acesso em: 29 jul. 2022.



GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** O Estado de São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 07 jun 2021.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 31 jul. 2022.

LEITE, Gisele. **Judicialização da política ou ativismo judicial em face da pandemia de Covid-19.** Jornal Jurid, 2021. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/judicializacao-da-politica-ou-ativismo-judicial-em-face-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 01 jul 2021.

LUCCA, Matheus. **Ativismo judicial: O papel do STF perante o covid-19.** Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342273/ativismo-judicial-o-papel-do-stf-perante-o-covid-19>. Acesso em: 10 jul 2021.

MADEIRA, D. L. H. e AMORIM, R. F. **O ativismo judicial. Instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos poderes?** Publica Direito, 2013.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>. Acesso em: 26 maio 2021.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos.** 2021. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 29ª Edição. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. **OMS declara pandemia de coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MOREIRA, L. H. de P.; FAGUNDES, G. T. R. **Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em decisões durante a pandemia do covid-19.** Conteúdo Jurídico, 2021. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56804/ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal-em-decises-durante-a-pandemia-do-covid-19>. Acesso em: 30 julho 2021.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral.** 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>. Acesso em: 01 ago. 2022.

RAMOS, Letícia Ferreira. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no brasil e no mundo com enfoque na atuação do stf**. 2021. 60 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas Faculdade de Direito, Campinas, 2021. Disponível em: [http://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa\\_direito\\_tcc\\_ramos\\_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tcc_ramos_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 30 jul. 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Ativismo judicial: para quem e por quê?** Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>. Acesso em: 25 maio 2021.

SANTANA, Gustavo. **A separação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário**. Politize! 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>. Acesso em: 31 de jul. 2022.

SILVA, Daniel Neves. "Três Poderes"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm>. Acesso em 01 de ago. de 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª Edição. São Paulo:Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 14 nov 2021.

TOLEDO, Cláudia. **Sistema de Freios e Contrapesos – a difícil medida entre ativismo e omissão judicial**. Empório do Direito, 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sistema-de-freios-e-contrapesos-a-dificil-medida-entre-ativismo-e-omissao-judicial>. Acesso em: 31 de jul. 2022.

## **PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS: FRAGMENTAÇÃO HISTÓRICA E REFLEXOS EM SUA IMPLEMENTAÇÃO**

**EVANDRO DE AGUIAR RIBEIRO:**

Mestrando em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

**Resumo:** Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), muito se debateu até então acerca da divisão dos dois Pactos Internacionais: Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O objetivo do presente artigo é apresentar as principais ideias acerca da evolução histórica de tais direitos e abordar as razões da fragmentação em ambos os Pactos Internacionais, problematizando questões sobre a natureza dos direitos, ausência de interferência ideológica e mecanismos de monitoramento aprovados. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica acerca do tema, bem como estudo da Ata de aprovação dos Pactos Internacionais, com a análise de discurso dos Estados votantes.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Pactos internacionais. Fragmentação. Indivisibilidade. Interdependência.

**Abstract:** With the advent of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), there was strong debate until then about the division of the two International Covenants: Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights. The objective of this article is to present the main ideas about the historical evolution of such rights and to address the reasons for the fragmentation in both International Covenants, problematizing issues about the nature of the rights, absence of ideological interference and approved monitoring mechanisms. To this end, a bibliographic research on the theme was conducted, as well as a study of the Minutes of approval of the International Covenants, with an analysis of the voting states' discourse.

**Keywords:** Human Rights. International Covenants. Fragmentation. Indivisibility. Interdependence.

### **1. INTRODUÇÃO**

O desenvolvimento normativo dos Direitos Humanos não apresenta uma separação rigorosa entre si. Muitas vezes acabam por se misturar de uma forma cronológica invertida, se antecipando ou se pospondo. O mundo contemporâneo ainda possui países que estão governados como se estivessem no século XII; países que apresentam déficit no padrão democrático. Essas nações, contudo, são membros das Nações Unidas (ONU), que na Assembleia Geral deste órgão tem um voto igual ao de países com democracias bem consolidadas, por exemplo.

Sabe-se que os Direitos Humanos reconhecidos normativamente são resultado de uma evolução da história da humanidade, passando, assim por diversas modificações, seja na sua titularidade, implementação e efetividade. Em função do aspecto histórico dos Direitos Humanos é muito comum na literatura se falar em direitos de prestação positiva ou negativa.

Assim a partir desta perspectiva (prestação positiva ou negativa) e a depender de qual categoria de direitos se trata, existem implicações quanto à implementação, em que se faz oposição a utilização da ideia de que determinados Direitos Humanos, ao se tratar do seu desenvolvimento histórico, seriam implementados de forma imediata, bastando-se para isso sua previsão normativa e uma postura de abstenção por parte do Estado; por seu turno outras categorias de direitos são exigidas, não só sua previsão normativa, mas, uma postura proativa por parte do este estatal.

Tal compreensão de divisão de categorias de direitos pode causar a impressão de que um grupo de direitos deve ser implementado primeiramente em relação a outros. No entanto, os Direitos Humanos resultam de um processo constante de desenvolvimento, ampliação e fortalecimento. Os direitos individuais, coletivos e sociais se interagem, por isso não se pode separá-los ou deixar de implementá-los, em razão de determinada classe de direitos.

Considerando que uma das principais características dos Direitos Humanos é sua indivisibilidade, o presente artigo pretende demonstrar as razões da separação de grupos de direitos, notadamente os direitos civis e políticos dos econômicos sociais e culturais por meio de uma análise histórica de sua afirmação positiva, ressaltando que esta pesquisa não constitui um trabalho historiográfico. Não obstante, o artigo parte da análise do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de modo a identificar elementos que comprovam a unificação dos Direitos Humanos em torno da sua indivisibilidade, desde seu processo de elaboração e do seu consenso universal.

Mediante pesquisa bibliográfica e com fonte primária, o presente estudo apresenta a análise da literatura nacional e internacional sobre o tema, expondo as razões e fundamentos das teorias que pretendem apresentar os Direitos Humanos de forma fragmentada e suas consequências para proteção e efetividade de direitos à luz da redação da Declaração Universal.

Para tanto o presente artigo abordará o pensamento de autores que apresentam um contraponto acerca da ideia muito difundida acerca da divisão de categorias de Direitos Humanos em grupos devido a divisão ideológica em blocos de países de influência global na época da criação dos tratados internacionais. Assim, conforme a análise de discurso constante em documentos estudados na elaboração deste artigo, tais como as atas de criação dos PIDCP e PIDESC, demonstram que a fragmentação de tais direitos ocorreu por razões que foram para além da mera perspectiva ideológica conforme preconizado.

## **2. DIREITOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS: DIVISÃO E IMPLICAÇÕES SOBRE UNIVERSALIDADE**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra ideais e princípios dos Direitos Humanos, que foram consubstanciados nos demais instrumentos internacionais que a seguiram, e influenciou Constituições e textos infra-constitucionais de diversas nações, normatizando, assim os Direitos Humanos. Daí Norberto Bobbio sustentar que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 30). Estes “direitos universais” teriam se normatizados, segundo Bobbio, com a Declaração Universal, e a partir de sua aprovação pode-se falar que a humanidade estaria partilhando valores comuns; os valores seriam universais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, para o autor, representa a “única prova da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido” (BOBBIO, 1992, p. 26), a partir do consenso geral de sua validade. Entretanto, este consenso geral não foi obtido de forma tão harmoniosa como apresenta Bobbio, o que já se observava desde a construção da própria Organização das Nações Unidas.

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi finalmente adotada pela Assembleia Geral, sendo presidida pelo chefe da Delegação

australiana. Como as diversidades ideológicas já estavam acirradas, alguns países se abstiveram na votação: União Soviética, Ucrânia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Presidente da Assembleia Geral HV Evatt, 183 plenário, 10 de dezembro de 1948, parágrafo 934).

A DUDH traz no seu preâmbulo as “quatro liberdades” sustentadas pelo ex-Presidente americano Franklin Roosevelt no seu discurso de 06 de janeiro de 1941, numa clara referência feita por sua esposa, em que se dizia: “o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”. Neste sentido, pode-se identificar no artigo primeiro da DUDH: liberdade, igualdade e fraternidade<sup>114</sup>, também sob a explícita influência dos dizeres da Revolução Francesa (COMPARATO, 2003, p. 225).

Outrossim, uma das características relevantes da DUDH é de ter conseguido conciliar diferentes filosofias, o que favoreceu adesão de diversos países e de servir como diretriz norteadora da atuação da ONU, assim pelo fato de proteger os direitos fundamentais de todos, o que contribui para unificação da humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta-se como um marco legal na fase de internacionalização dos Direitos Humanos, por trazer em seus dispositivos, os Direitos Humanos de ordens individual e social, tornando-se um instrumento universal, não apenas reproduz direitos que advêm da própria natureza humana, com características de abstração e de universalidade por referir-se a homens e a mulheres, como faziam as Declarações francesa e inglesa e como constitucionalismo incipiente do Ocidente<sup>115</sup>, mas assim determina que incumbe ao Estado colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, exigindo-se então do Estado uma postura positiva em prol dos direitos ali consagrados.

---

114 Artigo I: todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

115 Constituição francesa de 1793, Constituição espanhola de 1821 (Constituição de Cádiz), Constituição portuguesa de 1822, Constituição belga de 1831. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28-29.

Cumpra esclarecer que a Declaração Universal não possui força jurídica vinculante e obrigatória<sup>116</sup>, vez que se trata de uma mera Declaração e não de um Tratado. Deste modo, não há “remédios jurídicos” ou mecanismos para sua exigibilidade, tais como: petições para vítimas de violações ou sanções econômicas, para aqueles que persistem em abusos ou ignoram a garantia dos direitos fundamentais. Logo, havia a necessidade de se desenvolver instrumentos e mecanismos que tornassem os direitos ali previstos mais eficazes e protegidos, iniciando-se assim o processo de “juridicização” da Declaração.

Com efeito, a aprovação dos Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>117</sup>, e sobre Direitos Cívicos e Políticos em 1966<sup>118</sup>, e com o início de sua vigência em 1976, foi marcada por uma concepção fracionada dos Direitos Humanos, vez que foram construídos num contexto histórico semelhante ao que estava inserido a DUDH, só que neste momento as consequências já estavam mais definidas, a partir dos contornos delimitados assumidos pelos blocos econômico-ideológicos.

A divisão dos Pactos Internacionais gerou um retardo na atuação dos organismos internacionais tanto na exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, quanto na sua intervenção para influenciar a criação de instrumentos domésticos de proteção aos Direitos Humanos.

No Brasil, por exemplo, o I Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado em 1996<sup>119</sup>, apenas continha os direitos civis e políticos. A correção somente seria feita, após pressão dos movimentos sociais, em 2002<sup>120</sup>, com a edição do II Programa Nacional de Direitos Humanos, que desta vez incluiu os direitos econômicos, sociais e culturais.

---

116 Alguns doutrinadores (André de Carvalho Ramos, Diego Rodriguez-Pinzón) entendem que as Declarações de Direitos Humanos, seja a Universal da ONU de 1948 ou a Americana, do mesmo ano, teriam força jurídica vinculante por serem utilizadas nos fundamentos das decisões de Tribunais Internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, a questão não é pacífica na doutrina, vez que as Declarações não dispõem de mecanismos de supervisão e de monitoramento, diferentemente dos Tratados, Convenções e Pactos, os quais prevêem tais mecanismos, entendidos como convencionais.

117 Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992.

118 Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992.

119 Decreto n.º 1.904, de 13 de maio de 1996.

120 Decreto n.º 4.229, de 13 de maio de 2002.

Com a celebração do 40º aniversário da DUDH em 1988, o debate sobre a supervisão do cumprimento dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos e o papel das Nações Unidas ganhou foco. O colapso da União Soviética resultou num exame minucioso dos Direitos Humanos e o grande número de nações excluídas previamente quando da elaboração da DUDH<sup>121</sup> e dos Pactos Internacionais queriam ser ouvidas. As lideranças asiáticas corretamente insistiam na indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais com os direitos civis e políticos, como também se apontava para a percepção da mudança do conteúdo dos Direitos Humanos com o tempo, haja vista que a noção do sufrágio universal político foi estendida recentemente para homens, mulheres e minorias étnicas dos países ocidentais e o direito de minorias, além disso, o direito de autodeterminação dos povos oprimidos de lutar contra a tirania ou omissão de governos nacionais, em razão da época em que a Declaração foi aprovada, já que muitos Estados-membros da ONU eram os maiores opressores de povos colonizados, não foi contemplado no texto da Declaração.

Outrossim, observa-se o caráter universal e indivisível dos Direitos Humanos conforme previsto no texto da DUDH, contudo, não tardou para que os Estados se vissem em uma situação difícil quanto a realização de determinados direitos que envolvem importante disponibilidade de recursos financeiros e providências materiais para concretizar ações efetivas para a consecução de determinados direitos como para garantir saúde, educação e trabalho à população, em contrapartida de outros que a princípio bastariam uma postura de abstenção do Estado, resumindo-se a não violação tais como a de livre locomoção e liberdade de expressão.

A despeito desta ideia de divisão de classes de direitos, não é simples sua classificação, partindo-se do critério de prestações positivas ou negativas e a natureza de tais direitos, pois da mesma forma em que a promoção do direito à saúde e educação envolve necessidade de alocação de recursos quanto a manutenção de um aparato judicial para a garantia do direito à liberdade de locomoção. A simples necessidade de emprego de recursos financeiros e ação proativa do Estado não são totalmente suficientes para definir a natureza de tais direitos.

Além da imposição aos Estados para a realização de tais direitos, outra problemática surgiria quanto aos mecanismos que seriam disponibilizados para efetivação e

---

<sup>121</sup> Os preceitos previstos na DUDH representavam a posição dos 58 membros que faziam parte das Nações Unidas em 1948.



monitoramento do cumprimento dos direitos inicialmente consagrados na DUDH e que, posteriormente, seriam instrumentalizados nos futuros pactos internacionais.

### **3. CRIAÇÃO DOS PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: FRACIONAMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

Antes de abordar a criação dos Pactos Internacionais e para melhor compreensão de como surgiu a percepção de divisão dessas classes de direito, faremos um breve relato histórico quanto sua afirmação normativa.

A DUDH ressalta a indivisibilidade dos Direitos Humanos com a conjugação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos sociais e culturais. Assim, associa a ideia liberal e social da cidadania e conjuga os valores de liberdade e igualdade (PIOVESAN, 2022, p. 204-205)

A partir de uma visão histórica, percebe-se que a fim de limitar o poder absolutista e o abuso estatal, especialmente os movimentos e revoluções liberais no final do século XVIII, carregaram as Declarações norte-americana (1776) e francesa (1789), com a finalidade de limitar o poder do Estado em respeito à liberdade e direitos fundamentais, caracterizado coibir a atuação abusiva do Estado diante das liberdades individuais (PIOVESAN, 2022, p. 207).

Nota-se que, neste contexto histórico, tem especial destaque a ideia de liberdade, com inspiração em valores burgueses, a fim de conter os abusos inatos dos regimes absolutistas, sendo que esta liberdade se funda na não interferência estatal, o que caracterizou o Estado Liberal e o destaque do direito à liberdade nos instrumentos normativos que se seguiram.

Com o caminhar da história, verifica-se cada vez mais forte a pressão e os anseios sociais, em confronto ao pressuposto estabelecido pelo liberalismo de não intervenção estatal nas liberdades individuais, mudando-se substancialmente esta visão para se alcançar um Estado voltado a transformar e promover direitos prestacionais e de cunho social.

Nesta mudança histórica, tem-se a afirmação de direitos sociais depois da Primeira Guerra Mundial, em um contexto de movimentos revolucionários como a Revolução Russa e, contido no corpo de Constituições de forte apelo social, a exemplo de Weimar de 1919

e da mexicana de 1917. Esses diplomas constitucionais apresentam plasmados em seus textos direitos com conteúdo econômico, social e cultural.

Observa-se que, diante desses movimentos, há uma mudança de direção no debate e afirmação de direitos, que já permeavam como um anseio da sociedade, mas, devido aos contextos históricos e políticos, seu reconhecimento nas declarações e Estados nacionais ocorre, a partir do conteúdo da emergência dos debates em dado momento da história (PIOVESAN, 2022, p. 206).

Diante desse breve relato histórico, nota-se a dicotomia nas dimensões dos direitos em uma perspectiva, os direitos civis e políticos e, de outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais.

Importante inovação normativa quando a DUDH, ao associar a visão liberal e o social, ela passa a incorporar direitos civis e políticos (artigos 3 a 21) e direitos sociais e culturais (artigos 22 a 28), reunindo as diversas classes em um único documento, conferindo, assim, destaque a inter-relação, indivisibilidade e interdependência.

Conforme acima já mencionado a DUDH caracteriza os Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente; o fracionamento dos direitos nos pactos internacionais subsequentes, mesmo do ponto de vista normativo, é negativo considerando a visão universalista.

Além da DUDH reconhecer igualmente direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, diversos países, em suas constituições, absorvem vários dispositivos da declaração em função do seu percurso histórico.

Os Estados aderem a DUDH, sem necessidade de ratificação e estabelecem discussão acerca da natureza dessas normas e seu caráter vinculativo

Diante deste cenário, a ONU por meio de sua Assembleia Geral (AG/ONU) faz com que Estados cumpram os direitos da Declaração, ao fixar tratados vinculantes, os quais, por sua vez contemplam os direitos de forma pormenorizada e criam mecanismos de como a ONU vai exigir o cumprimento desses direitos.

A criação dos Pactos e o reconhecimento dos direitos se deu em três fases com as atividades da Comissão de Direitos Humanos (CDH): 1ª a preparação da Declaração Universal; a 2ª a criação de documento vinculante (que no futuro seriam os pactos internacionais); e a 3ª etapa, a criação de um instrumento com vinculante para justiciabilidade desses direitos (COMPARATO, 2019, p. 231).

Para a realização da primeira etapa, com a preparação da própria DUDH (1948), a Assembleia Geral da ONU criou o Conselho Econômico e Social (Economic and Social Council – ECOSOC) em 1946. Após, foi criada a Comissão de Direitos Humanos (CDH) em 1947, inicialmente presidida por Eleanor Hoosevelt (TEREZO, 2014, p. 36).

Com o advento da DUDH em 1948, na consecução da segunda etapa, inicialmente foi conferida à Comissão de Direitos Humanos da ONU a responsabilidade de criação de um único projeto de um Pacto Internacional, o qual englobaria ambas as categorias de direitos (1949-1951), sendo que a Comissão de Direitos Humanos apresentou à Assembleia Geral dois projetos, onde separam os direitos civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais; o que inicialmente não fora aceito, considerando que foi conferido na ocasião do início dos trabalhos, a confecção de um único projeto englobando ambas as duas categorias de direitos (PIOVESAN, 2022, p. 228).

Convencida dos desafios em implementar e conferir mecanismos de supervisão para todas as classes de direitos em um único tratado, por fim, a Assembleia Geral da ONU delibera pela criação de 02 (dois) pactos assinados simultaneamente (1951) (PIOVESAN, 2022, p. 228-229).

Após dez anos de atividades no Terceiro Comitê é apresentado à Assembleia Geral da ONU ambos os projetos que, em seguida, se tornariam os Pactos Internacionais.

Com isso o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) foram aprovados em 1966.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, sendo que o mesmo entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976 (BALERA, 2013, p. 28). Ademais, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o objetivo de conferir justiciabilidade a tais categorias de direitos, em conclusão a terceira fase dos trabalhos, foi criado em 10 de dezembro de 2008, por meio da Resolução da Assembleia Geral A RES 63 117.

É digno de nota que o PIDCP já contava com um mecanismo de petição individual desde 1966, com o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIOVESAN, 2022, p. 228-229).

Observa-se aqui mais um efeito relacionado a fragmentação dos Pactos Internacionais, quanto ao mecanismo de peticionamento, instrumento importante para a justiciabilidade de direitos, vez que veio com um grande atraso para o PIDESC, contrariamente ao PIDCP, que desde o início já contava com tal garantia.

A despeito da divisão estabelecida nestas categorias de direitos, não se pode olvidar a característica ínsita dos Direitos Humanos como interdependentes e de inter-relação, sem a qual não é possível sua realização integral. Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Fábio Konder Comparato:

“Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóboda de todo sistema de direitos humanos” (2019, p. 343)

Impende-se destacar que para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o PIDESC (1966) se materializou normativamente um importante instrumento de reconhecimento e atribuiu força vinculante aos direitos já previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e na lição de Wagner Balera: *“conferindo-lhes concretude por meio de um sistema de responsabilização internacional”* (BALERA, SILVEIRA, 2013, p. 15).

Além da concretude normativa internacional conferida com a consolidação dos Pactos Internacionais, é certo que diversos países passaram a incorporar em sua normativa preceitos oriundos da DUDH e dos Pactos Internacionais, cujo primado da dignidade humana é fundamento para todos os demais Direitos Humanos, notadamente em relação aos direitos econômicos, nota-se seu reflexo na Constituição Federal de 1988 do Brasil, em seu artigo 170, onde os princípios da ordem econômica, vê-se abrigado ao postulado da dignidade humana e à justiça social (MATSUSHITA, 2016, p. 987).

Assim, muitos anos depois da criação da DUDH (1948), com o PIDCP e PIDESC, tem-se o chamado *International Bill of Rights*, documentos internacionais que compõem a estrutura do *“corpus juris”* do sistema global de proteção aos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2022, p. 226).

A despeito do apelo universalista e interdependente dos Direitos Humanos previsto na DUDH, a opção de fracionamento dos Pactos Internacionais ocorreu devido, como já destacado, outros aspectos distintos da ideia da natureza de tais direitos, seja de prestação positiva, negativa, programáticos ou prestacionais.

Assim, não obstante os avanços para a consolidação e afirmação dos Direitos Humanos, por outro lado, importa mencionar que a fragmentação de instrumentos normativos, a exemplo dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966), afeta de forma negativa a justiciabilidade de direitos, notadamente os direitos econômicos sociais e culturais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos apresenta os Direitos Humanos de forma indivisível e interdependente. O fracionamento dos Direitos Humanos aparece posteriormente, o que acarreta um efeito negativo para a justiciabilidade de tais direitos (DENNIS; STEWART, 2004, p. 492), como se depreende da leitura dos artigos 2(1) e 2(1) dos principais instrumentos normativos (PIDCP e PIDESC respectivamente):

Artigo 2(1). Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se **a respeitar e garantir** a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição **os direitos reconhecidos no presente Pacto**, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, *grifo nosso*).

Artigo 2(1). Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a **adotar medidas**, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados**, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *grifo nosso*).

Em que pese os direitos individuais, coletivos e sociais serem indivisíveis e interdependentes, nota-se a fragmentação imposta pelos dois Pactos Internacionais, ao compreenderem o primeiro grupo de direitos como “respeitados e garantidos” e o segundo grupo, como assegurados “progressivamente”. Esse fracionamento seria atribuído a ideia muito difundida no pós-guerra da divisão de blocos capitalistas e socialistas e a discussão ideológica entre esses blocos, que supostamente influenciaria na redação dos mencionados instrumentos normativos, a qual seria o reflexo da perspectiva ideológica peculiar a esses blocos, conforme seus interesses, na forma como essas normas seriam expressas nos tratados. Nesse sentido, Steiner e Alston (2000, p. 264-271) realizam um estudo e colocam evidência toda essa doutrina.

Os autores realizaram análise detalhada das atas do Terceiro Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas, responsável pela elaboração dos Pactos e chegam a conclusão de que os EUA sustentavam especial destaque aos direitos sociais e a antiga União Soviética, os civis e políticos.

O motivo desta posição, aparentemente surpreendentemente dos EUA, seria o fato relacionado a dramática experiência da crise de 1929, onde entenderam que preceitos eminentemente liberais não seriam suficientes para o pleno exercício do direito à liberdade, assim o ser humano livre não seria suficiente para garantir a liberdade, considerando que passa por insuficiência dos meios de subsistência e há a necessidade do Estado em intervir na economia, no mercado de trabalho. Conforme esse estudo, demonstra que o aspecto ideológico não foi o elemento essencial para a fragmentação dos Pactos.

Assim, os autores apontam o papel importante desempenhado pela delegação dos EUA em prol da inclusão dos direitos sociais no corpo da própria Declaração Universal que inspirou, por sua vez, os Pactos Internacionais, tendo inclusive, em determinado momento, insistido para aprovação de sistemas de monitoramento equivalentes com a previsão de Comitês e atribuições de receber petições individuais para apreciar casos de violações aos direitos sociais (STEINER; ALSTON, 2000, p. 30).

Para este debate, foi importante o papel de outras agências internacionais, por exemplo a Organização Internacional do Trabalho, anterior a própria ONU, com o argumento de que já existiam tratados que estabeleciam direitos sociais. Tal compreensão reforçou a ideia de que os direitos econômicos, sociais e culturais poderiam ficar definidos de forma mais geral, ao passo que os direitos civis e políticos necessitariam de maior detalhamento.

Outro aspecto sobre o monitoramento das obrigações contraídas e como os Estados iriam garantir direitos como os direitos econômicos, sociais e culturais, posto que envolvem uma garantia mais custosa, foi colocada ao debate.

Nesse contexto de implementação desta gama de direitos, os Estados se viram em uma situação difícil em garantir, educação, moradia, trabalho e era supostamente mais fácil garantir a liberdade de expressão, direito de ir e vir, direitos políticos e etc. A forma de fazer o monitoramento seria de maneira distinta entre os dois grupos de direitos.

No pertinente a justiciabilidade, aqui entende-se como mecanismos jurídicos de tutela e exigência de tais direitos, onde os direitos civis e políticos tinham a possibilidade desde logo de recorrer às instâncias internacionais – um sistema mais sofisticado; enquanto que os direitos sociais demoraram muito para se garantir esses instrumentos, inicialmente bastava um relatório. Essa diferença, criou uma falsa compreensão entre os grupos de direitos, onde os civis e políticos seriam direitos e os sociais podem ou não ser garantidos.

A dicotomia de fracionamento entre as tipologias de direito gerou uma compreensão de que bastaria o reconhecimento normativo para que fosse considerado como cumprido. A ideia de que bastava que fosse previsto na legislação, tais direitos seriam assegurados (CRAVEN, 1998, p. 35).

Outra diferenciação se estabelece entre os direitos civis e políticos, estes de prestação negativa, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais, seriam de prestação positiva, com consequências na disposição de recursos para garanti-los. Partindo desta premissa, havia a concepção de que seria condição suficiente para garantir o exercício e efetividade dos direitos civis e políticos simplesmente a mera recepção em textos legislativos por parte dos Estados nacionais, especialmente em suas Constituições. De outra monta, os direitos econômicos, sociais e culturais exigiriam não só sua previsão em textos legais ou constitucionais, mas também a realização material de prestações positivas, seja mediante ações materiais ou políticas públicas.

Essas premissas desencadearam o crucial fracionamento dos mencionados Pactos, o que afetou negativamente o respectivo Sistema de Proteção das Nações Unidas por um longo período, por haver obstáculos em desenvolver um sistema de monitoramento compatível para implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A ideia de que apenas a positivação interna dos direitos civis e políticos seria o suficiente para seu atendimento, ao passo que o outro grupo de direitos havia a

necessidade de medidas positivas pelos Estados nacionais para sua realização, tem relação direta com a divisão dos dois blocos de direitos como positivos e negativos e não com relação a natureza intrínseca dos mesmos (CRAVEN, 1998, p. 31-32).

Cabe aqui fazer uma reflexão quanto ao direito ao voto no Brasil, notadamente quando se observa a estrutura destinada ao órgão do Poder Judiciário: Justiça Eleitoral. É evidente a alocação de recursos materiais em infraestrutura e pessoal para garantir a realização de um direito ao voto, classicamente considerado como um direito político; é evidente o emprego de considerável despesa e a realização de prestação positiva por parte do Estado. Nota-se com este exemplo, um destaque a compreensão equivocada quanto a diferença em relação a prestação positiva, que diversamente do seria sustentado para um direito político (voto) não sendo condição suficiente apenas a previsão normativa e abstenção de intervenção por parte do Estado. Ao revés, há a necessidade de uma ação para sua realização, que, tradicionalmente seria atribuído aos direitos sociais.

Resta claro que as razões as quais justificaram a divisão de ambos os grupos de direitos em dois Pactos internacionais se deram por motivos práticos, o que pode ser constatado a partir da análise do que foi exposto na Ata de Reunião Plenária da XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU de 16/12/1966, na qual foram aprovados os PIDCP e PIDESC, onde os representantes das delegações dos países debatem e expõem seus pontos de vista acerca dos direitos em questão.

Nota-se que há uma compreensão geral acerca da importância de tais direitos, grande preocupação acerca dos mecanismos de supervisão sobre os Estados acerca do cumprimento dos tratados internacionais.

A exemplo desta perspectiva destaca-se a manifestação do representante da Delegação do Uruguai em um trecho do mencionado documento, acerca da divisão em dois tratados internacionais, o reconhecimento de sua importância, sendo a necessidade desta separação por razões práticas:

123. It was decided at an earlier stage that there should be two Covenants: one on economic, social and cultural rights and the second on civil and political rights. This division was not made because of any idea that some rights were more important than others or that they were different in kind. On the contrary, their equal importance, their necessary interrelationship and their common foundation were recognized and established. The decision to draft two Covenants was made for purely practical reasons, in particular



because the measures of implementation and verification are or may be different in the two cases by reason of their distinctive characteristics. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 11.)

É importante observar neste trecho, conforme expresso pelo representante da Delegação, a afirmação acerca da inter-relação entre ambas as classes de direitos e a razão prática para sua divisão quanto às medidas de implementação de tais direitos. O que demonstra a compreensão acerca da mesma importância de tais direitos e a solução prática a época adotada em criar dois tratados, a fim de conformar visões distintas em relação a aspectos de implementação.

De certo que entre os países membros da ONU haviam diferentes e opostas opiniões acerca das medidas de implementação de tais direitos e esta foi uma solução viável e concreta para criação dos tratados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 12).

Percebe-se que o debate ideológico em geral atribuído à defesa de grupos de direitos afetos à divisão global em blocos, à época – capitalistas e socialistas – não se apresenta como determinante para a fragmentação dos direitos e, sim os desafios quanto a implementação e mecanismos de supervisão e justiciabilidade.

Interessante a manifestação de representante da antiga Tchecoslováquia, país pertencente a época do “Bloco Socialista”, quanto se refere a questão da política segregacionista do *apartheid* que ainda existente em alguns países, onde sustenta especialmente o direito à autodeterminação e a liberdade, sendo a referida política uma violação aos Direitos Humanos.

165. At a time when colonialism and apartheid, war and aggression, have not yet ceased to cause flagrant violations of human rights and freedoms, the Covenant’s will undoubtedly play their role as another impetus, another weapon in the struggle against those evils. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 15).

Destaca-se aqui a especial importância conferida ao direito de autodeterminação e de liberdade, ou seja, clássicos direitos civis e políticos, sustentado por um país pertencente na ocasião ao “Bloco Socialista”. Mais adiante a mesma representante discute aspectos relacionados ao mecanismo de peticionamento individual em caso de não observância de tratados internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 16).

Outra evidência que demonstra maior controvérsia referente a divisão dos direitos em dois pactos estaria nos mecanismos de implementação e monitoramento, pois é o fato de que ambos os Pactos foram aprovados por unanimidade pela Assembleia Geral da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 06), enquanto que os respectivos Protocolos Facultativos foram aprovados por maioria (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, p. 06), havendo assim países que não concordavam com suas bases.

Tal fato somado aos aspectos acima apontados demonstra que, a partir do discurso constante nas atas de aprovação dos Pactos Internacionais, a separação em dois instrumentos internacional se deu muito mais a partir de uma questão relativa aos mecanismos de monitoramento e dos Protocolos facultativos, na medida em que são instrumentos de efetivação de direitos e a preocupação de como os Estados iriam implementar de forma vinculativa, do que propriamente a visão ideológica por parte dos blocos de influência acerca dos grupos de direitos.

Ou seja, conforme os destaques acima, nota-se que a maior controvérsia em torno da formulação de ambos os Pactos é em relação aos mecanismos de monitoramento e efetivação de tais direitos, do que propriamente uma defesa ideológica voltada a grupos de direitos potencialmente defendidos por distintos blocos de influência global: países capitalistas e socialistas.

Outro debate que circunscreveu a diferenciação dos direitos civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais, como sendo estes últimos dispendiosos e os primeiros a custo zero, pois importam basicamente em sua previsão e abstenção de interferência por parte do Estado. Verifica-se que a discussão não envolve o direito propriamente dito e sim a obrigação do Estado, sendo, contudo, muito mais fácil a questão de abstenção do que fazer ou realizar uma política pública.

Ressalta-se que ambas as classes de direitos envolvem diferentes níveis de despesas independentemente de qual Pacto se refere, seja o PIDCP ou o PIDESC

O debate que permeia quanto a diferenciação da aplicabilidade entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos sendo os últimos de forma imediata, está relacionada à aplicação de recursos para satisfação de direitos, sendo os econômicos, sociais e culturais, implementados de forma progressiva. Assim nesta perspectiva, os direitos sociais seriam fragilizados enquanto Direitos Humanos, devido a impossibilidade de serem aplicados de forma imediata, mas sim progressiva e limitados aos recursos disponíveis (SEPÚLVEDA, 2003, p. 127).

Impende-se destacar que a satisfação de alguns direitos civis e políticos demandam a realização de estruturas institucionais, envolvendo o emprego de vultosas despesas públicas, impondo-se ao Estado, recursos para sua manutenção e incremento do aparelho estatal já existente, a fim de garantir a continuidade e aperfeiçoamento do serviço (SEPÚLVEDA, 2003, p. 127).

Diante de tal compreensão nota-se que os direitos, independentemente de sua natureza ou instrumento de origem, possuem uma diversidade de patamares de custos para sua realização, bem como de determinadas obrigações estatais. Assim, o cumprimento de dispositivos, previstos em ambos os Pactos, deverá atender a uma diversidade de níveis de despesas financeiras, sendo que estas existirão independentemente de sua previsão, tanto no PIDESC como no PIDCP (SEPÚLVEDA, 2003, p. 127-128).

A questão não é afeta diretamente o direito, mas, sim a obrigação do Estado, a exemplo disto, a obrigação em não realizar despejos forçados parece ser bem menos custosa do que a obrigação em fornecer moradia adequada (SEPÚLVEDA, 2003, p. 127-128).

Desta feita, a partir desta visão crítica quanto a evolução normativa dos Direitos Humanos não há uma ordem correta de normatização, a fim de possibilitar a classificação e fragmentação dos direitos, envolvendo aqui toda sua tipologia, sejam direitos civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, pois são indivisíveis e interdependentes. Em sua evolução, a partir de uma perspectiva histórica, ganham contornos de evidência, com os movimentos de contextos sociais, políticos e econômicos, levando-os a serem reconhecidos em textos normativos, nacionais ou internacionais, portanto, não há uma ordem correta para serem normatizados.

A inclusão por parte dos Estados nacionais em seus textos normativos, é decorrente de pressões do contexto histórico e social, reflexo de uma camada preponderante da sociedade na ocasião em que se afirmaram. E suas dificuldades em implementar e garantir determinados direitos que exigiam recursos materiais e financeiros, sem, contudo, haver um verdadeiro consenso quanto a real natureza de tais direitos quanto as características programáticas para ambas as classes de civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais; o que acarretou reflexos nos mecanismos de monitoramento e justiciabilidade de tais direitos.

#### 4. CONCLUSÃO

A questão acerca da vigência global dos Direitos Humanos é bastante atual. Verifica-se que em função das alterações ocorridas na sociedade, vem o surgimento novas demandas sociais e o Direito busca contemplá-las, com o escopo de regular as situações. Neste contexto, observa-se o movimento de busca da efetividade e de positivação de novos direitos.

Ao se observar a evolução normativa dos Direitos Humanos, em especial a dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, verifica-se que seu reconhecimento normativo fora caracterizado por avanços e retrocessos, tendo sido influenciados de sobremaneira pelos acontecimentos históricos, deixando a inspiração jusnaturalista para a positivação dos aludidos direitos. Todo o processo de fundamentação filosófica dos Direitos Humanos, como a ampliação de seu conteúdo, é baseado por lutas e conquistas por meio da história dos povos.

Os Direitos Humanos vão ganhando relevo a partir da necessidade da humanidade. O advento dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos foi um importante passo na realização de tais direitos. Sua fragmentação se deu muito mais em decorrência da capacidade de implementação no seio dos Estados nacionais e do o formato dos mecanismos de monitoramento e de sua potencial responsabilização internacional em caso de descumprimento, do que aspectos ideológicos propriamente ditos.

Todas as visões expostas no presente artigo destinadas a explicar a evolução normativa dos Direitos Humanos são importantes e relevantes para a compreensão acerca da afirmação de tais direitos, seja pelo aspecto normativo e sejam pertencentes a ambas as classes de direito, seja, histórica, social e política.

A proteção dos Direitos Humanos deve ser considerada fundamentalmente no plano da universalidade, tanto na esfera normativa como na operacional, caracterizada pela visão global de todos os Direitos Humanos, sejam civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, por aqueles que realmente necessitam de proteção, pela onipresença dos Direitos Humanos, a concretizar-se no reconhecimento de que esses direitos se impõem a todos, gerando uma espécie de obrigação *erga omnes* de proteção. Tal visão não única ou definitiva, posto que se vivencia de forma dinâmica um processo de construção de uma cultura universal de observância dos Direitos Humanos.

#### 5. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 2, p.189-223, 2005.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir O. da. **Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. São Paulo: Clássica, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRAVEN, Matthew. **The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development**. Oxford: Clarendon, 1998.

DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of economic, social, and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? **American Journal of International Law**, Washington-D.C., v. 98, p. 463-515, 2004.

EIDE, Asbjørn. Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach. **Human Rights Law Journal**, Haia, v. 10, p. 35-51, 1989.

\_\_\_\_\_; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. 2. ed. rev. Dordrecht [London]: M. Nijhoff, 2001.

KIRBY, Michael. **The universal declaration of human rights**. Fifty years on. Disponível em: <[http://lawfoundation.net.au/resources/kirby/papers/19981205\\_qw.html](http://lawfoundation.net.au/resources/kirby/papers/19981205_qw.html)>. Acesso em: 15 jun. 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MANZO, Abelardo J. **Manual para la preparación de monografías: una guía para presentar informes y teses**. Buenos Aires: Humanitas, 1971.

MATSUSHITA, Thiago. **A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira, p. 981-998.** *Tr.* Libro de Memórias. XII Congresso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, outubro, 2016.

MEJÍA, Joaquín A. Cinco mitos sobre los DESC. **Revista CEJIL**, Buenos Aires, n. 3, p. 58-69, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. 183 Plenário, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. 21 Plenário, Sessão 1495, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. 21 Plenário, Sessão 1496, 1966.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SEPÚLVEDA, M. Magdalena. **The nature of the obligations under the international covenant on economic, social, and cultural rights.** Antwerpen; New York: Intersentia, 2003.

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics, morals.** 2. ed. New York: Oxford, 2000.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais.** Curitiba: Appris, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.** 2. ed. Brasília: Eunb, 2000.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.

## OS PRINCÍPIOS REGENTES DA EXECUÇÃO PENAL E SUAS APARENTES VIOLAÇÕES NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL COM O ADVENTO DA LEI 13.964/19

**CAROLINE AUSTREGESILLO DE ATHAYDE PESSÔA:**  
advogada formada pela UERJ e pós-graduada pela UCAM

**RESUMO:** O Direito da Execução Penal pode ser conceituado, consoante se extrai do item nº 9 da Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/84 (LEP), como um conjunto de normas jurídicas que regulam a execução das sanções penais. A aplicação e interpretação de tais normas são regidas por princípios, contidos ou extraídos do ordenamento jurídico pátrio, bem como de Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ou de Direito Penal. Tais princípios, contudo, não raras as vezes, quando da edição de leis que visam recrudescer o tratamento conferido aos apenados, acabam por sofrer severas violações. Sob uma análise crítica, é o que se pode detectar em diversos dispositivos trazidos ou alterados pela Lei 13964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”, no que tange à Lei de Execução Penal.

**Palavras-Chave:** Direito da Execução Penal – Lei 7.210/84 - Princípios Regentes da Execução Penal – Lei 13964/19 – Pacote Anticrime - Violação aos Princípios Regentes da Execução Penal.

**ABSTRACT:** The Law of Criminal Execution can be conceptualized, as extracted from item 9 of the Explanatory Memorandum of Law 7.210 / 84 (LEP), as a set of legal rules that regulate the enforcement of criminal sanctions. The application and interpretation of such rules are governed by principles, contained or extracted from the national legal system, as well as from International Human Rights or Criminal Law Treaties and Conventions. Such principles, however, are not uncommon, when laws are enacted that aim to increase the treatment given to convicts, end up suffering severe violations. Under a critical analysis, it is what can be detected in several devices brought or changed by Law 13964/2019, the so-called “Anti-Crime Package”, with regard to the Law of Penal Execution.

**Key words:** Criminal Execution Law - Law 7.210 / 84 - Principles Governing Criminal Execution - Law 13964/19 - Anti-Crime Package - Violation of the Principles Governing Criminal Execution.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1.PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL. 1.1. A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL. 1.2 PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE. 1.2.1 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE. 1.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1.2.3 PRINCÍPIO DA NÃO MARGINALIZAÇÃO (OU NÃO DISCRIMINAÇÃO) DAS PESSOAS PRESAS. 1.2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA

PENA. 1.2.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. 1.2.6 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. 1.2.7 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. 1.2.8 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1.2.9 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE. 1.2.10 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1.2.11 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL. 2. ANÁLISE CRÍTICA ÀS ALTERAÇÕES DA LEP TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19 DIANTE DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS REGENTES DA EXECUÇÃO PENAL 2.1. BREVE PANORAMA SOBRE A LEI 13.964/19. INOVAÇÕES LEGISLATIVAS E VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS REGENTES DA EXECUÇÃO PENAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho objetiva o estudo, não exaustivo, de alguns dos principais princípios regentes da Execução penal, bem como a demonstração de sua importância prática e uma análise crítica sobre suas aparentes violações trazidas pela Lei 13.964/19, no que tange aos dispositivos da LEP.

Primeiramente, será apontado um breve histórico dos princípios, até se chegar a uma visão constitucional-contemporânea sobre sua concepção, em que lhes são conferidos *status* de norma jurídica vinculante, bem como caráter de verdadeiros mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema jurídico. Nesse contexto, procura-se demonstrar sua aplicabilidade âmbito da Execução Penal e as consequências de sua inobservância.

Então, serão explanados os princípios em espécie - apontando-se a fundamentação jurídica, na órbita interna e internacional - e sua incidência específica no âmbito da execução penal.

Nesse passo, debruçar-se-á, especialmente, na obra do Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo Roig Duque Estrada, que confere uma visão redutora de danos ao abordar os princípios tratados no presente trabalho.

Ao final, no capítulo 2, será feito, sob um viés crítico, um breve panorama a respeito da Lei 13.964/19, também conhecida por "Pacote Anticrime", publicada em 24 de dezembro de 2019. Especificamente quanto às alterações promovidas na LEP, serão abordadas as aparentes violações aos princípios trabalhados no capítulo 1 por esses novos dispositivos legais. Como consectário lógico, será trazido à baila o questionamento acerca da própria constitucionalidade dessas novas normas jurídicas.

## **1: OS PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL**

### **1.1. A concepção contemporânea de princípios jurídicos e sua importância no âmbito da execução penal**



Consoante entendimento contemporâneo majoritário, os princípios são considerados normas jurídicas que refletem valores aceitos e incorporados em determinada sociedade ao longo do tempo. Nesse sentido, os princípios jurídicos são valores erigidos à categoria de norma jurídica pelo legislador, que servem de fundamento para o ordenamento jurídico e atuam como vetores para a aplicação das demais normas.

Diante do atual contexto interpretativo-constitucional, os princípios jurídicos alcançaram o reconhecimento de elevado grau de juridicidade, de modo que deixaram de desempenhar papel meramente secundário para exercerem papel de protagonismo dentro do ordenamento – sendo a eles atribuído verdadeiro *status* de norma jurídica, por possuírem positividade e vinculatividade.

De tal sorte, os princípios jurídicos são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema jurídico, atuando como verdadeira base de todo o ordenamento e irradiando comandos que influenciam na composição e aplicação de outras normas jurídicas.

Ressalte-se que nem sempre os princípios foram considerados como normas jurídicas. Em verdade, os princípios só alcançaram a hegemonia axiológica-normativa com o advento do pós-positivismo, no final do século XX, após uma nova concepção, perpassadas as Escolas do jusnaturalismo e o juspositivismo.

Na fase jusnaturalista, cujo advento se deu no século XVI, os princípios possuíam papel meramente informativo, valorando como certo ou errado, mas sem qualquer papel normativo. Os princípios jurídicos eram alocados em uma esfera metafísica e abstrata, em que eram vistos como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia não passava da dimensão ético-valorativa do Direito.

