

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1200

(Ano XVI)

(04/05/2024)

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 1200



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

#### **Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1200 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 304 *fls.*

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



#### **Impenhorabilidade salarial e sua relativização**

*Alexandre Santos Sampaio, 08.*

### ARTIGOS

#### **Crimes patrimoniais na jurisprudência das cortes superiores: teoria e prática**

*Jefferson Matheus Carvalho Gomes, 17.*

#### **Inteligência artificial e o reconhecimento facial de pessoas negras.**

*Erika Silva Borges, 44.*

#### **Aperfeiçoamento democrático no Brasil promovido pela participação social**

*Alixandre Barroso Vieira, 51.*

#### **O Efeito Prodrômico das Alegações Finais**

*Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 80.*

#### **(In)validade do exame psicotécnico em concursos públicos**

*Jefferson Matheus Carvalho Gomes, 115.*

#### **Inovações da Lei 14.382/2022 e Provimento 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça quanto à alteração do nome da pessoa natural no Cartório de Registro Civil**

*Gerson Maia da Silva, 123.*

#### **As divergências entre doutrina e jurisprudência quanto aos crimes de estupro de vulnerável e importunação sexual**

*João Matheus Campelo Braga, 140.*

#### **O ISS exportação na relação jurídica de representação comercial**

*Heitor Barros da Cruz, 156.*

**A desigualdade de gênero no sistema tributário brasileiro à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e essencialidade**

*Denise Moreira Neves, 168.*

**Crime de abandono de animais domésticos: uma análise acerca da negligência a população de animais de rua em Manaus**

*Nathália Duarte Dias, 190.*

**A sociedade de risco dentro das relações de trabalho - uma visão filosófica das mudanças de paradigmas e a criação de uma nova concepção de trabalho**

*Luiz Gustavo Mendes de Paula Falleiros, 205.*

**O compliance trabalhista e o bem-estar no ambiente agrário**

*Geisiani Santana Cerri, 214.*

**Cessão de crédito oriundo de contrato administrativo**

*Marcela Pedrosa Barros, 234.*

**Crimes cibernéticos: uma análise da infiltração virtual de agentes policiais no combate aos crimes cibernéticos**

*Mariangela Alecrim dos Santos, 247.*

**A garantia da ampla defesa como Direito Humano**

*Josenira Ilze da Silva Nascimento, 267.*

**Biotecnologia e a seleção natural: como a biotecnologia pode afetar o processo de seleção natural e as possíveis consequências para a evolução da espécie humana**

*Leticia Regina Anézio, 283.*

**Prescrição da pretensão ressarcitória dos tribunais de contas: uma certeza e muitas dúvidas**

*Alysson Vasconcelos Silva Coelho, 289.*

## **IMPENHORABILIDADE SALARIAL E SUA RELATIVIZAÇÃO**

**ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:**

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia<sup>1</sup>.

A proteção ao devedor, no nosso ordenamento jurídico pátrio, possui assento constitucional, no art. 1º, III, da Constituição Federal, ao erigir como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Bem por isso, ainda que o credor tenha todo o direito de ter a prestação cumprida, no montante, modo e tempo acordados, não é dado a adotar, por exemplo, medidas vexatórias ou que comprometam a própria subsistência do devedor, o que, se ocorresse, atingiria frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nessa senda, o Código de Processo Civil, de maneira objetiva, aponta que são impenhoráveis as rendas até a quantia de cinquenta salários-mínimos, salvo dívidas de natureza alimentar. Mas, cabe indagar, será o teto legal inflexível ou cabe cogitar relativização?

É certo que, ao credor, deve-se garantir meios coercitivos para que seja adimplida as prestações pelo devedor inadimplente, devendo eventual penhora recair “sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios”, como preceitua o art. 831 do Código de Processo Civil – CPC. E existe uma ordem primeira de penhora, preferencial, no “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, como se observa no art. 835 do CPC, a denotar que a satisfação da dívida deve ser buscada.