Já em meados do século XIX, com o advento do Estado Liberal, diversos preceitos jusnaturalistas passaram a ser incorporados ao texto escrito. Foi, então, que com a promulgação de diversos Códigos, o Direito racional foi transposto para estes, de modo que passou a se considerar o recurso a princípios, ou a qualquer outra norma extrínseca ao direito positivo, como ilegítimo.

Observava-se o surgimento do juspositivismo ou Positivismo Jurídico, em que se buscava a criação de uma Ciência jurídica, com objetividade científica, e com a separação entre Direito e Moral.

Diante de tal contexto, os princípios possuíam papel meramente subsidiário, sendo utilizados apenas como forma de suprir lacunas, ante a possibilidade de destruição do dogma da completude do então sistema normativo. Assim, sem que lhes fossem atribuídos

força normativa, serviam, meramente, para suprir vácuos normativos que as leis não conseguissem fazê-lo.

Ocorre que o juspositivismo acabou por legitimar, ainda que de modo camuflado, uma série de autoritarismos que conduziram a verdadeiras barbáries em nome da lei. De tal sorte, ao final da II Guerra Mundial, a concepção de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, não era mais aceita<sup>122</sup>.

Assim, diante de um contexto em que o homem começou a perceber que a lei nem sempre é legítima e correspondente à vontade social, a sua observância fria começou a sofrer severas críticas.

Observava-se, então, a queda do positivismo jurídico e o nascimento do pós-positivismo. Diante do novo cenário, em que pensadores como Ronald Dworkin ganharam força, passou a ser atribuída não apenas importâncias às leis, mas também aos princípios.

Foi, então, que os princípios passaram a ser vistos como espécie de norma, deixando de possuir a função meramente integratória e adquirindo *status* de norma jurídica vinculante.

Assim, a valorização dos princípios, sua incorporação (explícita ou implícita) por textos constitucionais, bem como o reconhecimento de sua normatividade, são, justamente, o reflexo entre a reaproximação do Direito e da Ética<sup>123</sup>.

No âmbito da Execução Penal, da mesma forma, os princípios assumem papel importante na aplicação e interpretação das normas. Diante de todo o exposto, bem como de uma visão penal-constitucional contemporânea, pode-se afirmar que os princípios regentes não atuam somente como elementos informadores ou programáticos, mas sim com força normativa capaz de tutelar, concretamente, os direitos fundamentais daqueles que estão condenados<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003. p. 107. (conforme citado por Leonardo Tovar, em *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*, disponível em < <https://jus.com.br/artigos/55291/introducao-ao-direito-de-execucao-penal-e-seus-principios/1>>).

<sup>123</sup> Op. cit. p. 108 (conforme citado por Leonardo Tovar, em *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*, disponível em < <https://jus.com.br/artigos/55291/introducao-ao-direito-de-execucao-penal-e-seus-principios/1>>).

<sup>124</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 31.

Diante de um contexto de grave crise no sistema penitenciário brasileiro, bem como da observância do incremento do chamado “populismo penal”, em que a população cada vez mais clama pelo aumento do punitivismo, legitimando-o sob a falaciosa ideia de garantia de segurança pública, os princípios da execução penal devem ser vistos, em sua essência, como “*meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas*” (ROIG, 2018: p. 31).

Então, os princípios se apresentam como verdadeiros “escudos protetores” do apenado face ao arbítrio Estatal. Neste diapasão, conforme leciona Rodrigo Roig<sup>125</sup>, há duas premissas fundamentais que devem permear todos os princípios: i) um princípio da execução não poderá, em hipótese alguma, ser invocado com o objetivo de restringir ou permitir recrudescimento punitivista sobre aqueles que estão presos, pois que não são instrumentos que se prestam à pretensão punitiva Estatal; ii) a interpretação dos princípios regentes da execução penal, bem como demais normas jurídicas, deve ser *pro homine*, ou seja, conforme a análise do caso concreto, deve-se buscar a aplicação da solução que mais amplia o usufruto e o exercício de um direito, liberdade ou garantia. Tal regramento se extrai do disposto no art. 29, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>126</sup> e do art. 5º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos<sup>127</sup>.

Assim, diante de todo o exposto, consoante os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>128</sup>, conclui-se que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de

<sup>125</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 31/32.

<sup>126</sup> Art. 29, item 2, CADH: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”

<sup>127</sup> Art. 5º, PIDCP: “1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

<sup>128</sup> MELLO, 1996. p. 545-546, conforme citado por Grazielle Martha Rabelo, em *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/>>

comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”

## 1.2. Princípios em espécie

### 1.2.1. Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade, na ordem jurídica internacional, se encontra convalidado em diversos Diplomas Normativos, dentre os quais: Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 5º<sup>129</sup>; Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, na regra de nº 43, item 1<sup>130</sup>; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, em seu art. 10, item 1<sup>131</sup>; Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 5º, itens 1 e 2<sup>132</sup>; dentre outros.

Já na órbita jurídica interna, o referido princípio decorre da cláusula geral de tutela da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, previsto no art. 1º, III, CF/88<sup>133</sup>, bem como do princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, CF/88<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> Art. 5º, DUHD: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

<sup>130</sup> Regra de nº 41, item 1, das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos: “1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos.”

<sup>131</sup> Art. 10, item 1, PIDCP: “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”

<sup>132</sup> Art. 5º, itens 1 e 2, CADH: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

<sup>133</sup> Art. 1º, III, CF/88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>134</sup> Art. 4º, II, CF/88: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos”.

Outrossim, a CF/88 consagra o princípio em tela em seu art. 5º, XLVII<sup>135</sup>, ao vedar as penas de: morte (como regra), caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, degredo, desterro e cruéis, em seu art. 5º, XLIX<sup>136</sup>, ao garantir o respeito à integridade física e moral do preso, dentre outros tantos dispositivos.

Ressalte-se que, diante da chamada Constitucionalização do Direito, em que se busca conferir uma leitura Constitucional a todos os ramos do Direito, tendo-se a Constituição Federal como a matriz de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o Direito da Execução Penal também desse ser visto sob essa ótica, aplicando-se a ele todos os princípios constitucionais consagrados.

Nesta toada, deve-se tutelar para que o Direito da Execução Penal seja aplicado em consonância com os alicerces constitucionais fundados, bem como em observância aos valores e princípios de proteção da pessoa humana.

As penas, há muito, deixaram de ter o simples caráter de castigo ou suplício - como ocorria na época das Ordálias, na Idade Média - de modo que, atualmente, é preciso que seja lançado um olhar social e valorativo sobre a pena, não se perdendo de vista que, por mais repugnante que seja o crime cometido, o apenado, ainda assim, é um ser humano. Nas palavras de Michel Foucault *"no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade"* (FOUCAULT, 1987: p. 95).

No âmbito da execução penal, especificamente, o referido princípio encontra-se materializado, por exemplo, no art. 45, §§ 1º e 2º<sup>137</sup>; da LEP.

Diante do contexto em tela, tal princípio, conforme ensinamentos de Rodrigo Roig, ganha especial relevância em 4 (quatro) diferentes frentes<sup>138</sup>:

Como corolário do princípio da humanidade, surge o princípio da secularização, responsável por afirmar a separação entre direito e moral. De tal sorte, resta vedado na execução penal a imposição de determinado padrão moral ao apenado, assim como qualquer tipo de ingerência sobre a vida íntima deste.

---

<sup>135</sup> Art. 5º, XLVII, CF/88: "Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis".

<sup>136</sup> Art. 5º, XLIX, CF/88: "XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

<sup>137</sup> Art. 45, §§ 1º e 2º, LEP: "§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. § 2º É vedado o emprego de cela escura."

<sup>138</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 35, 40 e 41.

Ademais, consoante uma visão redutora da execução penal, a humanidade tem íntima correlação com o imperativo da alteridade. Isso significa que se exige do magistrado da execução, no seu atuar, que seja capaz de reconhecer a pessoa presa como verdadeiro sujeito de direitos, sob uma perspectiva social e humana.

Por seu turno, ainda sob um viés redutor de danos, o princípio da humanidade desponta como ferramenta essencial à vedação ao retrocesso humanizador penal, de modo que uma legislação ampliativa ou concessiva de direitos, em matéria de execução penal, não pode sofrer retrocessos que debilitem a humanidade das penas. Nesse ponto, conforme o referido doutrinador, faz-se uma analogia ao disposto no art. 60, § 4º, IV, CF/88<sup>139</sup>.

Por fim, pode-se afirmar que o princípio da humanidade, além de tutelar pela incolumidade física e psíquica das pessoas presas – garantindo que os efeitos da pena não produzam danos físicos e morais desnecessários – *“(...) representa, também a barreira jurídica, interpretativa, discursiva e ética à utilização da teoria da reserva do possível como pretexto para desassistência estatal na execução penal”* (ROIG, 2018: p. 40). Nesse sentido, vide a tese de repercussão geral<sup>140</sup> aprovada pelo Plenário do STF no ano de 2015 (RE 592581/MS, j. 13/08/2015).

### 1.2.2. Princípio da Legalidade

No âmbito jurídico interno, o princípio da legalidade encontra previsão no art. 5º, XXXIX, CF/88<sup>141</sup> e no art. 1º<sup>142</sup>, do Código Penal. Já no que diz respeito especificamente à

---

<sup>139</sup> Art. 60, § 4º, IV, CF/88: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>140</sup> “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

<sup>141</sup> Art. 5º, XXXIX, CF/88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

<sup>142</sup> Art. 1º, CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”.

execução penal, o referido princípio se encontra materializado no item 19<sup>143</sup> da Exposição de Motivos e nos arts. 2º<sup>144</sup> e 45<sup>145</sup>, todos da Lei de Execução Penal (LEP).

Na órbita internacional, o referido princípio se encontra disciplinado em diversos instrumentos jurídicos, tais como: Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 11, item 2<sup>146</sup>; Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, em suas regras 37<sup>147</sup> e 39, item 1<sup>148</sup>; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos da ONU, em seu art. 9º, item 1<sup>149</sup>; Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 9º<sup>150</sup> e no

---

<sup>143</sup> Item 19 Exposição de Motivos da LEP: "O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal."

<sup>144</sup> Art. 2º, LEP: "A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal."

<sup>145</sup> Art. 45, LEP: "Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar."

<sup>146</sup> Art. 11, item 2, DUDH: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso".

<sup>147</sup> Regra 37, das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos: "Os seguintes pontos devem ser determinados por lei ou por regulamentação emanada pela autoridade administrativa competente: (a) Conduta que constitua infração disciplinar; (b) O tipo e a duração das sanções disciplinares que podem ser aplicadas; (c) Autoridade competente para pronunciar essas sanções; (d) Qualquer forma de separação involuntária da população prisional geral, como o confinamento solitário, o isolamento, a segregação, as unidades de cuidado especial ou alojamentos restritos, seja por razão de sanção disciplinar ou para a manutenção da ordem e segurança, incluindo políticas de promulgação e os procedimentos que regulamentem o uso e a revisão da imposição e da saída de qualquer forma de separação involuntária."

<sup>148</sup> Regra 39, item 1, das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos: "Nenhum preso pode ser punido, exceto com base nas disposições legais ou regulamentares referidas na Regra 37 e nos princípios de equidade e de processo legal; e nunca duas vezes pela mesma infração."

<sup>149</sup> Art. 9º, item 1, PIDCP: "Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos."

<sup>150</sup> Art. 9º, CADH: "Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado."

Conjunto de Princípio da ONU para Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, em seu princípio de nº 2<sup>151</sup>.

O princípio da legalidade advém do preceito latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* (nulo o crime, nula a pena sem lei), que, por seu turno, divide-se em 4 (quatro) diferentes funções, quais sejam:

1ª – *Nullum criminem, nulla poena sine lege previa* (nulo o crime, nula a pena sem lei prévia): essa primeira função do princípio da legalidade impõe a regra da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu de um processo penal ou disciplinar.

2ª – *Nullum crimem, nulla poena sine lege certa* (nulo o crime, nula a pena sem lei certa): essa segunda função do princípio da legalidade institui a proibição da criação e aplicação de topos penais e disciplinares vagos ou indeterminados. Isso significa que os tipos penais e disciplinares devem possuir redação clara e precisa, e não fórmulas genéricas e imprecisas, de modo a se evitar o arbítrio estatal, discricionariedade fora dos limites estabelecidos, bem como a própria insegurança jurídica.

3ª – *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (nulo o crime, nula a pena sem lei estrita): essa terceira função objetiva vedar a utilização de analogia para criar crimes e faltas disciplinares, bem como sua utilização na aplicação e execução de penas ou sanções disciplinares. Isso quer dizer que, no âmbito da Execução Penal, a analogia não pode ser utilizada para agravar a condição das pessoas condenadas e, no mesmo sentido, a interpretação de todo dispositivo capaz de impor tratamento penal mais gravoso deve ser feita de forma restritiva, sendo vedada a analogia ou interpretações extensivas em desfavor do apenado. Assim, deve a lei prever, com exatidão, determinada falta ou sanção disciplinar, não podendo a analogia fazê-lo.

4ª – *Nullum crimen, nula poena sine lege scripta* (nulo o crime, nula a pena sem lei escrita): essa última função consiste na proibição da criação de infrações penais, faltas disciplinares, penas ou sanções disciplinares pelos costumes.

O princípio em tela merece especial atenção no âmbito da Execução Penal, na medida em que, no Brasil, ele nem sempre é bem recebido ou aplicado como deveria. Infelizmente, não são raras as vezes que nos deparamos com disposições normativas e entendimentos jurisprudenciais consolidados que violam a legalidade em suas múltiplas facetas.

---

<sup>151</sup> Princípio nº 2, do Conjunto de Princípio da ONU para Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão: “A captura, detenção ou prisão só devem ser aplicadas em estrita conformidade com disposições legais e pelas autoridades competentes ou pessoas autorizadas para esse efeito”.



Assim, pode-se afirmar que a observância ao princípio em tela busca coibir a arbitrariedade estatal, na medida em que impõe que os direitos das pessoas penalmente condenadas só sejam limitados/restritos consoante previsão legal. Numa visão deturpada, em que os presos são vistos pela sociedade, de modo geral, como cidadãos marginalizados e de menor valor, a inobservância do referido princípio permite que, na prática, os apenados sofram graves violações aos seus direitos humanos.

### **1.2.3. Princípio da não marginalização/discriminação das pessoas presas ou internadas**

Com o passar do tempo, a percepção da pessoa presa foi sendo alterada, de modo que esta deixou de ser vista como mero objeto da execução penal, para passar a ser percebida como verdadeiro sujeito de direitos. Entretanto, em que pese a atual consolidação da jurisdicionalização e o reconhecimento dos direitos e garantias constitucionais das pessoas presas, ainda hoje, é possível que se sinta a herança histórica deixada pelas teorias da supremacia especial, bem como o senso comum do preso como um não sujeito de direitos.

O que se observa é que jamais restou extirpada do imaginário da sociedade a ideia de que os presos devem experimentar grau de sofrimento necessariamente maior do que àquele vivenciado pelas pessoas livres.

Esse pensamento tem como origem o princípio da *less eligibility*, segundo o qual as condições de trabalho e disciplina nas chamadas “Casas de Correção” (*workhouses*) deveria ser menos elegível do que a condição oferecida pelo pior dos empregos fora desses estabelecimentos. Com o decurso do tempo, contudo, esse mesmo discurso foi sendo deturpado para legitimar um discurso punitivista de que o tratamento conferido aos presos deve ser, necessariamente, pior do que as condições dos trabalhadores *extramuros*.

Assim, com base nessa ideologia de inferiorização da pessoa presa, bem como da relativização do princípio da legalidade, eclodiram as chamadas teorias da supremacia especial do Estado (ou das relações especiais de sujeição).

Consoante tais teorias, a situação especial de sujeição das categorias expostas à supremacia estatal, dentre as quais se situariam as pessoas presas, possibilitaria a violação de direitos fundamentais e a inobservância do princípio da legalidade. Dentro dessa lógica, essa redução ou violação de direitos fundamentais seria justificada com base na primazia do direito estatal.

Nesse sentido, nas exatas palavras de Rodrigo Duque Estrada Roig:

“(…) seguindo-se uma visão moderna e democrática da execução penal (pautada pela precedência e ascendência do ser humano sobre o Estado), é possível concluir que a combinação mais danosa aos direitos das pessoas presas tem como ingrediente o senso comum da retribuição, catalisado pela ideia da *less eligibility* e “juridicamente justificado” pelas teorias das relações especiais de sujeição (supremacia especial do Estado). É possível então sustentar que não há mais espaço para legados das ideias de retribucionismo, *less eligibility* ou de supremacia especial do Estado”. (ROIG, 2018: p. 58).

Assim sendo, os efeitos da condenação devem ser adstritos aos gravamos legais ou judiciais, sendo ilegítima qualquer outra restrição ou sanção ao apenado, sob pena de desvio de execução – consoante previsto na própria LEP, em seu art. 185<sup>152</sup>.

#### **1.2.4. Princípio da individualização da pena**

O princípio da individualização da pena possui assento constitucional, conforme art. 5º, XLVI, CF/88<sup>153</sup>.

Tem-se que a individualização da pena ocorre em 3 (três) diferentes estágios, quais sejam: no plano legislativo, no momento da cominação legal; no plano da aplicação judicial e na execução penal.

Especificamente em relação à execução da pena, é de suma importância que o julgador esteja atento às peculiaridades de cada indivíduo submetido à sanção penal imposta, de modo a apreciar o caso concreto, sem lançar mão de considerações genéricas ou de índole preventiva.

Ainda, consoante leciona Rodrigo Roig<sup>154</sup>, partindo-se de uma visão moderna e não positivista, a individualização da pena não pode ter servir de pretexto para violação ao princípio da isonomia, disfarçando tratamento de índole discriminatória a determinadas pessoas. Ainda, o princípio impõe que as autoridades responsáveis pela execução penal olhem em percebam o preso sob um prisma humanitário, enxergando suas reais necessidades enquanto sujeitos de direitos.

---

<sup>152</sup> Art. 185, LEP: “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.”.

<sup>153</sup> Art. 5º, XLVI, CF/88: “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”.

<sup>154</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 65.

### 1.2.5. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima impõe que a solução penal deve ser utilizada somente como *ultima ratio*. Ou seja, em razão dos malefícios e estigmatização gerados por uma punição penal, esta só deve ocorrer em caso de impossibilidade de resolução do problema por outros ramos do Direito.

Na esteira do que leciona Rodrigo Roig, a aplicação do princípio em tela pode ser vislumbrada em diversos aspectos da execução penal, os quais se seguem<sup>155</sup>.

Um dos grandes exemplos é sua aplicação na medida disciplinar de isolamento, pois que este deve ser utilizado apenas quando outras sanções disciplinares menos gravosas se mostrarem inviáveis. Isso porque, fazendo uma analogia com o que ocorre em relação às medidas alternativas à pena privativa de liberdade, de igual modo, devem ser estabelecidas alternativas ao isolamento.

Ainda, o referido princípio ganha relevo no que tange à regressão de regime. Isso porque, preferencialmente, deve-se procurar aplicar sanções menos aflitivas que sejam substitutivas a essa medida tão drástica.

O princípio da intervenção mínima também deve permear a questão da revogação facultativa do livramento condicional. Então, com fulcro na excepcionalidade do encarceramento, deve-se dar preferência, ao invés da revogação do LC, à aplicação de advertência e, subsidiariamente, agravamento das condições do LC após audiência admonitória. No mesmo sentido, aplica-se o referido entendimento no caso de perda do período de prova em caso de cometimento de crime ou descumprimento das condições do LC.

Por fim, o próprio tratamento do preso deve ser permeado pelo princípio em tela, na medida em que o uso de algemas ou meio de coerção análogos devem ser medidas excepcionais, não se revelando como recursos válidos em caso de meios de contenção menos danosos.

### 1.2.6. Princípio da lesividade

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, prevê que apenas condutas exteriorizadas e capazes de lesionar ou ameaçar um bem jurídico tutelado podem ser puníveis.

---

<sup>155</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 68/70.

No âmbito da execução penal, quando a LEP trata de “presos de alto risco”, para justificar, por si só, a imposição do regime disciplinar diferenciado, verifica-se uma nítida afronta ao princípio em tela. Isso porque há a legitimação da punição de apenados com base em mera suposição do que sejam, e não pela análise do que efetivamente fizeram<sup>156</sup>.

De igual modo, quando o art. 57 da LEP traz a utilização da pessoa do faltoso como critério para agravamento da punição disciplinar, o que se verifica é uma nova ofensa ao princípio da lesividade, na medida em que valida a culpabilidade do autor em detrimento da culpabilidade pelo fato<sup>157</sup>.

### **1.2.7. Princípio da intranscendência**

Previsto no art. 5º, XLV, CF/88<sup>158</sup> e no art. 5º, item 3 da CADH<sup>159</sup>, o princípio da intranscendência preconiza que a sanção penal deve incidir, exclusivamente, em relação àqueles que praticaram ou concorreram para prática de determinado tipo penal. Entretanto, uma vez que, na prática, os efeitos da pena acabam por afetar demais pessoas, o referido princípio também recebe o nome de transcendência mínima.

Na dinâmica social, o que se verifica é que familiares e amigos do apenado acabam sendo impactados antes, durante e após o processo penal.

Antes do processo penal, a mera instauração de inquérito policial é capaz de gerar constrangimentos a familiares e amigos do investigado, pois que a desconfiança passa a pairar sobre eles também.

Já durante o seu curso, antes do trânsito em julgado da decisão, aqueles que se preocupam sobre o futuro do acusado ficam em uma posição de angústia, especialmente em razão da morosidade do processo no Brasil.

Especificamente em relação à fase de execução da pena, os entes do apenado são ainda mais severamente afetados pelos efeitos jurídicos da pena. O emprego da restrição de visita como forma de sanção disciplinar, a limitação injustificada de visita periódica à família, a restrição ao direito de visita íntima de presos, o recolhimento do preso em locais distantes de onde possui vínculo social estabelecido e o procedimento vexatório de revista

<sup>156</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 76.

<sup>157</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 76.

<sup>158</sup> Art. 5º, XLV, CF/88: “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”.

<sup>159</sup> Art. 5º, item 3, CADH: “A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.”

ao qual os visitantes dos presos são submetidos são apenas alguns exemplos de violação do princípio da intranscendência da pena.

Além do supracitado, ainda se verifica que o *status* de miserável conferido ao apenado acaba por ser transferido a seus familiares. As relações sociais desses terceiros, que não cometeram qualquer crime, acabam sendo modificadas também, pois a condição de criminoso acaba por ser projetada para as pessoas próximas daquele que efetivamente cometeu o delito. Então, por exemplo, os vizinhos se distanciam dos parentes do condenado, uma senhora que antes era vista como “mãe” passa a ser vista como “mãe do criminoso”, etc.

Por fim, quando o processo penal termina, mesmo após o cumprimento efetivo da pena, os efeitos da pena continuarão sendo sentidos por familiares e amigos. Primeiramente, aquele que sai do cárcere, em razão de todo o sofrimento infligido, dificilmente será o mesmo. De tal sorte, os parentes e amigos irão se deparar e ter que conviver com um sujeito modificado psicologicamente, refletindo a verdadeira *mortificação do eu* (Goffman) em razão da instituição total que é a penitenciária. Por fim, o estigma daquele que é condenado ultrapassa sua própria pessoa, e, perversamente, não vai embora.

### 1.2.8. Princípio da presunção de inocência

No âmbito internacional, o princípio da presunção de inocência se encontra presente na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 11, item 1<sup>160</sup>; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, em seus arts. 10, item 2, alínea a<sup>161</sup>, e 14, item 2<sup>162</sup> e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8º, item 2<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Art. 11, item 1, da DUDH: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

<sup>161</sup> Art. 10, item 2, alínea a, PIDCP: “As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada”.

<sup>162</sup> Art. 14, item 2, PIDCP: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”.

<sup>163</sup> Art. 8, item 2, CADH: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...)”.

Já no plano interno, o princípio decorre do postulado constitucional previsto no art. 5º, LVII, CF/88, segundo o qual *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

No âmbito da execução penal, em sentido semelhante, a presunção de inocência também deve se aplicar àqueles que já se encontram definitivamente condenados.

Segundo os ensinamentos de Roig, há diversas ocorrências no curso da execução penal que se relacionam, de maneira direta ou indireta, com a presunção de inocência (como, por exemplo, quando apenados são submetidos a processo administrativo pela acusação de cometimento de falta disciplinar).<sup>164</sup>

Ainda, afirma o autor que, sob uma nova perspectiva da relação entre indivíduo e Estado, o princípio da presunção de inocência implica na correspondente responsabilidade Estatal por atos que atentem contra a dignidade dos presos. Nesse sentido, o ônus de provar fatos atentatórios à dignidade dos presos deve ser invertido em favor destes, toda vez que o Estado for o único detentor de informações capazes de corroborar ou invalidar as denúncias apontadas. Outrossim, também caberia ao próprio Estado o ônus de provar eventuais fatos impeditivos da concessão de liberdade da pessoa presa, quando já atendidos os requisitos objetivos legalmente estabelecidos.<sup>165</sup>

Por fim, defende a ideia de que o princípio em tela leva à conclusão inevitável sobre a necessidade de exclusão total, nos Registros dos Órgãos de Identificação, dados que sejam relativos a inquéritos arquivados, ações penais trancadas e processos em que tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade em razão da prescrição punitiva ou absolvição por sentença transitada em julgado<sup>166</sup>.

### **1.2.9. Princípio da culpabilidade**

A apuração da responsabilidade penal depende da análise de um comportamento típico, antijurídico e culpável, sendo a culpabilidade o terceiro substrato do delito. Há uma verdadeira interdependência entre os requisitos para que a conduta seja prevista no ordenamento jurídico como injusto penal, dotado de reprovabilidade.

De tal sorte, para que haja a sanção penal, é imprescindível que a ação humana seja dotada de dolo ou culpa. E, dentro da análise da culpabilidade, deve se verificar a presença

<sup>164</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 84.

<sup>165</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 86.

<sup>166</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 87.

de 3 (três) elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

O princípio da culpabilidade, então, se apresenta como verdadeira barreira ao *jus puniendi* do Estado, pois que dele decorre a proibição da responsabilidade penal objetiva, pela simples produção do resultado.

Na execução penal, o princípio em tela foi taxativamente incorporado pela LEP, que, em seu art. 45, § 3º<sup>167</sup>, coíbe a aplicação de sanções coletivas. Ora, o objetivo é, justamente, impedir a punição disciplinar daqueles que não atuaram com dolo ou culpa para determinada infração. De tal sorte, não sendo possível a individualização de determinada conduta, os habitantes das cela/galeria devem ser absolvidos por força do princípio da culpabilidade – pois que, admitir qualquer solução em sentido contrário, seria legitimar a aplicação da responsabilidade penal objetiva.

Ainda, como decorrência do princípio em tela, deve ser afastada a responsabilidade do preso por atos praticados por seus visitantes, na medida em que não seja possível a prova do conluio entre eles. Isso porque, não há que se falar na presunção desse arranjo, pois que, conforme visto anteriormente, deve incidir o princípio da presunção de inocência<sup>168</sup>.

Na mesma esteira, quando o preso cometer determinada falta disciplinar em razão de coação moral irresistível, a culpabilidade deverá ser afastada em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Outrossim, quando o preso deixar de receber as devidas informações sobre o rol de faltas e recomendações disciplinares, e acabar por cometer infração disciplinar, a culpabilidade também deverá ser afastada, uma vez que ausente a potencial consciência da ilicitude da conduta, por erro de proibição<sup>169</sup>.

Por fim, em observância ao princípio da culpabilidade, não devem ser realizados juízos sobre a culpabilidade do autor, ou seja, juízos valorativos negativos sobre a pessoa presa, em detrimento da culpabilidade pelo fato em si.

### **1.2.10. Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade é ínsito ao próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que protege o indivíduo de intervenções Estatais desnecessárias ou excessivas, que possam vir a gerar danos mais graves do que o necessário à proteção do

<sup>167</sup> Art. 45, § 3º, LEP: “São vedadas as sanções coletivas”.

<sup>168</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 71.

<sup>169</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 72.

interesse público. Nesse sentido, abriga um verdadeiro juízo de ponderação entre os interesses individuais e coletivos, devendo-se ter como norte o princípio constitucional da dignidade humana.

Consiste em um princípio constitucional implícito, que tem por objetivo limitar a atuação do Estado frente aos direitos fundamentais dos indivíduos. Inerente à própria observância destes direitos, ganha especial relevância quando se trata do direito de liberdade do cidadão.

Assim, especificamente no âmbito do Direito Penal, o princípio cumpre o importante papel de limitar a atuação do legislador, bem como o âmbito de atuação do intérprete. Outrossim, aponta para um cuidado especial, no sentido de que qualquer limitação imposta aos direitos e garantias individuais deve ser, necessariamente, ponderada com outros valores constitucionais.

Adentrando no Direito da Execução penal, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade é analisada, conforme sua tríplice dimensão, pelo doutrinador Rodrigo Roig<sup>170</sup>.

Consoante o autor, é preciso que se lance um novo olhar sob a proporcionalidade na execução penal, partindo-se de um viés redutor de danos. Isso significa que seu alcance deve ser reinterpretado segundo a óptica da CF/88 e do próprio condenado.

Nesse sentido, a “adequação” deve ser vista como a imposição de que a execução da pena vá ao encontro da vontade do constituinte, sob pena de inconstitucionalidade. Portanto, será considerado adequado, levando-se em conta o próprio princípio da humanidade das penas, o meio de execução penal que melhor concorra para o fim de redução de danos.

Já a “necessidade” tem como função primordial determinar que o Poder Público, ao lançar mão de normas sobre execução penal, se atenha aos limites mínimos de intervenção em direitos do sentenciado. Ou seja, será instrumento necessário da execução aquele que, dentre os viáveis, cause menos prejuízo possível ao preso.

Por fim, a “proporcionalidade em sentido estrito” impõe que, sob pena de inconstitucionalidade, o gravame decorrente da norma/medida seja inferior ao benefício.

Assim, a essência da proporcionalidade é fazer com que a execução da pena seja a menos onerosa possível ao preso. Inclusive, leciona Roig que um dos maiores esforços desse princípio é conseguir transpor diversos institutos benéficos do Direito Penal e do

---

<sup>170</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 90/91.



Direito Processual Penal para o âmbito da Execução Penal, pois que não há justificativa plausível para não fazê-lo<sup>171</sup>.

### 1.2.11. Princípio da razoável duração do processo de execução penal

O princípio da razoável duração do processo encontra previsão em diversos instrumentos jurídicos internacionais, tais como: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, em seu art. 9º, item 3<sup>172</sup>; Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus arts. 7º, item 5<sup>173</sup> e 8º, item 1<sup>174</sup> e no Conjunto de Princípios da ONU para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, em seu princípio nº 38<sup>175</sup>.

Já no Brasil, está consagrado no art. 5º, LXXVIII, CF/88, ao dispor que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”*

Importante que se ressalte que o princípio em tela deve incidir não apenas no processo de conhecimento, mas, igualmente, no âmbito da execução da pena. Tal fato se justifica pela aplicabilidade dos princípios constitucionais em âmbito de execução penal, mas também pelo fato de a Constituição Federal não ter feito qualquer ressalva em relação à natureza do processo, não cabendo ao legislador ordinário ou ao intérprete fazê-lo.

Entretanto, infelizmente, o que se observa, por todo nosso país, são queixas de presos em relação à morosidade judicial para análise dos pleitos feitos em sede de execução penal; presos que já alcançaram o lapso temporal que garante jus aos

---

<sup>171</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018. p. 87.

<sup>172</sup> Art. 9º, item 3, PIDCP: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...)”.

<sup>173</sup> Art.7º, item 5, CADH: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”.

<sup>174</sup> Art.8º, item 1, CADH: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”.

<sup>175</sup> Princípio 38, do Conjunto de Princípios da ONU para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão: “A pessoa detida pela prática de infração penal tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de aguardar julgamento em liberdade.”.

“benefícios” da execução (que, em verdade, são direitos subjetivos), mas não conseguem gozá-los.

Nesse cenário, ganha força a utilização do *habeas corpus* como um meio de sanar ilegalidades ou abuso de poder relacionados ao direito de locomoção do preso, que acaba sofrendo indevida postergação de seu processo de execução.

Assim, o ponto chave do referido princípio em sede de execução penal é, justamente, fazer com que o apenado não seja prejudicado pela morosidade processual, caso a ela não tenha dado causa.

## **2: ANÁLISE CRÍTICA ÀS ALTERAÇÕES DA LEP TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19 DIANTE DA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS REGENTES DA EXECUÇÃO PENAL**

### **2.1. Breve panorama sobre a Lei 13964/19**

A recente Lei 13964/19, também conhecida por “Pacote Anticrime”, foi responsável por expressivas modificações na legislação penal, processual penal e na legislação da execução penal.

Especificamente quanto a esta última seara, pode-se afirmar que a nova normativa apresenta notáveis retrocessos, indo na contramão do sistema progressivo da pena, do objetivo de ressocialização da pena (declarado na LEP) e violando diversos princípios regentes da execução penal.

A nova legislação parece ter emergido de um apelo social, do chamado “populismo penal”, que se baseia na falaciosa ideia de que o recrudescimento da lei penal tem o potencial de diminuir a criminalidade. Então, como consequência, aumentou o tempo de aprisionamento, e, conseqüentemente, o gasto público com a execução penal.

Contudo, o novo regramento, por meio de suas alterações que serão abordadas adiante, passou por cima da decisão de força normativa prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, nos autos da ADPF 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se reconheceu o *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário brasileiro.

Tendo-se em vista o quadro de superlotação das prisões, as condições desumanas de encarceramento e a violação massiva e contínua de direitos humanos dos presos, o STF determinou a adoção de medidas que visem a diminuição do encarceramento.

De tal sorte, o que se observa é que a Lei 13.964/19, ao instituir significativo aumento do tempo de prisão, aumento de período para obtenção de progressão de regime, novas hipóteses de vedação ao livramento condicional, dentre outras modificações na LEP, deixou

de observar o catastrófico quadro do sistema penitenciário brasileiro e colaborou, em última análise, para o cenário de superencarceramento.

Outrossim, resta evidente que o aumento do tempo de prisão impacta diretamente no orçamento público, gerando altos gastos, em especial quando se trata do regime fechado.

Nesse sentido, o Min. Fux alegou violação ao art. 113 ADCT<sup>176</sup>, dentre outros argumentos, para suspender a eficácia das novas previsões normativas que tratavam sobre o “juiz de garantias”. Ocorre que, nessa mesma esteira, as normas que aumentam o tempo de cumprimento de pena, as que aumentam o tempo para progressão de regime e que vedam a concessão do livramento condicional, também violam o referido dispositivo constitucional<sup>177</sup>.

Assim, diante de todo o exposto, bem como da patente violação a diversos princípios que regem a execução penal, questiona-se a constitucionalidade da Lei 13.964/19 no que diz respeito aos artigos que alteraram a Lei de Execução Pena, trazendo um endurecimento no sistema progressivo, incremento do rigor intracarcerário, bem como a tipificação de mais uma falta disciplinar.

## **2.2. Inovações legislativas e violações aos princípios regentes da execução penal**

O art. 9º-A, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) trata sobre identificação do perfil genético. Vejamos o referido dispositivo legal, com as alterações trazidas pela Lei 13.964/19 destacadas em itálico:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor

---

<sup>176</sup> Art. 113, ADCT: “A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.”

<sup>177</sup> SIMÃO, Diogo de Azevedo. *Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei “anticrime”*. Publicado em janeiro de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>>.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

*§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

*§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 6º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

O dispositivo, por si só, já deveria ser considerado inconstitucional, na medida em que representa nítida afronta ao princípio da presunção de inocência, pois que impõe ao condenado a obrigatoriedade de identificação do perfil genético, fazendo com que, consequentemente, seja violada a vedação a não autoincriminação.

No que diz respeito aos novos postulados normativos, pode-se observar violação aos princípios da humanidade da pena e da não marginalização das pessoas presas.

O que se verifica é que, em que pese o acréscimo do §1º-A, por meio do qual se pretende conferir uma falsa roupagem garantista ao artigo, os direitos individuais dos presos são totalmente violados em prol de um suposto bem da coletividade.

Os novos dispositivos chancelam um direito penal do autor, e representam uma nítida afronta à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, reduzem o preso à categoria de não pessoa, desrespeitam direitos humanos e ancoram-se na antiga lógica das relações especiais de sujeição, em que com fundamento na primazia do direito Estatal, legitima-se a redução ou supressão dos direitos fundamentais dos presos.

Outrossim, ao prever a negativa do preso em se submeter ao perfil genético como falta grave, o § 8º infringe frontalmente, além dos princípios supracitados, os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Isso porque, numa perspectiva redutora de danos, conforme já abordado anteriormente, devem ser estabelecidas alternativas às sanções disciplinares, em razão dos malefícios que podem gerar ao apenado. Ainda, sob uma mesma perspectiva, mostra-se a nova sanção disciplinar desproporcional, na medida em que não respeita as vertentes da "adequação" e da "necessidade".

De tal sorte, o art. 50, da LEP, que traz o rol taxativo de faltas graves, passou a contar com o inciso VIII, acrescido pela Lei 13.964/19:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

*VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

No que diz respeito ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o Pacote Anticrime conferiu-lhe um tratamento muito mais severo, passando a dispor o art. 52 da LEP da seguinte redação:

*Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*II - recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas)*

*vezes por mês e por 10 (dez) minutos.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A nova redação consubstancia-se em um verdadeiro “show de horrores” no que diz respeito à violação dos princípios que regem a execução penal.

Primeiramente, verifica-se nítida violação aos princípios da humanidade das penas e da não marginalização do preso. O recrudescimento do RDD impõe inúmeras restrições ou supressões aos direitos fundamentais do preso, colocando em perigoso sua incolumidade física e psíquica, em nome de uma pretensa segurança pública. A pessoa presa não é encarada como sujeito de direitos, mas sim reduzida à figura do “inimigo”, aplicando-se a ela uma pena desumana, capaz de gerar profundos danos humanos e sociais.

Ainda, viola-se o princípio da humanidade das penas na medida em que, sob o prisma de redução de danos, descumpre com o mandamento de vedação ao retrocesso humanizador penal. Nesse sentido, conforme visto no capítulo 1 na abordagem do referido princípio, a matéria de execução penal deve se tornar imune a retrocessos que tendam a prejudicar a humanidade das penas. Assim, ao invés de caminhar para a extinção do RDD, o Brasil deu um passo no sentido contrário, ampliando seu espectro.

Já ao prever termos como “*subversão da ordem ou disciplina internas*” e “*risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*” o artigo viola o princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, na medida em que se utiliza de termos vagos e indeterminados, dando azo ao arbítrio estatal, para aplicação do instituto.

Em seu § 1º, II, ao prever a aplicação do RDD para aqueles *sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave*, há evidente afronta ao princípio da presunção de inocência. Isso porque o preso não pode ser submetido ao RDD apenas em razão de fundadas suspeitas, sem que haja um juízo de certeza sobre o fato. No mesmo sentido, encontra-se o § 3º, ao tratar da obrigatoriedade do RDD em estabelecimento penal federal em razão de meros indícios.

No § 4º, II, ao considerar a análise do “perfil criminal” do preso para possibilitar a prorrogação sucessiva do RDD, o art. vai de encontro ao princípio da culpabilidade, na medida em que há imposição de juízo negativo sobre a pessoa do preso, sem a vinculação com o fato concreto, de modo a cancelar o direito penal do autor.

Finalmente, a previsão do § 6º, além de afrontar o direito constitucional à intimidade e privacidade do preso (art. 5º, X, CF/88), também, em última análise, viola o princípio da



instrancendência da pena, na medida em que todos aqueles que tiverem contato com o preso nessa situação sofrerão os efeitos da medida.

No que tange à progressão de regime, a Lei 13.964/19 trouxe radicais mudanças. Assim, passou o art. 112 da LEP contar com a seguinte redação:

*genético.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

No que diz respeito ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o Pacote Anticrime conferiu-lhe um tratamento muito mais severo, passando a dispor o art. 52 da LEP da seguinte redação:

*Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:* (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

*I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

(...)

*§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O maior rigor trazido para a progressão de regime, bem como novas hipóteses de vedação à concessão do livramento condicional, representam um visível retrocesso em matéria de legislação concessiva de direitos e garantias individuais na execução penal, sendo, neste ponto, uma patente violação ao princípio da humanidade das penas.

Ainda, a alteração trazida implica na submissão dos presos, por mais tempo, a um cenário de superlotação carcerária, já abordado anteriormente, com imposição de penas verdadeiramente desumanas e violadoras de direitos fundamentais básicos. Nesse sentido, o legislador, novamente, não considerou o cenário de *coisas inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro.

Observa-se, igualmente, em razão das novas hipóteses de proibição do livramento condicional, um sério atentado ao princípio da individualização da pena.

A uma porque, conforme visto no capítulo 1, deve-se partir da premissa de que o referido princípio tem impõe um verdadeiro dever jurídico-institucional de minimizar os danos. Assim, a individualização da pena só será constitucional quando emprega sob a vertente de redução de danos.

Outrossim, essa proibição genérica viola o dever do magistrado de proceder com a análise das reais necessidades do preso, enxergando-o como sujeito de direitos, bem como desconsidera todas as circunstâncias do caso concreto.

Por fim, o Pacote Anticrime trouxe uma nova hipótese de proibição à saída temporária, acrescentando o § 2º ao art. 122 da LEP:

*§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o **caput** deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Mais uma vez, incidiu o legislador em violação ao princípio da humanidade das penas e, em especial ao princípio da intranscendência da pena – na medida em que as famílias dos presos em regime semiaberto, que cometeram crime hediondo com resultado morte, ficarão privadas de receber visita, gerando essa norma nefastos efeitos sociais e sem qualquer justificativa plausível.

## CONCLUSÃO

Os princípios jurídicos ganham especial relevância no ordenamento jurídico, a partir da visão pós-positivista. No âmbito da execução penal, igualmente, os princípios norteiam

a aplicação das normas e sua violação pode implicar em patente inconstitucionalidade, ou até mesmo inconveniência, das normas legais. A Lei 13.964/19, ao prever uma série de mudanças na LEP, que confeririam um recrudescimento do tratamento conferido aos presos, tem sua constitucionalidade questionada, na medida em que inobserva diversos princípios regentes da execução da pena.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal Teoria Crítica*. 4ª. ed. Saraiva jur, 2018.

*Lei 13.964/19*: publicada em 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 12/06/2022.

*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12/06/2022

*Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 13/06/2022

*Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 13/06/2022

*Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13/06/2022

*Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 13/06/2022

*Conjunto de Princípio da ONU para Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados\\_e\\_Convencoes/Tortura/principios\\_pessoas\\_sujeitas\\_detencao.htm](https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Tortura/principios_pessoas_sujeitas_detencao.htm)>. Acesso em: 17/06/2022

AKERMAN, Willian. *Introdução ao Direito de Execução Penal e seus Princípios*. Publicado em janeiro de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55291/introducao-ao-direito-de-execucao-penal-e-seus-principios/1>>. Acesso em: 12/06/2022.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Publicado em junho de 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 12/06/2022

SILVA, Ivan Luis da. *Revista de informação legislativa*, v. 40, n. 160, p. 269-289, out./dez. 200. Publicado em outubro de 2013. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/918>>. Acesso em: 12/06/2022

CRUZ, Bruno e Paula, Daniel Carvalho de. *O princípio da humanidade no Direito Penal atual e sua aplicação constitucionalizada*. Publicado em setembro de 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/76480/o-principio-da-humanidade-no-direito-penal-atual-e-sua-aplicacao-constitucionalizada>>. Acesso em: 13/06/2022

MELO, João Marcos Braga de. *A necessidade de se observar o princípio da legalidade na execução penal*. Publicado em fevereiro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/joao-braga-melo-principio-legalidade-execucao-penal>>. Acesso em: 17/06/2022

CUNHA, Leandro. *Da capciosa intranscendência da pena*. Publicado em outubro de 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/77320/da-capciosa-intranscendencia-da-pena>>. Acesso em: 18/06/2022

ARAUJO, Ulisses Gomes. *Culpabilidade como princípio do direito penal e como elemento do delito*. Publicado em setembro de 2012. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/culpabilidade-como-principio-do-direito-penal-e-como-elemento-do-delito/>>. Acesso em: 19/06/2022

RABELO, Grazielle Martha. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Publicado em dezembro de 2009. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/>>. Acesso em: 19/06/2022

SIMÃO, Diogo de Azevedo. *Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei "anticrime"*. Publicado em janeiro de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>>. Acesso em: 20/06/2022

JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. *Uma nova execução criminal confusa: tendência de mais uma declaração de inconstitucionalidade*. Publicado em fevereiro de 2020. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/coluna/3037/uma-nova-execucao-criminal-confusa-tendencia-de-mais-uma-declaracao-de-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 21/06/2022.

## A DISTINÇÃO ENTRE ISENÇÃO CONDICIONAL E INCONDICIONAL PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA NA HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL

**MATHEUS HENRIQUE PLEUTIM DE MIRANDA:**

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, no ano de 2014. Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Unigran Capital, em 2019. Auditor do Estado da Controladoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado, inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso do Sul.