Contudo, não é dado ao credor adotar medidas vexatórias, que humilhem e tragam ofensa a honra do devedor, como se extrai dos artigos 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Também, deve-se observar o princípio da menor onerosidade, como se extrai do art. 805 do CPC que disciplina que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

---

<sup>1</sup> E-mail: [sampaioalexandre@gmail.com](mailto:sampaioalexandre@gmail.com)

De igual modo, existem limites para a penhora de bens, não cabendo recair, dentre outras hipóteses, nos “vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”, conforme dispõe o art. 833, IV, do CPC.

Todavia, a impenhorabilidade das rendas da pessoa não é absoluta, sendo ressalvadas no CPC o “pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais”.

Assim, em regra, até cinquenta salários-mínimos, a renda do devedor está protegida da penhora, medida coercitiva para o adimplemento de dívidas, como mecanismo de dignidade ao devedor, salvo prestações de cunho alimentício. A regra posta no CPC, criada, diga-se de passagem, a partir de anteprojeto elaborado por um grupo de notáveis juristas, capitaneados, inclusive, por Ministro de Tribunal Superior, é objetiva, à evidência, não dando margens para interpretações fora do que está posto na Lei.

Percebe-se, da leitura do CPC, que não há dúvidas ou lacunas a serem colmatadas pela atividade hermenêutica jurisdicional. Se não se concorda com o conteúdo legislativo é através do processo legislativo de alteração legal que deve-se alterar o seu conteúdo. Disso decorre a própria separação dos poderes, a atividade típica do legislativo de elaborar e, também, alterar, leis.

Há um brocardo latino que diz “in claris cessat interpretatio”, na clareza cessa a interpretação. Se a lei é clara, a atividade jurisdicional alterativa, diga-se assim, é ativismo judicial que macula a própria separação dos poderes, eis que, rigorosamente, não é dado ao magistrado, constitucionalmente, ainda que em tribunais superiores, editar leis.

Isso vem sendo feito com uma certa frequência, em diversas instâncias e em diversos casos, mas, para o objeto do presente artigo, cabe expor a decisão dada no julgamento de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 1874222, na Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

Na decisão supra, constou que admitir-se-ia a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, que a medida constritiva não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família.

Pontou-se, no entanto, que essa relativização seria em caráter excepcional, na medida que só se mostraria possível quando inexistir outros meios para a execução, contanto, ainda, o impacto na vida do devedor e sua família.

Nota-se que, a pretexto de interpretar a lei, acabou por emitir decisão, numa Corte Superior, que, de fato, contrariou lei federal, o CPC. Ora, o recurso especial, como se vê do art. 105, III, "a" da Constituição Federal, tem serventia, justamente, para reformar decisões que contrariem lei federal e não afrontar o comando legal.

No caso decidido pela Superior Corte, tratava-se da busca de penhora de 30% (trinta por cento) de um salário de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), para adimplir dívida de R\$ 110.000,00 relativa a cheques sem fundos. Renda esta, à evidência, impenhorável, nos termos legais.

O Acórdão do Tribunal de origem e a decisão turmária, da Quarta Turma, seguiu a interpretação literal do comando legal, haja vista a inexistência de dúvidas sobre o comando, qual seja, a regra geral da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial comporta exceção para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida e para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais.

Repita-se: o CPC criou regra objetiva, clara e indene de dúvidas. Já ocorreu algumas decisões, utilizadas como divergência jurisprudencial, como os EREsp n. 1.582.475/MG, que ponderaram que só se revelaria necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade.

No voto do Ministro João Otávio de Noronha, citado alhures, constou, após análise da jurisprudência de divergência suscitada nos embargos, que apontara a possibilidade de relativização da impenhorabilidade salarial, o seguinte:

(...)Ao suprimir a palavra "absolutamente" no caput do art. 833, o novo Código de Processo Civil passa a tratar a impenhorabilidade como relativa, permitindo que seja atenuada à luz de um julgamento principiológico, em que o julgador, ponderando os princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, conceda a tutela jurisdicional mais adequada a cada caso, em contraponto a uma aplicação rígida, linear e inflexível do conceito de impenhorabilidade.