**RESUMO:** o presente artigo parte do atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio da anterioridade tributária nos casos de revogação de benefícios fiscais. Denota-se que ambas as turmas do STF, quando da apreciação do tema, não dissociaram se a situação concreta tratava-se de isenção condicional ou não. Pretende-se, assim, ir mais fundo no exame da questão, diferenciando as hipóteses de isenção condicional e incondicional para, então, concluir que a necessidade de aplicação do dito princípio constitucional ocorrerá somente quando houver a revogação de isenção incondicionada.

**Palavras-chave:** Tributário; Isenções; Revogações; Anterioridade.

**ABSTRACT:** this article part of the current legal understanding of the Supreme Federal Court about the application of the principle of tax previousity in cases of revocation of tax benefits. It is denoted that both STF classes, when assessing the theme, did not dissociate whether the concrete situation was conditional or not. Therefore will be further detailed in examining the issue, differentiating the conditional and unconditional exemption to therefore to conclude that the need for application of this constitutional principle will occur only when reasoning where don't run.

**Keywords:** Tax; Exemptions; Revocations; Priority.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Princípio da anterioridade tributária. 2. Isenções tributárias. 2.1. Isenção incondicional. 2.2. Isenção condicional. 3. O Supremo Tribunal Federal e as revogações de benefícios fiscais. 4. A inaplicabilidade do princípio da anterioridade na hipótese de revogação de isenção condicional. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico pauta-se na revogação de isenções fiscais e a necessidade de aplicação do princípio da anterioridade tributária nas variadas formas de concessão de normas isentivas.

Estruturado de forma a percorrer primeiro, e sucintamente, pelo reportado princípio e pela definição de isenções tributárias, para, então, de um modo mais enfático, abordar as consequências da revogação de normas isentivas, com base na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com a revogação de um benefício fiscal concedido ao contribuinte, o valor da carga tributária a ele imputada conseqüentemente irá aumentar, o que faz sobrevir a seguinte indagação: a revogação produzirá imediatamente o dever do indivíduo arcar com a tributação até então isenta; ou deverá ser aplicado o princípio da anterioridade?

Conforme se infere de arestos recentes proferidos por ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, a Corte sedimentou entendimento no sentido de que não apenas a majoração direta de tributos atrai a aplicação da anterioridade, mas também a majoração indireta, decorrente de revogação de benefícios fiscais.

Observa-se que não há uma dissecação mais profunda no cenário jurisprudencial acerca da natureza da isenção revogada, se condicionada ao preenchimento de determinados requisitos ou não, nos termos preconizados pelos artigos 178 e 179 do Código Tributário Nacional.

É justamente sob esse enfoque que se encontra centralizado o cerne do trabalho ora produzido, distinguindo a isenção incondicionada daquela sujeita ao cumprimento de determinadas condições, partindo, então, à conclusão sobre a necessidade da aplicação da anterioridade tributária.

Registra-se que a existência de um confiável planejamento tributário é um direito atribuído a toda pessoa física ou jurídica, tornando louvável que o dito princípio, verdadeira cláusula pétrea de garantia fundamental, seja respeitado também nas hipóteses de majoração indireta.

Nada obstante, quando pensamos em isenção condicionada, verifica-se que a sua concessão será por prazo certo e desde que preenchidos determinados requisitos, com a conseqüente impossibilidade de revogação injustificada e a qualquer tempo pela autoridade.

Portanto, sendo a isenção condicionada, por prazo certo, o seu eventual termo não afetará o planejamento tributário do contribuinte. Da mesma forma que eventual revogação por descumprimento dos requisitos que levaram a sua concessão não imporá a aplicação das regras da anterioridade tributária, tendo em vista que a responsabilidade pela irregularidade recai exclusivamente na pessoa do contribuinte.

## 1. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

Segundo se depreende da Constituição Federal, o princípio da anterioridade tributária encontra-se delimitado no artigo 150, inciso III, alíneas *b* e *c*, dentro, portanto, da Seção intitulada Limitações do Poder de Tributar.

A importância de tal alocação não é apenas geográfica. O atual cenário doutrinário e jurisprudencial elenca grande parte das limitações ao poder de tributar como cláusulas pétreas, verdadeiros direitos individuais do contribuinte, e, assim, protegidas contra alterações que lhe extingam ou reduzam aplicabilidade.

Nesse ínterim, convém frisar que os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica aberta, de compreensão variável, conforme os diferentes períodos históricos nos quais se desenvolvem:

O surgimento dos diversos direitos fundamentais ao longo da história comprova serem eles uma categoria aberta e potencialmente ilimitada, que pode ser permanentemente ampliada pelo reconhecimento de novos direitos, à medida que se constate sua importância para o desenvolvimento pleno da sociedade. (VICENTE PAULO E MARCELO ALEXANDRINO, 2019)

Quanto ao ponto específico do princípio em estudo, o Supremo Tribunal Federal cravou ser impossível emenda constitucional tendente a excluir as regras da anterioridade, por tender a suprimir garantia individual do contribuinte (STF, Tribunal Pleno, ADI 939-2/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 18.03.1994).

Impende reiterar o regramento atinente às cláusulas pétreas, segundo os ensinamentos de Ricardo Alexandre:

Relembre-se, todavia, que a norma constitucional que define as "cláusulas pétreas" (CF, art. 60, §4º) não proíbe quaisquer Emendas sobre aquelas matérias, vedando apenas as mudanças tendentes a abolir o que ali está enumerado. Nessa linha, é correto afirmar que é possível a realização de emendas que ampliem ou melhorem a proteção que a Constituição Federal atribuiu ao contribuinte; o que não é possível é a supressão ou diminuição de garantias. (RICARDO ALEXANDRE, 2017)

Fixada tais premissas, passamos a conceituação da anterioridade tributária, a qual se divide em anterioridade anual ou do exercício financeiro; e anterioridade nonagesimal ou noventena.



Em seu artigo 150, inciso III, alínea *b*, a Carta Política determina ser vedada a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Diante disso, o fisco somente pode exigir tributo a partir do exercício financeiro seguinte àquele em que foi criado.

Por sua vez, diferentemente da regra acima exposta, a anterioridade nonagesimal não tem natureza de norma originária, sendo incluída como limitação ao poder de tributar por meio da Emenda Constitucional n.º 42/2003, que incluiu no artigo 150, inciso III, a alínea *c*, vedando a cobrança de tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Ambas as normas de anterioridade se completam e se reforçam, aplicando-se a todas as espécies tributárias (impostos, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios), com as ressalvas, contudo, das exceções previstas nos artigos 150, §1º, 177, §4º, e 195, §6º, da Constituição.

Para concluir a breve síntese principiológica, é mister transcrever o escólio de Leandro Paulsen, citando Humberto Hávila, *verbis*:

A anterioridade é garantia de conhecimento antecipado da lei tributária mais gravosa. Não se trata apenas de prover previsibilidade ou não surpresa. HUMBERTO ÁVILA diz que, “em vez de previsibilidade, a segurança jurídica exige a realização de um estado de calcabilidade. Calcabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente”. (LEANDRO PAULSEN, 2017)

Por fim, é importante ressaltar “que o princípio existe para proteger o contribuinte, não impedindo, portanto, a imediata aplicação das mudanças que diminuam a carga tributária a que o contribuinte está sujeito”. (RICARDO ALEXANDRE, 2017).

Dentro desta perspectiva, e, não obstante seja hodiernamente tratada como ‘princípio’, discute-se acerca de sua real natureza. Nos moldes da atual hermenêutica, as normas jurídicas podem ser subdivididas em duas espécies: regras e princípios. Enquanto aquelas são mandados de definição, submetidas a um processo de eliminação (tudo ou nada); os princípios são mandamentos de otimização, submetidos a técnica da ponderação, de modo que não há falar em afastamento total de um ou outro quando conflitados.

Pois, assim, como a anterioridade somente se aplica para beneficiar o contribuinte, é correto dizer tratar-se de um princípio tributário com natureza de regra, em virtude de não ser passível de ponderação, sendo aplicável em prol do sujeito passivo e inaplicável quando a sua efetividade vier a prejudica-lo.

Dessa forma, não remanesce dúvidas acerca da imprescindibilidade da regra da anterioridade para a vida hodierna do contribuinte, verdadeira cláusula pétrea de garantia individual, com a finalidade de proteger exclusivamente o sujeito passivo, e nunca para prejudica-lo, como nas hipóteses de diminuição da carga tributária.

## **2. ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS**

As isenções tributárias, nos termos do que apregoa o artigo 175, inciso I, do Código Tributário Nacional, tem natureza jurídica de excludente do crédito tributário, ou seja, impedimentos à sua constituição.

Note que, noutro norte das imunidades, ocorre o nascimento da obrigação tributária com o fato gerador e, por uma opção do Ente competente pelo tributo, dá-se a dispensa de sua exigibilidade, deixando-se de promover o ato de lançamento. Enquanto a CF prevê as imunidades como expressas limitações ao poder de tributar, não havendo sequer a ocorrência do fato gerador do tributo; nas isenções ocorre o exercício pleno da competência federativa-tributário, contudo, o tributo deixa de ser cobrado, por legal dispensa do seu recolhimento.

O professor Claudio Borba define precisamente o instituto: "A isenção significa a dispensa do pagamento do tributo devido, e, uma vez que ocorra o fato gerador, dá-se a incidência tributária e se instaura a obrigação tributária sem, todavia, ser constituído o crédito tributário, pois o lançamento não se efetiva." (CLAUDIO BORBA, 2015)

Em sentido diverso, não compartilhado por este autor, uma parcela da doutrina aponta que as isenções, tal como as imunidades, também se localizariam no campo da "não incidência tributária", impedindo o nascimento da obrigação tributária. (EDUARDO SABBAG, 2017).

Partindo de uma interpretação do próprio estatuto tributário, embasada no artigo 179, §2º, c/c artigo 155, infere-se que com a revogação da isenção, em virtude de eventuais descumprimentos pelo contribuinte, cobrar-se-á o imposto até então dispensado.

Logo, a rigor da legislação, a ocorrência do fato gerador, com o conseqüente surgimento da obrigação tributária, é fato consumado, ou seja, a norma de tributação terá incidido, razão porque, operada sua revogação na forma acima, restará ao fisco tão somente promover o lançamento do crédito devido.

Para sua concessão, assim como os demais benefícios fiscais, necessita de lei específica, conforme exigência constitucional expressa, prevista no artigo 150, §6º, da CF178.

Via de regra, a norma concessiva da isenção depende de lei ordinária específica; do mesmo modo que os tributos criados por lei complementar, na hipótese de eventual dispensa, dependerão de norma legal isentiva de mesma hierarquia.

Consoante se observa do artigo 177 do CTN, salvo disposição de lei em contrário, as isenções não abrangem as taxas e contribuições de melhoria, o que decorre da mais pura lógica, como ensina Ricardo Alexandre:

Taxas e contribuições de melhoria são tributos contraprestacionais (retributivos), ou seja, tributos cujos fatos geradores são definidos com base numa atividade estatal especificamente relacionada ao contribuinte. O sujeito passivo é, portanto, diretamente beneficiado pela situação definida em lei como fato gerador, de forma a tornar regra a não extensão do benefício a tais tributos. (RICARDO ALEXANDRE, 2017)

Não há, pois, um óbice absoluto à concessão de isenção de taxas e contribuições de melhoria, porquanto o CTN expressamente ressalvou a possibilidade de lei em sentido contrário prever a reportada hipótese.

Por fim, destaca-se que a exclusão do crédito tributário por meio de isenção não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente, nos termos do *parágrafo único* do artigo 175 do CTN.

Conforme será explicitado adiante, as isenções podem se apresentar como incondicionadas ou condicionadas.

## **2.1. ISENÇÃO INCONDICIONAL**

---

178 Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

As isenções incondicionais são aquelas concedidas em caráter geral, a revelia do cumprimento de quaisquer requisitos por parte do contribuinte, marcadas, bem como, pela ausência de prazo determinado para o seu gozo.

Depreende-se do artigo 178 do CTN, a característica principal das isenções incondicionadas, qual seja, a sua plena revogabilidade:

Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.

A regra, portanto, é a possibilidade de revogação ou modificação, a qualquer tempo, da isenção não onerosa ou incondicionada.

## **2.2. ISENÇÃO CONDICIONAL**

Por sua vez, as isenções condicionais ou onerosas são concedidas em caráter individual, a depender do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos impostos pela lei isentiva, não havendo, portanto, falar em direito adquirido pelo contribuinte.

O seu comando legal encontra-se previsto no artigo 179 e parágrafos, do CTN:

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.

§ 1º. Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os seus efeitos a partir do primeiro dia do período para o qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção.

§ 2º. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

Assim, cumulando o preceito legal supracitado com o artigo 178 destacado no item anterior, verifica-se que a concessão do benefício de forma condicionada será por prazo determinado, não podendo ser revogada livremente pela Administração Tributária.

As lições de Ricardo Alexandre são precisas, a regra da plena revogabilidade é atinente apenas às isenções incondicionadas, concedidas sem prazo certo, vejamos:

Para ser abrangida pela exceção à plena revogabilidade, a isenção precisa ser concedida em função de determinadas condições (onerosa) e por prazo certo. Atualmente, tem-se definido como onerosa apenas a isenção que cumpra ambos os requisitos, de forma que o conceito se tornou bem mais restrito. (RICARDO ALEXANDRE, 2017)

Do ensinamento exposto retira-se a regra de que somente a isenção concedida sob condições e por prazo certo compreenderá exceção a regra da plena revogabilidade.

Nesse sentido, o Supremo tem entendimento sólido, consubstanciado em seu enunciado sumular de n.º 544:

Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.

Logo, a revogação de isenção onerosa somente terá lugar nos casos em que o contribuinte beneficiado deixar de satisfazer as condições impostas para o favor ou se restar comprovado que ele jamais as possuiu. Nessa hipótese, aplica-se a regra geral de revogação de benefícios fiscais, disposta no artigo 155 do CTN:

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I - com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

II - sem imposição de penalidade, nos demais casos.

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.

Destarte, com a revogação de uma isenção condicionada deve a Administração Tributária proceder à cobrança do crédito devido.

Concluído o breve relato de ambas as espécies de isenções fiscais, passamos ao mérito central do presente artigo: a revogação do aludido benefício produz efeitos imediatamente ou isso deverá respeitar as regras de anterioridade tributária?

### **3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS REVOGAÇÕES DE BENEFÍCIOS FISCAIS**

A jurisprudência do STF acerca da aplicabilidade da anterioridade nas revogações de benefícios fiscais vem evoluindo exponencialmente em prol do contribuinte.

Partindo deste cenário de construção jurisprudencial, impende apresentar uma breve síntese das posições perfilhadas pela Suprema Corte.

Extrai-se do RE 204.062, Rel. Min. Carlos Velloso, 27.09.1996, que o Supremo entendia que a revogação de isenção teria eficácia imediata, sem ofensa ao princípio da anterioridade, posição esta reforçada em maio de 2012, por meio de sua 2ª Turma (RE 617389, Rel. Min, Ricardo Lewandowski)179.

À época, de acordo com a posição acima, lecionava Eduardo Sabbag:

Assim, nota-se que a isenção por prazo indeterminado e a isenção “não-onerosa”, isto é, uma ou outra podem ser revogadas, não se arguindo obediência ao Princípio da Anterioridade, como quer o inciso III do artigo 104 do CTN, em total harmonia com a jurisprudência predominante do STF. (EDUARDO SABBAG, 2004)

Nesse sentido, imperava a Súmula 615 do STF:

O princípio constitucional da anualidade não se aplica à revogação da isenção do ICM.

Nesse diapasão, a lei que reduzia ou extinguiu isenção de tributo somente seria exigida no primeiro dia do exercício seguinte se fosse imposto sobre patrimônio ou renda, em função do artigo 104, inciso III, do CTN180. Caso tratasse de um tributo que não

---

179 A revisão ou revogação de benefício fiscal, por se tratar de questão vinculada à política econômica, pode ser revista pelo Estado a qualquer momento, e não está adstrita à observância das regras de anterioridade tributária.

180 Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

(...)

aqueles, não haveria necessidade de esperar o exercício seguinte para a cobrança (CLAUDIO BORBA, 2015).

É mister ressaltar que o entendimento até então reinante nunca foi compartilhado de modo majoritário pela doutrina. Em sua precisa lição, leciona Hugo Machado de Brito Segundo:

Análise dos precedentes que deram origem à Súmula mostra que o STF partiu da (falsa premissa de que a isenção seria uma mera “dispensa legal de tributo devido”. Por isso, a revogação de uma lei isentiva não implicaria criação ou aumento de imposto (já previsto e fixado em lei preexistente), não se submetendo, por isso, ao princípio da anualidade, então vigente. Pelo mesmo raciocínio, não seria sujeita, hoje, ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, “b” e “c”, da CF/88. Como já adiantado, o entendimento consagrado na súmula não é correto, pois a isenção não configura mera “dispensa legal do tributo devido”. Isso seria verdade se, e somente se, diante da prática do fato que em princípio seria tributado, mas que foi contemplado por lei isentiva, ocorresse em um primeiro momento a incidência da norma de tributação, fazendo nascer a obrigação tributária, e, em um segundo momento, incidisse a norma isentiva, dispensando o respectivo pagamento. Não é isso, porém, o que se dá. (HUGO MACHADO DE BRITO SEGUNDO, 2017)

A posição da Corte pela desnecessidade de observância da anterioridade na revogação de isenção fiscal perdurou por um lapso considerável, até o início de 2018, quando a 1ª Turma (RE 983821 AgR, Rel. Min. Rosa Weber) passou a proferir decisões em sentido diametralmente opostas ao antigo entendimento.

A Turma entendeu que o novo ato normativo que revogou o benefício somente poderia produzir efeitos depois de observadas as regras da anterioridade, porquanto configura aumento indireto de tributo, fazendo necessário incidir o princípio limitativo do poder de tributar.

O fundamento do *overruling* está na segurança jurídica do contribuinte frente a carga tributária que deve suportar.

---

III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

O Juiz Federal e professor Márcio Cavalcante, citando o Min. Marco Aurélio, aclara que:

O princípio da anterioridade tem como objetivo garantir que o contribuinte não seja surpreendido com aumentos súbitos do encargo fiscal. O prévio conhecimento da carga tributária tem como fundamento a segurança jurídica e, como conteúdo, a garantia da certeza do direito.

Por fim, o Ministro ressaltou que toda alteração do critério quantitativo do tributo deve ser entendida como majoração. Assim, tanto o aumento de alíquota, quanto a redução de benefício, apontariam para o mesmo resultado, qual seja, o agravamento do encargo. (MÁRCIO CAVALCANTE, 2019)

Nesse sentido, os paradigmáticos arestos:

DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REINTEGRA. MAJORAÇÃO INDIRETA DO TRIBUTO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE GERAL E NONAGESIMAL. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que não só a majoração direta de tributos atrai a aplicação do princípio da anterioridade, mas também a majoração indireta decorrente de revogação de benefícios fiscais. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RE 1214919 AgR-segundo, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 10-10-2019 PUBLIC 11-10-2019)

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade,



geral e nonagesimal, constante das alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150, da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (RE 564225 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Por fim, em 2019, o Plenário da Corte pôs uma pá de cal no assunto:

Aplica-se o princípio da anterioridade tributária, geral e nonagesimal, nas hipóteses de redução ou de supressão de benefícios ou de incentivos fiscais, haja vista que tais situações configuram majoração indireta de tributos. (STF. Plenário. RE 564225 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/11/2019)

Portanto, o entendimento de que a revogação de benefício fiscal configura majoração indireta de tributo e, por isso, sujeita a regra da anterioridade, foi adotado por todos os órgãos colegiados da Corte Maior, demonstrando a efetiva consolidação da alteração jurisprudencial do STF.

#### **4. A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NA HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO CONDICIONAL**

Com base no que foi estudado nos itens que distinguiram as isenções em onerosa e não onerosa, nota-se que a grande diferença reside na possibilidade, ou não, de plena revogabilidade do benefício fiscal.

Em suas anotações sobre o Código Tributário Nacional, ensina Hugo de Brito:

O poder público não pode revogar isenção, se esta for onerosa e por prazo certo. Como observa Pontes de Miranda: “se a concessão de isenção foi a prazo determinado, ou sob condição que tenha eficácia *ex tunc*, a lei – *a fortiori*, qualquer ato do Poder Executivo – não pode alterar o conteúdo, o tempo, o lugar e a extensão contencuística da isenção. Isso está, sem discussão possível, no art. 178 da Lei nº 5.172.” (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, 2017)

No rigor do artigo 179 do CTN, não remanesce dúvidas quanto à intenção do legislador em especificar o gênero isenção em condicionada (caráter individual) e incondicionada (caráter geral), apontando a possibilidade de revogação daquela quando o contribuinte não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições exigidas em lei, ao passo que para a incondicionada impera a regra da plena revogabilidade, a depender do interesse administrativo-fiscal.

Entretanto, quando o Supremo alterou sua jurisprudência para sujeitar a revogação de isenção às regras da anterioridade, não distinguiu a natureza do benefício concedido, ou entendeu pela prescindibilidade da dita diferenciação, o que, de todo modo, generalizou e amplificou a incidência dos julgados para ambas as espécies de isenções tributárias.

Neste ponto, reside a problemática.

Como foi visto, a Corte que até então favorecia o fisco ao dispensar a aplicação do princípio da anterioridade, passou a exigí-lo, sob a fundamentação de que, assim, se dá o devido respeito à confiança do contribuinte, baseado no seu planejamento tributário.

Entendemos, contudo, que a melhor interpretação das normas tributárias parte de uma conclusão diferente daquela adotada nos retros julgamentos.

Dentro de um meio termo de tudo o que foi calcado, pensamos restar alocado o entendimento que deve vigorar sobre o tema.

Não há discussão quanto ao acerto do Supremo em reconhecer a revogação de benefícios como verdadeiras majorações tributárias indiretas, que remetem à aplicação do princípio da anterioridade.

O que se buscou proteger foi o planejamento tributário do contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica, justamente com base no princípio da confiança. Não seria minimamente razoável exigir, de imediato, impostos que até ontem eram dispensados, isso acarretaria em um estado de violação à segurança jurídica e às garantias fundamentais.

Ricardo Alexandre enfatiza:

Como visto, o princípio da anterioridade protege o contribuinte contra os efeitos imediatos de agravamento (majoração) da carga tributária a que está sujeito.

Quando determinado contribuinte é beneficiado por isenção legalmente concedida, há uma diminuição da carga tributária a que

está sujeito, não havendo que se falar em qualquer prazo para que o benefício possa gerar efeitos concretos.

Já no caso de revogação de uma isenção concedida, a situação é oposta, pois, indiscutivelmente, a mudança legislativa tem como consequência um acréscimo no sacrifício financeiro do contribuinte. (RICARDO ALEXANDRE, 2017)

Por outro lado, a destacada irresignação concentra-se no fato de que a revogação de isenção onerosa, quando condicionada ao preenchimento de requisitos legais, não merece ser protegida pelo manto da anterioridade.

Conforme detidamente exposto, as isenções condicionadas compreendem exceção à plena revogabilidade e somente podem ser extintas por irregularidades praticadas pelo contribuinte, seja retroativa ao ato da concessão, seja durante o gozo do benefício.

A dicção dos artigos 178 e 179, do CTN, são claras:

Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104.

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.

Infere-se, pois, nesses casos, que a eventual revogação de isenção onerosa dar-se-á por culpa exclusiva do contribuinte, não havendo nenhuma discricionariedade imputada à administração, até porque, se mantidas as condições inicialmente impostas, a entidade concedente não pode, durante o prazo estipulado, revogar livremente o benefício.

Portanto, é desproporcional que o contribuinte que deu causa a revogação de sua isenção seja 'contemplado' com as regras da anterioridade.

Na hipótese em discussão, não há quaisquer violações ao princípio da confiança e a garantia de um escoamento planejado tributário, pelo contrário, quando o beneficiado descumpra as condições impostas, ele o faz consciente de que isso levará à cobrança do tributo até então inexigido.

O que se deve buscar proteger, *in casu*, é o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, do latim *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, de aplicação em todas as áreas do direito e da vida em sociedade, segundo o qual nenhuma pessoa pode fazer algo incorreto ou praticar um ato ilícito, ou ainda descumprir uma regra de conduta imposta pelas normas legais, e depois alegar tal conduta em proveito próprio.

Não se pode esquecer, especialmente no salutar estudo das limitações ao poder de tributar, que a proteção ao contribuinte não pode andar desacompanhada da função social do tributo, qual seja, a sua arrecadação.

Em seu ótimo artigo, resume Nadia Cristina Batista: “É visível a necessidade do Estado em instituir tributos, diante da sua atividade financeira que engloba a obtenção e aplicação de receitas a fim de cumprir seu objetivo maior: o bem comum da sociedade.”.

Portanto, a sociedade não pode ver reduzido o seu potencial arrecadatório por irregularidades praticadas por determinados contribuintes, tendo em vista que tais valores interessam à própria coletividade, devendo nela ser investido na forma de receita derivada.

Explica Rafael Novais:

A Receita de Direito Público, por sua vez, estaria sujeita à imposição de normas de direito público, utilizando-se da soberania dos entes políticos em face dos interesses privados.

Para obtenção dessas receitas, o Poder Público utilizará da superioridade existente nas normas de direito público, aplicando os ditames de indisponibilidade de bens públicos, supremacia do interesse público, imperativos da lei sobre a vontade contratual, dentre outros. (RAFAEL NOVAIS, 2018)

Nesse ponto, encontra-se a aplicabilidade concreta do moderno princípio tributário da praticabilidade.

Leandro Paulsen ensina:

A atribuição de competência tributária aos entes políticos ocorre para que possam, legitimamente, buscar recursos no patrimônio privado para fazer frente aos gastos públicos com custeio e investimentos. O exercício da tributação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento. Só se admite a intervenção no patrimônio das pessoas porque é necessário para o financiamento das atividades que cabe ao Estado promover. É essencial, por isso, que a tributação ocorra por

mecanismos que lhe permitam chegar aos seus objetivos do modo mais simples, econômico, confortável e eficiente possível.

É necessário, assim, que as leis tributárias sejam aplicáveis, de modo que a apuração dos créditos seja viável e que o Fisco disponha de mecanismos que reduzam o inadimplemento e a sonegação, bem como facilitem e assegurem a fiscalização e a cobrança. (LEANDRO PAULSEN, 2017)

Prossegue o autor aduzindo que a praticabilidade deve ser adotada com base nos limites constitucionais e legais, de maneira a não violar os princípios básicos da tributação, como a legalidade e capacidade contributiva, bem como não ser irrazoável nem desproporcional (LEANDRO PAULSEN, 2017).

Partindo desta conceituação, reforça-se a tese aqui levantada, até mesmo porque seria desproporcional com o interesse público, e também com os demais contribuintes individualmente considerados, que se impusesse as regras da anterioridade ao sujeito que deixou de cumprir com os requisitos condicionantes do benefício recebido.

Reitera-se, a distinção fundamental de isenção onerosa e não onerosa resulta da possibilidade, ou não, da plena revogabilidade do benefício concedido.

Assim, o contribuinte que não satisfaz ou deixa de satisfazer uma obrigação imposta à concessão do benefício deve arcar com o crédito tributário correspondente, nos termos dos artigos 179, §2º e 155, ambos do CTN, tendo a revogação efeito imediato, sem que haja necessidade de obediência às regras da anterioridade.

## **CONCLUSÃO**

De todo o tratado na presente explanação, note-se que o objeto central do tema é o aprofundamento em relação à alteração jurisprudencial do Supremo, acerca dos efeitos das revogações de isenções fiscais.

Por isso, nesse contexto, necessária uma breve síntese sobre o princípio constitucional da anterioridade tributária e da própria conceituação das normas isentivas, previstas no CTN.

Extrai-se da consagrada doutrina apresentada que não há maiores discussões quanto à efetiva necessidade de aplicação das regras da anterioridade às hipóteses de majorações indiretas de tributo, como acontece na revogação de benefício isentivo.

Ademais, a construção do atual cenário jurisprudencial do STF indica um acolhimento, quase integral, da doutrina majoritária, que sempre advogou pela indispensabilidade de se conferir o devido respeito ao princípio da confiança e ao planejamento tributário executado pelo contribuinte.

Nesse sentido, a Corte encampou a correta interpretação das normas constitucionais tributárias, mormente por se tratar a limitação do poder de tributar, *in casu*, a anterioridade tributária, como uma garantia individual de aplicabilidade imediata, verdadeira cláusula pétrea de proteção ao contribuinte.

Ocorre, contudo, que o STF não fez distinguir a natureza da isenção revogada (condicionada ou incondicionada), permitindo que a incidência do julgado afetasse ambas as normas isentivas. E isto, como se buscou aprofundar, não parece o caminho mais acertado.

A função primeira e social do tributo é justamente a arrecadatória, tendo em vista a necessidade estatal de auferir importes para que possam ser investidos e reinvestidos na comunidade.

Segundo o princípio da praticabilidade, quando aplicado no âmbito administrativo-tributário, a arrecadação deve alcançar o seu fim de um modo mais simples, econômico e eficiente possível, tendo em vista que a sua função é justamente a de abastecer a sociedade.

É necessário, então, que se permita uma correta viabilidade de apuração do crédito, de modo a proporcionar ao fisco mecanismos que reduzam a inadimplência e a sonegação, facilitando a fiscalização e a arrecadação.

Não há mau nenhum em se proteger a arrecadação, pelo contrário, o desenvolvimento de um Estado passa pela sua capacidade de auferir riquezas sem, contudo, violar garantias e direitos constitucionais dos seus jurisdicionados.

Por isso o acerto em determinar a aplicação da anterioridade para o caso de revogação de isenção incondicionada; e o equívoco em onerar o arrecadador nos casos de revogação de isenção condicionada, que somente podem ser findadas pelo descumprimento dos requisitos por parte do próprio contribuinte.

O contribuinte inadimplente, para com suas obrigações no preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão de isenção, não pode vir a ter o mesmo tratamento daquele sujeito passivo, pego de surpresa, pela revogação de uma isenção não onerosa e com prazo indeterminado.

Portanto, aquele que não satisfaz ou deixa de satisfazer uma obrigação imposta à concessão do benefício deve arcar com o crédito tributário correspondente, nos termos dos artigos 179, §2º e 155, ambos do CTN, tendo a revogação efeito imediato, sem que haja necessidade de obediência às regras da anterioridade.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BATISTA, Nadia Cristina. A aplicação do princípio da anterioridade à norma revogadora da isenção. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 15, n. 85, jan./fev. 2017.

BORBA, Claudio. **Direito tributário**. 27ª ed. São Paulo: Método, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da anterioridade tributária e revogação de benefício fiscal**. Buscador Dizer o Direito. Manaus: disponível em 31/10/2019.

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2018.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 18ª ed. São Paulo: Método, 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, Eduardo. **Código tributário nacional comentado**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2017.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito tributário**. 7ª ed. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.

SEGUNDO, Hugo Machado de Brito Machado. **Código Tributário Nacional: anotações à constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## ESTUPRO VIRTUAL E SEU AUMENTO NO CIBERESPAÇO

**BRENDA POLVERE DA SILVA:**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul –  
UNIFUNEC.

LETICIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** Esta pesquisa tem como principal objetivo analisar e demonstrar que o “estupro virtual”, vem acontecendo de forma costumeira e que, mesmo que já existe na atualidade, uma tecnologia avançada possível de detectar este tipo de crime, o abuso sexual virtual vem alcançando um grande índice na prática delituosa, deixando um espaço para que o autor deste tipo de crime atue sem preocupação com a punibilidade, visto a deficiência na atenção para o crime de sexual virtual. O estudo deste artigo científico encontra sua base legal no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, alcançando resultados através das análises dos crimes sexuais e cibernéticos, identificando, portanto, o momento em que ocorre a violação da dignidade sexual no ciberespaço. Todavia, não há em meio à jurisprudência, doutrina ou legislação referências ao termo, dificultando a aplicabilidade da pena para este tipo de crime, deixando uma lacuna entre o crime e a impunidade no crime sexual. O trabalho acadêmico foi realizado mediante pesquisas bibliográficas, conteúdos disponibilizados em sites e análises jurisprudenciais, enfatizando assim o método dedutivo.

Palavras-chave: Dignidade Sexual. Estupro Virtual. Impunidade.

**ABSTRACT:** The main objective of this research is to analyze and demonstrate that “virtual rape” has been happening in a customary way and that, even though it already exists today, an advanced technology possible to detect this type of crime, virtual sexual abuse has been reaching a high level. index in criminal practice, leaving space for the perpetrator of this type of crime to act without concern for punishment, given the lack of attention to virtual sexual crime. The study of this scientific article finds its legal basis in article 213 of the Brazilian Penal Code, reaching results through the analysis of sexual and cyber crimes, thus identifying the moment when the violation of sexual dignity occurs in cyberspace. However, there are no references to the term among jurisprudence, doctrine or legislation, making it difficult to apply the penalty for this type of crime, leaving a gap between the crime and impunity in sexual crimes. The academic work was carried out through bibliographical research, content available on websites and jurisprudential analysis, thus emphasizing the deductive method.

Keywords: Sexual Dignity. Virtual rape. Impunity.



## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo a análise do emprego do crime com a expressão de “estupro virtual”, sendo aqueles delitos que ocorrem no meio virtual, conhecido também como crimes cibernéticos, uma vez que os avanços tecnológicos também permitiram os avanços dos crimes virtuais.

A presente pesquisa deste artigo foi realizada, primordialmente, através de pesquisas pela internet, como também de bibliografia de doutrinadores jurídicos, no qual representa um grande conhecimento sobre os temas expostos.

Antes da promulgação da Lei 12.015/09, somente se vislumbrava a possibilidade de tipificação do estupro, com a ocorrência da conjunção carnal. Entretanto, com a referida lei, criou-se implicitamente a tipificação de um novo tipo penal, a saber, o estupro virtual.

Com o propósito de atingir os objetivos do presente trabalho, através do método dedutivo, utilizando pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, visando demonstrar de forma clara a tipificação do estupro virtual, que se encontra contido de forma implícita no texto legal. Neste sentido, visando obter embasamento jurídico para a realização da análise crítica da tipificação penal, no primeiro capítulo foi analisado a historicidade do estupro, fazendo comparações nas tratativas do crime, desde as ordenações Filipinas até a Lei 12.015/09.

Diante de novos paradigmas, encontra-se certo receio ao tipificar a conduta, visto que não há a um tipo incriminador intermediário ao comparado com a conjunção carnal em si, entretanto, no decorrer do estudo, serão realizadas comparações entre, o estupro real e o virtual, visto que ambos se confundem e afetam da mesma forma a esfera íntima da vítima.

Os capítulos foram divididos de uma forma para que ocorra um melhor entendimento no decorrer do presente trabalho, abarcando conceitos, ainda que divergentes, porém apresenta uma única similaridade, que é os bens jurídicos do ser humano como tutela do Direito Penal.

Seguindo esta linha, foi abordado um dos crimes cibernéticos, sendo o “estupro virtual”, como também a evolução das Leis que tangem os fatos jurídicos dos crimes virtuais, podendo ser chamado de “ciberespaço”.

Por fim, pondera alguns casos de estupro virtual que o conhecimento foi através da mídia, ficando claro que, a legislação deve acompanhar as transformações tecnológicas que ocorrem na sociedade, pois estas evoluções através de crimes podem afrontar a

dignidade da pessoa humana, sendo que, o Estado tem o dever de tutelar e não deixar impune as práticas que ofendem tais bens.

## **2 A LIBERDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO**

Em primeiro lugar, para melhor entendimento do presente artigo científico, antes de adentrarmos ao tema, faremos um breve conceito do que se entende por bem jurídico, para assim, falarmos sobre a violação da dignidade sexual no ciberespaço, e posteriormente qual é o bem jurídico tutelado dos crimes sexuais.

Destarte, Munoz Conde conceitua liberdade sexual da seguinte forma:

A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como bem jurídico merecedor de uma proteção específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral. (MUNOZ, 2004, p. 206)

Indubitavelmente, o conceito acima mencionado, abrange a linha de um Estado Democrático de Direito. Embora, na prática, pode trazer imensuráveis perdas pela violação a esta liberdade. Por outro lado, não estamos falando de uma redução radical a um único bem jurídico, mas clamando para que seja reconhecido que as questões que envolvem sexo abarcam também a liberdade.

É sabido que, em relação aos aspectos da vida em sociedade, o ser humano é livre, não fazendo sentido quando apenas reconhece a liberdade da vida civil, ou seja, é inadmissível não reconhecer que a liberdade merece valor de proteção penal, incluindo-se de forma efetiva o elo entre a sociedade e os bens jurídicos a serem tutelados na esfera penal.

Por fim, a liberdade sexual em um Estado Democrático de Direito, deve ser protegida de maneira autônoma, convocando o ordenamento jurídico a protegê-la. Inclusive é de extrema importância o reconhecimento da liberdade sexual como um único bem jurídico a ser tutelado, sendo que, é impossível falar de dignidade sexual, sem que mencione a liberdade sexual, sendo um pressuposto da outra. Assim diz Conde em sua doutrina:

A liberdade sexual tem efetivamente autonomia própria e, embora os ataques violentos ou intimidatórios à mesma sejam igualmente ataques à liberdade que também poderiam ser punidos como tais, sua referência ao exercício da sexualidade dá a sua proteção penal conotações próprias. (MUNOZ, 2004, P. 206)

Dessa maneira, a tutela sobre a liberdade sexual é inerente à pessoa humana e deverá ser resguardada independentemente do meio em que esteja exposta. Desta forma, práticas delituosas, mesmo que ocorram no ciberespaço, devem ser punidas uma vez que ofendam bens jurídicos penalmente tutelados, como no caso do estupro virtual, em que o direito de expor sobre o próprio corpo é ferido a partir do momento em que a vítima tem sua liberdade sexual tolhida sob constante ameaça.

## **2.1 DIGNIDADE SEXUAL X LIBERDADE SEXUAL**

Um dos aspectos da dignidade da pessoa humana é a dignidade sexual, sendo um propósito jurídico dos crimes que alcançam contra a dignidade sexual, ainda que de forma indireta, quando visa amparar a liberdade sexual.

Luiz Augusto Sanzo Brodt, conceitua dignidade sexual da seguinte forma:

“dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica (BRODT, 2011, p. 170).

Diante do exposto acima, pode se dizer que a dignidade sexual é o livre exercício da sexualidade. Da maneira que, se o agente não respeitar a liberdade sexual da vítima, estará atentando contra a faculdade da vítima escolher o parceiro, a modalidade e por conseguinte, a forma ou as práticas sexuais.

Sobre a dignidade sexual, diante do que venha a ser o bem jurídico penal, a doutrina majoritária, tanto a brasileira, como também a estrangeira, apoia o entendimento de que a liberdade sexual é um bem jurídico, que merece tutela da legislação, garantindo o direito fundamental – liberdade – lastreada sob o parâmetro dos crimes sexuais (LIMA, 2018).

Por fim, a liberdade sexual é uma condição humana nas relações sexuais, devendo, portanto, ser respeitada e preservada, não podendo aceitar que em um Estado Democrático de Direito, seja explorada ou abusada, no sentido que, para a configuração do estupro na forma do artigo 213, ou ainda, do estupro de vulnerável, no modelo do artigo 217-A, parte da doutrina defende que não há necessidade de contato físico, tal situação é bem explanada pelo doutrinador Rogério Greco:

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar (2016, p.48).

Por fim, as condutas que já eram realizadas pelos agentes não foram alteradas no meio digital, apenas fora classificado que é possível realizar o crime de “estupro virtual”.

### **3 CRIMES CIBERNÉTICOS**

A internet ofereceu um avanço significativo na tecnologia. Os meios de comunicação sofreram modernização, como também, inclusões de redes sociais, tornando mais acessível para a população os meios de comunicação. Através da internet é possível fazer compras na comodidade de sua casa, fazer reuniões com amigos, ficando cada uma em sua residência e Estados ou País diferente. Porém, com essa ferramenta em mãos, os crimes nesse cenário tomaram formal mais sutil e corriqueiro, fazendo com que os números de vítimas aumentem a cada dia, onde o ambiente virtual se tornou perigoso e repleto de armadilhas. Esses crimes são denominados de crimes virtuais, crimes computacionais, crime digitais, dentre vários outros tipos, alcançando assim, o crime denominado estupro virtual.

Os crimes cibernéticos consistem no cometimento de atividades ilícitas por meio do computador ou rede de internet e classificam-se de acordo com a sua forma de cometimento. Assim, entre os principais crimes cibernéticos, estão: pirataria, pornografia infantil, calúnia, difamação, injúria, estelionato, entre outros (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

O Artigo 154-A do Código Penal Brasileiro traz a conduta criminosa denominada como Crimes Cibernéticos, mas também é conhecido como *ciber* crimes, crimes eletrônicos, crimes informáticos, entre outros. O Crime Cibernético está ligado às condutas consideradas crimes praticados através de qualquer equipamento eletrônico, podendo citar como exemplo o computador, celular, notebook, etc. Contudo, o intuito deste crime

é de produzir, oferecer, distribuir, vender ou difundir dispositivo ou programa de computador, inclusive, podendo violar a liberdade sexual.

**Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (JUSBRASIL p. [não paginado])



Fonte: Google Imagens

Anterior ao ano de 2012, não era tipificada como crime a invasão de equipamentos eletrônicos. Contudo, foi criada a Lei Carolina Dieckmann de nº 12.737/2012, que tipificou estes delitos como crimes cibernéticos, no qual, impulsionou o Código Penal Brasileiro a fazer alterações, tendo sua previsão legal elencada no Artigo 154-A do referido código, como citado no parágrafo anterior.

Dessa maneira, a tutela sobre a liberdade sexual é inerente à pessoa humana e deverá ser resguardada independentemente do meio em esteja exposta. Da forma que, práticas delituosas, mesmo que ocorram no ciberespaço, devem ser punidas, uma vez que ofendem bens jurídicos penalmente tutelados, como no caso do estupro virtual, em que o direito de expor sobre o próprio corpo é ferido a partir do momento em que a vítima tem sua liberdade sexual violada.

Podemos notar que, há prática de inúmeros crimes dentro das redes sociais, sendo alguns de conteúdo grave e outros de mero aborrecimento. Os mais graves são os de cunho racista, homofônicos e sexual. Em sua grande maioria, as vítimas desses crimes deixam de buscar socorro, seja por desconhecimento, seja por vergonha. Contudo, mesmo que os crimes virtuais não tenham um alto índice de solução, as vítimas sempre devem buscar auxílio junto às delegacias, principalmente aquelas com equipes treinadas para atuar na prática desses crimes.

#### 4 ESTUPRO VIRTUAL

Para uma boa interpretação do estupro virtual, o mesmo não poderá ser confundido com *sextorsion* ou ainda, uma mera contemplação lasciva. Portanto, através do meio em que é cometido o estupro virtual, pode ser categorizado sobre diferentes aspectos, referente a vítima que sofre e recebe o ato, como também o agente irá denegrir e retirar da vítima (apenas o ímpeto da satisfação sexual ou para possíveis ganhos monetários) (ALVES, 2019).



Fonte: Google Imagens

Pois bem, para que o crime de estupro virtual seja configurado, há a necessidade que os atos libidinosos sejam praticados com a própria vítima, que através de análises feitas de forma incompleta e cheia de vícios, podem ser enquadrados apenas pela mera contemplação da lasciva, onde a satisfação seria do agente criminoso. Nota-se que, da vítima, neste tipo crime, o agente extrai a sua intimidade e sua honra.

O STJ em julgamento, pelo Ministro Ribeiro Dantas, ocorrido em 23 de novembro de 2021, defende que:

[...] a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido (DANTAS, 2021, não paginado).

[...] Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal (DANTAS, 2021, não paginado)

A vulnerabilidade é presente tanto no âmbito virtual quanto no mundo real e novas ameaças sempre existirão, mas é imprescindível, ainda que o processo legislativo seja mais moroso que as inovações tecnológicas, sendo obrigação que o Direito cumpra seu dever de manter o bem jurídico da liberdade sexual devidamente tutelado.



Imagem:

Google Imagens

Diante de todos o exposto, fica nítido as diferenças na classificação do estupro, da forma que para ser virtual, o crime deverá correr no meio virtual ou sobre o meio virtual, devendo os juristas e as pessoas em geral, uma atenção dobrada a tais detalhes, tão importantes para evitar que um determinado agressor ou um potencial estuprador virtual, não saia ileso, evitando que tais crimes novos passem despercebidos, evitando a propagação e tentando minar o cometimento desses crimes que, a cada dia se tornam mais comum na vida dos usuários das redes e dificultam a vida social no meio virtual.