Esse juízo de ponderação entre os princípios simultaneamente incidentes na espécie há de ser solucionado à luz da dignidade da pessoa humana, que, diga-se de passagem, resguarda tanto o devedor quanto o credor, e mediante o emprego dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Penso que a fixação desse limite de 50 salários-mínimos merece críticas, na medida em que se mostra muito destoante da realidade brasileira, tornando o dispositivo praticamente inócuo, além de não traduzir o verdadeiro escopo da impenhorabilidade, que é a manutenção de uma reserva digna para o sustento do devedor e de sua família. (...)

Portanto, mostra-se possível a relativização do § 2º do art. 833 do CPC/2015, de modo a se autorizar a penhora de verba salarial inferior a 50 salários-mínimos, em percentual condizente com a

realidade de cada caso concreto, desde que assegurado montante que garanta a dignidade do devedor e de sua família. (...)

Importante salientar, porém, que essa relativização reveste-se de caráter excepcional e dela somente se deve lançar mão quando restarem inviabilizados outros meios executórios que garantam a

efetividade da execução e, repita-se, desde que avaliado concretamente o impacto da constrição sobre os rendimentos do executado.

Também, cabe registrar que existe doutrina abalizada na mesma linha:

É possível penhorar parcela desse rendimento, mesmo que não exceda a cinquenta salários-mínimos. Restringir a penhorabilidade de toda a “verba salarial” ou apenas permiti-la no que exceder cinquenta salários-mínimos, mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento ao direito fundamental do exequente[1].

Como contra-argumento da tese vencedora, veja o que foi dito no voto vencido pelo Ministro Raul Araújo, ao examinar o caso concreto tratado por aquela Corte superior:

Qual a situação examinada na instância de origem, que confirmamos no acórdão, ora

embargado, com a devida vênia? Alguém que ganha R\$8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), quer dizer, não é uma fortuna, e está devendo mais de R\$100.000,00 (cem mil reais). Pois bem, para pagar mais de R\$100.000,00 (cem mil reais), admite-se que possa haver um desconto de até 30% de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), o que vai representar dois mil e poucos reais. Jamais a parte vai conseguir pagar mais de R\$100.000,00 (cem mil reais), descontando mensalmente dois mil e poucos reais.

Ora, serão anos e anos desse desconto perenizado, eternizado, o que já demonstra que a instância de origem, ao contrário do que entende o eminente Relator, examinou, sim, o caso concreto e entendeu que não era razoável penhorar, sacrificar uma família, em que o devedor ganha R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), tirando dessa família, todo mês, dois mil e poucos reais para tentar pagar uma dívida de mais de R\$100.000,00 (cem mil reais) a qual nunca vai ser alcançada, porque a dívida estará sempre crescendo em algum valor referente a juros de mora e correção monetária. Então, é algo que, parece-me, contraria a própria regra, que é a impenhorabilidade dos salários.

Veja-se, também, as ponderações, também vencidas, da Ministra Isabel Gallioti:

Penso que o novo CPC trouxe parâmetro objetivo, o de cinquenta salários-mínimos. O CPC anterior preservava todos os valores alimentares, ai entendidos não apenas os salários mas quaisquer valores remuneratórios do trabalho.

Surgiu, então, a questão de que quando a remuneração - sobretudo a remuneração de profissional liberal - fosse muito grande, haveria uma parte que obviamente não se destinaria à subsistência cotidiana do devedor. Como exemplo, lembro honorários de advogado de valor milionário. Essa parte da remuneração do trabalho manifestamente excedente do gasto cotidiano de uma família normal, mesmo de elevado nível social,

passou-se a entender passível de penhora.

O CPC novo trouxe parâmetro objetivo: até o valor de cinquenta salários-mínimos, a remuneração é impenhorável, salvo para satisfação de prestação alimentícia.

Ao se analisar os votos vencidos, à luz do CPC, é verificado que a decisão vencedora, ainda que baseada em doutrina e jurisprudência do próprio STJ, em verdade, acabou por macular o próprio dispositivo legal, ao desconsiderar o que estava posto na Lei.

De se notar que, se o limite de cinquenta salários merece críticas, dada a realidade socioeconômica brasileira, o fórum não parece o local mais adequado para se emendar a Lei, mas sim no Congresso Nacional, local de amplo debate de ideias, com vários parlamentares eleitos, por meio de um sistema democrático, dentro de regular processo legislativo constitucionalmente estabelecido. Ao Poder Judiciário não há autorização constitucional para inovação legislativa, apesar de como, de maneira reiterada, isso vem notoriamente ocorrendo em diversas situações.