## **5 SEXTORSÃO: NOVA FORMA DE TRANSGRESSÃO À INTIMIDADE FEMININA NO ESPAÇO VIRTUAL**

Como já citado anteriormente, a tecnologia junto coma internet, tem avançado de forma exorbitante, momento em que, também ocorre expressiva mudança nas relações humanas no mundo todo. Contudo, com este avanço, junto veio os aumentos dos crimes na seara eletrônica, facilitando a comunicação entre indivíduos de forma virtual, aproximando pessoas do mundo todo, pois extrapola limites e territórios. Através deste avanço, é importante destacar um novo crime cibernético, a sextorsão (MOLON et al., 2020, p. 223).

A Sextorsão não está prevista no artigo 158, do Código Penal, pois não há exigência de privilégios econômicos, sendo que, na ocasião em que o benefício seria, sobretudo, sexual (pode haver exigências patrimoniais, mas majoritariamente o privilégio são monetários nas vantagens sexuais); bem como a jurisprudência não reconhece a repressão psicológica – vis compulsivas – aspecto essencial na conduta de sextorsão. Diante disso, “também foge à noção de abuso de poder, já que a violência e a ameaça exigíveis à configuração não dependem de hierarquia ou autoridade e são, por si mesmas, os mecanismos de constrangimento” (CASTRO; SYDOW, 2016, p. 18).

É possível identificar uma grande dificuldade de proteção jurídica aos casos de sextorsão. Pois, mesmo que em algum momento seja possível aplicar determinados tipos penais brasileiros, uma parcela significativa de profissionais do Direito não apresenta domínio ou proximidade com o tema, o que dificulta a regulação e aplicação eficaz desse fenômeno. Além do mais, há muitas situações da conduta em exame que não são denunciadas seja por vergonha e culpa seja por receio de constrangimentos e preconceitos advindos da sociedade.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro ainda encontra divergências quanto a forma de regular e punir a sextorsão, o que favorece que a internet seja “um ambiente de rápida disseminação de materiais, especialmente de cunho erótico. Assim, mídias de tal gênero tendem a ser rapidamente espalhadas, chegando ao conhecimento de uma infinidade de usuários” (CASTRO; SYDOW, 2016, p. 22).



Diante do exposto, a sextorção acontece através de uma chantagem ilícita, realizada no meio virtual, na medida em que ao agente tem em sua posse, fotos ou vídeos de cunho sexual da vítima, e através da chantagem recebe em troca vantagens sexuais, para que assim, não sejam divulgados os materiais, causando grande trauma á vítima e que, infelizmente, a punição para este tipo de crime é controversia, por se tratar de uma temática pouco debatida no ordenamento jurídico brasileiro. Em vista disso, há uma divergência doutrinária quanto à forma de regular e tipificar a ação em questão, o que acarreta insegurança jurídica.

### **CASO VEICULADO PELA MÍDA – CAROLINA DIECKMANN**

O artigo 154-A do Código Penal Brasileiro, tras em seu rol, o crime de invasão de dispositivo informático. Nesta conjuntura, o dever deste novo artigo é assegurar a segurança da população em meio ao ambiente digital, preservando a segurança e o sigilo das informações que são armazenadas nos dispositivos informáticos, é certo que este novo artigo visa a segurança da população no ambiente digital, bem como assegurar a intimidade e a vida privada dos usuários.

Um caso veiculado nas mídias sociais que ganhou grande repercussão, foi o caso da atriz Carolina Dieckmann. Em maio de 2011, o computador da atriz foi invadido por hackers, sendo acessada pelo menos 60 arquivos da atriz, incluindo, fotos intimas e expostas na internet (G1, 2012). Após a repercussão do caso da atriz, a Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012 foi aprovada, no qual levou o nome de Carolina Dieckmann. Dessa forma, surgiu o primeiro texto que tipificou os crimes cibernéticos, onde o principal objeto são as invasões aos dispositivos das vítimas, ou seja, sem a devida permissão.

A Lei 12.737/12 alterou o artigo 154, incluindo os artigos 154-A e 154-B e o 298 do Código Penal Brasileiro.

A Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, assegura os direitos e deveres dos usuários e assim como a “Lei Carolina Dieckmann”, são consideradas avanços na legislação brasileira. Pois com a evolução da internet fez-se necessário um dispositivo legal para tratar e regular as informações e crimes cometidos no ambiente digital (TEIXEIRA, 2016, p. 18).

A Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, assegura os direitos e deveres dos usuários e assim como a “Lei Carolina Dieckmann”, são consideradas avanços na legislação brasileira. Pois com a evolução da internet fez-se necessário um dispositivo legal para tratar e regular as informações e crimes cometidos no ambiente digital (TEIXEIRA, 2016, p. 18).

Diante de todo o exposto, a internet é um grande desafio para o Direito, já que o meio virtual também é um meio para praticar crimes. Com o surgimento da Lei, é possível diferenciar o crime comum do crime virtual, sendo possível a punição para os praticantes de crimes virtuais.

## **5 LEI 12.015/2009: AS ALTERAÇÕES**

É possível citar que a primeira modificação positiva trazida pela Lei 12.015/2009, foi a modificação do núcleo do tipo citado no artigo 213 do Código Penal, onde trouxe consigo a denominação correta em relação aos crimes contra a dignidade sexual, abrangendo além da conjunção carnal, a prática de qualquer ato libidinoso diverso dela, sob a única denominação 'estupro' (NUCCI [não paginado]).

Contudo, nos dias de hoje, não poderia a Lei ser diferente do avanço tecnológico a ponto de alcançar a violação da liberdade sexual, no qual evidenciaria o recado a moralidade no cenário da sexualidade, incombinável com o avanço da tecnologia nas últimas décadas. Primordialmente, a Lei 12.015/2009 veio para tutelar à dignidade sexual, no mesmo ângulo da dignidade da pessoa humana, sobre a ótica do Estado Democrático de Direito, citando o Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. (NUCCI, 2014 [não paginado])

## **6 LEI 13.718/2018: AS INOVAÇÕES**

Sobretudo, no dia 25/09/2018, entrou em vigor a Lei 13.718/18, trazendo inovações, para incrementar a legislação brasileira no que se diz sobre os crimes contra a dignidade sexual, diante do surgimento dos crimes digitais, por conseguinte, os crimes de estelionato, fraude, violação de propriedade intelectual e por fim, a distribuição de material pornográfico que alavancou nos crimes virtuais, tomando novas dimensões. Diante disso, o instrumento usado para cometer o delito de estupro virtual é a internet, através de aparelhos, como computadores, celulares e notebooks, permitindo que os crimes virtuais ultrapassem fronteiras nacionais com facilidade, sendo que, esses crimes ocorrem tanto nos setores públicos quanto privados.

Importante destacar que, a Lei mencionada, trouxe também, outra inovação sobre tipificação, sendo a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, ainda divulgação da cena sexo ou de pornografia, possuindo uma nomenclatura extensa no artigo 218-C do Código Penal, para que assim, possa reprimir a divulgação de conteúdo pornográfico sem consentimento da vítima, incluindo os crimes sexuais no meio digital.

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou

telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

Por fim, não se deve confundir o crime de estupro virtual com o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, recentemente disposto no Código Penal Brasileiro, posto que nestes crimes ocorre ofensa à dignidade sexual em sentido amplo através da divulgação de cenas íntimas sem a divulgação dos envolvidos, ausente a grave ameaça, característica particular do crime disposto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro.

## **7 CONCLUSÃO**

Os avanços tecnológicos fizeram com que esses tipos de crimes evoluíssem juntos, e por este motivo ainda está muito longe de ser resolvido. Diante dessa evolução a Lei também teve que evoluir, amparando as vítimas deste tipo de crime, sendo o “estupro virtual” no mundo da internet. Devendo pontuar aqui, que todas as vítimas envolvida no estupro virtual, devem procurar a polícia e fazerem a denúncia, para assim, combater o “estupro virtual” e não deixar os criminosos impunes.

Os avanços da tecnologia vêm facilitando a prática do estupro virtual e ainda que ocorram no ciberespaço, devem ser punidas de forma rigorosa. Contudo deve prevalecer à liberdade sexual e dignidade de uma pessoa, pois este crime viola, fere e ofende a honra da pessoa, devendo ser resguarda, independentemente do meio em que esteja exposta.

Desta forma, o crime de estupro, atendendo à tipicidade do delito previsto na lei penal, se praticado mediante a utilização de meios eletrônicos na internet, não havendo contato físico entre Agente e Vítima, não obsta a configuração do fato típico, uma vez que a liberdade sexual foi frontalmente violada.

A vítima do estupro será vulnerável tanto no mundo real quanto no meio virtual e novas ameaças e crimes deste tipo sempre existirão.

É fundamental que o Direito cumpra com seu papel de assegurar o bem jurídico da liberdade sexual adequadamente tutelado.

Resta claro que a legislação deve acompanhar as transformações que ocorrem na sociedade, pois estas podem afrontar bens jurídicos advindos da dignidade humana, pelos quais o Estado tem o dever de tutelar e, conseqüentemente, punir as práticas que ofendam tais bens. Não obstante tais atualizações, a sociedade manteve-se em constante transformação e, as influências do mundo virtual no cotidiano social tornaram o ciberespaço em um campo propício à prática e delitos sexuais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Veríssimo Neto, CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTUPRO VIRTUAL, Disponível em: <<http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1866/1/Ver%C3%ADssimo%20Alves%20Neto%20E2%80%93%20TCC%20Monografia%20E2%80%93%20Direito.pdf>>, acessado em 09 de Ago. de 2022.

BRASIL, LEI 13.718 (LEI ORDINÁRIA) 24 DE SETEMBRO DE 2018 Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)> Acesso em 09 de Ago. de 2022.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. Revista de Ciências Penais, São Paulo, v. 13, p. 170, jul. 2011.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. Sextorsão, Revista Liberdades, n. 21, p. 12-23, jan./abr. 2020. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/26/Liberdades21\\_ok.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/26/Liberdades21_ok.pdf). Acessado em 09 de Ago. 2022.

DANTAS, Ribeiro. Recurso especial. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1328870919/recurso-especial-resp-1964162-rj-2021-0321762-4/decisao-monocratica-1328870947>>, 2021. Acessado em 09 de agosto de 2022.

G1, Suspeitos do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>>. Acessado em 09 de agosto de 2022.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte especial, volume III. 13ª edição. Niterói: Impetus, 2016.

JUSBRASIL. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/204961035/artigo-218c-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acessado em 09 de Ago. de 2022.

LIMA, Daniel. A liberdade sexual como único bem jurídico merecedor de tutela penal nos crimes sexuais. In: Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/liberdade-sexual-bem-juridico/>>, 2018, Acessado em 09 de Ago. de 2022.

NUCCI, Guilherme. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09. Direito Penal. Disponível em < <https://guilhermenucci.com.br/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509/>>. Acessado em 08 de Ago. de 2022.

NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009. Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009/>>, 2014. Acessado em 09 de Ago. de 2022.

MOLON, Jaqueline et al. Docência em tempos de alta transição tecnológica: um ensaio teórico a partir da obra modernidade líquida de Zygmunt Bauman. Cadernos Zygmunt Bauman, Maranhão, v. 10, n. 23, p. 222-245, ago. 2020. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/download/13658/7970>. Acessado em 09 de Ago. 2020.

MUNOZ CONDE, Francisco. Derecho penal; parte especial. 15. ed. Valencia, editora tirant lo blanch, 2004.

SANTOS, Liara Ruff dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUCSH, Francielle Benini Agne. Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo. 2017.

TEIXEIRA, Tarcisio. Ebook. Marco Civil da Internet. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016

## TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO PIAUÍ

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre o processo de tomada de contas especial na Administração Pública do Estado do Piauí.

**Palavras-chave:** Tomada de contas. Especial. Piauí.

**Abstract:** This article has the objective of succinctly doing a study on the process of special accountability in the Public Administration of the State of Piauí.

**Keywords:** Accounting. Special. Piauí.

**Resumen:** Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre el proceso de toma de cuentas especial en la Administración Pública del Estado de Piauí.

**Palabras clave:** Toma de cuentas. Especial. Piauí.

**Sumário:** Introdução. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A tomada de contas especial (TCE) é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública a fim de obter o respectivo ressarcimento. Essa dinâmica tem por base a apuração de fatos, a quantificação do dano, a identificação dos responsáveis.

A TCE é um instrumento de que dispõe a Administração Pública para ressarcir-se de eventuais prejuízos que lhe forem causados, sendo o processo revestido de rito próprio e somente instaurado depois de esgotadas as medidas administrativas para reparação do dano.

### DESENVOLVIMENTO

As definições para TCE estão contidas no art. 2º da Instrução Normativa TCU nº 71/2012 e no art. 70 da Portaria Interministerial MPDG/MF/CGU nº 424/2016, a seguir transcritas:

“Tomada de Contas Especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.” (art. 2º, caput, da IN/TCU n.º 71/2012). “A Tomada de Contas Especial é o processo que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento. (art. 70 da Portaria Interministerial MPDG/MF/CGU n.º 424/2016).

Os pressupostos para instauração de TCE estão descritos no art. 5º da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016, *in verbis*:

“Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário. Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros: I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado: II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência; III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano; IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.” (NR)

O processo de tomada de contas especial tem como objetivos básicos:

- a) apurar os fatos que resultaram prejuízo ao erário;
- b) identificar e qualificar os agentes causadores do dano;
- c) quantificar o prejuízo sofrido pelos cofres públicos.

Tais objetivos possibilitam o alcance da finalidade principal de uma TCE, que consiste no ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos sofridos.

Características da Tomada de Contas Especial:

a) Deve ser instaurada a partir da autuação de processo específico, com numeração própria, em atendimento à determinação da autoridade administrativa competente (arts. 2º, caput, e 4º da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016);

b) Deve conter as peças necessárias para a caracterização do dano, além das estabelecidas no art. 10 da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016;

c) Constitui medida de exceção, somente devendo ser instaurada após esgotadas todas as medidas administrativas internas objetivando o ressarcimento do prejuízo ao Erário (art. 3º da IN/TCU nº 71/2012);

d) Deve ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União em até 180 (cento e oitenta) dias após a sua instauração (art. 11 da IN/TCU nº 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016); e

e) A TCE somente deve ser instaurada quando o valor do débito original:

i. no caso de fato gerador anterior a 1º/1/2017, acrescido da atualização monetária até 1º/1/2017, atingir o valor mínimo estabelecido pelo TCU, que atualmente é de R\$ 100.000,00 (inciso I do art. 6º da IN/TCU n.º 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016);

ii. no caso de fato gerador após 1º/1/2017, atingir o valor mínimo estabelecido pelo TCU, que atualmente é de R\$ 100.000,00, sem atualização monetária (inciso I do art. 6º da IN/TCU n.º 71/2012, com redação dada pela IN/TCU nº 76/2016).

Outra distinção importante é que a TCE não é julgada pela autoridade administrativa que a instaura, mas sim pelo Tribunal de Contas da União (TCU), enquanto o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar é feito pela autoridade instauradora ou superior, dependendo da penalidade a ser aplicada, ficando o julgamento, em quaisquer circunstâncias, adstrito à própria Administração.

Deve prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, ou pelos quais o ente público 21 responda, ou que, em nome deste, assumam obrigações de natureza pecuniária. O inciso V, do art. 6º da Lei Estadual nº 5.888/2009, dispõe acerca da jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Piauí que abrange, além dos órgãos, entidades e fundos da Administração Pública estadual e municipal, os responsáveis pela aplicação de



quaisquer recursos repassados pelo Estado a pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere.

Conforme disposto no caput do art. 68 da Lei Estadual nº 5.888/2009 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – compete à autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade solidária, adotar imediatamente providências com vistas à instauração de Tomada de Contas Especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação de danos, nos casos de:

a) omissão no dever de prestar contas, ou da não comprovação da aplicação dos recursos públicos administrados ou geridos;

b) ocorrência de indícios de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; ou

c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, de que resulte dano ao erário.

O primeiro e principal pressuposto para a instauração de um processo de TCE é a configuração de um dano ao erário. Tal dano pode estar de fato caracterizado, como é o caso de perda, extravio ou desvio de recursos, ou pode ser consequência de uma presunção advinda do fato do agente público deixar de prestar contas, ou não comprovar a devida aplicação do recurso utilizado.

A instauração da TCE poderá também ser decorrente de processo administrativo disciplinar, quando além da falha de conduta do servidor, for constatada, também, a prática de qualquer ato que resulte dano ao erário.

Em relação aos convênios em que o Estado é o repassador dos recursos, conforme o contido nos incisos I, II e III do art. 48 da Instrução Normativa Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE Nº 01/2009, a Tomada de Contas Especial será instaurada quando:

“I - não for apresentada a prestação de contas no prazo de até 30 dias, concedidos em notificação, pelo Concedente;

II - não for aprovada a prestação de contas, apesar de eventuais justificativas apresentadas pelo Conveniente, em decorrência de:

a) não execução total do objeto pactuado;

b) falta de documento obrigatório;

c) desvio de finalidade;

- d) impugnação de despesas;
- e) não cumprimento dos recursos da contrapartida;
- f) não utilização de rendimentos de aplicações financeiras no objeto pactuado;
- g) não devolução de eventuais saldos de Convênio.

III - ocorrer qualquer outro fato do qual resulte prejuízo ao erário.”

Verificada a ocorrência de qualquer fato ensejador de TCE, a instauração do respectivo processo pode ser autorizada:

a) por iniciativa da autoridade administrativa máxima do órgão/entidade (Art. 68, caput da Lei Estadual nº 5.888/2009);

b) ex officio, por determinação do Tribunal de contas do Estado (Art. 68, parágrafo único da Lei Estadual nº 5.888/2009);

c) por recomendação da Controladoria-Geral do Estado (Art. 5º, inciso III, do Decreto Estadual nº 13.860/2009 e Art. 92, inciso III, §3º da Lei 5.888/2009).

O início do processo, com vistas à exigência de prestação de contas ou de ressarcimento ao Erário, caberá à autoridade administrativa competente, podendo ocorrer de ofício ou por solicitação da CGE ou do TCE-PI.

É fundamental ressaltar que, caso não comprovada a conivência entre a autoridade administrativa que constatou a irregularidade e o agente causador do dano, a responsabilidade daquela esgotar-se-á com a adoção de providências visando à reparação do prejuízo. Entretanto, a omissão da autoridade competente no que se refere ao dever de adotar as providências com vistas à apuração do dano e ao imediato ressarcimento ao Erário, no prazo máximo estabelecido em Resolução Normativa do Tribunal de Contas, é considerada grave infração à norma legal, sujeitando a referida autoridade à imputação das sanções cabíveis, sem prejuízo de caracterizar a sua solidariedade com o agente causador do dano ao erário.

O Controle Interno, por sua vez, tem o dever de dar ciência ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilidade solidária, de qualquer irregularidade ou ilegalidade de que tome conhecimento, conforme dispõe o texto constitucional no § 1º do art. 74 (também ressaltado no art. 93, da Lei nº. 5.888/2009).

Além disso, poderá o Tribunal de Contas a qualquer tempo, determinar a instauração de TCE, fixando prazo para cumprimento desta decisão. (parágrafo único do art. 68, da Lei nº. 5.888/2009).

O procedimento de TCE não deve ser utilizado na ausência de pressupostos e:

a) em substituição a procedimentos disciplinares para apurar infrações administrativas;

b) para obter ressarcimento de valores pagos indevidamente a servidores;

c) nos casos de prejuízos causados por terceiros por descumprimento de cláusulas contratuais legitimamente acordadas (exceto se for verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público).

d) após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, salvo por determinação em contrário do Tribunal de Contas da União (§ 4º art. 5º da IN/TCU nº 56/2007);

e) caso o valor do dano atualizado monetariamente seja inferior ao limite fixado pelo Tribunal para encaminhamento de tomada de contas especial; ou

f) quando houver o recolhimento do débito no âmbito interno ou a apresentação e aprovação da prestação de contas. Caso tenha sido constituído processo nessas hipóteses, a jurisprudência do TCU tem sido no sentido de arquivá-lo por falta de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do feito.

O fato gerador do prazo citado no item “d” deve ser contado (§ 2º do art. 1º da IN/TCU n.º 56/2007):

“I – nos casos de omissão no dever de prestar contas e da não comprovação da aplicação de recursos repassados, da data fixada para apresentação da prestação de contas;

II – nos demais casos, da data do evento, quando conhecida, ou da data de ciência do fato pela Administração”.

É de se destacar, ainda, que o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – RITCE-PI, tendo em vista o princípio da economicidade processual, também inseriu dispositivo constante do § 3º do art. 173, quanto à possível dispensa de elaboração do processo de TCE quando de ocorrências em que ficar comprovada a ausência de má fé e o dano for prontamente ressarcido, *in verbis*:

“Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade sem que se caracterize má fé de quem lhe deu causa e se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente

deverá, em sua tomada ou prestação de contas ordinária, comunicar o fato ao Tribunal ficando dispensada, desde logo, a instauração de tomada de contas especial”.

De acordo o art. 175 do Regimento Interno do TCE/PI serão instauradas e instruídas no âmbito do próprio Tribunal de Contas, independente de apuração pelo órgão de controle interno, as tomadas de contas especiais cujo indício de dano ao Erário for de valor igual ou superior à quantia fixada em cada ano civil.

O valor deverá ser fixado pelo Tribunal de Contas do Estado em cada ano civil, até a última sessão ordinária do Plenário, para vigorar no exercício subsequente. No entanto, até a presente data o TCE-PI não fixou o aludido valor. (Regimento Interno do TCE/PI).

Se o dano for inferior à quantia a que alude o parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva prestação ou tomada de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para apreciação em conjunto pelo Tribunal de Contas.

Caso o valor seja inferior, a tomada de contas especial será anexada ao processo de tomada ou prestação de contas ordinária da autoridade competente, devendo o fato ser comunicado ao TCE/PI. Do contrário, caso o valor seja igual ou superior, a tomada de contas especial será encaminhada de imediato ao Tribunal de Contas do Estado para julgamento. Para elaboração de uma TCE, além da constatação do prejuízo causado por um dano, real ou presumido, esse prejuízo deve ser quantificado, constituindo um débito para com os cofres públicos. Este débito deve possuir significado econômico de modo a justificar o procedimento especial de apuração e cobrança.

Juntamente com a existência do débito, deve estar configurada a conduta culposa ou dolosa do agente público. Sendo assim, para a responsabilização de um ou mais agentes públicos, deve ficar comprovado o nexos causal entre a conduta dos mesmos e o dano causado ao erário.

O responsável pela conduta deve estar devidamente identificado, haja vista que em caso da comprovação de sua responsabilidade, o mesmo terá a obrigação de ressarcir o dano causado aos cofres públicos.

Os juros moratórios e a atualização monetária incidentes sobre os débitos apurados em Tomada de Contas Especial deverão ser calculados, nos termos do art. 8º da IN/TCU n.º 56/2007, com observância da legislação vigente e com incidência a partir:

“I - da data do recebimento dos recursos ou da data do crédito na respectiva contracorrente bancária, no caso de ocorrência relativa a convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere;

II - da data do evento, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração, nos demais casos”.

No caso de desaparecimento ou desvio de bem, a base de cálculo dos encargos deve ser o valor de mercado ou de aquisição do bem igual ou similar, no estado em que se encontrava, com os acréscimos legais (art. 8º, parágrafo único, da IN/TCU n.º 56/2007).

Considerando o que estabelecem o § 1º do art. 21 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 01/2009 e o § 4º do art. 116 da Lei n.º 8.666/93, os recursos transferidos através de convênios, enquanto não empregados na sua finalidade, devem ser aplicados em caderneta de poupança de instituição financeira oficial, se a previsão para o uso do recurso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em título da dívida pública federal, quando sua utilização estiver prevista para prazos menores.

Para o cálculo do débito correspondente à não aplicação, deverá ser identificado o período em que os recursos ficaram paralisados em conta corrente bancária e, a partir deste dado, apurado o valor que deixou de ser auferido com a não aplicação, conforme o caso, levantando-se os índices ocorridos no período, que podem ser pesquisados por meio de acesso ao sítio eletrônico do Banco Central do Brasil – BACEN ([www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)).

Quando da identificação de irregularidade ou ilegalidade, o órgão ou entidade deverá, antes da instauração da TCE, adotar providências no sentido de regularizar o fato lesivo ao Erário, em observância ao princípio da economia processual.

Neste sentido, deverá a autoridade administrativa notificar o(s) responsável(is) pelo fato danoso e abrir prazo de, no máximo, 30 (trinta) dias para que o(s) mesmo(s) regularize(m) o fato. Ao mesmo tempo, a autoridade adotará, conforme o caso específico, medidas acautelatórias, a saber:

- a) suspensão da liberação de parcela de recursos ainda não transferida;
- b) suspensão da assinatura de novos convênios com o(s) responsável(is) pelo fato;
- c) suspensão de novo pagamento de concessão, de nova subvenção, auxílio ou contribuição.

Comprovada a boa-fé e a imediata reparação do dano pelo(s) responsável(is), fica dispensada a instauração da tomada de contas especial. Entretanto, deverá ser o fato comunicado ao Tribunal de Contas pela autoridade competente em sua tomada ou prestação de contas ordinária (§ 3º do art. 173 do Regimento Interno do TCE-PI).

Caso contrário, ou seja, não tendo sido regularizado o fato e nem reparado o dano, a autoridade administrativa é obrigada, sob pena de responsabilidade solidária, instaurar a tomada de contas especial, bem como manter as medidas acautelatórias mencionadas acima.

Quando tratar-se de convênios o fato deverá, ainda, ser registrado no SISCON – Sistema de Gestão de Convênios Estaduais, na aba TCE (Tomada de Contas Especial). Na forma do art. 49 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE Nº 01/2009, in verbis:

Art. 49 . . .

Parágrafo único. As informações referentes às notificações, a abertura da Tomada de Contas Especial e sua conclusão deverão ser inseridas no SISCON pelo Órgão ou Entidade Concedente, no módulo respectivo.

O processo de TCE será constituído pelas peças definidas em ato normativo do Tribunal de Contas do Estado, conforme preceitua o art. 174 do Regimento Interno do TCE-PI, in verbis:

Art. 174. Os processos de tomada de contas especiais instauradas por determinação da autoridade administrativa competente ou do Tribunal de Contas deverão conter os elementos especificados em ato normativo, sem prejuízo de outras informações e/ou documentos que permitam a análise e apuração acerca da responsabilidade ou não pelo dano verificado.

O TCE-PI através da Instrução Normativa Nº 05/2018, de 23 de agosto de 2018 definiu, em ato próprio, a organização e o encaminhamento dos processos de tomada de contas:

Art. 1º. Acrescentar o §3 ao art. 2 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art 2. (...)

§3º Independentemente da vigência do convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, a autoridade competente deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração de tomada de contas especial, em qualquer das seguintes hipóteses:

I - houver transcorrido prazo de 360 dias do adiantamento, concessão ou repasse de recurso sem que haja prestação de contas

ou comprovação dos referidos recursos. Estado do Piauí Tribunal de Contas do Estado.

II - houver transcorrido prazo de 180 dias da aplicação do recurso pelo adiantado, concedido ou conveniente oriundo do adiantamento, concessão ou repasse sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos.

III - houver transcorrido prazo de 90 dias da extinção do contrato firmado pelo adiantado, concedido ou conveniente, referente ao objeto da avença pactuada, oriundo do adiantamento, concessão ou repasse de recurso sem que haja prestação de contas ou comprovação dos referidos recursos.

Art. 2º. Alterar o inciso II, do art. 8 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art 8. (...)

II - houver transcorrido prazo superior a cinco anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Para orientação dos membros das comissões, adotar-se-á, como diretiva, a IN nº 56/2007 do Tribunal de Contas da União. De acordo com o art. 4º da referida IN, integram o processo de TCE:

a) Ficha de Qualificação do Responsável, indicando:

- Nome completo;
- Número do CPF e RG;
- Endereço residencial, profissional e número de telefone;
- Cargo, função e matrícula, quando se tratar de servidor público.

b) Cópia integral do processo de transferência de recursos, juntamente com a prestação de contas, quando for o caso; c) Demonstrativo Financeiro do Débito, indicando:

- Valor original;

- Origem e data da ocorrência;
- Parcelas recolhidas e respectivas datas de recolhimento, se for o caso.

d) Relatório do Tomador de Contas, com indicação circunstanciada das providências adotadas pela autoridade competente, inclusive quanto a expedientes de cobrança de débito remetidos ao responsável.

e) Certificado de Auditoria emitido pela Controladoria Geral do Estado, acompanhado do respectivo Relatório, que trará manifestação expressa dos seguintes quesitos:

- Adequada apuração dos fatos, com indicação das normas ou regulamentos eventualmente infringidos;
- Correta identificação do(s) responsável(is);
- Precisa quantificação do dano e das parcelas eventualmente recolhidas;
- Identificação da autoridade administrativa responsável pela ausência de adoção das providências cabíveis, quando for o caso.

f) Pronunciamento do Secretário de Estado supervisor da área ou Autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 94 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí;

g) Cópia do Relatório da Comissão de Sindicância ou de Inquérito, acompanhado de cópia dos documentos que caracterizam a responsabilidade apurada, se for o caso;

h) Cópia das Notificações de cobrança, expedidas ao responsável, acompanhadas de Aviso de Recebimento ou qualquer outra forma que assegure a certeza da ciência do interessado;

i) Outros elementos que contribuam para caracterização do dano e da responsabilidade.

O processo de TCE será instaurado no âmbito da entidade concedente dos recursos transferidos por meio de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, ou onde ocorreu o dano ao Erário e, após concluído, encaminhado à CGE para fins de certificação das contas.

Recebido o processo pela Controladoria-Geral do Estado, esta verificará:



- se o processo está composto das peças estabelecidas no art. 4º da IN/TCU n.º 56/2007;
- se há pressupostos para a sua instauração, com demonstração da ocorrência de dano ao Erário; e
- se o responsável foi apropriadamente identificado e notificado, se o dano está corretamente quantificado e se os fatos estão adequadamente descritos.

Estando o processo em condições de ser levado a julgamento pelo TCE-PI, serão expedidos Relatório, Certificado de Auditoria e Parecer da Controladoria Geral do Estado do Piauí. Posteriormente, será encaminhado ao Secretário de Estado supervisor para o respectivo Pronunciamento e enviado pelo órgão/entidade ao Tribunal de Contas do Estado, para julgamento, concluindo-se a fase interna da TCE.

Caso o processo não esteja adequadamente formalizado, este será devolvido à origem, em diligência, onde serão apresentadas as providências para regularização das inconsistências.

Com a entrada da TCE no Tribunal de Contas do Estado, iniciasse a fase externa do processo de contas, na qual o responsável será julgado, podendo o processo receber os seguintes tipos de julgamento:

- Regular;
- Regular com ressalvas; e
- Irregular.

Ocorrendo um dos motivos determinantes para a instauração do processo, a autoridade responsável formalizará o ato de instauração da TCE. Em seguida, reunirá as pessoas que pretende designar para compor a comissão, esclarecendo-lhes o objetivo do trabalho, as possibilidades de recusa do encargo, de suspeição ou impedimento. Em seguida, lavrará a Portaria de designação, entregando-lhes o documento de instauração da TCE.

O processo tem seu início com o ato de instauração da autoridade responsável, ou seja, autuação de processo específico.

O ato de Instauração, emanado da autoridade administrativa competente, deve conter a descrição sucinta dos fatos ensejadores da Tomada de Contas Especial e expressa menção à data e à forma pela qual a autoridade tomou conhecimento.

Através de portaria será designado servidor ou comissão responsável pelos trabalhos.

A Portaria deverá, para sua validade, observar os seguintes balizamentos:

- o ato, normalmente conhecido como “baixar a Portaria”, deverá ser praticado por autoridade competente;
- designar os membros, qualificando-os funcionalmente, com a menção do posto, graduação, cargo ou função e a matrícula, registrando quem presidirá os trabalhos;
- citar o objetivo e o prazo para conclusão dos trabalhos.

É preciso que conste no processo o objeto da apuração, sob pena de o trabalho ficar sem rumo claro e definido.

O princípio da publicidade dos atos e dos contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos, com a devida publicação no Diário Oficial do Estado, respeitando o grau de sigilo adequado.

Os trabalhos da Comissão deverão iniciar-se com uma reunião dos membros, na qual deverá ser indicado quem se responsabilizará pela autuação do processo e dos documentos já recebidos, quem deverá ser notificado para prestar depoimento, quais as diligências que já poderão ser promovidas e quais outras providências que serão adotadas em relação aos fatos a serem apurados. Desta reunião será lavrada ata.

As providências relativas à documentação dos fatos ocorridos deverão ser permanente preocupação da Comissão, com o máximo de rigor formal, vez que é possível que os autos da TCE sejam submetidos à apreciação judicial. É comum observar processos com as seguintes falhas ou impropriedades:

- folhas sem numeração;
- documentos sem Termo de Juntada;
- cópias sem autenticação, quando necessária (ônus da prova, documento da Administração);
- cópias em excesso; e
- depoimentos sem assinatura.

Esses fatos não geram, isoladamente, a nulidade do processo, mas impõem um descrédito às apurações, na medida em que facilitam a ocorrência de fraudes.

Por isso, uma das primeiras providências da Comissão deverá ser autuar o processo, com a colocação de uma capa, identificando-o com um número, data da autuação, indicando que se trata de TCE, 38 fazendo a juntada dos documentos já recebidos, numerando e rubricando as folhas.

A esses autos serão juntados, posteriormente, todos os documentos que se referirem aos fatos em apuração. Da autuação, também, lavrar-se-á um termo, que ficará no processo.

Todos os documentos que sucederem o Termo de Autuação serão colocados no processo precedidos de "Termo de Juntada". Este procedimento, que se materializa numa simples declaração, poderá ser lavrado no verso do documento anterior e indicará o que será juntado e as respectivas folhas do processo. Com tal providência, se vier a desaparecer uma folha, bastará ir consultando o "Termo de Juntada" e imediatamente se terá conhecimento da peça faltante e sobre o que versava, facilitando a solicitação de cópia ao expedidor, quando for o caso.

Os juros moratórios e a atualização monetária incidentes sobre os débitos apurados em Tomada de Contas Especial deverão ser calculados pelo Sistema de Atualização de débito do Tribunal de Contas da União, disponibilizado no link abaixo:

<http://contas.tcu.gov.br/debito/Web/Debito/CalculoDeDebito.faces> ou na página eletrônica do Tribunal de Contas da União, clica no link Serviços e consultas, depois clica em Atualização de débito e logo em seguida clica em Sistema de Atualização de débito.

O Sistema de atualização de débito gera um relatório resumido do valor atualizado (principal mais juros), além de outras informações adicionais (nome do responsável, função, origem do débito, período, etc.).

Saliente-se que o montante do débito constante no demonstrativo está descrito na última linha, acompanhado do detalhamento do cálculo.

O Demonstrativo de Débito deverá ser impresso e anexado ao processo. O demonstrativo financeiro do débito deve ser organizado por tipo individualizado de dano ao erário, indicando:

- a) valor original;
- b) origem e data da ocorrência;

c) parcelas recolhidas e respectivas datas de recolhimento, se for o caso;

O relatório do tomador de contas constitui a peça mais importante do processo, pois servirá de base aos pronunciamentos e ajuizamentos posteriores, devendo, portanto, ser corretamente instruído e fundamentado.

O relatório circunstanciado, assinado por todos os membros da comissão ou pelo servidor designado, deverá abranger os seguintes elementos:

a) descrição cronológica dos fatos apurados, especificando o motivo determinante da instauração, origem e data da ocorrência e/ou do conhecimento do fato;

b) relação de documentos e instrumentos que respaldaram a conclusão do referido relatório pelo servidor designado ou pela comissão, os quais integrarão os autos da tomada de contas especial;

c) relação dos responsáveis, indicando nome, CPF, endereço e, se servidor público, cargo e matrícula;

d) demonstrativo financeiro do débito contendo o valor original, valor atualizado acompanhado de memória de cálculo e, se for o caso, valores das parcelas recolhidas e data do(s) recolhimento(s), com os respectivos acréscimos legais;

e) recomendação de providências a serem adotadas pela autoridade administrativa competente.

Assim, após a manifestação do tomador de contas, os processos de TCE serão organizados e encaminhados à CGE, pelo titular do órgão ou entidade, instruídos com todos os documentos.

No caso de processos de Tomada de Contas Especial relacionadas a convênios, deverá ser procedido registro do conveniente como inadimplente no Sistema de Gestão de Convênios – SISCON (inciso I do art. 42 da IN Conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 001/2009).

Lembrando que a não apresentação da prestação de contas final no prazo estabelecido no artigo 38 da referida Instrução Normativa, acarretará o lançamento automático do conveniente como inadimplente no SISCON.

A CGE emitirá um Relatório e um Certificado voltado para o julgamento dos fatos. O Relatório, elaborado por Auditor Governamental formalmente designado, terá como base os documentos e informações repassadas pelo tomador de contas, verificando-se a consistência dos dados. Não havendo essa consistência, é obrigatório que o auditor aprofunde o exame dos autos, devendo posicionar-se, inclusive quanto ao mérito, no

sentido de demonstrar: Adequada caracterização dos fatos, indicando as normas eventualmente infringidas;

- a) Correta identificação e qualificação do(s) responsável(is);
- b) Precisa quantificação do dano;
- c) As providências que a autoridade administrativa deverá adotar para regularizar o fato e resguardar o Erário de futura repetição.

Quando se tratar de recurso relativo a convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, o Certificado e o Relatório de Auditoria devem conter manifestação sobre: a observância das normas legais e regulamentares pertinentes pelo concedente; a celebração do termo, avaliação do plano de trabalho e demais documentos constantes da solicitação de recursos; fiscalização do cumprimento do objeto; e tempestividade da instauração da tomada de contas especial (§ 1º do art. 4º da IN/TCU n.º 56/2007).

Poderá ocorrer que o Relatório da CGE seja coincidente com o da Comissão, hipótese em que a fundamentação das conclusões poderá apenas se reportar ao relatório do tomador, de forma simples.

Caso contrário, impõe-se esclarecer e justificar os motivos e as razões pelas quais não acolhe a posição sustentada pela Comissão de TCE. Já em seu Certificado que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada.

Concluídos os procedimentos de competência da CGE, os processos de tomada de conta especial serão devolvidos aos órgãos ou entidades de origem, para serem instruídos com o pronunciamento do responsável pela instauração e encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

O Secretário de Estado supervisor da área ou a autoridade de nível hierárquico equivalente "atestará" haver tomado conhecimento das conclusões a que chegaram o tomador de contas e o controle interno (CGE). Registre-se que o pronunciamento deverá ser expresso e indelegável, conforme determina o art. 94 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí, in verbis:

Art. 94. O Secretário de Estado ou de Município supervisor da área, ou a autoridade de nível hierárquico equivalente, emitirá, sobre as contas e o parecer exarado pelo sistema controle interno, expresso e indelegável pronunciamento, no qual atestará haver tomado conhecimento das conclusões nele contidas.

Considerando que o último pronunciamento acerca da Tomada de Contas Especial é de responsabilidade do Secretário de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, caberá ao mesmo remeter o processo ao Tribunal de Contas do Estado, devidamente protocolado.

Neste ponto, cabe ressaltar que o processo de Tomada de Contas Especial deverá encontrar-se devidamente instruído e em perfeitas condições para que o Tribunal possa imediatamente citar o(s) responsável(is).

Na mesma data do encaminhamento do processo ao Tribunal de Contas do Estado, os órgãos e entidades deverão remeter, à Controladoria-Geral do Estado, cópia do Pronunciamento do Secretário de Estado e do respectivo comprovante de entrega do processo ao próprio julgamento das contas pela irregularidade já apresenta, como consequência, a inclusão no cadastro a ser enviado à Justiça Eleitoral, a partir do qual o responsável poderá figurar na lista de inelegíveis.

O responsável poderá ser declarado inadimplente no Sistema Integrado de Administração Financeira para Estado e Municípios (SIAFEM) e no Sistema de Gestão de Convênios (SISCON), e, conseqüentemente, ficará impedido de receber novas transferências. Por último, vale lembrar que, com base no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência dos Tribunais de Contas e até mesmo de cortes judiciais, firmou-se o entendimento de que as ações de ressarcimento de danos causados ao erário são imprescritíveis, entendimento esse que se aplica à Tomada de Contas Especial.

A inscrição no Cadastro Geral de Inadimplentes do Piauí – CAGIN encontra-se regulada pela Lei n.º 5.859, de 01/07/2009, constituindo-se num banco de dados onde se acham registrados os nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito com órgãos e entidades estaduais. O tomador de contas inscreverá no CAGIN o nome do agente responsabilizado na TCE, em conformidade com os ditames da Lei nº 5.859/2009.

De acordo com o art. 6º da referida Lei, é obrigatória a consulta prévia ao CAGIN pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, direta e indireta, para:

“I - realização de operações de crédito, concessão de garantias de qualquer natureza e respectivos aditamentos;

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

III - licitação de serviços e fornecimento de materiais;

IV - pagamento a fornecedores;

V - inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS;

VI - concessão de regime especial ou credenciamento de natureza tributária;

VII - restituição de valores recolhidos indevidamente ou em duplicidade;

VIII - celebração de convênios, acordos, ajustes, contratos ou instrumentos congêneres que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos e respectivos aditamentos”.

O disposto no aludido artigo não se aplica à concessão de auxílios a municípios atingidos por calamidade pública decretada pelo Governo Estadual. De acordo com o art. 3º da referida Lei, cabe à Secretaria da Fazenda expedir orientação de natureza normativa, inclusive quanto ao disciplinamento das respectivas inclusões e exclusões.

A fase externa inicia-se com o ingresso do processo no Tribunal de Contas, que terá a incumbência de firmar a responsabilidade dos agentes envolvidos e, ao final, julgar as contas, ponderando os aspectos atinentes à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à eficácia e à eficiência dos procedimentos adotados pelas autoridades administrativas. Assim, respeitados os princípios da ampla defesa e contraditório, transcorridas todas as etapas de tramitação, o julgamento da decisão definitiva de mérito da TCE poderá ser regular, regular com ressalva ou irregular, nos termos do art. 122 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

As contas podem, ainda, ser consideradas iliquidáveis ou arquivadas, sem julgamento do mérito, por falta de pressupostos válidos e regulares para sua constituição. Ressalte-se que a decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, conforme o artigo 135 da multicitada Lei Orgânica do Tribunal, cabendo à Procuradoria Geral do Estado (PGE), devidamente autorizado pelo Tribunal, a cobrança judicial do débito, caso o mesmo não seja voluntariamente recolhido.

Art. 139 ... II – encaminhar peças processuais aos órgãos competentes para que adotem as providências necessárias à efetivação da execução da decisão definitiva.

Compete à Controladoria Geral do Estado:

I - Orientar sempre que necessário, a condução dos trabalhos da comissão ou servidor designado.

II - Instruir os autos da TCE com relatório conclusivo.

II - Emitir certificado sobre a regularidade ou irregularidade das contas tomadas. Caberá à CGE, quando constatar a ocorrência de alguns dos fatos que autorizem a instauração da TCE, recomendar ao titular da UG responsável que faça a instauração no prazo máximo de 10 dias corridos, contados da data da ciência da recomendação.

Compete à CGE alertar, formalmente, o chefe do Poder Executivo ou titular da Unidade Gestora competente, conforme o caso, para fins de instauração da TCE, comunicando o fato ao TCE/PI, na forma do item 2.5 - Omissão da autoridade responsável pela instauração, sob pena de responsabilidade solidária.

No caso de convênios de despesa, em que o Estado é repassador de recursos, compete ainda à CGE:

I - Manifestação quanto ao cumprimento, pelo concedente, das normas legais e regulamentares referentes à:

- a) Celebração do termo;
- b) Avaliação do plano de trabalho;
- c) Fiscalização do cumprimento do objeto;
- d) Instauração tempestiva da TCE;

II - bloqueio do conveniente inadimplente ou em situação irregular, com vistas ao não recebimento de novas liberações financeiras, quando a UG não o fizer;

III - inclusão do conveniente inadimplente na conta "Diversos Responsáveis", quando o ordenador de despesa da UG não o fizer.

A responsabilidade solidária é fixada pelo TCU, conforme prevê o art. 8º da Lei n.º 8.443/92 e pelo TCE/PI, conforme prevê o art. 68 da Lei 5.888/2009 (Lei Orgânica do TCE/PI). Sobre o assunto, merecem destaque os entendimentos expressos nas Súmulas 186, 187 e 227 do Tribunal de Contas da União.

A Instrução Normativa TCE/PI nº 08, de 16 de dezembro de 2021 alterou o *caput* dos artigos 20 e 24 da Instrução Normativa TCE/PI nº 03, de 08 de maio de 2014, *in verbis*:

"Art. 1º Alterar o caput dos artigos 20 e 24 da Instrução Normativa nº 03, de 08 de maio de 2014, que passarão a vigorar com as seguintes redações: Art. 20. Constatada a ausência de qualquer documento ou de informação essencial para o exame da tomada de contas especial, o Conselheiro Estado do Piauí Tribunal de Contas Relator fixará prazo



de até 15 (quinze) dias úteis para que o órgão ou entidade de origem promova a devida complementação.

Art. 24 Emitido o relatório de fiscalização pelo órgão competente, os responsáveis serão citados para apresentar defesa no prazo previsto no art. 260 da Resolução nº 13, de 26 de agosto de 2011 – Regimento Interno do TCE-PI, seguindo-se as disposições gerais contidas na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas”.

## CONCLUSÃO

É certo que a fiscalização sobre os atos praticados por aqueles que recebem recursos por meio de convênio e sobre a correta aplicação de dinheiros públicos torna-se cada vez mais necessária e, por sorte, mais efetiva, não só pelos órgãos de controle, mas também pelos repassadores de recursos, principalmente por conta da observância aos princípios contemplados no art. 37 da Constituição Federal.

A Tomada de Contas Especial é uma medida de exceção que visa apurar a real aplicação dos recursos públicos, no caso de omissão ou dano ao erário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Emílio Carlos da Cunha. **Gestão de Recursos Públicos e Gestão Administrativa**. Brasília, DF: Brasília.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. CGE/PI. **Manual de Tomada de Contas Especial**. Disponível em: <<http://www.cge.pi.gov.br/phocadownload/Manuais/manual-tomada-de-contas-especial-1edio.pdf>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. GOV/PI. **Lei Ordinária Nº 5.859 de 01/07/2009**. Institui o Cadastro Geral de Inadimplentes do Piauí e institui o Documento de Autenticação de Nota Fiscal para Órgão Público – DANFOP. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14394>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. GOV/PI. **Instrução Normativa conjunta SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 001/2009, de 04 de dezembro de 2009**. Disponível em: <<http://www.seplan.pi.gov.br/documentos.php>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Lei nº 5.888, de 19 de agosto de 2009.** Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.** Disponível em: <[https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/REGIMENTO\\_INTERNO\\_WORD-atualizado-ate-03-08-2022-1-1.pdf](https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/08/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-03-08-2022-1-1.pdf)>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. MPDG. **Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016.** Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20457541/do1-2017-01-02-portaria-interministerial-n-424-de-30-de-dezembro-de-2016-20457287](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20457541/do1-2017-01-02-portaria-interministerial-n-424-de-30-de-dezembro-de-2016-20457287)>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Instrução Normativa TCE/PI nº 08, de 16 de dezembro de 2021.** Disponível em: <[https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Instrucao-Normativa-no-08\\_21-Altera-IN-Tomada-de-Contas-Especial.pdf](https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Instrucao-Normativa-no-08_21-Altera-IN-Tomada-de-Contas-Especial.pdf)>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCE/PI. **Instrução Normativa TCE Nº 03, de 08 de maio de 2014.** Disponível em: <[https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/Instrucao-Normativa-no-03\\_14-atualizada-pela-IN-08-21.pdf](https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/Instrucao-Normativa-no-03_14-atualizada-pela-IN-08-21.pdf)>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992.** Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8443.htm>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Instrução Normativa TCU nº 56 de 05/12/2007.** Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=77343>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Instrução Normativa - TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012.** Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-71-de-28-de-novembro-de-2012-20235428>>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. TCU. **Instrução Normativa nº 76, de 23 de novembro de 2016.** Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20235542/do1-2017-05-25-instrucao-normativa-n-76-de-23-de-novembro-de-2016-20235432](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20235542/do1-2017-05-25-instrucao-normativa-n-76-de-23-de-novembro-de-2016-20235432)>. Acesso em: 28 ago. de 2022.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial:** Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2. ed. Brasília, DF: Editora Brasília Jurídica, 1998.



## **PRAGMATISMO JURÍDICO E DECISÃO JUDICIAL: REFORÇO A RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS**

**LARISSA QUEIROZ BRITO:**

Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACK). Mestranda em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Advogada e Analista de Compliance.

**Resumo:** A ideologia do pragmatismo estabelece que uma ideia passa a fazer sentido quando ela está inserida em um determinado contexto e há a atribuição de um significado e/ou interpretação a essa ideia. Nesse sentido, para atribuição de significado e alcance do conhecimento, é necessário um processo investigativo eficiente e que se tenha ciência das crenças pessoais do investigador e/ou julgador, visto que, a última, faz com que o indivíduo tenha uma pré-disposição a um certo hábito de agir. No pragmatismo jurídico, o foco também está nos efeitos práticos de uma decisão judicial, ou seja, nas consequências que a aplicação do Direito pode gerar para seus destinatários que estão introduzidos em um contexto próprio. Dessa forma, o pragmatismo também colabora para uma resolução adequada para cada conflito, uma vez que se interessa pelo detalhe de cada situação e os efeitos de cada norma em um contexto, preocupado com a finalidade social de proporcionar a melhor decisão para o caso concreto. Para aprofundar pesquisa a respeito do exposto acima será utilizada a metodologia de pesquisa analítica-descritiva.

**Palavras chaves:** pragmatismo, crenças, consequência, decisão judicial, melhor decisão, resolução adequada de conflito.

**Abstract:** The ideology of pragmatism establishes that an idea starts to make sense when it is inserted in a certain context and there is the attribution of a meaning and/or interpretation to this idea. In this sense, in order to attribute meaning and reach knowledge, it is necessary to have an efficient investigative process and to be aware of the personal beliefs of the investigator and/or judge, since the latter causes the individual to have a predisposition to a certain habit of action. In legal pragmatism, the focus is also on the practical effects of a judicial decision, that is, on the consequences that the application of the Law may generate for its addressees who are introduced in a proper context. In this way, pragmatism also contributes to an adequate resolution of each conflict, since it is interested in the details of each situation and the effects of each rule in a context, concerned with the social purpose of providing the best decision for the concrete case. To further research the above, the analytical-descriptive research methodology will be used.

**Keywords:** pragmatism, beliefs, consequence, judicial decision, best decision, adequate conflict resolution.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Filosofia do Pragmatismo. 1.1 Dúvida e a fixação de crenças. 1.2 O método científico de Pierce e o Direito. 2 O Pragmatismo Jurídico. 2.1 Dualismo: Ser e Dever ser. 2.2 Aplicação do Direito, Crenças e Consequencialismo. 3. Decisão Judicial e Pragmatismo. 3.1 Influência do Estado Regulatório no Pragmatismo. 3.2 O juiz pragmatista. 3.3 Pragmatismo e Resolução Adequada de Conflito. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de um estudo acerca da filosofia do pragmatismo e sua relação com a decisão judicial.

O pragmatismo foi o ideal que surgiu no século XIX, mas teve como dois dos principais percussores Charles Pierce e Richard Posner. Essa filosofia considera as consequências práticas de um conceito como o seu real significado dentro de uma realidade.

Para o pragmatismo, a fim de chegar no real significado de um conceito, apenas a observação dos fenômenos não é suficiente, tendo em vista que o ser humano é formado por crenças estabelecidas a partir de sua vivência, o que muda de acordo com o contexto de cada um e as experiências vivenciadas, o que pode se mostrar falho. No entanto, apesar de reconhecer a falibilidade como uma característica do ser humano, o pragmatismo estabelece que os indivíduos são falhos, mas também procuram a melhor interpretação para cada situação.

Posto isso, o melhor método para a investigação seria a aplicação do método científico, ou seja, a investigação pautada pela abdução, dedução e indução. No Direito, o pragmatismo também se preocupa em analisar as consequências da atribuição de significado, nesse caso, a atribuição de um conceito legal e os efeitos que essa aplicação pode causar em seus destinatários.

Dessa forma, considerando que o pragmatismo tem um interesse social por trás de sua ideologia, em fornecer a melhor decisão judicial para o caso concreto, isso também se relaciona com o princípio do acesso a justiça estabelecido na Constituição Federal de 1998, o que significa dizer, dar a cada conflito o seu desfecho mais adequado a fim de pacificação social.

Diante do exposto, o presente artigo tem o objetivo de detalhar as relações acima citadas e está dividido em três partes. A primeira etapa se preocupa em explicar a

filosofia do pragmatismo e suas características. A segunda parte tem o objetivo de relacionar o pragmatismo e a aplicação do direito, considerando as crenças dos indivíduos e o ideal do consequencialismo. A terceira etapa relaciona o pragmatismo jurídico com a decisão judicial e como isso se relaciona com os métodos adequados de solução de conflitos.

## 1.A FILOSOFIA DO PRAGMATISMO

O pragmatismo nasceu no século XIX como uma corrente filosófica e com a ideia central de determinar e analisar os conceitos com base na sua experiência e aplicação no mundo real. Nessa linha, a ideia só faz sentido se ela pode ser colocada em prática.<sup>181</sup>

Os pragmatistas valorizam o uso das palavras e das ideias e os significados que atribuímos a elas.<sup>182</sup> Dessa forma, as ideias só possuem força quando fazem sentido em um determinado contexto e em uma determinada realidade. Posto isso, cada ideia e/ou palavra podem ter diversas interpretações, a depender do contexto em que está inserida e dos fatores que a influenciam.

O pragmatismo supera o objetivismo e a importância dada ao pensamento ideológico e dogmático<sup>183</sup>, analisando as consequências e os efeitos dos fatos em uma certa realidade e as variantes que se relacionam com o objeto analisado.

Portanto, o pragmatismo rejeita apenas a observação como modo investigativo, ele reconhece a existência de circunstâncias e variáveis a depender de cada cenário. Por isso, um único fato pode gerar diferentes consequências a depender das variantes relacionáveis. A observação não é suficiente para determinar conceitos.

Portanto, o diálogo como meio construtor da realidade é essencial para os pragmatistas.

Em relação aos principais pensadores do pragmatismo, Charles Sanders Peirce se destacou ao propor que o conhecimento apenas guiado pela razão, sem considerar a experiência seja suficiente, "Peirce propõe um método baseado na engenharia do

181 CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. p. 3-7.

182 SILVA, FRANKLIN LEOPOLDO E. PRAGMATISMO E HUMANISMO: BERGSON, LEITOR DE WILLIAM JAMES: PRAGMATISM AND HUMANISM! BERGSON AS A READER OF WILLIAM JAMES. *Jjj*, [S. /], p. 8, 7 jul. 2022.

183 JESUS, Francisca Júlia de; NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. A FILOSOFIA DE CHARLES SANDERS PEIRCE E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EDUCAÇÃO DO PENSAMENTO. **VI CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO**, [S. /], p. 1-8. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/58326>. Acesso em: 28 jun. 2022

pensamento moderno. Desde modo, seu argumento foi que a dúvida provoca na mente o surgimento de questões que levarão a ação de resolvê-la.”<sup>184</sup>

Pierce salienta a relação do processo de fixação de crenças e a importância do método científico. Pierce propõe abandonar a visão de que as crenças são puramente intelectuais e passa a situá-las como etapas da vontade e tendências para agir. Dessa forma, a crença é uma pré disposição de ação do indivíduo.<sup>185</sup>

Charles Pierce afirma que os métodos não científicos são incapazes de seguir com o processo do conhecimento<sup>186</sup>. Toda ideia se baseia em alguma crença como forma de agir para o futuro, para o que está por vir.<sup>187</sup> Dessa forma, a crença é um hábito de pensamento, que, do ponto de vista do comportamento, cria uma disposição de agir.

Pierce reconhece a falibilidade <sup>188</sup>como uma característica inerente ao ser humano, no entanto, apesar de ser sempre suscetível de falha, o ser humano sempre busca a melhor versão e solução. E, a atividade de sempre buscar a melhor conclusão, como uma atividade humana, será pautada em crenças pessoais, ou seja, nos pensamentos habituais que dão a pré disposição de agir de determinada maneira.

### 1.1 Dúvida e a fixação de crenças

O autor aqui explanado classificou os seguintes métodos de fixação das crenças: o método da tenacidade, o método da autoridade, o método “a - priori” e o método científico. Para Peirce, a forma de estabelecer as crenças de forma correta se dá por meio da aplicação do método científico.<sup>189</sup>

Para Pierce, a dúvida é um estado de incomodo, ao contrário que a crença é um estado de tranquilidade. A dúvida é a inquietação para cessar uma incógnita, a busca pelo entendimento e pelo conhecimento. Já a crença é uma ideia, um estado mental em que se

---

184 JESUS, Francisca Júlia de; NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. A FILOSOFIA DE CHARLES SANDERS PEIRCE E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EDUCAÇÃO DO PENSAMENTO. **VI CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO**, [S. /], p. 1-8. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/58326>. Acesso em: 28 jun. 2022

185 Idem.

186 Idem.

187 Idem.

188 Idem.

189 PEIRCE, Charles Sanders. Semiótica e Filosofia. Textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972, pps. 71 a 92.

acredita ser verdadeiro ou provável, é o produto do processo de investigação da dúvida.<sup>190</sup>

De acordo com Pierce, tanto a dúvida, quanto a crença proporcionam efeitos positivos. A crença não nos leva a agir de imediato, mas diante de acontecimentos que ativem as nossas crenças, elas nos fazem agir de certa maneira. As crenças orientam as nossas ações e, conseqüentemente, podem influenciar a investigação e fazer com que rejeitemos toda crença que não pareça estar estruturada de forma a assegurar a veracidade da crença pré-estabelecida.<sup>191</sup>

A dúvida ela começa o processo de investigação, é a partir dela, dessa inquietação, que faz com que busquemos uma resposta para a incerteza, a partir da investigação. Como menciona Pierce “a dúvida estimula-nos a investigar até vê-la destruída”.<sup>192</sup> O estímulo da dúvida leva ao processo de investigação e, como resultado desse processo, a formação da crença.

Posto isso, considerando que para alcançar o conhecimento, a dúvida e seu processo investigativo é necessário, do ponto de vista das regras e regulamentações necessárias para a harmonia social, conforme estabelece Pierce, nenhuma instituição poderá propor-se a regulamentar as opiniões acerca de todos os assuntos.<sup>193</sup> Só os de maior importância podem ser considerados. Dessa forma há certa liberdade na esfera de conduta subjetiva, visto que os indivíduos são dotados de um “sentimento social”, ou seja, as pessoas têm ideias e crenças formadas, que lhes foram ensinadas e vivenciadas.<sup>194</sup> No entanto, o convívio com outros indivíduos pode fazer com que as pessoas mudem suas crenças, formem sua opinião, bem como, modifiquem o que enxergam como verdade, já que cada pessoa tem uma crença, uma formação. A partir da exposição de outras ideias, a pessoa pode optar por qual crença aceitar e qual faz mais sentido no seu contexto de vida.

Posto isso, o Estado de Direito, como instituição, pode e deve seguir sua função social de regulamentação e manutenção da ordem social, mas deve ser levado em consideração o conhecimento e a esfera subjetiva de seus indivíduos que tem conhecimento a partir de determinado assunto.

---

<sup>190</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. Textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972, pps. 71 a 92.

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup> Idem.

<sup>194</sup> Idem.



Partindo da ideia de cada indivíduo possui sua realidade, suas experiências de vida e, portanto, seus valores, admite-se a existência de contextos diferentes que interferem nas relações e sensações do homem.

Peirce revela que há realidades a serem identificadas conforme “sentidos de acordo com leis regulares” e que, através do “raciocínio como as coisas realmente são”, é que se pode alcançar a definição de realidade<sup>195</sup>, ou seja, esta passa a depender de concepções subjetivas, como é o caso dos sentidos e do raciocínio, que são fatores inerentes ao ser humano e próprios de cada um deles (individualizados), significando que diferentes concepções subjetivas irão acarretar em diferentes noções ou significados ou até mesmo vivências da realidade.

Ademais, embora confirme que a ciência é método que enxerga coisas reais, “cujas características são inteiramente independentes das nossas opiniões acerca delas”, Peirce admite a existência de métodos de investigação que entendem que a realidade não se exaure na esfera do que é real e o que não é real ou, até mesmo, nem chega a discutir se a realidade é concreta ou abstrata, mas tão somente decorrente do convívio do que existe e é fato, com o que não existe e é subjetivo.<sup>196</sup>

Por fim, e corroborando com o entendimento adotado, Peirce dá a ideia de que a realidade não é um fato, não é exata, recaindo sobre ela uma insatisfação acerca de ideias antagônicas que acabam por não a definir.<sup>197</sup> Assim, tal insatisfação seria vital para a fixação de uma crença, de modo que “ninguém pode realmente duvidar que existem realidades, pois, se o fizesse, a dúvida não seria uma fonte de insatisfação”.<sup>198</sup>

Por conseguinte, a melhor forma de se chegar ao conhecimento, de forma mais isenta das crenças pessoais pré estabelecidas, seria o método científico.

## **1.2 O método científico de Pierce e o Direito**

Com o método científico em evidência, se faz necessário a distinção entre ciência e doutrina.

---

195 Idem.

196 Idem.

197 Idem.

198 Idem.

A doutrina representa o conjunto de ideias que esclarecem e servem de base para um sistema, já a ciência é o corpo de conhecimentos, sobre um determinado tema, obtido mediante um método investigativo empírico, conhecimento rigoroso e racional.<sup>199</sup>

Doutrina se trata de um complexo de ideologias que servem de base para um determinado sistema. Trata-se, portanto, de uma fonte de ideias. Pode-se citar, como exemplo, a doutrina jurídica. Esta serve, em primeiro plano, como forma de estudo e interpretação das normas jurídicas, estabelecendo uma orientação, interpretação, opinião ou até mesmo uma teoria a respeito delas e, a partir disso, num segundo plano, a doutrina jurídica pode se prestar a embasar, influenciar ou até mesmo fundamentar uma decisão judicial.

Por outro lado, a ciência não pode ser entendida como fonte de ideias ou convicções. Ciência é matéria exata, alcançada por meio de estudos, pesquisas ou empirismo.

Em que pese se tratar de matérias diferentes, pode-se afirmar que a ciência consegue recorrer à doutrina, em qualquer que seja a área, para buscar fundamentos ou bases para um estudo preliminar. Cita-se como exemplo, novamente, a área jurídica. A ciência do Direito, como sendo dogmática, muitas vezes, necessita de amparo ideológico para a aplicação de uma lei, isto porque o Poder Legislativo Federal apenas elabora a norma, mas não ensina como ou, até mesmo, quando aplicá-la, daí necessário se faz a busca da solução dessa adversidade por meio da escola doutrinária.

Considerando a doutrina como um conjunto de ideias que esclarecem e servem de base para um sistema, o método científico de Pierce se relaciona com a doutrina, ou seja, baseado em uma investigação.<sup>200</sup> A investigação parte de fatos conhecidos e observados para caminhar em direção ao conhecimento desconhecido. Dessa forma, o processo de pesquisa pode tanto trazer um raciocínio procedente, quanto o improcedente e tal fato é fundamento da lógica.

No método científico a investigação se pauta pelo processo de abdução, dedução e indução da ideia/hipótese. <sup>201</sup>

---

199 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

200 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

201 BACHA, Maria de Lourdes. A Teoria da Investigação de Pierce. *In*: BACHA, Maria de Lourdes. **A Teoria da Investigação de Pierce**. Orientador: Breno Serson. 200. Dissertação (Pós Graduação em Comunicação e Semiótica) - PUC - SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2000. p. 122 - 144. Disponível

A abdução cria a hipótese. Ela desenvolve e associa ideias para obtenção de um conceito. Trata-se de um processo criativo. Importante ressaltar que Peirce foi o primeiro a introduzir a abdução como uma inferência lógica. 202

A abdução leva em consideração os preconceitos humanos e o contexto em que o julgador está inserido, de forma que isso influencia e instiga um agir voltado à elaboração de uma crença. Com base nessa idéia, a abdução está relacionada a um lógica viva, uma vez que o contexto vivenciado e o ambiente que interfere no julgador são mutáveis a qualquer tempo, a depender dos eventos vivenciados e, conseqüentemente, as crenças também são alteradas, já que estão diretamente vinculadas um ao outro.203

No Direito, o pragmatismo articula a abdução na aplicação das normas jurídicas, posto que julga ser de suma importância a avaliação dos efeitos da decisão no contexto de vida dos seus destinatários e a experiência prática da aplicação da norma. É feito um processo criativo de associação de todas as conseqüências possíveis a partir da regra aplicada.204

A dedução explica a hipótese. Na medida que apresenta o resultado implícito de determinadas premissas.205 O silogismo dedutivo se aproxima do método a priori, na medida que o silogismo dedutivo tende a raciocinar de forma automática, ou seja, não há juízo de valor, o pensamento decorre de proposições gerais que, por meio da lógica, levam a proposições particulares. O modelo dedutivo trabalha através da subsunção, combinação de uma proposição menor em outra maior e mais amplo. No âmbito do Direito, o silogismo dedutivo se mostra na racional subsunção do fato à norma, sem priorizar a análise de contexto.206

---

em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/5279/1/MARIA%20DE%20LOURDES%20BACHA.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

202 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. In Um método para a investigação das conseqüências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito*. João Pessoa, Ideia, 2013, pps. 105 a 117.

203 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. In Um método para a investigação das conseqüências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito*. João Pessoa, Ideia, 2013, pps. 105 a 117.

204 Idem.

205 Idem.

206 Idem.

O pragmatismo tem sua razão em apontar que o silogismo dedutivo, assim como a subsunção são automáticos<sup>207</sup> no sentido de que não privilegiam o contexto, mas sim uma análise puramente racional, tendo em vista que o contexto e os preconceitos dos indivíduos influenciam diretamente os seus comportamentos, da mesma forma que é importante analisar os efeitos práticos do direito em sua aplicação. No entanto, a subsunção também serve como um ponto de partida, uma referência para a tomada de decisão e formação de crenças.

No Direito, o pragmatismo articula sua aplicação nas normas por meio da subsunção do fato à norma, no contexto de justificação.<sup>208</sup>

Já a indução verifica a hipótese. Pode ser esclarecido como o raciocínio que parte de dados particulares para a definição de uma regra/ crença. <sup>209</sup>

No que diz respeito a indução na aplicação das normas jurídicas, essa se dá diante da situação em que o indivíduo acredita na veracidade de suas crenças e premissas, sendo que ambas influenciaram em seu comportamento/ decisão/ posicionamento, de forma a agir conforme elas. O aplicador do Direito está pronto para agir a partir da conclusão e defender sua opinião como verdadeira.<sup>210</sup>

Sendo assim, na visão de Pierce, o método científico seria o melhor meio para chegar ao conhecimento, dado que privilegia a criação, explicação e teste da teoria na realidade de determinado contexto.

## **2.0 PRAGMATISMO JURÍDICO**

### **2.1 Dualismo: Ser e Dever ser**

Levando em consideração a relação entre fato e norma, ser e dever ser, o pragmatismo supera a dualidade entre o ser e o dever ser, integrando-os em um mesmo plano.<sup>211</sup>

Unir pensamento e existência é ideia fundamental do pensamento pragmatista. O pragmatismo unifica o mundo dos fatos (realidade) e o mundo do direito (abstração e

---

<sup>207</sup> Idem.

<sup>208</sup> Idem.

<sup>209</sup> Idem.

<sup>210</sup> Idem.

<sup>211</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser. In Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013, p. 118-134

teoria). Dessa forma, essas duas entidades em um mesmo plano tornam possível transitar do fato para a teoria no Direito, sem a necessidade de se recorrer a estratégias lógicas ou justificáveis externas.<sup>212</sup>

Uma ideia fundamental do pragmatismo é “Ligar pensamento à existência, ligar o pensamento à vida”.<sup>213</sup> Nesse sentido, o pensamento só ganha significado na conduta que o agente está apto a produzir. Assim, o pensamento só se faz como elemento da realidade, movendo-se para um plano único, do qual também faz parte a existência e a vida.

Diferentemente do que ocorre no dogmatismo tradicional, o pragmatismo vai além do dualismo e integra o mundo dos fatos e o mundo dos direitos em um plano único.

O método pragmatista obtém significado de conceitos por meio dos fatos, da experiência.

Trata-se, então, tão somente, de uma maneira dos fatos embasarem conceitos universais, havendo conexão entre aquilo que é abstrato (e por vezes subjetivo) como é a verdade, e aquilo que é real como o que ocorre de forma efetiva e tangível ao ser humano.<sup>214</sup>

Nesse contexto, pode-se afirmar que o método pragmatista lida com os fatos como não sendo algo verdadeiro nem falso, e que eles são o que são, de modo que são eles que determinam qual o significado a ser dado as suas causas e consequências,

Adicionalmente, os fenômenos e fatos sociais não são concebidos como algo acabado, mas como processo, coisas em andamento, que apresentam uma lógica viva.<sup>215</sup>

Posto isso, vale ressaltar que o pragmatismo de Pierce atenta para um conceito fundamental que é o de continuidade.<sup>216</sup> Por ele poderíamos entender que a proposta a partir da abdução é colocada em um primeiro momento no tempo, que é contínuo, e se segue para o contexto da justificável, segundo momento. A abdução está ligada pela sua natureza ao contexto da descoberta, ou seja, da investigação, é o ponto de partida e não

---

212 Idem.

213 Idem.

214 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser. In Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013, p. 118-134

215 Idem.

216 Idem.

o ponto de chegada do processo investigativo. Esse processo pode ser estimulado pela interdisciplinariedade que o pragmatismo oportuniza, trazendo contribuições de outras matérias como Economia, Psicologia, Engenharia e etc. Isso faz inspirar o julgador na antecipação das hipóteses concebíveis e sua posterior avaliação. 217

Posterior a isso há o momento de justificação. Dar vida ao contexto de justificação, a partir do contexto de descoberta, oportunizado pela abdução é o projeto que se pretende com a aplicação do raciocínio abduutivo ao Direito.

Para Pierce, a continuidade é o que permite o desenvolvimento de previsões corretas do curso futuro dos fenômenos.

“O continuum é aquilo que a lógica dos relativos mostra ser o verdadeiro universal, uma vez que nenhum realista é tão tolo a ponto de dizer que nenhum universal é uma ficção.

Nesse continuum está a possibilidade desta humana e ubíqua (não exclusivamente um privilégio das ciências) tendência à descrição do futuro, mesmo que se refira a fatos quase imediatos.”<sup>218</sup>

A partir disso, o conceito de continuidade serve à aplicação do Direito como uma forma de formular a probabilidade de acontecimentos futuros, como as consequências de determinada decisão.<sup>219</sup>

O método pragmatista, operacionalizado pela abdução leva em consideração fundamentalmente as consequências lançadas na imaginação criativa. A abdução terá sempre em mente a possibilidade de todas as consequências possíveis e imagináveis da decisão, em direção progressiva ao contínuo aperfeiçoamento para a melhor decisão, considerando as particularidades de cada contexto.

## 2.2 Aplicação do Direito, Crenças e Consequencialismo

Apesar do método científico favorecer uma isenção em relação a influência das crenças do investigador, isso ainda se mantém um desafio.

---

217 PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

218 IBRI, Ivo Assad. Semiótica e Pragmatismo: Interfaces Teóricas. **Cognitio**, São Paulo Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, v. 5, n. 2, p. 168-179, 1 jul. 2004.

219 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser. In Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013, p. 118-134

Particularmente no âmbito do Direito há que se reconhecer que a dificuldade de ser inteiramente impermeável aos elementos políticos e valorativos, tendo em vista que o Direito é moldado e aplicado por pessoas, que possuem experiências diferentes e contextos de vida distintos, do mesmo modo que está diretamente relacionado a comportamento, dessa forma, por conta das experiências, ideologias e crenças que foram moldando o ser humano ao longo do tempo, é muito difícil que este não coloque, mesmo que inconscientemente, os seus valores, julgamentos e ideologias políticas em seus posicionamentos, decisões e legislações.

Nessa linha, há também a dificuldade de o juiz não ter nenhum tipo de valoração e não formar nenhum juízo de valor, em razão de dois fatores. O primeiro se refere ao fato de que quando o juiz julgar, independente do posicionamento escolhido, o juiz terá que argumentar e justificar sua decisão, já fazendo, portanto, um juízo de valor a respeito da lide. O segundo ponto se refere ao fato de que o juiz, além do cargo que ocupa, como pessoa física, ele também possui suas crenças pessoais, seus preconceitos, posicionamentos políticos, contexto de vida, ambiente vivenciado e isso pode acontecer mesmo que inconscientemente. Por isso, muitas vezes o juiz não tem consciência de suas crenças e inclinações pessoais que podem condicionar sua decisão.<sup>220</sup> O desafio está em ponderar suas crenças pessoais em relação ao caso concreto e o Direito

Dessa forma, a fase instrutória do processo é capaz de fornecer um maior grau de segurança para as abduções legais, porque a abdução legal busca a explicação dos fatos e a sua classificação legal, ou seja, atribuição de um *legal meaning*.<sup>221</sup> Dessa forma, a tarefa é descobrir o que aconteceu e classificar o fato de acordo com o conceito legal. Nesse processo de descoberta, a fase instrutória se apresenta com relevância, tendo em vista que ela ajudará e dará embasamento ao juiz para entender o que de fato aconteceu com segurança, ou seja, com elementos fortes que comprovam e afirmam que determinados fatos são verdadeiros ou falsos, para, assim classificar a situação e o seu contexto de acordo com o conceito legal, o que produzirá consequências, conforme a classificação dada.

Giovanni Tuzet propôs quatro propostas de abdução para as abduções legais. De acordo com o proposto, duas propostas se aproximam do fenômeno de aplicação da lei, sendo: i) inferir, a partir de uma norma expressa, um princípio não expresso do qual ela depende e ii) inferir, a partir dos caracteres observados do caso, como o caso deve ser

---

<sup>220</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito*. In Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa, Ideia, 2013, pps. 105 a 117.

<sup>221</sup> TUZET, Giovanni. *Legal Abduction*. In *Cognitio*, São Paulo, vol. 6 nº 2, p. 265-284, jul./dez. 2005

classificado legalmente.<sup>222</sup> Na primeira hipótese, para aplicação da lei, o juiz deve considerar não só o texto legal puro, mas sim o contexto da criação da norma, sua finalidade, os princípios que ensejam o texto legal, sendo a aplicação feita de acordo com contexto da norma e o contexto fático (segunda hipótese). Dessa forma, após esclarecimento dos fatos, observação das circunstâncias e enquadramento legal, há maior aproximação da aplicação da lei.

Tuzet contribui com o assunto ao afirmar que o conceito legal não possui um significado em si mesmo, isso significa dizer que o conceito legal, a regra jurídica, não possui apenas uma única interpretação ou um significado definitivo, tendo em vista que para determinar o conceito legal é necessário que tenha um contexto fático de referência.<sup>223</sup> Um mesmo conceito legal pode ser enquadrado em diversas situações fáticas diversas. Por isso, antes da determinação do significado de um conceito legal é necessário que se tenha esclarecido o contexto particular, os fatos ocorridos, para, depois, analisar as suas particularidades e caracteres, o que pode corresponder ou não a um enquadramento legal.

Um caso pode ser um fato jurídico, ou seja, uma situação que possui desdobramentos jurídicos. Assim, o fato jurídico pode implicar em um enquadramento legal. A partir de suas características, esse fato é classificado de acordo com algum conceito legal. Dessa forma, uma vez que os conceitos jurídicos são expressos em normas e princípios, a sua descoberta instanciada pelo caso, é fundamental para a determinação da lei a ser aplicada.

Posto isso, a diferença mais importante quando se compara a abdução na esfera da Ciência e do Direito é que a abdução científica se preocupa em maior escala em explicar, compreender o fato e propor reflexões acerca do estudado. Já a abdução na esfera do Direito não se preocupa somente na explicação do fato, mas em classificá-lo de acordo com uma norma legal. E, a partir dessa classificação, estabelecer consequências aplicáveis, de acordo com o texto normativo.<sup>224</sup>

O pragmatismo prega que as decisões judiciais devem ser baseadas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações. Assim, os juízes pragmatistas possuem a vontade de aplicar a melhor decisão para o caso concreto, considerando presente e futuro, ao mesmo tempo que devem assegurar a coerência de princípios e legislações.

---

222 TUZET, Giovanni. *Legal Abduction*. In *Cognitio*, São Paulo, vol. 6 nº 2, p. 265-284, jul./dez. 2005

223 TUZET, Giovanni. *Legal Abduction*. In *Cognitio*, São Paulo, vol. 6 nº 2, p. 265-284, jul./dez. 2005

224 TUZET, Giovanni. *Legal Abduction*. In *Cognitio*, São Paulo, vol. 6 nº 2, p. 265-284, jul./dez. 2005



### **3. DECISÃO JUDICIAL E PRAGMATISMO**

#### **3.1 Influência do Estado Regulatório no Pragmatismo**

Diferentemente do Estado Liberal que prega pelo livre de mercado, liberdade individual etc., o Estado Regulatório passa para si a missão de ordenar e aperfeiçoar a sociedade. Dessa forma, os impactos sobre o direito são de duas naturezas: o Estado regulatório trouxe para a esfera jurídica vários temas que antes eram vistos como extrajurídicos, como por exemplo, o meio ambiente, regras de segurança e saúde pública etc. Isso fez com que os profissionais do Direito conhecessem demais matérias. A segunda forma de influência do Estado Regulatório favorece a criação de políticas públicas, visto que analisa a realidade e os efeitos das normas e decisões perante seus destinatários, ou seja, houve a substituição do “government by law” para o “government by policies”.<sup>225</sup>

Na medida que o Estado Liberal passa a ser um Estado regulatório, ou seja, o Estado passa a ser responsável por promover o bem-estar da sociedade, ele também passa a priorizar temas que antes não eram relevantes, como o meio ambiente, segurança, saúde, inclusão de minorias etc. Por consequência, essas matérias que, anteriormente, eram vistas como “extrajurídicas”, também ganham espaço no direito.<sup>226</sup> A preocupação em proporcionar o bem-estar da sociedade faz com que seja impreterível que, para alcançar esse objetivo, o Estado também dê atenção para a realidade social e as consequências de suas decisões para com os seus destinatários. Para tanto, ele necessita desenvolver uma série de ações e atuar diretamente em diferentes áreas, e isso possibilita a formulação e execução de políticas públicas, um conjunto de ações e decisões do poder público, voltadas para a solução e/ou melhora de problemas da sociedade, a fim de garantir e colocar em prática direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras leis.

Posto isso, o Estado Regulatório está alinhado com o pragmatismo jurídico, na medida que tem por objetivo proporcional o bem estar social, solução e melhora das questões da sociedade. Nessa mesma linha está a decisão pragmatista, em que se preocupa em levantar todas as consequências possíveis da aplicação de uma norma, a fim de aplicar a que melhor atende as necessidades de seus destinatários.

#### **3.2 O juiz pragmatista**

---

<sup>225</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

<sup>226</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

De acordo com Richard Posner, o juiz pragmatista tenta dar a melhor decisão, tendo em vista que ele tem o dever de garantir a coerência entre os princípios, com que as autoridades fizeram no passado.<sup>227</sup>

Adicionalmente, o juiz pragmatista se preocupa em assegurar a coerência com o passado se a decisão de acordo com os precedentes for o melhor método para produzir os melhores efeitos no futuro. Diferentemente do juiz positivista, que se preocupa somente em assegurar a coerência com as decisões passadas. Além disso, o juiz positivista utiliza como fonte de direito os precedentes, a legislação e os dispositivos contratuais. Se todas as fontes indicarem o mesmo caminho, a decisão do juiz já está pré-determinada a não ser que haja outra corrente doutrinária/jurisprudencial. <sup>228</sup>

Em contraponto, o juiz pragmatista tem outras prioridades, ele quer encontrar a melhor decisão para o contexto personalizado, a melhor decisão que atenda às necessidades presentes e futuras; isso não significa que o juiz não contemple os dispositivos legais e a jurisprudência, mas sim que ele as utiliza como fonte de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob análise e como limites que ele deve ter, como restrições parciais à sua liberdade de decisão, recorre antes a fontes que tenha relação direta com a norma que se pede que confirme ou modifique. <sup>229</sup>

O positivista atribui um peso maior as fontes, enquanto o juiz pragmático atribui um peso maior aos fatos.

Vale mencionar que não é correto afirmar que o pragmatismo jurídico promove a desobediência aos precedentes judiciais, tendo em vista que o pragmatismo não ignora totalmente os precedentes judiciais.<sup>230</sup> O juiz pragmatista decide se vai manter a decisão anterior ou modificá-la na medida do caso concreto. Posner esclarece que o juiz pragmatista deve levar em consideração todas as fontes do direito (incluindo os precedentes) e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa.<sup>231</sup>

Perante a abordagem pragmatista é possível entender que a decisões judiciais não ficam engessadas aos precedentes, sem análise de contexto e caso concreto levando em consideração as suas particularidades. Por outro lado, a decisão jurídica também não

---

<sup>227</sup> POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, pps. 357-420.

<sup>228</sup> POSNER, Richard. A problemática da teoria moral e jurídica. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, pps. 357-420.

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> Idem.

<sup>231</sup> Idem.

fica à mercê das opiniões pessoais de cada juiz, na medida que o pragmatismo deve ser entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências;<sup>232</sup> os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, guiados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado.

O pragmatismo tem como principal critério interpretativo que o direito legislado seja submetido a uma filtragem, na qual deverão ser consideradas as implicações sociais e humanas da aplicação do texto normativo ao caso concreto, sempre tendo em vista as consequências desta subsunção – os fins sociais –, direcionando-a à obtenção do resultado mais benéfico para a sociedade. Há uma análise do contexto e da melhor decisão considerando as implicações no presente e no futuro.

### 3.3 Pragmatismo e Resolução Adequada de Conflito

O direito a acesso à justiça está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, que traz expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito.

O acesso à justiça, em um primeiro momento, representa o direito a ida ao Judiciário para dirimir conflitos.

Porém, conforme Ada Pellegrini Grinover, o acesso à justiça não é somente o direito à ida ao Judiciário, mas sim, direito de ter acesso à vários meios e modos de solução de conflito, para que esse seja tratado da melhor forma.

O efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso a ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve a pacificação social. Isso vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.<sup>233</sup>

O efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso a ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve a pacificação social. Isso vai além do acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser estudado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.

---

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.75.

Adicionalmente, o acesso à justiça está ligado diretamente a jurisdição.<sup>234</sup>

Diante disso, o exercício da jurisdição e a solução do conflito dita pelo Judiciário se realizam através do processo. Importante destacar que processo é o instrumento para pacificação que o Estado coloca à disposição das partes.

No entanto, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, a instrumentalidade do processo pode ter duas espécies: instrumentalidade por finalidade e instrumentalidade metodológica. A primeira refere-se ao processo como forma de atuação do direito material. A segunda corresponde a forma com que o processo deve ser estruturado, esse deve ser organizado a partir do conhecimento dos diversos tipos de conflitos para dar a eles a tutela jurisdicional adequada.

Deste modo, a tutela jurisdicional adequada só pode ser alcançada através do procedimento adequado. Por procedimento entende-se o modo pelo qual o processo se exerce, ou seja, “tudo que o processo necessita para atingir seus objetivos”.<sup>235</sup>

Conforme ensina Ada Pellegrini Grinover: “Se, conforme nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição.”.<sup>236</sup>

A partir dessa concepção de tratar os conflitos da maneira mais adequada para atingir a pacificação social, sendo essa a concepção de acesso à justiça, haja vista que existem os mais diversos conflitos originados por diferentes motivos, a forma de administrá-los também precisa ser apropriada. Por conseguinte, o conceito de jurisdição também foi modificado.

A partir do exposto, uma das funções do Direito é a pacificação social e solução dos conflitos instaurados pela sociedade, seja resolvendo um conflito pontual ou reestabelecendo o diálogo entre partes conflituosas.

Para isso, há diversos meios adequados para resolver as divergências advindas da vida cotidiana.<sup>237</sup> Cada conflito possui uma melhor forma para esclarecê-lo. Importante

---

234 Ibid., p.20.

235 Ibid. p.17.

236 Ibid. p.18.

237 O Sistema de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse System*) pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”, a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos.”. SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. **O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro**. Direitos Fundamentais & Justiça, [s. l.], 5 set. 2011. p. 01.

ressaltar que uma divergência pode ter um meio adequado de solução ou mais, a depender da complexidade de cada caso.

No item anterior foi explanado o processo judicial e a melhor decisão para cada situação, a partir do ideal do pragmatismo.

O processo judicial integra o meio heterocompositivo de solução de conflitos, o qual também tem a finalidade de proporcionar a solução mais adequada a depender de cada contexto.

Isso se encontra com o ideal pragmático, considerando que o pragmatismo prega que a decisão judicial enfatize os fatos e, a partir de uma classificação legal, analise todas as consequências possíveis causadas pelo *legal meaning* atribuído.

Dessa forma, o objetivo é obter o resultado mais benéfico para as partes. Há uma análise detalhada do contexto e da melhor decisão considerando as implicações no presente e no futuro.

A filosofia pragmatista reforça e está alinhada com o princípio do acesso a justiça valorado pela Constituição Federal de 1988, na medida que prega que a decisão judicial deve abranger a melhor conclusão para cada caso, por meio da análise prática de sua conclusão. Isso atende a ideologia de dar a cada conflito, a solução mais adequada, considerando suas particularidades e contextos diferentes.

## **CONCLUSÃO**

O pragmatismo tem por base salientar a importância do significado atribuído a conceitos e as ideias.

Em vista disso, um conceito pode ter interpretações diferentes, a depender das peculiaridades de cada contexto em que faz parte.

E, para chegar na interpretação mais adequada, considerando as diversas realidades, o ideal pragmatista defende o conhecimento guiado pela experiência. Apenas a observação não seria eficiente para essa finalidade, tendo em vista que cada indivíduo possui suas crenças, as quais são produto de suas vivências e experiências de vida e, cada pessoa, possui uma realidade diferente. Dessa forma, o caminho ao conhecimento e a uma conclusão se mostra falho, as vistas do pragmático.

Para alcançar o melhor significado de um conceito, seria necessário à sua investigação, gerada por uma dúvida. E, para isso, o método científico se mostra mais

adequado, significa dizer, um método investigativo guiado pelo processo de abdução, dedução e indução.

A finalidade é atingir o melhor significado do conceito, a partir de um método eficiente e menos parcial possível, seguindo uma metodologia investigativa empírica e racional.

A ideologia aplicada ao Direito não ignora o objetivo da matéria de colaborar com o bem estar social. Dessa forma, o eixo está em estabelecer a melhor decisão judicial para cada conflito, a partir da análise detalhada dos fatos e de suas nuances. Assim, após identificar as particularidades de cada caso concreto e atribuí-lo a uma classificação jurídica, o pragmatismo defende que todas as consequências possíveis da aplicação da norma jurídica naquela realidade devem ser encaradas e identificadas. E, a partir disso, fornecer a decisão mais adequada para o caso. Importante ressaltar que isso não significa dizer que o juiz não terá um embasamento legal e jurisprudencial, mas sim, que ele abrangerá e fará uso de todas as fontes do Direito.

A ideologia aqui explanada está alinhada, portanto, com o princípio do acesso à Justiça estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Por acesso à justiça se considera o esforço para dar à desavença, a sua melhor solução, considerando todos os meios disponíveis e os que melhor combinam com as suas características, com a finalidade de pôr fim ao problema.

Assim como o pragmatismo jurídico e o consequencialismo, a preocupação em ter uma solução e decisão mais adequada possui uma finalidade social, de solução do problema na raiz e em toda sua dimensão, possibilitando de fato o acesso a justiça de ter a melhor conclusão para a lide e, conseqüentemente, maior harmonia social e equidade.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Clarice von Oertzen. **A função dominante na linguagem do Direito Positivo.** In Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, v. 12 nº 2, p. 87-116, jul-dez 2018.

BACHA, Maria de Lourdes. A Teoria da Investigação de Pierce. *In*: BACHA, Maria de Lourdes. **A Teoria da Investigação de Pierce.** Orientador: Breno Serson. 200. Dissertação (Pós Graduação em Comunicação e Semiótica) - PUC - SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, 2000. p. 122 - 144. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/5279/1/MARIA%20DE%20LOURDES%20BACHA.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal.** p. 3-7.

DE SOUZA, Hioman Imperiano. O pragmatismo jurídico e o sistema de justiça brasileiro. **Migalhas.com**, Migalhas. 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335752/o-pragmatismo-juridico-e-o-sistema-de-justica-brasileiro>. Acesso em: 27 jun. 2022.

DEWEY, John. **Logical Method and Law**. The Philosophical Review, vol. 33, nº 6 (Nov. 1924), pp. 560-572/ Cornell Law Review, vol. 10 nº 1, dez/1924. Tradução (sem revisão) Prof. Dr. Cassiano Terra Rodrigues.

D' MACEDO, Juliana Maria. PRAGMATISMO JURÍDICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Direito e Humanidades**, Revista Direito e Humanidades, p. 1-5, 19 jul. 2022. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/07.pdf). Acesso em: 29 jun. 2022.

IBRI, Ivo Assad. **Semiótica e Pragmatismo: Interfaces Teóricas**. Cognitio, São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, v. 5, n. 2, p. 168-179, 1 jul. 2004.

JESUS, Francisca Júlia de; NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. A FILOSOFIA DE CHARLES SANDERS PEIRCE E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EDUCAÇÃO DO PENSAMENTO. **VI CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO**, [S. l.], p. 1-8. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/58326>. Acesso em: 28 jun. 2022.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito**. In Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa, Ideia, 2013, pps. 105 a 117.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser. In Um método para a investigação das consequências**. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. Ed. Ideia, João Pessoa, 2013, p. 118-134

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e Filosofia**. Textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972, pps. 71 a 92.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, pps. 357-420.

REGO, George Browne. **O pragmatismo como alternativa a legalidade positivista: o método jurídico pragmático de Benjamim Nathan Cardozo.** In revista *duc* in algum caderno de direito, volume 1, julho-dezembro. 2019, positivistas. 21 a 57.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. **O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro.** *Direitos Fundamentais & Justiça*, [s. l.], 5 set. 2011. p. 01.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p.75.

SILVA, FRANKLIN LEOPOLDO E. **PRAGMATISMO E HUMANISMO: BERGSON, LEITOR DE WILLIAM JAMES:** PRAGMATISM AND HUMANISM! BERGSON AS A READER OF WILLIAM JAMES. *Jjj*, [S. /], p. 8, 7 jul. 2022

TUZET, Giovanni. **Legal Abduction.** In *Cognitio*, São Paulo, vol. 6 nº 2, p. 265-284, jul./dez. 2005



## O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A ATUAÇÃO DOS ATORES INTERNOS

**EVANDRO DE AGUIAR RIBEIRO:**

Mestrando em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

**Resumo:** Com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, documento que estabeleceu normas internacionais de Direitos Humanos na América Latina e seus principais órgãos Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, compondo o denominado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH), tem-se a criação e desenvolvimento do *ius constitutionale comune*, que impacta de forma transformadora a ordem normativa interna dos Estados nacionais da América Latina e sua relação com atores internos. Com efeito, o presente artigo tem por objetivo demonstrar como o SIDH impacta de forma transformadora e sua relação, muitas vezes não linear, com os Poderes constituídos dos Estados-parte e seus órgãos responsáveis pela realização da justiça, produção dos atos normativos e administração executiva. Outrossim, atores relevantes para o sistema interamericano, como as organizações de Direitos Humanos, são avaliados, por meio de pesquisa já realizada em três países latino-americanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. *ius constitutionale comune*. Atores internos.

**Abstract:** With the advent of the American Convention on Human Rights in 1969, a document that established international human rights standards in Latin America and its main bodies Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights, making up the so-called Inter-American System for the Protection of Human Rights (IASHR), there is the creation and development of the *ius constitutionale comune*, which has a transformative impact on the internal normative order of Latin American national states and their relationship with internal actors. Indeed, this article aims to demonstrate how the IASHR has a transformative impact and its relationship, often non-linear, with the constituted Powers of States Parties and their bodies responsible for the realization of justice, production of normative acts and executive administration. Furthermore, relevant actors for the inter-American system, such as Human Rights

Organizations, are evaluated through research already carried out in three Latin American countries

**Keywords:** Human rights. Inter-American System for the Protection of Human Rights. *ius constitutionale comune*. Internal actors.

## 1. INTRODUÇÃO

A proteção dos Direitos Humanos na esfera interna dos países das Américas é tarefa do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1969, composto por dois órgãos principais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

O SIDH, desde sua criação e atual estágio de desenvolvimento, vem se firmando como um importante mecanismo para proteção e garantia dos Direitos Humanos no contexto latino-americano. As últimas reformas nas normativas de funcionamento dos seus órgãos – Comissão e Corte Interamericanas – o acréscimo dos Estados que passaram a se sujeitar à jurisdição do Sistema, devido à ratificação os tratados interamericanos, somando-se à decisões e recomendações que impactam diretamente na ordem político-jurídica dos países que as implementam, vêm afirmando o sistema de proteção dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), um mecanismo único, diferenciando-o dos demais sistemas existentes, em comparação ao sistema europeu, por exemplo.

Face ao ainda recente processo de democratização nos países da Américas do Sul e Central, o SIDH se tornou elemento chave na consolidação atual regime de Direito, vocacionado à proteção dos Direitos Humanos, estabelecendo aos Estados a adoção de medidas preventivas e/ou repressivas à violação dos Direitos Humanos e impactando diretamente nos órgãos internos dos Estados, notadamente na administração da justiça, legislativo e executivo.

Tal impacto tem seu fundamento no desenvolvendo de um corpo jurídico comum latino-americano, constituído pelas normas internacionais e a formação de uma jurisprudência do SIDH composta pelas sentenças da Corte Interamericana e recomendações da Comissão Interamericana. Tais mandamentos internacionais constituem o denominado *ius constitutionale commune*, capaz de impactar nos sistemas constitucionais nacionais de forma transformadora, com o escopo de construir um bloco comum de constitucionalidade, formado pela simbiose entre os tratados internacionais de Direitos Humanos, as sentenças e recomendações da CorteIDH e CIDH conjuntamente com

as normas constitucionais e infraconstitucionais nacionais por meio das suas cláusulas de abertura.

Toda essa dinâmica de funcionamento e estrutura normativa transformadora somente é possível devido a atuação de agentes transformadores que acionam, interagem e articulam com o SIDH, notadamente Organizações de Defesa dos Direitos Humanos (ODH), advogados e advogadas, acadêmicos e a sociedade civil organizada, bem como a atuação dos órgãos internos nas mais diversas esferas do poder instituído seja na judiciária, nos órgãos deliberativos de origem das leis ou pela administração executiva nos Estados.

Mediante pesquisa bibliográfica e com fonte primária, por meio do estudo de sentenças da Corte Interamericana e relatórios da Comissão Interamericana, o presente estudo apresenta a análise da literatura nacional e internacional sobre o tema, expondo as razões e fundamentos acerca da relação entre o SIDH e atores internos e suas consequências para proteção e efetividade de direitos à luz do *corpus juris* interamericano.

A literatura estudada auxilia na caracterização do denominado *ius constitutionale commune* e sua conseqüente relação com os próprios órgãos do SIDH e os problemas identificados para cumprimento das medidas de reparações em diferentes níveis do Estado. Por fim, a referida caracterização não ficaria completa sem análise dos atores que acionam o SIDH. Para tanto, utiliza-se a pesquisa desenvolvida por Par Engstrom e Peter Low em três países da América Latina: Peru, Colômbia e Brasil.

## **2. CONSIDERAÇÕES SOBRE *IUS CONSTITUTIONALE COMUNE* NA AMÉRICA LATINA**

A estrutura dos sistemas de proteção de Direitos Humanos mundial e regional é centrada no superprincípio da dignidade humana e de forma multinível, considerando a esfera nacional e internacional (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 06).

O Direito Constitucional contemporâneo tem oportunizado maior abertura às normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, a fim de absorver e ampliar o seu leque de proteção aos tratados internacionais e também a jurisprudência das cortes internacionais, ampliando assim o diálogo frutífero para integração do Direito interno com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 07-08).

Nesse contexto, desenvolveu-se a concepção de um *corpus iuris* interamericano, no qual a Convenção Americana de Direitos Humanos impõe aos ordenamentos jurídicos dos Estados, a observância de suas normas e a realização de um controle de convencionalidade,

o que permite a adequação nas normas internas à CADH e equalização dos níveis de proteção de Direitos Humanos (MAC-GREGOR, 2017, p. 327-332).

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos ocorre como uma etapa no processo de redemocratização em diversos Estados nacionais e reflete na absorção nos textos constitucionais desenvolvendo assim o conceito de Bloco de Constitucionalidade, impulsionando a abertura para o diálogo e multinível de proteção de Direitos Humanos (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 09-11).

A partir da noção de Bloco de Constitucionalidade, os Estados passam a absorver as normas internacionais nas próprias constituições, abrindo, assim as portas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e a chave para abertura desta porta são as formas de incorporação dos tratados previstas nas respectivas constituições (PIOVESAN, 2012, p. 157).

O SIDH impõe a junção entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio dos Tratados Internacionais e das decisões da Corte IDH e das recomendações da CIDH, com as Constituições nacionais, permitindo um controle convencional e multinível de proteção de Direitos Humanos e formação inevitável de um diálogo para harmonização entre o âmbito nacional e internacional, conformando assim em um Bloco de Constitucionalidade e fundamento do *ius constitutionale commune* da América Latina (ICCAL) (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 09-12).

A noção de Bloco de Constitucionalidade e abertura às normas internas aos ditames da CADH e a jurisprudência do SIDH permite aos juízes nacionais, que realizem o controle de convencionalidade para elevação dos patamares de proteção e conformação das normas internas com o *corpus iuris* interamericano (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 12).

De certo que, somente é possível a implementação deste *ius constitutionale commune*, a partir do constante diálogo entre os sistemas nacionais e interamericano.

Destaca-se que as bases teóricas para *ius constitutionale commune* surgiram a partir de iniciativas acadêmicas e aqui destaca-se um projeto realizado no Instituto *Max Planck* em Heidelberg Alemanha, à luz de dois princípios fundamentais: o diálogo e o pluralismo jurídico (RAGONE, 2016, p. 457). Pelo referido projeto, foram estabelecidos os paradigmas do *ius constitutionale commune* dos Direitos Humanos, com a teoria do constitucionalismo transformador ao contexto latino-americano, a qual pressupõe o fortalecimento do princípio democrático, do Estado de Direito e da proteção dos Direitos Humanos. A fixação de tais paradigmas são fruto de fóruns de discussão e debates sobre temas relacionados à América Latina.

O pluralismo jurídico é a premissa de interação entre os níveis internacional e nacional, que cria um sistema multinível de proteção dos Direitos Humanos, onde a defesa interamericana é complementar quando a interna falha. De outra banda, o diálogo é o princípio fundamental para construir uma colaboração profícua entre os dois níveis, evitando ou reduzindo atitudes de confronto (RAGONE, 2016, p. 458).

Deriva-se do ICCAL, que a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais latino-americanos ao Direito Internacional afeta e transforma a essência do constitucionalismo, se expressando em artigos das Constituições nacionais, buscando, assim o desenvolvimento comum dos Estados na América Latina (RAGONE, 2016, p. 458). Ele estabelece uma orientação comum para interpretação latino-americana de princípios constitucionais e desenvolvimento de um discurso jurídico regional, cujo objetivo é o fortalecimento do princípio democrático, do Estado de Direito e da proteção dos Direitos Humanos.

Esse *corpus iuris* se desenvolveu em um contexto Latino Americano, caracterizado por grandes diferenças sociais e econômicas e sistemas políticos marcados pelo "hiper-presidencialismo", pela predominância do poder executivo em relação aos demais poderes que compõem os Estados nacionais (RAGONE, 2016, p. 459-460).

Tal concentração de poder causa um desequilíbrio entre os atores institucionais dos Estados, o que permite movimentos em reação a este desnível, tais como o denominado "ativismo judicial" (RAGONE, 2016, p. 460), resultado do desequilíbrio institucional, onde se cria a ideia de que os órgãos judiciais têm a capacidade de impulsionar mudanças sociais.

Dentro desse contexto latino-americano, tem-se os órgãos do SIDH em funcionamento, em momentos diferentes da história da OEA, mas que guardam uma relação com o contexto histórico vivenciado, adequando suas decisões a agenda de Direitos Humanos do momento.

Nesse sentido, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos se desenvolveu de forma diferente durante diversas etapas implementação. Inicialmente, se concentrou em violações graves e sistemáticas perpetradas por regimes ditatoriais e em conflitos violentos. Em um segundo momento, se concentrou em processos de transição para a democracia de diferentes países, notadamente quanto a temática quanto a lei de anistia em regimes pós-ditatoriais.

E, em uma fase mais recente, em direitos diversos concernente em velhas e novas questões, tais como, exclusão social e grupos vulneráveis, bem como a ampliação para diversas temáticas, exemplo: indígenas, mulheres, crianças, migrantes, etc. (RAGONE, 2016, p. 460).

### **3. O SISTEMA INTERAMERICANO E SUA RELAÇÃO COM ATORES INTERNOS**

O SIDH, ao desempenhar seu papel de aplicador e interprete da CADH, cuja estrutura é voltada a garantia de direitos e elevação dos níveis de proteção dos Direitos Humanos, à luz do ICCAL, impacta nos sistemas jurídicos internos e com reflexo nos agentes internos, cujo mecanismo principal é a criação de um diálogo interamericano, na busca de soluções e consolidação de um desenvolvimento comum e consolidação do próprio Estado de Direito.

Assim, o SIDH influencia a atuação de agentes pertencentes às estruturas de poder do Estados-parte da CADH, especialmente, nos Poderes constituídos, seja Judiciário, Legislativo e Executivo. Esse impacto ocorre de diversas formas, que se configura de acordo com o nível de poder afetado e o local na região (RAGONE, 2016, p. 457).

A relação entre o SIDH e os órgãos responsáveis pela administração da justiça interna dos Estados-parte, por exemplo, é muito importante, por pressupor que uma interação frutífera juntamente ao judiciário nacional, venha a contribuir com a construção de um *ius constitutionale commune* em matéria de Direitos Humanos (RAGONE, 2016, p. 461).

O Poder Judiciário exerce o controle de convencionalidade, a partir de um diálogo realizado entre normas internacionais e o sistema jurídico nacional em uma perspectiva horizontal, o que impõe a compatibilização entre ambos os sistemas, no sentido de harmonizar os padrões nacionais e internacionais para a maior proteção aos Direitos Humanos e vertical no sentido de desenvolver a jurisprudência interna que absorva os padrões internacionais (RAGONE, 2016, p. 461), revelando os dois princípios fundamentais do ICCAL: o diálogo e o pluralismo jurídico.

Para a implementação do *ius constitutionale commune* no âmbito do Poder Judiciário, são estratégias importantes a sensibilização dos Juízes nacionais sob uma perspectiva preventiva e, posteriormente, de efetividade do funcionamento do sistema. Tais estratégias também servem para evitar a responsabilidade internacional do Estado e, principalmente, elevar os níveis de proteção dos Direitos Humanos e, em caso, de eventual reconhecimento de responsabilidade do Estado e conseqüente condenação, criar um

ambiente onde a execução das sentenças faça parte da cultura jurídica (RAGONE, 2016, p. 461).

Existem muitos desafios para a realização do controle de convencionalidade em um Estado-parte, passando desde a cultura jurídica do país, a abertura às fontes internacionais de Direito, bem como a resistência e mentalidade dos juristas "cripto-tipos" (RAGONE, 2016, p. 462).

O fortalecimento do diálogo horizontal com a valorização da jurisprudência interna pode operar como uma verdadeira "revisão dialética", criando uma consciência de que é dever dos juízes nacionais observar o *corpus iuris* interamericano, incluindo nisso a jurisprudência do sistema interamericano.

Por sua vez, quanto à jurisprudência do sistema interamericano, impende-se destacar a ampliação e fortalecimento do diálogo horizontal, revelada pela tendência de que as decisões da Corte e as recomendações da Comissão e seus efeitos impactam outros sistemas jurídicos nacionais, os quais não são diretamente afetados por uma decisão do SIDH (RAGONE, 2016, p. 462-463).

O SIDH também impacta no Poder Legislativo, pelo fato de que as decisões da Corte Interamericana e as recomendações da Comissão Interamericana tem o poder influenciar modificações normativas nos Estados-parte, com o objetivo de harmonizá-las com os tratados interamericanos ou elevar os níveis de proteção normativa (RAGONE, 2016, p. 464).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não determina a anulação de uma norma nacional considerada contrária a CADH, contudo, impõe ao Estado condenado a obrigação de realizar reforma na legislação ou mesmo em sua Constituição, no que for contrário a norma internacional (RAGONE, 2016, p. 465). São exemplos de impactos desta natureza em sistema jurídicos internos (RAGONE, 465) os casos Claude Reyes y otros vs. Chile, o qual impactou em alterações legislativas para garantir o direito de acesso à informação; "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, que provocou modificações na Constituição e o caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, relativamente a lei de anistia (RAGONE, 2016, p. 465).

Outro efeito de ampliação do diálogo horizontal é quando a declaração de não convencionalidade de uma norma de determinado Estado nacional causa impacto em outro Estado nacional, que possui normas semelhantes, acarretando na mudança

normativa também neste Estado não diretamente afetado pela decisão; a exemplo do que ocorreu na Resolução de supervisão de cumprimento do caso *Gelman vs. Uruguai* (2013) (RAGONE, 2016, p. 466).

Por outro lado, importa aqui destacar o impacto das decisões da Corte Interamericana e das recomendações da Comissão Interamericana na alta administração de um Estado Nacional.

O chefe do Poder Executivo tem um papel relevante no cumprimento das decisões e elemento chave na relação com os organismos internacionais, notadamente no componente político, como o agente representante do Estado integrante da Organização dos Estados Americanos (RAGONE, 2016, p. 467).

O agente responsável pela administração superior de um Estado possui papel estratégico para o cumprimento das reparações decorrentes de condenações provenientes de decisões do SIDH. Ele é o ator que tem a função de dar cumprimento a várias medidas de reparação como pedidos de desculpas, publicação de decisões, grandes reformas estruturais e etc (RAGONE, 2016, p. 467).

No cumprimento das decisões e das recomendações, é o chefe do executivo que se expõe à opinião pública, quando realiza as medidas de reparação de impactos estruturais internamente, dando também seguimento ao cumprimento gradativo das medidas.

Não obstante tal papel central no diálogo com os órgãos do SIDH, aspecto sensível está relacionado aos Estados-partes que expressam resistência a favor da supremacia dos padrões nacionais e consideram as condenações como ingerência indevida à ideia de soberania. Em contraponto justamente ao que é proposto pelo *ius constitutionale commune* que, por sua vez, se propõe uma equalização entre os sistemas internacional e nacional para garantir uma proteção multinível, elevação do patamar de proteção onde for deficitário e prevalência dos níveis mais elevados de proteção, tudo mediante um diálogo horizontal (RAGONE, 2016, p. 467).

Por tais razões, a relação entre o Poder Executivo e o SIDH é delicada e muitas das vezes tensa, posto que chefes da administração executiva dos Estados reagem às determinações da Corte IDH e da CIDH de forma conflituosa, criando embaraços ao cumprimento e a ponto de ameaçar a retirada do sistema interamericano. Algumas dessas estratégias de tensões são classificadas enquanto categorias e algumas dessas tipologias se apresentam como as mais comuns (RAGONE, 2016, p. 467).



Como categorias, tem-se a estratégia de saída ocorre quando os Estados denunciam a Convenção e abandonam o sistema interamericano, o que ocorreu, por exemplo, com Trinidad e Tobago (1998) e Venezuela (2012); estratégia de tensão, movimento de choque caracterizado pelo discurso de ameaça de saída do SIDH, a qual Peru, Bolívia, Equador e Brasil já manifestaram; estratégia de terceira via, onde o Estado Nacional afirma que não aceita a condenação internacional e, posteriormente, o Tribunal Constitucional nacional declara a inconstitucionalidade da lei, por meio da qual o Estado havia anteriormente aceitado a jurisdição da Corte IDH, precedente já ocorrido com a República Dominicana após a sentença no Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (RAGONE, 2016, p. 467).

Ao lado do impacto perante os agentes estatais internos, o SIDH oferece um importante espaço político transnacional para o ativismo da sociedade civil na região, incluído aqui Organizações de Direitos Humanos (ODH), advogados e advogadas, militantes e universidades.

O impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos reside, também, no potencial dos Direitos Humanos para alterar as dinâmicas das políticas nacionais e proporcionar aberturas para os atores da sociedade civil, oferecendo importante espaço político transnacional para o ativismo da sociedade civil na região (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 24-25).

O desenvolvimento do SIDH criou importantes oportunidades para a advocacia transnacional nas Américas. O acesso individual ao sistema interamericano tem se fortalecido à medida que ele tem evoluído gradualmente para um regime judicial, com foco processual na força da argumentação jurídica e na geração de jurisprudência regional de Direitos Humanos (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 25).

O fortalecimento dessa atividade promove impacto do sistema interamericano em sua dimensão material, onde abra novos horizontes políticos e oportunidades, bem como gera aumento dos fluxos de recursos para a defesa dos Direitos Humanos. Como impacto em âmbito interno, o peticionamento internacional pressupõe promoção de formação pelas Organizações de Direitos Humanos, uso de ferramentas discursivas para um enquadramento eficaz na política e termos socialmente relevantes, assim como facilitação de alianças, novas identidades e Estados (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 25).

As instituições internacionais, a exemplo do sistema interamericano, criam espaços e arenas políticas para os atores não estatais se organizarem e mobilizarem.

Existe uma tendência das ODH recorrerem a mecanismos internacionais quando as autoridades internas não são tão receptivas quanto as demandas. (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 25).

A articulação entre os atores é muito importante para a mobilização perante o SIDH, a fim *de se* obter resultados positivos e ampliar oportunidades.

A configuração de atores, um termo que engloba aliados, adversários, movimentos contrários e o público em geral, pode moldar a estrutura de oportunidades políticas de forma a facilitar ou restringir a mobilização social e o alcance do sucesso nas demandas de acordo com (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 26). Assim, o autor elenca algumas influências diretas: o equilíbrio de poder; o caráter dos conflitos internos; apoio público; oportunidades políticas e entre outros.

As organizações têm ao seu alcance oportunidades transnacionais, que o sistema interamericano oferece para tentar impor sanções internacionais ao Estado, em caso de violações sistemáticas de direitos, permitindo, assim, buscar justiça em casos individuais como estratégia para forçar mudanças políticas, jurídicas e institucionais mais amplas nos Estados em questão (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 26).

As organizações podem utilizar o sistema interamericano, como estratégia para exposição de sistemáticas e institucionalizadas violações de Direitos Humanos, com o escopo de utilizar os mecanismos de constrangimento para pressionar os Estados a realizarem mudanças positivas (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 26).

O SIDH possibilita o diálogo sobre questões de Direitos Humanos com os governos, alterando assim a dinâmica do processo político no que diz respeito à formulação, implementação e desenvolvimento de políticas públicas. Com efeito, as Organizações, por exemplo, podem tentar negociar com instituições estatais por meio dos procedimentos de soluções amistosas fornecidos pela CIDH (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 25-26).

O sistema de direitos humanos regional em apreço pode envolver e articular alianças entre grupos de defesa de Direitos Humanos e atores estatais, além de conferir legitimidade às Organizações locais, tornando suas reivindicações mais convincentes para seus potenciais constituintes, audiências e alvos mais amplos. Em particular, as normas, os *standards* e os princípios do sistema interamericano fornecem um arcabouço legal para

identificar um problema como de Direitos Humanos, um ator e ou uma instituição responsável e um remédio jurídico, em suma, um quadro discursivo para os ativistas pressionarem os Estados a adotar reformas (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 26-27).

As ODH encontram no sistema interamericano um campo propício para articulação com diversos outros atores e para a utilização de mecanismos de proteção, como o sistema de casos, para tanto necessitam ampliar a capacidade técnica e profissionalismo, bem como o trabalho de articulação perante os órgãos componentes do SIDH, a fim de obter resultados positivos na promoção de direitos (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 26-27).

Destaca-se a atuação de ODH tais como o *Center for Justice and International Law* (CEJIL), organização profissionalmente preparada, com grande capacidade de articulação e litígio internacional, com sede em Washington, D.C. nos EUA, local estratégico para articulação *lobby* na CIDH (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 28).

O litígio promovido por ODH perante o SIDH apresenta diferentes graus de participação e engajamento, de acordo com a origem da entidade, destacando-se aqui estudo estatístico comparativo realizado por ENGSTROM e LOW entre organizações provenientes do Peru, Colômbia e Brasil, apontando perfis de atuação diferentes, tanto na quantidade e forma, entre os anos de 1999 a 2014 (2019, p. 30-36).

Conforme esse estudo, as ODH provenientes da Colômbia foram os que mais consistentemente utilizaram o sistema interamericano, com 74% das petições envolvendo pelo menos uma organização, em segundo lugar ficou situado o Brasil, com uma peculiaridade, dos 48 casos levantados, houve a participação de 56 organizações, ou seja, em termos comparativos há uma maior quantidade de entidades peticionantes do que o número de casos. Enquanto que no Peru, o envolvimento de ODH está em 31% dos casos (2019, p. 32-35).

Registra-se ainda que a presença de ODH internacional foi mais fortemente observada no Brasil, mencionando-se a participação do CEJIL, responsável por 15 casos no período (2019, p. 28; 35). Por seu turno no Peru e na Colômbia, houve prevalência na atuação das ODH nacionais (2019, p. 35).

Os litigantes dos três países incluíam tanto ODH nacionais, como ODH internacionais que trabalham em diferentes âmbitos de incidência. No entanto, o equilíbrio entre as duas variava muito entre os países. A presença internacional foi muito mais acentuada no Brasil, onde se constata forte atuação do CEJIL. Em contraste, na Colômbia e

no Peru, as ODH locais são a maioria enquanto que os organismos internacionais desempenharam um protagonismo menor no processo de apresentação de petições. As razões para tais diferenças repousam sobre aspectos sociológicos em cada país, segundo ENGSTROM e LOW (2019, p. 35-36).

Em resumo, os dados confirmam que os níveis e padrões de participação de ODH apresentam grande variação, notadamente em termos do número de participação de organizações no quantitativo geral de casos apresentados e a origem das entidades, se nacionais ou internacionais (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 35-36).

Tratando de forma específica sobre o perfil de peticionamento dos casos envolvendo o Brasil, de acordo com os referidos autores, não obstante o elevado nível populacional e complexidade da sociedade brasileira, o Estado brasileiro encontra-se entre os mais baixos demandantes da América Latina (2019, p. 46).

As possíveis causas para a baixa demanda seriam a que Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana somente em 1998, baixa adesão pelas autoridades brasileiras diante das recomendações da CIDH, a existência de órgãos internos responsáveis pela promoção direitos, tais como o Ministério Público, que acabam por absorver parte das demandas da sociedade (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 46-47).

Contudo, há um grande interesse por parte das ODH brasileiras no SIDH, que é incentivado por organizações internacionais tais como, CEJIL e Justiça Global, esta criada em 1999, com atividades destinadas a articulação internacional (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 47-48).

Como exemplos de resultados de impacto decorrentes de atividades de organizações como o CEJIL e Justiça Global estão a construção de um memorial às vítimas do massacre do Carandiru; recomendações ao Brasil no caso Maria da Penha; sentenças de Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) e Damião Ximenes Lopes (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 48).

Não obstante os resultados positivos e o incremento no número dos litígios, as demandas ainda são aquém do esperado e os prováveis motivos seriam a desconexão cultural do Brasil com os outros países da América Latina, maior frequência de acionamento de sistemas globais como a ONU, forte resistência do Estado e baixa cooperação por parte do Poder Judiciário (ENGSTROM; LOW, 2019, p. 48-49).

Observa-se aqui, quanto a atuação de organizações de defesa dos Direitos Humanos que exercem um importantíssimo papel perante o SIDH, enquanto peticionantes para a obtenção de resultados positivos e possuem configuração diferenciada do local de origem das demandas ora concentrada em organizações nacionais ou internacionais.

#### **4. CONCLUSÃO**

O SIDH é um meio de promoção de direitos e se propõe impactar positivamente nos Estados-parte, a fim de elevar os níveis de proteção aos Direitos Humanos. Senso que para alcançar este objetivo, existe um sofisticado e complexo mecanismo envolvendo aspectos teóricos, práticos e articulação entre diversos atores, tais com o desenvolvimento da concepção do *ius constitucionale comune*, a atuação de órgãos internos e o envolvimento de organizações da sociedade civil.

O desenvolvimento do *corpus juris* interamericano do *ius constitucionale comune* na América Latina permite o desenvolvimento de estrutura jurídica para impactar os Estados-partes, no âmbito de suas normas internas, com base no pluralismo jurídico, ou seja, com a convivência entre as normas internacionais e nacionais, permitindo assim um diálogo para equilibrar os níveis de proteção de Direitos Humanos, operacionalizado por meio do controle de convencionalidade realizado tanto pelos órgãos do sistema interamericano, como pelo juízes nacionais.

Os agentes internos dos Estados-parte são direta e indiretamente impactados pelo *ius constitucionale comune*, visto que tanto os tratados internacionais interamericanos, quanto as decisões proferidas pelo SIDH forcem a observância, por parte dos poderes nacionais constituídos, notadamente o executivo, legislativo e judiciário, de uma mudança de postura com alterações normativas e tutela jurisdicional de direitos. De certo que esta relação não é totalmente harmônica ou isenta de tensões, mas, a ampliação de direitos disposta pelo SIDH, permite que os Estados reconheçam uma amplitude de direitos e impacte diretamente no acesso à justiça e promoção de Direitos Humanos.

Para a realização desta tarefa de implementar o *ius constitucionale comune* e seu impacto nos Estados-parte, é essencial a atuação de organizações de defesa dos Direitos Humanos, a sociedade civil e a academia, atores essenciais à atuação, mobilização e articulação do sistema interamericano.

Como apontado acima, a participação de ODH ocorre de diversas formas, sendo os resultados obtidos bastantes positivos, restando para as organizações locais

brasileiras, maior autonomia de peticionamento, em comparação com a realidade de organizações locais de outros países da América Latina.

## 5. REFERÊNCIAS

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do jus constitutionale commune. *In: Revista direitos humanos e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set-dez, 2019.

ENGSTROM, Par; LOW, Peter. **Mobilising the Inter-American Human Rights System: Regional Litigation and Domestic Human Rights Impact in Latin America.** *In: ENGSTROM, Par (Org).* The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance. Palgrave Macmillan, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **The Conventionalitty Control as a Core Mechanism for the Ius Constitutionale Commune.** *In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.).* Transformative Constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, p. 321-336, 2017.

MANZO, Abelardo J. **Manual para la preparación de monografías: una guía para presentar informes y teses.** Buenos Aires: Humanitas, 1971.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAGONE, Sabrina, The importance of the relationship between domestic institutions and the inter-American system for the protection of human rights. *In: Inter-american and european human rights journal*, 9, p. 456-469, 2016.

## **VIOLÊNCIA URBANA E O PAPEL DO DIREITO URBANÍSTICO**

**RENATO RAFAEL DE BRITO FELL:**

Mestrando em Direito Ambiental, Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Militares, Tecnólogo em Segurança Pública, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduado em Direito Militar, Pós-graduado em Maçonologia, História e Filosofia, MBA em Gestão e Inteligência de Segurança Pública, MBA em Segurança e Defesa Cibernética, Oficial do Quadro de Oficiais do Estado Maior da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

**RESUMO:** A alta concentração humana nas cidades na atualidade é uma realidade, e neste contexto a violência urbana tem se revelado crescente, fazendo necessário que o direito urbanístico assuma seu papel de regulador como braço do Direito Público que tem como objetivo estudar e apresentar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística. Considera-se o Direito Urbanístico como o aglomerado de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinado a ordenar os espaços habitáveis. O artigo tem por tema a violência nas cidades e o papel do direito urbanístico neste contexto, e justifica-se a escolha do tema pela relevância que o direito urbanístico possui neste âmbito. Dispõe como escopo analisar o papel do direito urbanístico no contexto da violência urbana. Conserva ainda a intenção intrínseca de analisar a violência nas cidades na contemporaneidade; discorre sobre a atividade urbanística; perquire o papel do direito urbanístico no contexto da violência urbana; observa problemas e traz soluções para as problemáticas identificadas. Para isso a metodologia escolhida foi à revisão bibliográfica, desenvolvida através de ampla pesquisa de cunho qualitativo. No contexto das políticas públicas de direito urbanístico, planejamento urbanístico, ordenação do solo, ordenação urbanística de área de interesse especial, ordenação urbanística da atividade edilícia e instrumentos de intervenção urbanística e os aglomerados de exclusão nas periferias que geram a violência urbana. Conclui-se que o direito urbanístico possui papel fundamental no combate a violência urbana.

**Palavras-chave:** Violência urbana. Direito urbanístico. Papel. Desafios. Importância.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCENTRAÇÃO URBANA. 3. VIOLÊNCIA URBANA. 4. VIOLÊNCIA URBANA EM ÉPOCA DE PANDEMIA. 5. DIREITO URBANÍSTICO. 6. PAPEL DO DIREITO URBANÍSTICO NO COMBATE A VIOLENCIA URBANA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIA.

## **1. INTRODUÇÃO**

As sucessivas crises econômicas e sociais ocorridas no Brasil trouxeram o fenômeno da alta concentração urbana, e a alta aglomeração humana desorganizada nas cidades trazem em seu esteio diversos problemas como a violência urbana, o que exige do Estado medidas e ações, e neste contexto uma das ferramentas é direito urbanístico, estabelecendo espaços Urbanos nas cidades como conjuntos de atividades de integração local, casas, edifícios, atividades e práticas econômicas, sociais e culturais no mesmo local. Para o desenvolvimento do estudo, discorreu-se sobre a violência nas sociedades atuais, em especial na violência urbana no contexto brasileiro. Em seguida sobre o direito urbanístico e seus aspectos, e por fim como o direito urbanístico atua diretamente no combate à violência urbana.

O presente artigo possui como objetivo geral discorrer sobre o papel do direito urbanístico no combate à violência, e como objetivos específicos: analisar a violência urbana, em especial no contexto brasileiro; discorrer sobre o urbanístico no Brasil; analisar o papel do direito urbanístico no combate à violência urbana e por fim apontar soluções para os problemas identificados com relação à violência urbana e papel do direito urbanístico.

A escolha do tema justifica-se pela alta concentração e aglomeração em áreas suburbanas nas cidades brasileiras, o que traz em seu contexto aumento da violência, inclui-se o papel do direito urbanístico estruturando as cidades e auxiliando muito na diminuição violência e aumentando a qualidade de vida das pessoas que moram nesses locais de risco.

Tendo em vista a natureza da proposta apresentada, como metodologia optou-se pela revisão bibliográfica, e, para concretizá-la, será realizada uma avaliação dialética das posições de teóricos competentes sobre assuntos como concentração urbana, violência urbana e direito urbanístico, entre outros relacionados ao tema. Os dados serão avaliados através de interpretação, análises e comparações de visões contrastantes de autores acerca dos assuntos trabalhados, bem como da legislação e entendimentos sobre o assunto.



## 2. CONCENTRAÇÃO URBANA

Antes de se iniciar a discorrer sobre o tema da violência urbana, necessário se explanar acerca de assuntos relacionados, como a alta concentração urbana da atualidade que é um dos motivos da violência urbana contemporânea. Para Barbosa (2016) as crises econômicas e culturais pelas quais o Brasil vem enfrentando ao longo do tempo fizeram surgir indicadores socioculturais que demonstram que o conseqüente empobrecimento da população levou à conseqüências econômicas como diminuição da faixa salarial, transformações na relações trabalhistas, aumento das desigualdades e migrações para os grandes centros em busca de melhores condições de vida.

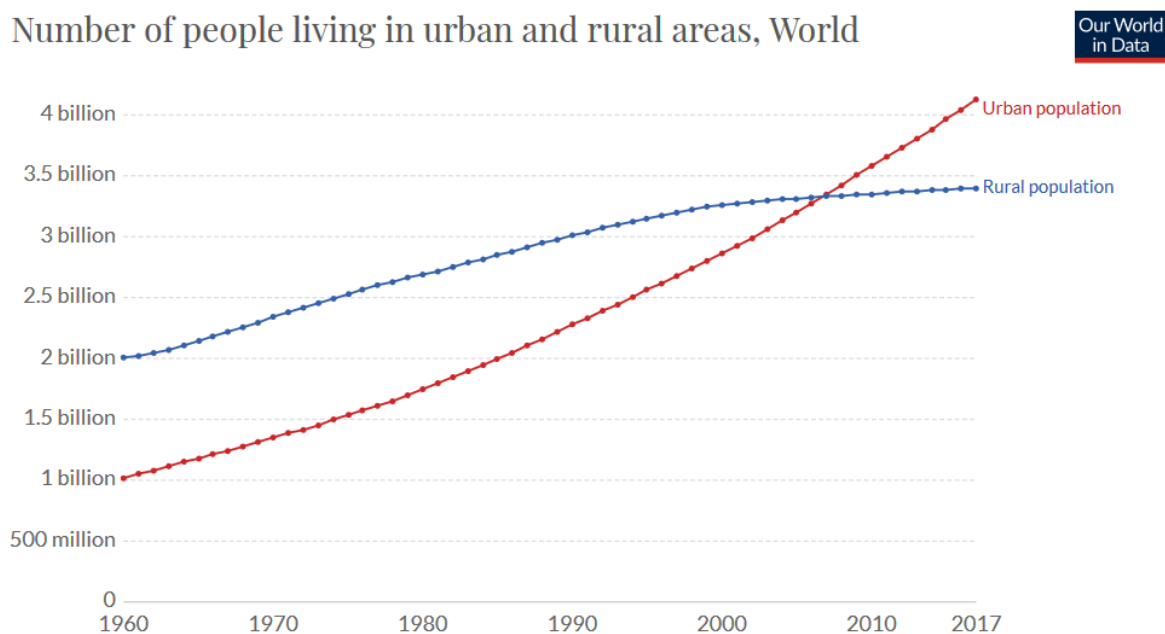
Além dos fatos acima trazidos, a promessa de emprego e prosperidade, entre outros fatores, atrai pessoas para as cidades, conforme esclarece Ritichie; Roser (2018). Metade da população global já vive nas cidades e, em 2050, dois terços da população mundial devem viver em áreas urbanas. Porém nas cidades existem dois problemas graves a serem enfrentados, a pobreza e a degradação ambiental. A má qualidade do ar e da água, a disponibilidade insuficiente de água, os problemas de descarte de resíduos, problemas de mobilidade e o alto consumo de energia são exacerbados pelo aumento da densidade populacional e das demandas dos ambientes urbanos. Um planejamento urbano forte será essencial para gerenciar essas e outras dificuldades à medida que as áreas urbanas.

A vida nas cidades tem sido alvo de intensos debates nas últimas décadas. Tendências globais apontam problemáticas demográficas, ambientais, sociais e econômicas, que são exacerbadas pela forma de organização e produção da vida nas cidades. Ao mesmo tempo, as cidades são reconhecidas como centros culturais, intelectuais, tecnológicos, produtivos e organizativos; servem também como motores de desenvolvimento humano e social (ANDRADE; FRANCESCHINI, 2017).

Segundo Silva; Romero (2013), o mundo está se tornando cada vez mais urbanizado e as cidades de hoje já acomodaram mais da metade da população da Terra. Da mesma forma, a pesquisa na área de urbanização e sustentabilidade tem se tornado uma linha cada vez mais consolidada no meio acadêmico internacional. Para um mundo urbano com mais de 3,5 bilhões de pessoas em todo o mundo, a necessidade de estabelecer novas formas e métodos para novos levantamentos, interpretações, monitoramento e aplicação espacial ao planejamento urbano e regional está se tornando cada vez mais importante. Quanto ao mundo urbano do Brasil, mais de 160 milhões de residentes participam desta realidade, o que torna tais centros propícios para que a violência se instale.

A figura abaixo mostra como a concentração das pessoas em cidades vem ocorrendo de forma cada vez mais exacerbada:

Figura 1 - Número de pessoas vivendo em áreas urbanas (vermelho) e rurais (azul).



Fonte: Ritichie e Roser, 2018.

Segundo dados do site da United Nations em 2018, na atualidade cerca de 55% da população mundial vivem em áreas urbanas, uma proporção que deve aumentar para 68% até 2050. As projeções mostram que a urbanização, a mudança gradual na residência da população humana das áreas rurais para as urbanas, combinada com o total o crescimento da população mundial poderá adicionar outros 2,5 bilhões de pessoas às áreas urbanas até 2050, com quase 90% desse aumento ocorrendo na Ásia e na África, de acordo com um novo conjunto de dados das Nações Unidas lançado hoje (UNITED NATIONS, 2018).

Ainda segundo o site do departamento, a população urbana do mundo cresceu rapidamente de 751 milhões em 1950 para 4,2 bilhões em 2018. A Ásia, apesar de seu nível relativamente baixo de urbanização, abriga 54% da população urbana do mundo, seguida pela Europa e África com 13% cada. Hoje, as regiões mais urbanizadas incluem a América do Norte (com 82% de sua população vivendo em áreas urbanas em 2018), América Latina e Caribe (81%), Europa (74%) e Oceania (68%). (UNITED NATIONS, 2018).

Importante ressaltar que os números acima trazidos foram coletados antes da pandemia da Covid-19, e acredita-se que a busca pelos centros urbanos tenha se

exacerbado após a pandemia, o que por sua vez aumenta a proporção de problemas decorrentes, como a violência.

Andrade e Franceschini (2017) apontam que ao considerar as problemáticas sociais, econômicas e demográficas, viver na cidade implica condições inadequadas de moradia, por trazer exclusão social e outros agravos à população. Simultaneamente, a cidade também é cenário das produções culturais, sociais e afetivas. Cresceu, então, a necessidade de refletir sobre o direito à cidade e a relação com a promoção da saúde de seus habitantes. Para contribuir, agendas urbanas foram construídas pensando nesta ambiguidade da cidade.

Neste sentido afirma professor RECH (2020), cidade inteligente precisa interligar diversos fatores, tais como: eficiência energética em construções, transporte integrado e multimodal, manejo de resíduos, projetos de governança, zoneamentos sustentáveis, entre outros, quando a tecnologia é um instrumento ou meio valioso e necessário a ser acrescentado.

### **3. VIOLÊNCIA URBANA**

A violência, como bem coloca Minayo (2006), consiste no uso da força, do poder e de privilégios para dominar, submeter e provocar danos a outros indivíduos, grupos e coletividades, sendo historicamente construída a partir das relações de poder, etnia, gênero e classe social. A autora ainda esclarece que os relatos da incidência de violência nas sociedades atravessam eras, estando presente na história das civilizações, se apresentando dentro de períodos ou épocas em todos os contextos e é sempre o reflexo da sociedade que a reproduz.

Levisky (2010) também assinala que a violência não é uma marca da sociedade contemporânea, pois ela está junto do homem desde tempos imemoriáveis, entretanto com o passar dos anos a sua forma de manifestação foi se modificando. Ainda segundo o autor, não há quem não consiga identificar um fenômeno de situação violenta ou ação, por isso conceituar a violência é complexo, pois a ação que gerou a violência ou sentimento relativo aquela circunstância pode ter múltiplos significados, dependendo da cultura, do contexto e das condições na qual ocorreu.

Para Barbosa (2016), as diversas crises econômicas no Brasil fez com que o Estado deixasse de oferecer serviços como educação, saúde, transporte, dentre outros, e a população passou a enfrentar ainda mais dificuldades por não ter acesso a serviços essenciais, o que deflagrou a denominada violência estrutural, delimitada pelas condições econômicas a que os indivíduos estão sujeitos e atinge diretamente a estrutura familiar. A violência social é representada pelas dimensões de gênero, etnia/raça e geracional. Este

tipo de violência é concebido por valores de determinados grupos sociais que, devido às desigualdades de poder político, econômico e social, estão sujeitos a realizar ou ser vítima de violência.

Orellana *et al.* (2019) esclarece que os problemas sócio-econômicos e culturais que permeiam as sociedades contemporâneas podem trazer como consequências os diversos tipos de violência. Esclarecem ainda que sendo a violência um problema de ordem pública, é uma questão que requer a elaboração de políticas locais e regionais, de modo a produzir respostas no combate a todas as formas de violência contra a mulher e na promoção da igualdade.

No contexto da violência urbana, a vitimização de mulheres por homicídios ligados à violência urbana chega a ser alarmante no Brasil, sendo a misoginia parte significativa no contexto social. Neste cenário, não há como não se falar da violência urbana contra as mulheres negras, eis que estatísticas confirmam ser uma das populações com mais vítimas de todos tipos de violência.

Por ser produto e meio de produção social, o espaço urbano reflete a dimensão da desigualdade na distribuição de riquezas (Balbim, 2016). Tem-se a cidade como objeto de acumulação e de reprodução capitalista, concentradora de pobreza e de vulnerabilidades sociais pela exclusão e segregação socioespacial. Assim, se, nos primórdios da urbanização (tardia) brasileira, o desenvolvimento dos núcleos urbanos advinham da expulsão do campo pela redução dos empregos em função da mecanização e da transformação do solo agrícola em reserva de valor (Dowbor, 2016), atualmente o mesmo modelo de valorização se repete nos ambientes urbanizados, na produção das cidades como mercadorias, em um ambiente favorável ao surgimento e à reprodução de uma nova forma de geração de riqueza, fundamentada na especulação imobiliária e no valor associado à escassez da terra. (OLIVEIRA; LOPES; SOUSA, 2018)

Outra população que está entre as maiores vítimas da violência urbana, segundo Anjos-Júnior; Lombradi-Filho e Amaral (2018), 80% são homens, com 65% destes possuindo idades entre 15 e 49 anos. Os autores apontam ainda que a taxa de mortalidade por violência no Brasil o coloca à frente de países como Equador, Peru e Argentina, entre outros. Os autores ainda afirmam que os principais fatores de risco para a violência se relacionam à densidade populacional e às disparidades de renda. Desta forma, segundo os autores, o rápido crescimento populacional em áreas urbanas, em conjunto com a migração de populações rurais, se revelam fatores de risco se a capacidade de infraestrutura e o desenvolvimento social e econômico que não forão capazes de acompanhar tal crescimento.

Rosa *et al.* (2012) apontam que a partir das últimas décadas do século passado a violência urbana vem ganhando amplo espaço no debate público, inclusive no que se refere à busca por maneiras de enfrentamento e de prevenção de ocorrências cujas consequências não distinguem classe social. O crescimento da violência urbana, em especial nas regiões metropolitanas, trouxe o problema como uma das mais relevantes questões sociais urbanas na atualidade, que se vinculam às condições sociais e urbanísticas desses aglomerados”

Com relação à violência no contexto do Brasil, Faleiros (2007) esclarece que o desenvolvimento do Brasil é marcado pelo período de colonização e escravidão, o que gerou as classes de elites oligárquicas dominantes, cujo imaginário social era de que poderiam explorar e dominar as categorias sociais inferiorizadas em função da sua raça, gênero ou idade, sendo que dentro dessas minorias encontrava-se índios, negros, mulheres e crianças, que foram por muito tempo marginalizados e em muitos casos, ainda hoje, vivem excluídos por não terem acesso aos serviços públicos como educação, saúde e qualificação para o mercado de trabalho.

Nesta linha, vários estudos têm mostrado a relação entre criminalidade e urbanização, demonstrando-se que locais com estudos urbanísticos e com uma estrutura de urbanização planejada apresentam menores probabilidades e índices de violência, bem como a urbanização, associada à densidade populacional e à falta de estrutura básica, seria forte facilitador à prática criminosa.

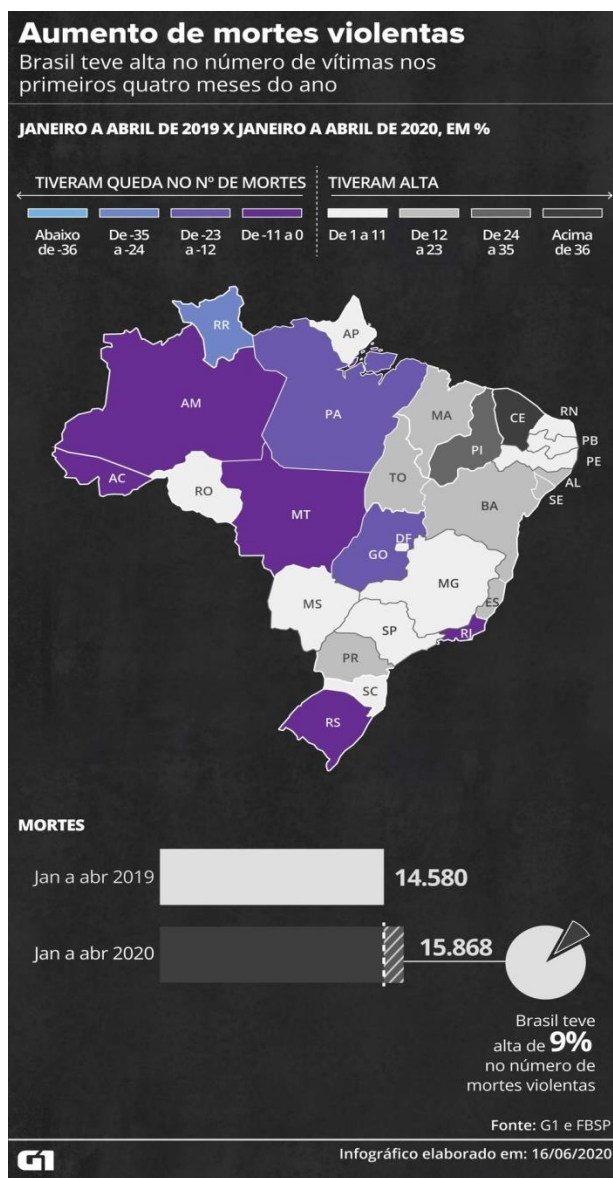
O contexto acima trazido demonstra como a violência faz parte do histórico do Brasil, e toda a realidade aqui retratada se revela ainda mais dramática nos grandes centros urbanos. Importante ainda se discorrer sobre a violência urbana em tempos de pandemia, que veio a exarcebar os problemas de violência existentes no Brasil.

#### **4. DA VIOLÊNCIA URBANA EM ÉPOCA DE PANDEMIA**

Importante explicar sobre os impactos sociais que a recente pandemia da Covid-19 trouxe, em especial no Brasil. As populações vulnerabilizadas foram a que mais sofreram os impactos diversos trazidos pela pandemia, e neste contexto, os índices da violência urbana estão sendo crescentes fruto dessa realidade.

A figura abaixo traz em dados o aumento dos casos de violência urbana que resultaram em homicídios:

Figura 03: Aumento da violência urbana na pandemia



Fonte: <https://s2.glbimg.com/>

Os números acima retratam o aumento da violência urbana em época de pandemia no Brasil, o que por sua vez retrata a necessidade de medidas pontuais para o combate da violência. Matta *et al.* (2021) esclarecem que políticas econômico-sociais devem ser criadas com vistas a combater a violência urbana que motivada por questões como crises econômicas e a recente pandemia vem aumentando no Brasil. Para os autores, as incertezas econômicas no Brasil em 2021 são muitas, e as atuais ou futuras medidas relativas à pandemia devem piorar esse cenário, assim como o quadro de violência urbana, e neste sentido, o poder público será demandado a elaborar novas políticas para dar conta desse desafio.

Em especial com relação às populações vulnerabilizadas, Matta *et al.* (2021) afirma que a pandemia veio a lançar luz sobre desigualdades sociais que já existiam e exigir soluções e medidas de enfrentamento não apenas da pandemia em si, como de todo o contexto de desigualdade, como o caso da violência urbana, e neste contexto o direito urbanístico se revela um importante instrumento, conforme se verá no tópico a seguir.

## 5. DIREITO URBANÍSTICO

A urbanização ocorrida nos grandes centros traz reflexos em todos os setores da existência humana, inclusive no direito. Conforme esclarece Cavalcanti (2018), o efeito da urbanização no Brasil atinge certamente a disciplina jurídica do direito, gerando o surgimento do denominado direito urbanístico, que é definido como o “ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”. Esclarece ainda que, não obstante as normas acerca de questões como direito de propriedade e desapropriação existirem a tempos no país, não a como se falar num direito urbanístico anterior ao século vinte.

Para a autora, o direito urbanístico é fruto e reflexo no mundo jurídico da realidade cultural e social existente no Brasil no que se refere à urbanização. Assim, é evidente a estreita relação do surgimento do direito urbanístico com a urbanização contemporânea no Brasil e a ciência do urbanismo. Não obstante o urbanismo estar presente na história da humanidade desde seus primórdios, o direito urbanístico trata-se de uma criação contemporânea, nascida da necessidade de se criar mecanismos e regramentos jurídicos das regiões urbanas. Este ramo do direito, segundo Brasil (2016), busca regular as condutas relacionadas ao desenvolvimento urbano, à ocupação do solo, à ordenação do território e ao bem-estar social.

Para o Professor RECH (2021), as nossas leis urbanísticas matam milhares de pessoas por problemas ambientais e de saúde; matam ao permitirem ocupação em espaços inadequados; matam por não contemplarem espaços de moradias para todos; matam por não preverem ou facilitarem atividades econômicas e de serviços sustentáveis; matam pela burocracia que é insensível e demora a resolver os problemas dos cidadãos; matam de fome ao onerarem atividades essenciais à sobrevivência e dignidade humana; matam enquanto se fica discutindo o que é o certo a ser feito; matam pela elitização dos espaços, e exclusão social e econômica; matam por não observarem a vocação do meio ambiente natural.

A Constituição Federal teve relevante papel na evolução do Direito Urbanístico no Brasil, tendo sido em seu texto que foi utilizado pela primeira vez de forma expressa o termo “Direito Urbanístico”, em seu inciso I do art. 24, no qual veio a estabelecer a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, bem como a

municipal, incluída em seu inciso II do art. 30 que lhe confere a capacidade de complementar a legislação federal, estadual e municipal no que for pertinente.

Brasil (2016) destaca que percebe-se do exame das fontes legislativas e da produção doutrinária, que o direito urbanístico no Brasil apresenta uma diversidade de traços constitutivos de natureza diversas, decorrendo essa circunstância de diversas razões, como a pluralidade das origens histórico-metodológicas dos temas estruturantes, a diversidade de agendas ideológicas no nascedouro do direito urbanístico, e o caráter essencialmente conflituoso da realidade social a que se destina o ordenamento jurídico-urbanístico. No contexto aqui colocado, surge o direito urbanístico como uma resposta a um quadro de novas demandas sociais e necessidades jurídicas.

Para Melo (2010), o direito urbanístico se encontra intrinsecamente ligado ao direito à moradia. O autor esclarece ainda que o Direito Urbanístico do Brasil possui seu próprio conjunto de leis próprias e específicas, bem como disposições do capítulo constitucional sobre política urbana e o Estatuto da Cidade, além da Lei federal de Parcelamento do Solo e diversas outras leis federais ambientais e sobre o patrimônio-cultural. Para Melo, o direito urbanístico tem o papel de regular e disciplinar as normas de ordem pública que se referem à proteção e promoção do direito à cidade, ao estabelecer as leis, instrumentos jurídicos, organismos públicos, e obrigações e responsabilidade dos agentes públicos para assegurar que os componentes do direito à cidade sustentável das atuais e futuras gerações sejam devidamente respeitados.

Neste contexto, volta-se mais uma vez ao direito à moradia, um direito garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no contexto nacional pela Constituição Federal de 1988, além de leis e normas extraconstitucionais.

Por outro lado, há que se ponderar que a organização social e econômica das cidades depende da reformulação do espaço urbano como motor de expansão da economia interna, justificando a execução de determinados empreendimentos com criação de empregos, geração de impostos, desenvolvimento do turismo e construção de grandes complexos culturais. (BOMFIM, 2047, p. 44)

No contexto acima trazido, questões como criação de empregos e fontes de renda, criação de espaços culturais e de moradias à populações vulnerabilizadas se revelam imprescindíveis para que os índices de violência urbana diminuam no Brasil, e neste contexto o direito urbanístico tem muito a contribuir. Em especial o direito à moradia tem ligação intrínseca com o direito urbanístico. Pontua-se que o crescente aumento do número de pessoas nos espaços urbanos veio a incrementar uma demanda habitacional



desordenada, o que denota a necessidade de uma organização urbanística regulada pelo Estado e pelas normas jurídicas.

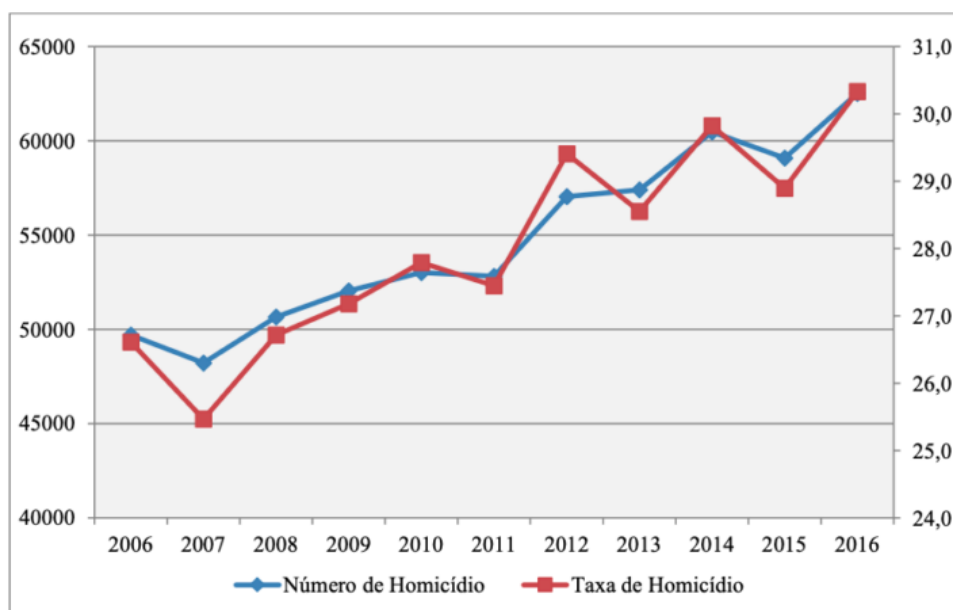
O direito a moradia no Brasil pode se traduzir como o direito de ter um lar, uma moradia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ocorrida em 1948 trouxe o direito a moradia como um direito fundamental, e sendo o Brasil um país signatário de tal instrumento internacional. Importante ainda ressaltar que o Brasil participou de outras declarações e Pactos, como o pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado em 1996 e que orienta e reconhece o direito de toda pessoa ter acesso a direitos como alimentação, vestimenta e moradia adequados.

No Brasil direito como propriedade, moradia e dignidade fazem parte dos direitos fundamentais, previstos em Constituição. Tais direitos, mais que um fenômeno legal é um fenômeno social e político. Com isso passou tais direitos a ser chancelados pelo ordenamento jurídico do Brasil, que desde a sua primeira Constituição Federativa já contemplava a propriedade privada e o direito à propriedade, porém nos moldes da época. Importante esclarecer que o direito a moradia esta atrelado fortemente a outros direitos do homem garantidos constitucionalmente, como o da dignidade humana.

No contexto acima trazido, Bomfim (2016) esclarece que a propriedade deve ter no Brasil uma função social, assim como a cidade, destacando a autora que a legislação urbanística deve existir à luz de princípios constitucionais para a materialização da justiça social e concretização do direito à moradia, bem como deve propiciar mecanismos de combate a violações como a violência urbana.

Os índices de violência urbana no Brasil são tão expressivos que o país fica entre os mais violentos em todo o mundo, conforme se verifica na figura abaixo:

Figura 02: comparativo entre violência urbana e violência no trânsito



Fonte: IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. O número de homicídios na UF de residência da vítima foi obtido pela soma das seguintes CIDs 10: X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Fonte: <https://www.todoestudo.com.br>

O Direito Urbanístico tem como princípios a função social da propriedade e da cidade, tendo ainda como princípio a Repartição de Ônus e Distribuição de Benefícios, princípio da cooperação, da gestão democrática da cidade e o princípio da sustentabilidade. Tais princípios estão relacionados intimamente com o combate a violência urbana. A política urbana nacional traz ainda como princípios a equidade, participação social e acessibilidade.

A cidade é um produtor de vulnerabilidades, e entre tais a violência urbana se destaca, assim como se destaca a necessidade de se criar mecanismos que venham a combater não apenas a violência urbana como as demais problemáticas trazidas pela vida nas cidades, em especial nos grandes centros. No tópico a seguir se discorrerá sobre o direito urbanístico como instrumento de prevenção do crime.

## 6. DO PAPEL DO DIREITO URBANÍSTICO NO COMBATE À VIOLÊNCIA URBANA

No contexto da violência urbana, conforme já explanado, tem o direito urbanístico, além da função de regular e disciplinar as normas de ordem pública que se refere à proteção e promoção do direito à cidade, ainda atua como instrumento de prevenção da violência urbana. O Direito Urbanístico, por meio de seus instrumentos jurídico-políticos seria capaz de atuar no planejamento das cidades de modo a revitalizar os espaços

degradados e precários, assim como desempenhar a função preventiva no combate à criminalidade com o apoio da comunidade.

Mais uma vez a participação da comunidade é apontada como um elemento primordial na luta contra a violência urbana, e neste contexto aparece o Estatuto da Cidade, que segundo Dunda (2019), trouxe entre suas diretrizes a participação da população e das associações de representação comunitárias, apresentando tais participações como elemento-chave para a consecução da gestão democrática das cidades. Assim, o autor aponta que a nova legislação urbana veio a inaugurar o que pode ser denominado de urbanismo democrático, superando o urbanismo funcionalista que perpetuou a divisão das cidades no Brasil em legal e ilegal.

O urbanismo democrático rompe com o urbanismo limitado ao ordenamento territorial e repactua o contrato social urbano entre os cidadãos e o Estado, aqui compreendido em seus três níveis, federal, estadual e municipal. Nesse sentido, o urbanismo passa a ser definido como o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade, respeitada a participação da comunidade nas decisões sobre o planejamento urbano. (DUNDA, 2019, p. 193)

Ainda com relação a participação popular, Rosa *et al.* (2012), enfatizam que, a participação popular se revela necessário eis que não obstante as práticas políticas se apoiarem em uma diversidade de instrumentos legais, elas permanecem muito rarefeitas e continuam dependendo de pressão social, pois é na prática cotidiana da participação e engajamento nos projetos comunitários que os indivíduos se percebem como co-responsáveis pela busca do bem comum, através de uma democratização das relações sociais. Para os autores, a existência de fenômenos que afetam a coletividade, como a violência urbana, condiciona a procura por soluções pertinentes no espaço coletivo.

Não obstante o pouco tempo de existência do direito urbanístico, percebe-se que soluções apresentadas para o enfrentamento e a redução da violência ainda se limitam às ações de cunho punitivo com amplo uso, em primeiro lugar, de uma polícia ostensiva. Para Rosa *et al.* (2012), medidas preventivas com foco na redução das diferenças sociais e na promoção dos direitos humanos ainda são escassas, e a participação popular pode mudar esta realidade, assim como outras medidas, como a revitalização dos espaços públicos e oferta de moradia à populações vulnerabilizadas.

Assim, os autores apontam que a criação de estratégias para a participação da comunidade em prol de uma causa comum como o combate à violência urbana e a busca por fazer valer os próprios direitos fundamentais, se revelam necessárias. Que tal não

ocorra, mas ainda é muito aquém do necessário para a efetivação do combate as diversas espécies de violência urbana. Por fim os autores apontam que se revela imprescindível que as questões relacionadas à violência sejam discutidas no âmbito coletivo, a fim de se viabilizar a proposição de ações de enfrentamento e de gerar uma mobilização coletiva que venha a fortalecer e encorajar a vivência mais ativa na comunidade.

Melo (2010) aponta que no contexto aqui trazido de participação popular, toda a população da cidade tem direito de participar dos processos deliberativos do meio em que vivem, em especial no aspecto da política urbana local, de forma que exista o ambiente adequado para que o direito possa ser exercido. A participação popular deve ser efetuada no mais alto nível da Administração política, devendo ainda compreender em especial os planos de gestão urbanística direta e respectivo controle.

O direito à cidade é definido na Carta Mundial pelo Direito à Cidade como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade e justiça social. Esse direito pressupõe a interdependência entre a população, recursos, meio ambiente, relações econômicas e qualidade de vida para a presente e para as futuras gerações. Implica em mudanças estruturais profundas nos padrões de produção e consumo, e nas formas de apropriação do território e dos recursos naturais. (BOMFIM, 2017, p. 44)

Matias e Santos (2009) ainda relembram que a Constituição Federal do Brasil aponta como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e solidária, por meio da erradicação da marginalização, outorgando poderes a todas as entidades públicas da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, determinando às mesmas entidades que promovam programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Os autores esclarecem ainda que medidas como as acima apontadas propiciam a diminuição dos índices de violência urbana, devendo o Direito Urbanístico atuar neste sentido, através de suas diretrizes. Outro ponto importante no combate à violência urbana é a expansão urbana, através da criação de novos núcleos populacionais e oportunidades de trabalho em desafogo a regiões urbanas já esgotadas. Assim, deve haver um investimento sólido por parte do poder público em novos empreendimentos, como a implantação de loteamentos ou criação de novos bairros distantes das áreas já urbanizadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo teve por objetivo analisar o papel do direito urbanístico no contexto da violência urbana, em especial no Brasil, e para isso discorreu-se sobre a violência urbana,

direito urbanístico e o papel deste ramo do direito no combate à violência urbana, em especial das grandes cidades. De tudo o analisado, possibilitou-se chegar a algumas conclusões.

A alta concentração populacional nos centros urbanos é uma realidade contemporânea, e este fenômeno trouxe diversas consequências, como o aumento da violência urbana e a precarização de diversos direitos, como o direito à moradia digna. Neste contexto, medidas de combate aos diversos tipos de violência que acontecem no âmbito urbano devem ser criadas pelo poder público, devendo ainda as legislações e normas atuar neste sentido.

É função do poder público atuar no combate a violência urbana, e neste sentido o direito urbanístico se revela uma ferramenta que, se bem utilizada, pode propiciar melhorias nas cidades e diminuição dos índices de violência urbana, com adoção de medidas como revitalização de espaços públicos e participação da comunidade. Conclui-se ainda que se revelam necessários maiores investimentos públicos, a exemplo do que determina o direito urbanístico, para solução das diversas problemáticas existentes com relação a vida nas cidades, como a violência urbana.

Em especial em tempos de pandemia, essa questão do papel do direito urbanístico no combate à violência urbana se torna ainda mais relevante, motivo pelo qual deve existir, mais do que nunca, a atuação do poder público e do direito urbanístico, bem como no cenário jurídico nacional, no combate não só à pandemia e aos seus impactos como no combate à própria desigualdade. A política urbana nacional deve buscar a estruturação de suas cidades por meio da efetivação de seus princípios como equidade e participação social, devendo para isso estabelecer diretrizes para a efetivação das políticas públicas, tudo com base no direito urbanístico.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Elisabete Agrela de e FRANCESCHINI, Maria Cristina Trousdell. O direito à cidade e as agendas urbanas internacionais: uma análise documental. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2017, v. 22, n. 12 [Acessado 05 setembro 2021], pp. 3849-3858. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-812320172212.24922017>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172212.24922017>.

ANJOS-JUNIOR, Otoniel Rodrigues Dos; LOMBARDI-FILHO, Stélio Coêlho; AMARAL, Pedro Vasconcelos-Maia Do. Determinantes da criminalidade na região sudeste do Brasil: uma aplicação de painel espacial. *Econ. soc. territ*, Toluca, v. 18, n. 57, p. 525-556, agosto 2018. Disponível em <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-84212018000200525&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-84212018000200525&lng=es&nrm=iso)>. acessado em 06 sept. 2021.

BARBOSA, Carlos – Atos administrativos – Parte 2 – Portal TV Justiça. 2016.

BOMFIM, Fabrícia de Barros. As perspectivas do estudo prévio de impacto de vizinhança sob a ótica do Direito Urbanístico. 2017. 57 f. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-fabricia-de-barros-bomfim>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL, Luciano de Faria. DO CONTEÚDO DO DIREITO URBANÍSTICO: notas exploratórias sobre o plano didático da disciplina. Revistado Ministério Público do RS nº79. 2016. 12 F. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/artigos/revista\\_ministerio\\_publ\\_rs79.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/artigos/revista_ministerio_publ_rs79.pdf). Acesso em: 08 set. 2021.

CAVALCANTI, Maria Joaquina da Silva. A luta pelo Direito à cidade: O caso do Bairro de Passarinho e do espaço Mulher na cidade do Recife. 2018. 51 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27805/1/TCC%20-%20A%20luta%20pelo%20direito%20%C3%A0%20cidade%20-%20Maria%20Joaquina%20Cavalcanti.pdf>. Acesso em: 06 set. 2021.

CLARK, D. A Rough Guide to Ethical Living. London: Penguin. ISBN 978-1-84353-792-2. 2006.

JAMES, P., et al. Urban Sustainability in Theory and Practice. London: Routledge.; Liam Magee; et al. "Reframing social sustainability reporting: Towards an engaged approach". 2013. Environment, Development and Sustainability. Springer. 2015.

LEVISKY, David Léo. Construção da identidade, o processo educacional e a violência – uma visão psicanalítica. Em: Pro-Posições, Vol. 13, n. 2 (39), SetDez/2002, (p. 99-12).

MATTA, Gustavo Corrêa *et al.* Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia [online]. Rio de Janeiro: Observatório Covid 19; Editora FIOCRUZ, 2021, 221 p. Informação para ação na Covid-19 series. ISBN: 978-65-5708-032-0. <https://doi.org/10.7476/9786557080320>.

MATIAS, Alexander Marfins, and SANTOS, Claudionor Mendonça dos. Direito de propriedade e direito de moradia. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 27-37. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books . Acesso em: 08set. 2021.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. O direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na regularização fundiária. Revista de Direito Imobiliário | vol. 69 | p. 9 | Jul / 2010. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/FUNDIARIA-1.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

MINAYO, M.C. S. Violência: um problema para a saúde dos Brasileiros. IN: Impactos da Violência na Vida dos Brasileiros. Ministério da Saúde / Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília-DF. 2005

MORELLI, J. "Environmental Sustainability: A Definition for Environmental Professionals". Journal of Environmental Sustainability -Volume 1. Rochester Institute of Technology. 2011.

OLIVEIRA, Celso Maran de, LOPES, Dulce e SOUSA, Isabel Cristina Nunes de. Direito à participação nas políticas urbanísticas: avanços após 15 anos de estatuto da cidade<sup>1</sup> 1 Processo nº 2016/14163-7 da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). "As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade do(s) autor(es) e não necessariamente refletem a visão da FAPESP". . urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana [online]. 2018, v. 10, n. 2 [Acessado 8 Setembro 2021], pp. 322-334. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2175-3369.010.002.AO04>>. Epub 19 Feb 2018. ISSN 2175-3369. <https://doi.org/10.1590/2175-3369.010.002.AO04>.

ORELLANA, Jesem Douglas Yamall *et al.* Violência urbana e fatores de risco relacionados ao feminicídio em contexto amazônico brasileiro. Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 35, n. 8. 2019. [Acessado 6 Setembro 2021] , e00230418. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00230418>>. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00230418>.

ROSA, Edinete Maria *et al.* Violência urbana, insegurança e medo: da necessidade de estratégias coletivas. Psicologia: Ciência e Profissão [online]. 2012, v. 32, n. 4 [Acessado 8 Setembro 2021] , pp. 826-839. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932012000400005>>. Epub 26 Feb 2013. ISSN 1982-3703. <https://doi.org/10.1590/S1414-98932012000400005>.

RECH, Adir Ubaldo, 1949-Inteligência artificial, meio ambiente e cidades inteligentes / Adir Ubaldo Rech. – Caxias do Sul : EducS,2020.147 p.

RECH, Adir Ubaldo; ALMEIDA, Juliana Cainelli de; RAVANELO, Tamires. Direito Urbanístico-Ambiental: uma visão epistêmica. – Caxias do Sul, RS: EducS, 2019.Dados eletrônicos (1 arquivo). Disponível em: <https://mail.google.com/mail/u/0/#search/urbana/FMfcgzGkbDRNpprHrjdGsCJJcivWmrQd?projector=1&messagePartId=0.3>. Acesso em: 06 set. 2021.

RITCHIE, Hannah; ROSER, Max. Urbanization. 2018. Disponível em: <[encurtador.com.br/tuvHV](http://encurtador.com.br/tuvHV)>. Acesso em: 05 set. 2021.

SILVA, Geovany Jessé Alexandre da; ROMERO, Marta Adriana Bustos. Cidades sustentáveis: uma nova condição urbana a partir de estudos aplicados a Cuiabá, capital do estado de Mato Grosso, Brasil. Ambient. constr., Porto Alegre , v. 13, n. 3, p. 253-266, Sept. 2013 . Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-86212013000300015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-86212013000300015&lng=en&nrm=iso)>. access on 05 set. 2021.

THOMAS, M.; MCELROY, M. **The MultiCapital Scorecard.** Chelsea Green Publishing. ISBN 9781603586900. 2016.

THOMAS, S. A. **The Nature of Sustainability.** Chapbook Press. Grand Rapids, Michigan. ISBN 9781943359394. 2016.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. 68% of the world population projected to live in urban areas by 2050, says UN. 2018. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/en/news/population/2018-revision-of-world-urbanization-prospects.html>>. Acesso em: 06 set. 2021.



## **ACIDENTES DO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS, A REPERCUSSÃO NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO.**

**TULIO VIDAL MONTENEGRO:**

Bacharelado em Direito pelo UNIFUNEC - Centro Universitário de Santa Fé do Sul

EDUARDO CURY<sup>238</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O discorrer deste trabalho possui como objetivo primordial demonstrar a formulação dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, com a intenção de esclarecer pontos sobre o tema, principalmente em relação ao sistema previdenciário brasileiro. Utilizando uma vasta gama de pesquisas bibliográficas, contemplam-se apresentações sobre variadas doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, juntamente com as reponsabilidades assumidas pelo empregador quanto ao fato ocorrido, como as possibilidades de prevenção. A repercussão ao sistema previdenciário dá-se a questão de aumento de pagamentos de benefícios que derivam da incapacidade temporária, ademais podem ocorrer casos de pensões por morte evidenciadas pela problemática sugerida pela constituição da insuficiência laborativa. Como resultado demonstrar inerentemente que o sistema previdenciário brasileiro trás uma gama de possibilidades que podem amparar o segurado em sua possibilidade de paralisação na atividade laborativa, como também se demonstra as possibilidades segmentares de proteção para prevenção, sendo de interesse tanto do empregado como empregador. Conclui-se que a Previdência Social, que atua como seguro social tem extrema importância no cotidiano das relações de trabalho, sempre possibilitando que a população não sofra consequências demasiadamente problemáticas.

**Palavras-chave:** Acidentes de Trabalho, Doenças Ocupacionais, Sistema Previdenciário.

**ABSTRACT:** Introduction: The aim of this paper is to demonstrate the formulation of work accidents and occupational diseases, with the intention of clarifying points on the subject, especially in relation to the Brazilian social security system. Using a wide range of bibliographic researches, presentations on various occupational diseases and

---

238 Mestre em Direito com base de pesquisa na área Constitucional, na I.T.E. (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. (Curso recomendado pela CAPES. - reconhecido pelo MEC. Portaria n.º966 de 11/07/2000) sendo o coordenador o Dr. Luis Alberto David Araújo, Procurador da República, Mestre, Doutor, Livre docente pela PUC/SP e a orientação foi realizada pelo Dr. Samuel Rodrigues Barbosa, Mestre e Doutor pela USP .

occupational accidents are contemplated, along with the employer's responsibility for the fact, such as the possibilities for prevention. The impact on the social security system is the issue of increased benefit payments that derive from temporary incapacity, in addition there may be cases of death pensions evidenced by the problem suggested by the constitution of insufficient work. As a result, it is inherently demonstrated that the Brazilian social security system brings a range of possibilities that can support the insured in its possibility of paralysis in the labor activity, as well as the segmental possibilities of protection for prevention, being of interest to both the employee and employer. It is concluded that Social Security, which acts as social insurance, is extremely important in the daily work relations, always allowing the population to not suffer too problematic consequences.

**Keywords:** Accidents at Work, Occupational Diseases, Social Security System.

## 1. INTRODUÇÃO

Os benefícios relacionados a acidentes de trabalho e doenças ocupacionais são uma grande parcela da demanda relacionada a Previdência Social, tornando-se algo de extrema importância para os Poderes Legislativos, que visam regulamentar cada vez mais para a minimização de efeitos provocados pelos acidentes.

Mesmo com inúmeras mudanças, não se torna possível a erradicação total de fatores geradores, portanto tanto empregador, como empregado, devem estar conscientes sobre sistemáticas que podem vir a serem causadores.

Destaca-se que a verba intitulada previdenciária não afasta a responsabilidade civil executada pelo empregador, tendo de arcar com danos materiais e formais, nos casos que evidenciem nexo de causalidade e o dolo ou culpa.

Os benefícios que contemplam o amparo previdenciário na incapacidade laborativa, quais sejam, são o auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o auxílio acidente. Conforme orientado no artigo 118 da Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social) assegura o período mínimo de 12 meses de estabilidade ao acidentado.

Destaca-se ainda que os acidentes de trabalho podem vir a causar um déficit maior ainda na Previdência Social, já que o mesmo pode vir a causar um outro tipo de benefício, a pensão por morte.

## 2. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO BRASIL

No Brasil, somente com a chegada da Constituição de 1824, ocorreu a inicialização sobre assistência social. Em 1934 foi adotado o modelo tripartite, assim

os valores seriam provindos da União, dos empregadores e dos empregados, sendo até hoje o adotado pela atual Constituição Federal.

Na atual Carta Magna considera como risco social o acidente de trabalho, sujeitando-se a proteção previdenciária. Segundo o artigo 7º, XXVIII, o Seguro Acidente do Trabalho é total responsabilidade do empregador, por dolo ou culpa.

Juntamente, a Lei n.º 8.213/91 alude sobre acidentes nos artigos 19 a 23, sendo os mesmos alterados, nas questões relacionadas a acidentes de trabalho, pelas leis 11.430/06 e 9.032/95 e pela Lei Complementar nº 150 de 1º de Janeiro de 2015, ampliando direitos dos empregados domésticos, assegurando proteção acidentária.

## 2.1 ACIDENTE TÍPICO

O acidente típico, embasando-se no artigo 19 da Lei 8.213/91 é aquele que proveniente do trabalho exercido a demanda da empresa ou empregador doméstico, sendo estendida também aos segurados especiais, que causem lesões geradoras de morte, perda ou redução, temporária ou permanente, da capacidade laboral. Vale ressaltar que também são motivos de amparo acidentes que ocorram no trajeto ou serviços externos.

Conclui-se que a caracterização do acidente de trabalho, necessita-se que o fato ocorra da atividade laboral exercida pelo segurado.

## 2.2 DOENÇAS OCUPACIONAIS

Doenças ocupacionais são aquelas que a atividade exercida vem a provocar, em um alcance de médio a longo prazo, proveniente de exposições a fatores de risco à saúde, podendo ser de natureza química, física, ergonômica, mecânica ou biológica. Dividem-se em dois grupos, as doenças profissionais, e as doenças do trabalho. A primeira, o trabalho tem fator contributivo ao desenvolvimento da patologia, no caso seguinte é a causa necessária o trabalho para o desencadeamento, tendo como análise os incisos I e II do art. 20 da Lei 8.213, de 1991:

Art. 20 - (...)

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo

Ministério do Trabalho e da Previdência Social ;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I." (BRASIL, 1991).

### 2.3 RELAÇÃO VINCULANTE ENTRE CAUSA E O EFEITO

Torna-se necessário que estabeleça uma relação entre a causa do dano, e a problemática causada pelo agente, assim sendo o nexó entre a causa e o efeito

A Lei de Benefícios, em seu artigo 21, inciso I, dá-se a equiparar o acidente de trabalho a concausa, portanto, não sendo diretamente ligada aos fatos, contribui para a modificação natural dos efeitos que o agente desconhecia ou não poderia evitar. Nesta forma, define Lazzari e Castro (2017, p.442) "A causa propriamente dita, a causa originária, a causa traumática, como dizem os peritos, gera determinados efeitos, mas não são, por sua vez, resultantes da causa traumática. São concorrentes e, não, decorrentes."

### 3.EMPREGADOR E SEUS DEVERES

Aos empregadores, intenta-se seguir as manifestações de segurança provindas de normas, como toda a singularidade adotada pela medicina do trabalho. Os empregados devem possuir instruções que viabilizem os métodos de precaução, minimizando os fatores que desencadeiem acidentes típicos.

#### 3.1 ACIDENTES DE TRABALHO E SUAS FORMAS DE PREVENÇÃO

A prevenção provinda dos acidentes de trabalho é de teor de interesse tanto do empregador, como do empregado. Algumas medidas que podem ser adotadas para que não ocorram, como a proteção única e individual através de equipamentos necessários para a demanda do serviço, a quantidade de tempo de exposição a fatores que agravem a saúde, podendo estabelecer como agravantes químicas, físicos e biológicos, como equipamentos que propiciem a proteção em coletividade do todo.

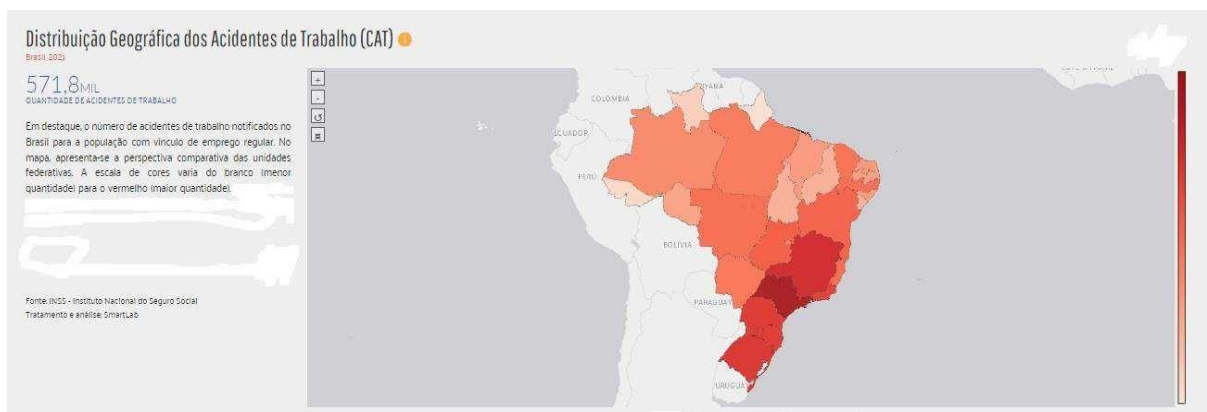
#### 3.2 C.A.T – COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO

O empregador possui o dever de manifestar o acidente a Previdência Social, sob penal de multa, para que sejam tomadas as devidas providências em relação a transformação do benefício, assim aduzindo o artigo 22 da Lei 8.213, de 1991:

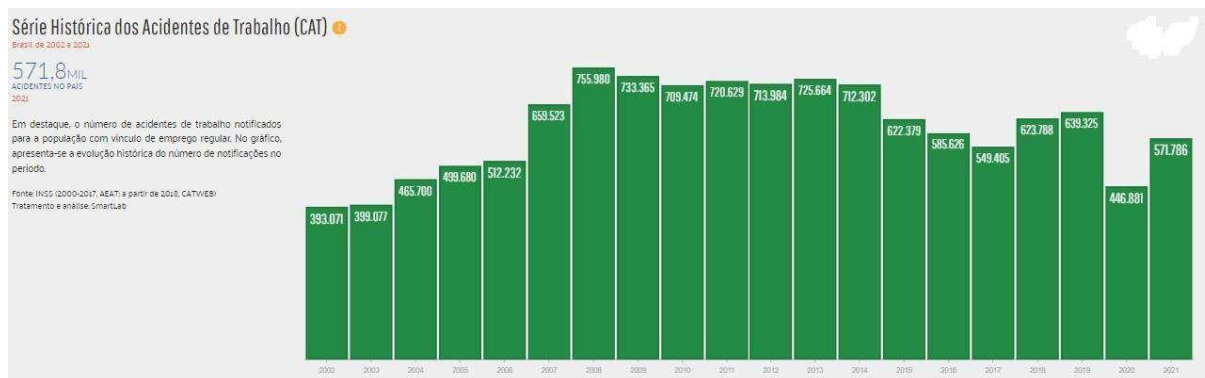
“Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.” (BRASIL, 1991).

Caso o empregador não manifeste o encaminhamento médico relacionado a empresa, prolongando a concessão do benefício, poderá o próprio acidentado formalizar o mesmo, porém supervisionado pelo órgão sindical competente e o médico que o assistiu. Ressalta-se que mesmo não ocorrendo afastamento prolongado 15 dias ou mais do empregado, deve-se registrar a CAT, para controles de dados juntos ao INSS.

Fonte: INSS-SUB/Maciça Tratamento e Análise: SmartLab (2022)



Fonte: INSS-SUB/Maciça Tratamento e Análise: SmartLab (2022)



#### 4. RISCOS SOCIAIS

A Carta Magna atual elenca como um dos riscos sociais ao empregado sua incapacidade laborativa, ou seja, a perda de sua funcionalidade empregatícia diante os acontecimentos. Caso não se ocorre a proteção previdenciária, seria desencadeado fatores agravantes, como consequências na área econômica e social.

A incapacidade pode-se manifestar de forma reduzida, parcial, temporária e, nos piores casos, definitiva. Com a perda de funcionalidade, a Previdência Social deve exercer o maior de seus fins, atuar como seguro social, amparando e dando garantia de subsistência aos seus segurados, como dispõe o artigo 1º da Lei 8213/91:

“A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”

#### 5. REFLEXOS SOCIAIS RELACIONADOS AOS ACIDENTES E DOENÇAS INTERLIGADOS AO TRABALHO

A repercussão no sistema previdenciário sobre os acidentes e doenças que estão relacionados ao trabalho possui proeminência significativa, pois relacionam-se tanto para a proteção do empregado, como nas sistemáticas interligadas ao empregador, que ainda possui a responsabilidade civil de pagamento pelo dano ocorrido.

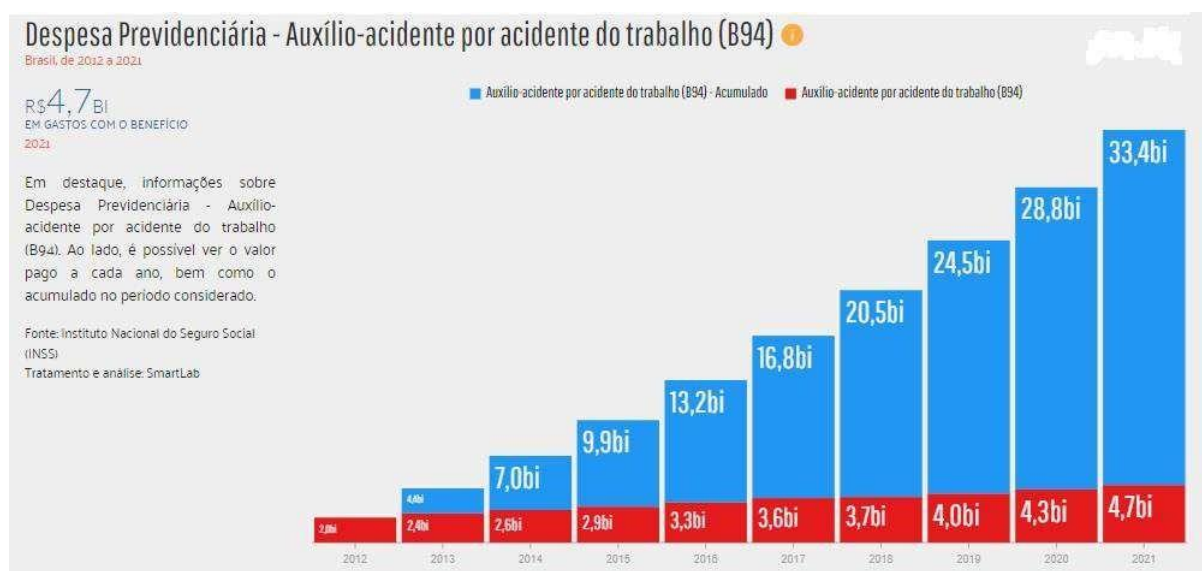
##### 5.1 AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO

O auxílio-doença acidentário é uma espécie de benefício concedido a segurados que estão inaptos ao trabalho temporariamente. O benefício só é devido pela Previdência Social quando se ultrapassa 15 dias, sendo a primeira quinzena paga pelo empregador.

Para enquadrar-se como acidentário deve-se incluir o nexó epidemiológico relacionado ao trabalho e o acidente, ficando a caráter do perito do INSS estar estabelecendo o mesmo. Para a concessão relacionada ao acidente, deve-se dizer que é isento de carência, discorre sobre Lazzari e Castro (2017, p. 493):

“Quanto ao reconhecimento do benefício como de origem acidentária, a comprovação da qualidade de segurado empregado independe do registro do contrato de trabalho em CTPS, pois tal obrigação do empregador, muitas vezes, deixa de ser cumprida. A própria condição do trabalhador no momento em que vitimado por acidente do trabalho típico pode ser a prova cabal de que há relação de trabalho protegida pela Previdência Social e, portanto, direito ao benefício B91.”

Em relação ao contrato de trabalho estabelecido, o mesmo ficará suspenso, e todos os efeitos gerados serão pausados enquanto o segurado estiver recebendo o benefício.



Fonte: INSS-SUB/Maciça Tratamento e Análise: SmartLab (2022)

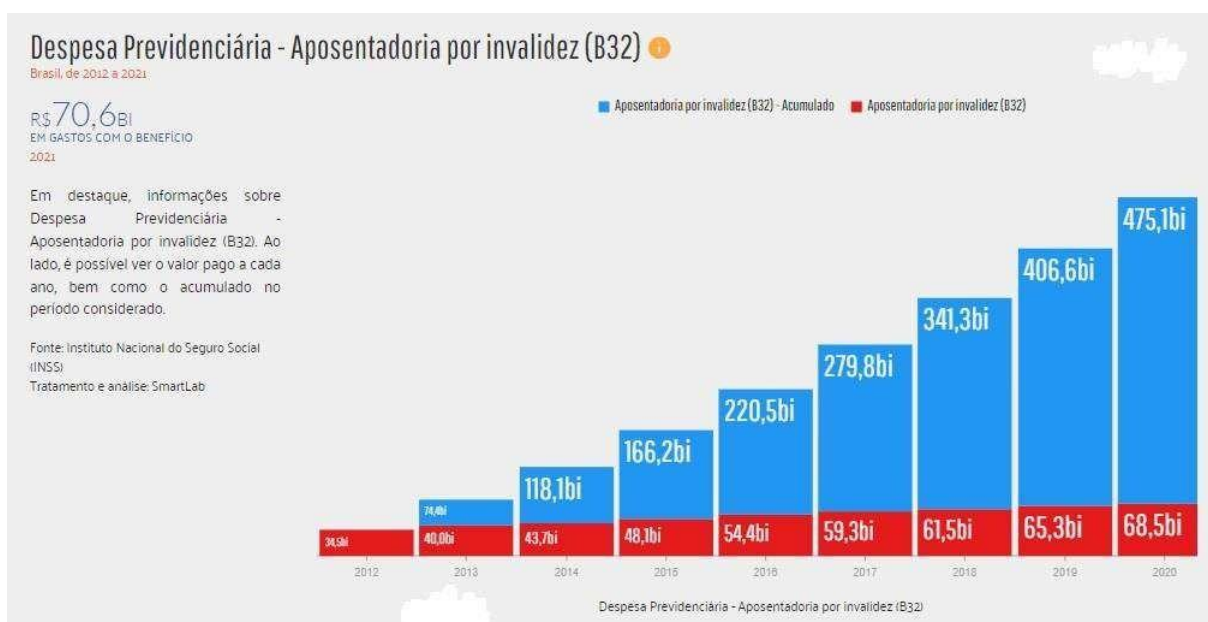
## 5.2 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, o segurado deve estar em completa e total incapacidade laborativa, assim o diagnóstico realizado pela perícia do INSS deve confirmar que o fator gerador será incurável, como expõe Martinez (1999):

"Juntamente com o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez é benefício de pagamento continuado, de risco imprevisível, devido à incapacidade presente para o trabalho. É deferida, sobretudo, se o segurado está impossibilitado de trabalhar e insuscetível de reabilitar-se para a atividade garantidora da subsistência [...]"

Inúmeras variantes podem levar o segurado à invalidez completa. Caso provenha de acidentes de trabalho, ou de doenças ocupacionais, terá a denominação de invalidez acidentária, porém caso esteja sendo provida de quaisquer outros tipos, será denominada invalidez previdenciária. Ressalta-se que para a concessão do benefício relacionado as tipicidades listadas, não será exigida a carência, apenas a comprovação de segurado e o nexo.

A concessão do benefício poderá ser encerrada, caso se constate que a invalidez tornou -se obsoleta, ou seja, o empregado está apto ao retorno ao trabalho, no prazo de 30 dias. O empregador pode ou não aceitar o mesmo de volta, podendo optar pelo pagamento de indenização.



Fonte: INSS-SUB/Maciça Tratamento e Análise: SmartLab (2022)



### 5.3 AUXÍLIO-ACIDENTE

O auxílio-acidente possui como caráter principal a função indenizatória, de acordo com o artigo 86 da Lei nº8213/91: “O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüelas que impliquem redução da capacidade funciona” (BRASIL, 1991). O recebimento não exclui a funcionalidade laboral, já que não existe incapacidade relativa ou total, podendo o empregado efetuar suas atividades normalmente.

### 5.4 PENSÃO POR MORTE

O benefício de pensão por morte será concedido para os dependentes do segurado que vier a falecer, de acordo com o artigo 201, V da Constituição Federal de 1988:

“A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei:

V- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes [...]” (BRASIL, 1988).

A concessão do benefício possui caráter de manutenção familiar, tendo como base para cálculo o valor de 100% da aposentadoria recebida, ou aquela que teria caso não tivesse acontecido o óbito. Ressalta-se que apenas deve comprovar a qualidade de segurado para a concessão do benefício.

### Despesa Previdenciária - Pensão por morte por acidente do trabalho (B93)

R\$ 2,4bi  
EM GASTOS COM O BENEFÍCIO  
2021

Em destaque, informações sobre Despesa Previdenciária - Pensão por morte por acidente do trabalho (B93). Ao lado, é possível ver o valor pago a cada ano, bem como o acumulado no período considerado.

Fonte: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)  
Tratamento e análise: SmartLab



Fonte: INSS-SUB/Maciça Tratamento e Análise: SmartLab (2022)

## 6. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ACIDENTE DE TRABALHO E A AÇÃO REGRESSIVA

Torna-se comum a percepção de que a vítima de acidente de trabalho ou doença ocupacional, tem a relação de amparo apenas proveniente do Instituto Nacional do Seguro Social, porém é uma irreabilidade, pois existem outras possibilidades cabíveis de reparação que divergem de benefícios previdenciários. Vale ressaltar que toda a reparação do acidente é proveniente do empregador, podendo ser necessária reparações que não estão apenas cobertas com a contribuição do Seguro Acidente de Trabalho (SAT), e com a contribuição junto ao INSS, ou seja, não fica eximido de futuras reparações diretas ou indiretas.

### 6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

O fato gerador do direito a indenização em relação ao acidente de trabalho ou doença ocupacional pode se enquadrar como uma responsabilidade extracontratual, pois ocorre a partir de omissões ou comportamentos ilícitos do empregador. Entretanto a responsabilidade de indenizar se dividem em duas naturezas diferentes, podem ser à primeira vista semelhantes, porém há aspectos que as diferenciam. (CARVALHO, 2017)

A Responsabilidade Subjetiva é o dever de indenizar a partir do dolo ou culpa proveniente do dano causado a terceiros, assim, o empregador só terá o dever de indenizar o empregado no momento em que ocorrer a comprovação fática de sua participação na doença ou acidente, sendo necessário o nexo de causalidade, pois o

dano deve estar intrinsecamente ligado a culpa do empregador, não ocorrendo, inexistente motivo para indenizar.

A Responsabilidade Objetiva difere no quesito culpa por parte do empregador, pois a mesma não possui consideração na formulação da indenização, basta apenas a presença do dano e do nexo causal, e do risco proveniente da relação de serviço exercida pelo empregado para o deferimento da indenização.

## **6.2 AÇÃO REGRESSIVA**

As Ações Regressivas são propostas pela Procuradoria Geral da União (PGU), a fim de obter o ressarcimento de despesas provenientes de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais ocorridas por culpa do empregador.

Sua previsão se dá no art. 7º, XXXVIII, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;" (BRASIL, 1988)

Assim como no artigo 120 da Lei nº 8.213/91, estabelecendo que "nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis." (BRASIL, 1991).

Abrange as formas de assistência proveniente por parte do INSS (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte) que amparam o segurado que sofreu lesão ou doença ocupacional pela insubordinação do empregador em referência as Normas Regulamentadoras (NRs).

O objetivo do instituto jurídico é diminuir o impacto proveniente dos cofres públicos em detrimento de concessões de benefícios acidentários, e também possui caráter punitivo, demonstrando que a reparação ao acidente é mais onerosa do que a própria prevenção.

## **7. CONCLUSÃO**

A repercussão dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais são de alta importância nas esferas trabalhistas e previdenciárias, portanto deve-se identificar com precisão a incapacidade laborativa do empregado.

Os benefícios originários da incapacidade laborativa, são independentes de carência, sendo unicamente necessário que o empregado comprove seu estado de segurado. Deve-se atentar que o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez interrompem o contrato de trabalho, diferentemente do auxílio-acidente.

Caso ocorra a morte do beneficiário ou em seu acidente de trabalho, será concedido o benefício de pensão por morte, sendo arcada pela Previdência Social no amparo aos dependentes.

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 09/08/2019

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 jul. 1991. **Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 09/08/2019.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 jul. 1991. **Dispõe sobre organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm)> Acesso em: 06/08/2018.

LAZZARI, João Batista et al. **Prática processual previdenciária:** Administrativa e Judicial. 9. ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual de Acidente de Trabalho.** Brasília, 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2007.

SMARTLAB. **Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho.** Disponível em:

<<https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=frequenciaAfastamentos>>. Acesso em: 04/07/2022.

## OS IMPACTOS DO PODER ARBITRÁRIO DA POLÍCIA NA SOCIEDADE

**NATHALYA CRISTINA FERNANDES LUSTOSA:**

Bacharelada em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES<sup>239</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Dentre diversos assuntos relacionados aos problemas enfrentados pela sociedade, encontra-se a área de Segurança Pública. Encarregada de trazer segurança e paz social, essa área vem sendo discutida amplamente pela sociedade nas últimas décadas, principalmente no que se refere a sua abordagem. Tem-se percebido um número crescente no índice de cidadãos vítimas de abusos por parte da polícia. São ações injustas e de natureza preconceituosa que desvirtua a finalidade da polícia enquanto defensora da paz e integridade dos cidadãos. Frente a esse cenário, o presente estudo objetivou em discutir sobre o impacto que as abordagens policiais possuem na sociedade. Buscou-se encontrar estudos que apontem a realidade desses atos, seus efeitos e as possíveis medidas de solução. Na metodologia, essa pesquisa se enquadrou na revisão da literatura, tendo como base artigos científicos, legislação atual e doutrinas jurídicas. Nos resultados, pôde-se constatar que as abordagens da polícia com o cidadão afetam diversos princípios constitucionais, tais como a Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, etc., além de ferir os preceitos propagados pelos Direitos Humanos. Frente ao problema detectado, no âmbito de medidas de solução, o melhor caminho é ainda pela Educação. Nesse caso, entendeu-se a necessidade de incluir cursos de aperfeiçoamento de práticas de abordagem a esses profissionais, buscando evidenciar o respeito ao cidadão.

**Palavras-chave:** Abordagem Policial. Direitos Humanos. Poder Arbitrário. Impacto.

**ABSTRACT:** Among several issues related to the problems faced by society, there is the area of Public Security. In charge of bringing security and social peace, this area has been widely discussed by society in recent decades, especially with regard to its approach. There has been a growing number of citizens who are victims of abuse by the police. These are unfair and prejudiced actions that distort the purpose of the police as a defender of the peace and integrity of citizens. Faced with this scenario, the present study aimed to discuss the impact that police approaches have on society. We sought to find studies that point out the reality of these acts, their effects and possible solution measures. In terms of methodology, this research was framed in the literature review, based on scientific articles, current legislation and legal doctrines. In the results, it was possible to verify that the

---

239 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

approaches of the police with the citizen affect several constitutional principles, such as the Dignity of the Human Person, Liberty, etc., in addition to violating the precepts propagated by Human Rights. Faced with the problem detected, within the scope of solution measures, the best path is still through Education. In this case, it was understood the need to include courses to improve practices to approach these professionals, seeking to show respect for the citizen.

**Keywords:** Police approach. Human rights. Arbitrary Power. Impact.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Polícia: Aspectos gerais. 4. Abordagem policial: apontamentos. 4.1 Consequências jurídicas. 5. Das medidas de solução. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

As ações policiais vêm percorrendo as manchetes nos jornais brasileiros em razão da natureza da sua função: proteger a sociedade e garantir a paz social. No entanto, apesar dos problemas enfrentados pelas equipes policiais, um dos temas discutidos pelos cidadãos diz respeito não ao trabalho em si desses profissionais, mas na sua abordagem com os indivíduos.

É nítido observar que a violência e os efeitos dela, são temas a muito discutido por todos. No entanto, devido aos crescentes casos de desrespeito e até mesmo de violência física e moral sofrido pelos cidadãos nas mãos daqueles que o deviam proteger, tem gerado discussões em todas as esferas públicas e privadas.

Insta destacar que o texto constitucional vigente, assegura que a Segurança Pública é um dever do Estado, além de ser um direito e responsabilidade de todos os cidadãos, cujo objetivo é preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988).

Para que essa finalidade seja cumprida, a própria legislação brasileira concede aos órgãos policiais realizarem abordagens policiais, revistas pessoais, de residenciais ou de automóveis, todas devendo ser devidamente fundamentadas por um mandado judicial permitindo a ação (MAGALHÃES, 2018).

No entanto, apesar dessa autorização legal, o que se tem percebido é que as abordagens policiais estão sendo feitas de modo violento e desrespeitoso. Em outras palavras; muitas abordagens são realizadas com um excesso de fiscalização, gerando muitas vezes atos de agressão e de preconceito. São casos onde se percebe uma configuração de abuso arbitrário.

Diversas pesquisas tem sido divulgadas mostrando o quão violenta é a ação policial com a sociedade. A título de exemplo, a pesquisa Elemento Suspeito (2022 *apud* NITAHARA, 2022, p. 01) divulgada em 2022 apontou que 68% das pessoas abordadas andando a pé e 71% no transporte público são negras. E mais: 17% já foram paradas mais de dez vezes e 15% de seis a dez vezes. Entre os que tiveram a casa revistada pela polícia, 79% eram negros, bem como 74% dos que tiveram um parente ou amigo morto pela polícia.

Nota-se pela pesquisa acima citada que de fato a abordagem policial é um problema sistêmico que afeta significativamente a sociedade. Diante desse cenário, esse estudo buscou responder a seguinte questão: quais os impactos do poder arbitrário da polícia na sociedade?

Desse modo, essa pesquisa objetivou em analisar as formas de abordagem policial no Brasil, o posicionamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial sobre esse tema e os efeitos que ele gera na sociedade. Ademais, também se discutiu as medidas de solução para o presente problema.

## **2. METODOLOGIA**

Esta pesquisa teve como metodologia, o método indutivo e qualitativo. Sendo uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

O respectivo estudo também foi realizado mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os meses de agosto e setembro de 2022.

## **3. POLÍCIA: ASPECTOS GERAIS**

Antes de se adentrar no tema central desse estudo, é necessário inicialmente discorrer em linhas gerais sobre a polícia. Surgida também nos primórdios das civilizações, a polícia vem para efetivar a defesa da ordem pública, assim como também a garantir a segurança e a preservação dos bens sociais.

Em termos conceituais, a polícia "é o órgão estatal incumbido de prevenir a ocorrência de infrações penais, apurar a autoria e materialidade das já praticadas, sem prejuízo de outras funções, não inerentes à persecução penal" (BORGES, 2017, p. 05). Ela

se classifica em polícia preventiva, administrativa e judiciária. Sob esse aspecto, tem-se:

A **polícia preventiva**, também chamada de administrativa, tem a função de evitar a ocorrência dos crimes e contravenções. Ex: Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal. A **Polícia Judiciária** tem a função de apurar as infrações penais através do inquérito policial (polícia civil e federal). Esta polícia visa conseqüentemente, apurar a infração penal e sua respectiva autoria, fornecendo ao titular da ação elementos necessários para o intento da ação penal – fase primária da administração da Justiça Penal. A **Polícia Administrativa** tem a função de averiguar à prática dos atos administrativos que não se relacionam com a persecução penal. Ex: expedição de passaporte pela polícia federal, conceder porte de armas, etc. (BORGES, 2017, p. 06).

Ainda a respeito da polícia judiciária, tem-se:

Destinada a investigar os crimes que não puderem ser prevenidos, descobrir-lhes os autores e reunir provas e indícios contra estes, no sentido de levá-los ao juízo e, conseqüentemente, a julgamento; a prender em flagrante os infratores a lei penal, a executar os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias, e a atender às requisições destas. Assume aí, o caráter de órgão judiciário auxiliar. Sua atividade só se exerce após a consumação do fato delituoso, pelo que se dá à polícia judiciária também a denominação de Polícia Repressiva. Em nosso Estado mencionada função é da alçada da Polícia Civil e Federal (GONÇALVES, 2013, p. 35).

Do exercício da polícia decorre o poder de polícia que “é uma das formas de exteriorização das prerrogativas da Administração Pública, tem por escopo equalizar forças opostas: de um lado a liberdade do indivíduo e do outro as limitações necessárias a essa liberdade” (NUCCI, 2017, p. 101). O poder de polícia pode ser conceituado como:

[...] atividade da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativos (PAIVA, 2016, p. 145).



Neves (2019) nos lembra que a função social da polícia é reprimir. Assim, cabe à polícia evitar que a violência se instale ou progrida na sociedade. É dever da polícia reduzir atos de violência e trazer segurança aos cidadãos.

Para fins desse estudo, encontra-se a polícia militar (PM). Conceitualmente, a polícia militar (PM) é entendida como sendo a “corporação que exerce o poder de polícia no âmbito interno das forças armadas, garantindo a segurança, a ordem e a lei no seu seio. Geralmente, a sua ação limita-se apenas às instalações e aos membros das forças armadas” (NEVES, 2019, p. 30).

A sua competência encontra-se respaldada no caput do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, onde delega ao Estado o dever de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Sublinha também que tais direitos e responsabilidades abrangem toda a sociedade, assim, as atribuições incumbidas às polícias militares estão discriminadas no §5º do mesmo artigo (BRASIL, 1988).

Ainda no texto constitucional, no art. 117 trouxe as missões das polícias militares ao qual deve ser ostensiva e de preservação da ordem pública. Ainda na seara legislativa, importante citar o art. 3º do Decreto nº 667/69, ao qual é cabível as polícias militares:

Art. 3º - Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos estado, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições

a) executar com exclusividade, ressalvas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;

b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem;

c) atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;

(BRASIL, 1969)

É importante deixar claro que uma das principais missões desse órgão é o trabalho ostensivo. O policiamento ostensivo é atividade desenvolvida exclusivamente pela Polícia Militar, por meio do emprego de capital humano (homens e mulheres) e pelo recurso

material (fardamento, equipamentos, armamentos e viaturas) que são facilmente identificados pelas suas características, com o objetivo de preservar a ordem pública e a tranquilidade social.

Verifica-se que o trabalho da polícia militar é de suma importância para a sociedade. Ela possui papel de relevância, “uma vez que se destaca, também, como força policial estadual, primando pelo zelo, honestidade e correção de propósitos com a finalidade de proteger o cidadão, sociedade e os bens públicos e privados” (PMTO, 2020).

Como bem mencionado acima, um dos objetivos da polícia militar é proteger a sociedade e seus participantes coibindo os ilícitos penais e as infrações administrativas.

Em razão disso, pelo fato de o Brasil se tratar de um Estado Democrático de Direito, é necessária que as condutas policiais sejam pautadas na legalidade de forma profissionalizada, técnica e em consonância aos direitos humanos, haja vista que o policial militar é a primeira linha de frente e de defesa dos direitos e garantias individuais do cidadão, cabendo a ele respeitar os limites da legalidade e não violar as regras e a normas a ele imposta.

Apesar de a Lei enfatizar esse fato, na realidade, o que se verifica é uma polícia violenta, corrupta e desrespeitosa, principalmente com a sociedade. Essa afirmativa é compreendida quando se analisar a realidade das abordagens policiais, que será analisado no tópico seguinte.

#### **4 ABORDAGEM POLICIAL: APONTAMENTOS**

O termo “abordagem” é traduzido como um ato de aproximação, com o objetivo claro e definido. É nos dizeres de Sanchez (2016) um ato administrativo, pelo qual o policial, capacitado na autoridade que lhe foi conferida, interpela o cidadão, em razão de atitudes suspeitas, em prol de um interesse público.

Do mesmo modo, a abordagem policial pode ser descrita como um encontro entre o agente policial e aquele(s) por ele interpelado(s), com base em uma suspeita fundada, em tese, em padrões técnicos e/ou discricionários (ANUNCIAÇÃO; TRAD; FERREIRA, 2020).

De acordo com Mizael e Sampaio (2019) a abordagem policial é considerada um instrumento básico de controle de delitos e de manutenção da ordem social. Ou seja, busca efetivar de modo prático a segurança que a sociedade necessita para ter paz e segurança.

Duarte, Avelar e Garcia (2018) explicam que a abordagem policial apresenta discricionariedade, ou seja, os policiais podem decidir abordar qualquer indivíduo a partir de avaliações subjetivas que os levem a identificar determinados comportamentos como suspeitos, assim como decidir quando e como utilizar a força letal e não-letal.

Ou seja, essa atividade tem o caráter discricional. Nos dizeres de XXX (XXX) discricionariedade se refere à natureza da autonomia decisória e, ao mesmo tempo, à sua permeabilidade às influências externas.

Segundo Costa (2017, p. 33) “uma decisão policial é caracterizada como discricionária quando os policiais ou a polícia detém o poder de executá-la [...] Isto não significa afirmar que a decisão policial discricionária não seria influenciada por outros poderes ou forças exteriores à polícia”.

É justamente esse poder arbitrário que se percebe um excesso de poder dos policiais com os cidadãos. E situação que melhor caracteriza esse fato é a abordagem policial.

Ao executar uma abordagem pessoal, o Estado, que é convenionado e legitimado por seus cidadãos, permite a limitação de adota alguns direitos e liberdades civis. Isso ocorre porque há um risco de desordem pública, onde esses agentes responsáveis por garantir a ordem, podem restringir na prática determinados direitos (GAECO, 2020).

Numa abordagem policial, há naturalmente o contato físico, uma vez que sem ele não é possível encontrar objetos que adornam o possível crime, tais como armas e drogas (GAECO, 2020). Ocorre que ainda que permitido por lei, na prática o que se observa é um excesso de violência e de autoridade nas abordagens, o que não é permitido por lei.

Cabe lembrar que o poder discricionário aplicado na abordagem policial pelos agentes de segurança tem limites. Toda vez que o Estado ultrapassa os limites, a ação torna-se arbitrária. A discricionariedade, principalmente quando aplicada pelos agentes de segurança pública precisa ser pautada na legalidade, na realidade e na razoabilidade. Além dos parâmetros legais é preciso que a discricionariedade do policial esteja baseada na realidade e não na suposição, e, que haja coerência entre a política pública e os fins desejados. Neste sentido, a abordagem policial precisa estar pautada em critérios objetivos para que possa ser configurada a fundada suspeita (RISSO, 2018).

O que se tem observado nos últimos anos é o crescimento dos casos de abuso de autoridade praticado pelos policiais durante as abordagens com cidadãos. Muitos desses profissionais têm utilizado meios violentos e agressivos com os cidadãos como forma de impor “poder” e autoridade, ou simplesmente por sadismo.

A violência policial, segundo estudos já publicados, é oriunda de várias causas. Neto (2017) ao desenvolver uma pesquisa que abordou essas causas, cita que existem 3 (três) correntes que explicam as razões da violência policial. Como menciona esse autor, primeiramente encontra-se a explicação estrutural, que tem natureza social, econômica, cultural, psicológica e/ou política. Aqui, está ligada as características da sociedade — por

exemplo, desigualdades sociais e particularmente econômicas, e políticas, culturas, personalidades e atitudes autoritárias.

A segunda corrente é a explicação funcional, que direciona a atenção para problemas e crises em determinados sistemas — por exemplo, sistema social e/ou político, ou mais especificamente sistema de segurança pública —, em relação aos quais a violência policial seria um sintoma e uma resposta (NETO, 2017).

E a terceira corrente, corresponde a explicação processual, segundo as quais a violência policial é praticada em benefício dos próprios policiais — e, portanto, sugerem a autonomia das organizações e dos agentes policiais (NETO, 2017).

Percebe-se que a violência praticada por policiais é um tema complexo, porque não está amparada em um único motivo. De todo modo, é na desigualdade social e no racismo estrutural que é possível encontrar os maiores índices de violência policial, principalmente quando há uma abordagem desses profissionais.

A abordagem policial é direcionada principalmente aos cidadãos de baixa renda e/ou negros. Elas ocorrem inclusive, em sua grande maioria dentro de periferias e comunidades carentes, onde a impunidade pelos atos abusivos se torna muito maior (MAGALHÃES, 2018). Cabe lembrar que nesses locais o número de cidadãos negros e pobres são majoritariamente maiores do que quaisquer outras características.

No estudo de Macedo e Máximo (2021) que tinha o objetivo de analisar a existência de racismo nas abordagens policiais, buscando compreender se as pessoas negras, pobres e oriundas de qualquer desvantagem social são alvos marcados para revista, apreensão e acusação por parte da força policial, mostrou que a fonte do racismo presente de forma estrutural na sociedade brasileira está enraizado no pensamento coletivo e apresenta graves consequências na discricionariedade do agente público ao realizar a abordagem policial. Dessa forma, percebeu-se que, a abordagem policial não cumpre a função legal de garantir proteção à população.

Para Gomes (2018) na segurança pública, o racismo institucional pode ser observado a partir de três mecanismos principais: (1) por meio de uma legislação que promove a segregação, e na atuação direta de seus agentes; (2) por omissão, ao reproduzir práticas e instrumentos que inviabilizam a consolidação de uma rede de proteção social, gerando distorções sociorraciais e territoriais; e (3) pela atuação de indivíduos ou grupos movidos por seus próprios preconceitos alarmados pelas condições institucionais favoráveis que viabilizam as violações de direitos, estigmatização e processos discriminatórios.

Matos (2019) destaca que a abordagem policial, em muitos casos é realizada tendo como base a discriminação da classe pobre e negra brasileira. O autor acentua que se o

indivíduo possuir determinadas características ele certamente terá maior probabilidade de sofrer uma abordagem policial violenta. Essas características, quase sempre estão ligadas à marginalidade.

A supracitada autora cita um exemplo: se o cidadão for de sexo masculino, negro e morador de uma comunidade ou favela ele automaticamente será associado a um criminoso/marginal/bandido/meliante/elemento/jovem infrator; para as mulheres, há uma ligação imediata com piriguete/maloqueira/mulher de bandido, sofrendo maiores violações de assédio (MATOS, 2019).

Nos achados de Duarte, Avelar e Garcia (2018) ficou evidente constatar que a cor da pele negra/parda foi fator preponderante na tomada de decisão dos policiais militares para proceder com a abordagem. Os autores concluíram que existe uma filtragem racial calcada numa percepção discricionária tendenciosa de identificação dos suspeitos por parte dos agentes policiais.

Fica evidente pelos estudos acima mencionados, que a abordagem policial, quando exercida de modo violento e desumano é direcionado em grande parte a um grupo específico, àqueles que vivem à margem da sociedade, ou que são marginalizados previamente, como os negros, pobres, etc.

Verifica-se que as abordagens quando feitas de forma arbitrária traz de imediato um flagrante de violação aos Direitos Humanos. Correia (2016) argumenta que a abordagem policial quando realizada ilegalmente e de modo violento, deprecia a dignidade e os direitos individuais do homem e marginalizando um instrumento de disseminação da segurança, com o intuito de satisfazer seus sadismos, ou propagar a violência gratuita, através de agressões, abusos e humilhações físicas e morais, além de outras condutas inaceitáveis.

Toda essa situação acaba por gerar efeitos contrários aos objetivos impostos pela Lei. Sobre essa questão, importante mencionar:

Espera-se que as instituições de segurança pública cumpram o papel de promover a ordem social e a segurança da população. Sob esta ótica, os policiais podem, inclusive, serem representados através da figura do "herói" na medida em que, no exercício de sua função, estariam arriscando a própria vida pela promoção do bem maior à sociedade. No entanto, para aqueles que se tornam, com relativa frequência, alvo de abordagens policiais em função de seu pertencimento racial, social, territorial, entre outros traços distintivos, a imagem da polícia está associada ao medo, à violência etc.

Sobretudo, a polícia, para estes sujeitos, representa uma ameaça, posto que se tem consciência do poder que lhe foi conferido, não apenas para reprimir, mas também para matar (ANUNCIÇÃO; TRAD; FERREIRA, 2020, p. 01).

O que fica claro aqui, é que a violência causada pelos policiais numa abordagem não é o caminho correto e ideal de colocar ordem e preservar a paz social. Ao contrário, gera mais revolta e indignação daqueles que já sofreram violência e desrespeito por esses profissionais.

Quando praticado, o abuso de poder de policiais traz consequências não apenas sociais, mas também aos seus agentes. A respeito disso, discute-se no tópico seguinte.

#### 4.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Na ocorrência de uma abordagem policial quando verificada excesso de poder arbitrário, há nas leis brasileiras as consequências para esses atos. Como exemplo, cita-se o Estado do Tocantins. Nesse Estado, tem-se o Manual do Procedimento Operacional Padrão (POP) instituído em 2015. Este documento tem a finalidade de agrupar normas padronizadas onde se busca amparar a atuação do policial militar e efetivar a excelência nos serviços prestados na instituição (BRASIL, 2015).

Numa abordagem policial, principalmente quando há o transporte de um infrator, é preciso que haja uma maior atenção a integridade física e moral do mesmo. Nesse caso, encontra-se a Lei nº 2.578/2012 que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado do Tocantins onde na seção II que discorre sobre a ética militar, em seu artigo 33 traz o seguinte texto:

Art. 33. O sentimento do dever, o denodo militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Corporação, condutas moral e profissional irrepreensíveis, com a fiel observância dos seguintes preceitos e deveres da ética militar:

(...)

III - respeitar a dignidade da pessoa humana;

XXXVI- respeitar a integridade física, moral e psíquica da pessoa do condenado ou do criminalmente imputado;

XXXIX- agir com isenção, equidade e absoluto respeito pelo ser humano, não usando sua autoridade pública para a prática de arbitrariedades;

(BRASIL, 2012)

Entende-se pelo art. 33 os policiais militares do respectivo Estado devem, sobretudo, respeitar a integridade física do indivíduo, em conformidade com a sua dignidade. Caso contrário, responderão às sanções impostas por essa Lei.

Ainda na mesma norma, em seu artigo 46, traz o rol das transgressões de natureza grave e em seu inciso XIV menciona que “usar de força desnecessária ou de violência física ou verbal, em ato de serviço ou não, maltratando, humilhando, constrangendo ou infamando qualquer pessoa, ou deixar que alguém o faça” (BRASIL, 2012).

Também é cabível destacar a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) que no art. 13 aduz que o agente público que agir contrário responderá pelos seus atos e podendo ser apenado com detenção de 1 de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

Apesar da legislação brasileira trazer penalidades para atos violentos durante uma abordagem, o que se percebe na prática é uma imagem de impunidade, uma vez que o sistema de Segurança Pública é notoriamente unido e corporativista.

Ferreira (2019) acentua que o processo de incriminação dos policiais só é possível de ser levado adiante quando delegados, promotores ou juízes assumem uma posição diferenciada em relação a seus pares ou quando os familiares das vítimas se mobilizam, acionando movimentos sociais, trazendo a repercussão da mídia e recrutando testemunhas.

Nesse caminho, Azevedo e Nascimento (2016) também menciona que os poucos procedimentos que chegam à fase judicial necessariamente tiveram uma atuação contundente da família da vítima ou passaram pelo crivo de algum profissional do Sistema de Justiça Criminal que adotou uma postura mais exigente do que o normal com relação aos “autos de resistência”.

Quando a abordagem policial resulta em morte, há penalização dos agentes são ainda mais difíceis de serem efetivadas. Lima (2016) explica que a apuração dos crimes praticados por policiais nas abordagens é prejudicada pelo fato de que eles atuam diretamente em ocorrências, interferindo nas investigações de modo a comprometê-las.

Há casos ainda em que a abordagem policial resulta em morte. As mortes decorrentes de abordagem policial não constituem um tipo penal específico, elas são uma categoria jurídica criada em âmbito administrativo para nomear mortes, resultantes de ações policiais, de pessoas que estariam em confronto com a polícia. Quando ingressam

na esfera criminal, elas podem ser consideradas um homicídio doloso ou um homicídio culposos. os quais terão como consequência uma sanção correspondente. A atribuição de um desses tipos penais vai depender de uma série de instâncias decisórias a respeito da natureza, circunstâncias e diploma legal adotado. Salienta-se ainda que, para cada tipo penal corresponde um procedimento judicial específico de responsabilização (FERREIRA, 2019).

Assim, em regra, se uma morte decorrente de intervenção policial for considerada um homicídio doloso praticado por policial militar o diploma legal que deverá ser adotado é o Código Penal, em seu artigo 121 e os ritos de responsabilização deverão ser realizados conforme o art. 406 e seguintes do Código de Processo Penal, isto é, perante o Tribunal do Júri. Se for considerado um homicídio culposos praticado por policial militar, deverá ser observado o art. 205 do Código Penal Militar e, conseqüentemente, seguir os procedimentos previstos no Código de Processo Penal Militar. Por último, sendo considerada um homicídio doloso que ocorreu em circunstâncias de excludente de ilicitude, como a legítima defesa, por exemplo, são mobilizados o art. 292 do Código de Processo Penal, que autoriza policiais e autoridades competentes a se valerem do uso da força necessária para defenderem-se ou para vencer a resistência à prisão ou à ordem de determinada autoridade competente, bem como os arts. 23 e 25 do Código Penal, que tratam da possibilidade da legítima defesa como excludente de ilicitude no direito brasileiro (FERREIRA, 2019).

Além desses efeitos, há também a responsabilização na esfera civil, ao qual a vítima pode buscar justiça nos moldes dos danos morais e materiais. A jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de penalizar tais agentes. Como exemplo, mostra-se abaixo o seguinte julgado:

JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. **ABORDAGEM POLICIAL. EXCESSO COMPROVADO. CONDUITA INADEQUADA. CONSTATADO O GRAVE FATO GERADOR DO DANO EXTRAPATRIMONIAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.** [...] 4. O recorrido em contrarrazões esclarece que os policiais militares adentraram sem autorização em sua residência e agiram **de forma abusiva e abordagem humilhante**. Esclarece que **abordagem foi desastrosa e temerosa**. Aduz que o recorrente não apresentou nenhum fundamento capaz de modificar a sentença. Requer a manutenção da sentença. 5. Compulsando os autos verifico que na inicial o recorrido disserta que no dia 18/02/2018 a Polícia Militar do Distrito Federal cometeu excessos ao realizar uma abordagem em seu domicílio. No processo 2018.01.1.022113-7,



que tramitou perante a Vara da Auditoria Militar do DF, o PM Cláudio Cândido Soares foi condenado, em razão dos excessos cometidos no citado dia por força das condutas empreendidas. Não sendo esclarecido, pelos policiais militares o motivo para a prisão do recorrido e mesmo para a abordagem. 6. Estando, portanto, **caracterizada a conduta ilícita apta a ensejar o dever de indenizar, havendo a responsabilidade civil objetiva do Estado.** 7. É cediço que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, §6º). Assim, a responsabilidade civil do ente federativo, em razão de atos comissivos de seus agentes, é objetiva (modalidade risco administrativo), a qual dispensa a comprovação de culpa e exige, para a sua configuração, a coexistência da conduta, do dano e do nexo causal. 8. Lado outro, os danos morais decorrem do grave abalo a qualquer dos atributos da personalidade (CF, art. 5º, V e X e CC, art. 186). [...] 10. Nesse quadro fático-jurídico, **forçoso reconhecer que a abordagem policial, realizada de forma exacerbada, mostra-se suficiente a configurar o nexo causal entre a conduta (inadequada) dos policiais militares e o alegado dano experimentado pelo recorrido, o dever de reparar os danos morais.** 11. Em relação ao quantum, deve ser mantido o valor razoavelmente fixado (R\$ 8.500,00), uma vez que guardou correspondência com o gravame sofrido (CC, art. 944), além de sopesar as circunstâncias do fato, a capacidade econômica das partes, a extensão e gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico da medida, tudo, com esteio no princípio da proporcionalidade (ausente ofensa à proibição de excesso). 12. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. 13. Sem custas processuais, isenção legal. (07136338520218070016 - (0713633-85.2021.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). TJDFT. Primeira Turma Recursal. Relator: ANTONIO FERNANDES DA LUZ. Data do Julgamento: 11/02/2022. Publicado no DJE: 25/02/2022).

No julgado acima descrito, ficou claro reconhecer que a abordagem policial, realizada de forma exacerbada, mostra-se suficiente a configurar o nexo causal entre a conduta (inadequada) dos policiais militares e o alegado dano experimentado pela vítima, gerando o dever de reparar os danos morais.

Apesar de satisfatório o reconhecimento da Lei e da jurisprudência, ainda é preciso que se tenha mais medidas preventivas e de solução para os casos de abuso de arbitrariedade dos policiais em suas abordagens não se torne uma rotina. Sobre essa questão, apresenta-se o próximo tópico.

## **5. DAS MEDIDAS DE SOLUÇÃO**

Até aqui, restou claro que as abordagens policiais caracterizam um flagrante desrespeito à dignidade humana e a liberdade. Para mudar esse fato é preciso que se tenha mudanças significativas nas corporações e no Estado, para que abusos cometidos pelos policiais em suas abordagens não seja excessiva ou violenta.

Com isso, alguns Estados brasileiros tem buscado maneiras de mudar essa triste realidade. Como exemplo, encontra-se as ações realizadas no Estado do Tocantins, cuja principal medida de prevenção tem sido a da Educação. Por meio dessa área, o presente Estado vem tencionando fazer com que os seus agentes tenham a consciência de não apenas realizar suas funções, mas em adquirir uma visão ampla sobre o ser humano.

No ano de 2019 a Superintendência de Administração do Sistema Penitenciário e Prisional do Estado do Tocantins (Sispen/TO), através da Escola de Gestão Penitenciária (Esgepen), realizou o Curso de Abordagem Policial. Os servidores selecionados por meio de edital participaram de três dias treinamento, que foram divididos entre aulas práticas e teóricas, realizadas na Esgepen, no Comando Geral da Polícia Militar (QCG) e no Clube de Tiro e Caça do Cerrado (CTCC). (MORAES, 2019)

Para realização do curso, a Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju) contou com apoio da Polícia Militar do Tocantins, que disponibilizou servidores da Companhia Independente de Operações Especiais (COE) para ministrarem as aulas. Moraes (2019, p. 03) cita que é de fundamental importância que os agentes policiais tenham elevado seu conhecimento sobre as formas de “atuação nas abordagens. Para isso, é necessário focar nas bases, com ênfase nos preceitos de instrução tática individual, uma vez que são fundamentais para engrandecer as técnicas de abordagem e evitar o uso de força física”.

No mesmo caminho, a Instituição Polícia Militar do Estado do Paraná (PMPR) juntamente com o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado –GAECO e o Ministério Público do Estado do Paraná desenvolveram a Apostila de Abordagem Policial contendo orientações sobre essa temática (JUNIOR, 2022).

No caso presente, o manual descreve a técnica de abordagem de forma detalhada nas mais diversas situações, de maneira a trazer de modo didático-pedagógico a relevância do assunto, com intuito de ampliar e atualizar os conhecimentos dos

membros da Corporação e como citado na apresentação daquele trabalho contou com a colaboração de Oficiais e Praças da Polícia Militar do Paraná, “sendo que desde seu início foi norteadora nos princípios da simplicidade e segurança, tanto do policial militar que executa a abordagem, quanto do cidadão que é abordado” (JUNIOR, 2022).

Com as ações acima demonstradas, mostra-se que existe um caminho positivo que está sendo percorrido para que as abordagens não configurem em demasiada violência e desrespeito aos cidadãos. Como bem acentuado nos Estados acima mencionados, é por meio de Educação que de fato poderá conseguir as mudanças dessa realidade.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No Brasil, é perceptível que a violência urbana e a criminalidade estão entre os maiores problemas enfrentados pela sociedade e pelo Poder Público. Cotidianamente milhares de cidadãos são vítimas de homicídios ou de qualquer outro tipo de crime/violência. Nesse cenário situacional, se destaca os delitos cometidos nas ruas e em espaços públicos das cidades, aos quais são analisados pelo olhar do agente policial.

Ocorre que, muitas vezes ao realizar uma abordagem policial, o agente utiliza de meios violentos e com desprezo com o particular, em muitos casos sem uma motivação plausível. Nota-se que há um excesso de poder, pois esse mesmo agente poderia fazer o seu serviço sem necessariamente desrespeitar o cidadão.

O que ficou evidente no decorrer do estudo, é que a abordagem policial é uma realidade da sociedade brasileira; e que não tem ainda uma motivação única para a sua realização. O que se percebeu é que determinados grupos sociais como os negros e integrantes das camadas mais vulneráveis socialmente e economicamente são mais suscetíveis a serem abordados e violentados.

Frente a esse contexto, é forçoso mencionar que a abordagem policial de forma arbitrária e violenta configura num flagrante desrespeito aos Direitos Humanos. Não se questiona o trabalho policial quanto a sua competência e objetivo no garantismo à segurança pública. A questão discutida durante a presente pesquisa foi em relação à maneira como o trabalho policial, principalmente na sua abordagem, é realizada.

De todo modo, apesar dessa realidade, também foi possível citar que algumas medidas podem ser feitas para que esse quadro seja sanado. No caso em tela, a Educação mostrou ser o melhor caminho para que a abordagem policial como a descrita nessa pesquisa não seja exercida.

Estados como o Tocantins e Paraná, por exemplo, têm divulgado instrumentos educativos afim de enfatizar a importância em respeitar o cidadão no momento de uma abordagem. Além disso, tem-se realizado cursos que enfoquem essa questão. Somente a polícia como um todo pode de fato resolver esse problema, porque a solução parte do próprio profissional.

Desta feita, finaliza-se esse estudo entendendo que o impacto do poder arbitrário da polícia afeta diretamente à sociedade, de modo que ela perde a credibilidade. Uma polícia rígida, desumana, violenta, corrupta só gera uma sociedade ainda mais violenta, rígida e desumana.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANUNCIACÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim; FERREIRA, Tiago. **"Mão na cabeça!": abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste.** Saúde da População Negra no Brasil. Saúde e Sociedade. 2020, v. 29, n. 1, e190271.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; NASCIMENTO, Andréa Ana do. **Desafios da reforma das polícias no Brasil: Permanência autoritária e perspectivas de mudança.** Civitas, Porto Alegre, v. 16, n. 4, p. 653-674, out.-dez. 2016.

BORGES, Eudes. **Persecução Penal e Inquérito Policial.** 2017. Disponível em: <<http://eudesferreira.blogspot.com.br/2011/04/persecucao-penal-e-inquerito-policial.html>>. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 667, de 2 de junho de 1969.** Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0667.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.578, de 20 de abril de 2012.** Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/269664/>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

COSTA, William. **Poder discricionário do Estado e aspectos legais da abordagem policial.** Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio de Grande do Norte. Caicó, 2017.

DUARTE, Evandro Piza; AVELAR, Laís da Silva; GARCIA, Rafael de Deus. **Suspeitos?: narrativas e expectativas de jovens negros e negras e policiais militares sobre a abordagem policial e a discriminação racial em Brasília, Salvador e Curitiba.** Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 11, n. 04, p. 3316-3336, 2018.

FERREIRA, Poliana da Silva. **A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte.** Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. 206 f. São Paulo, 2019.

GAECO (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado). Ministério Público do Estado do Paraná. **Orientações.** 2020. Disponível em: <<http://gaeco.mppr.mp.br/pagina-61.html>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

GOMES, Letícia Pereira Simões. **A (in)visibilidade da questão racial na formação dos soldados da Polícia Militar.** 192 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GONÇALVES, Eduardo Rodrigues. **Direito fundamental ao contraditório no inquérito policial: nova perspectiva à luz da jurisprudência do STF.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013.

JUNIOR, Vicente Carvalho. **Abordagem, a técnica policial militar e as novas demandas sociais.** *Brazilian Journal of Business*, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 1087-1103, jul./set., 2022.

LIMA, Laura Gonçalves de. **Crimes de maio: estigmas e memórias da democracia das chacinhas.** Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, 2016.

MACEDO, Júlia Magalhães; MÁXIMO, Alícia Gabriella Alves Costa. **Abordagem policial: uma análise sobre os efeitos do racismo estrutural na discricionariedade policial.** *Repositório Universitário da Ânima (RUNA)*, 2021.

MAGALHÃES, Mariana Cardoso. **As abordagens policiais inapropriadas e o desrespeito aos direitos fundamentais e individuais.** 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/283156/as-abordagens-policiaisinapropriadas-e-o-desrespeito-aos-direitos-fundamentais-e-individuais>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

MATOS, Gisele Gomes. **A cor nas abordagens policiais no estado de Goiás.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2019.

MIZAEL, Táhcita Medrado; SAMPAIO, Angelo A. S. **Racismo Institucional: Aspectos Comportamentais e Culturais da Abordagem Policial.** *Acta Comportamental: Revista Latina de Análises de Comportamentais*. vol. 27, núm. 2. Março - Dezembro, 2019.

NITAHARA, Akemi. **Pesquisa aponta aumento do racismo nas abordagens policiais no Rio.** 2022. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos->

[humanos/noticia/2022-02/pesquisa-aponta-aumento-do-racismo-nas-abordagens-policiais-no-rio](https://www.conteudojuridico.com.br/humanos/noticia/2022-02/pesquisa-aponta-aumento-do-racismo-nas-abordagens-policiais-no-rio)>. Acesso em: 05 set. 2022.

NETO, Paulo Mesquita Neto. **Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle**. Cidadania, Justiça e Violência. 2017. Disponível em: <[https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Viol%C3%Aancia%20Policial%20no%20Brasil%20\(2\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Viol%C3%Aancia%20Policial%20no%20Brasil%20(2).pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2022.

NEVES, Manuela. **O despreparo dos nossos policiais é alarmante**. 2019. Disponível em: <<http://www.editorialj.eusoufamecos.net/site/noticias/explore/o-despreparo-dos-nossos-policiais-e-alarmante/>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

PAIVA, Caio Cezar. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PMTO (Polícia Militar do Estado do Tocantins). **Papel da Polícia Militar**. 2020. Disponível em: <<https://www.pm.to.gov.br/papel-da-policia-militar/>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

RISSO, Melina Ingrid. **Da prevenção à incriminação: os múltiplos sentidos da abordagem policial**. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (CDAPG). 238 f. São Paulo, 2018.

SANCHEZ, Diego Moscoso. **A fundada suspeita como pressuposto de legalidade na abordagem policial**. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitoconstitucional/afundadasuspeitacomo-pressuposto-de-legalidade-na-abordagem-policial/>>. Acesso em: 29 ago. 2022.