Não custa lembrar: jurisdição significa dizer o direito, mas não autoriza, seja qual for o órgão julgador, de contrariar ou distorcer o direito posto. A Lei, em sua literalidade, deve ser observada, ainda que, em determinados casos, em que exista margem de abstração suficiente, possa ser flexibilizada.

Trocou-se, por meio de jurisprudência, o sistema legal objetivo da impenhorabilidade salarial, claro e indene de dúvidas, por um conceito jurídico indeterminado, penhora qualquer renda desde que “não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família”. Que limite será esse? Um salário-mínimo? Dez salários? Cada julgador, ao seu alvedrio, definirá o que, por certo, trará insegurança jurídica para as execuções.

Sobre segurança jurídica, explica Bruno Dantas:

Se, por um lado, a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, por outro, não pode negar seu poder de estimular a litigiosidade no seio da sociedade. Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou

podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo.

Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassa os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais.

Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados inferiores e a sociedade em geral[2].

A insegurança perfilhada na decisão da Corte Especial do STJ, ao flexibilizar, ao arrepio do CPC, a impenhorabilidade salarial, acabou atingindo a segunda dimensão dos direitos humanos aplicada ao processo civil: a segurança jurídica como garantidora da igualdade, na medida que viabilizará, em cada caso concreto, decisões dispares. Explica Erick Vidigal:

Retomando a questão da concretização multidimensional dos direitos humanos no processo civil, há de se sustentar que, ainda que seja assegurado o amplo acesso à justiça, a afirmação da dignidade da pessoa humana restará prejudicada caso as soluções apresentadas pelo Poder Judiciário não sejam substancialmente isonômicas[3].

Insta ressaltar, ainda, que a flexibilidade gerada com a jurisprudência do STJ ventilada atinge, como era de se esperar, valores diferentes. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por exemplo, com base na decisão do STJ, já decidiu penhorar uma remuneração bruta de R\$ 4 mil (quatro mil reais) no percentual de 10 % (dez por cento) (Processo 2058601-62.2023.8.26.0000), bem como uma remuneração de cerca de R\$ 5 (cinco) mil, no percentual de 30% (trinta por cento) (Processo 2229913-43.2022.8.26.0000). Percebe-se, como unanimidade, que os valores penhorados, de

natureza salarial, são bem distantes dos cinquenta salários protegidos determinados em Lei.

E, rigorosamente, dizer que uma pessoa com salário de R\$ 5 mil, ao sofrer uma penhora na ordem de 30% de suas rendas, não terá sua dignidade e da sua família afetada é, no mínimo, precipitado. A título de comparação, para o Dieese, um salário-mínimo digno seria, em abril de 2023, no valor superior a R\$ 6 (Seis) mil[4].

É inegável que, para a efetividade da execução e para a posição do credor, a decisão flexibilizadora do STJ é muito positiva, ao viabilizar alcançar patrimônio, antes, protegidos, porém a insegurança jurídica gerada também é perceptível, além da potencialidade de atingir valores que podem comprometer a dignidade do devedor.

Do ponto de vista constitucional, lecionam Eduardo Rocha Dias e Fabiana Costa Lima de Sá sobre ativismo judicial:

Mesmo que tenha ocorrido a expansão da jurisdição constitucional, em razão da própria estrutura da CRFB/1988, pois o texto constitucional é composto por normas com maior grau de abstração (normas principiológicas) e conceitos indeterminados, conclui-se que, segundo Hesse (1991), não há permissão para os responsáveis por sua interpretação irem além dos limites constitucionais, nem para, em nome da concretização de princípios, chegarem a interpretações que violam a própria Constituição. O Poder Judiciário deve respeitar o limite semântico do texto constitucional, levando em conta que quanto maior a consciência de respeitabilidade da Constituição maior a sua força normativa[5].

Veja que o ativismo judicial, por vezes, ocorre em normas abstratas, onde é possível cogitar interpretações mais flexíveis, abertas, mas não é o caso de uma norma processual objetiva. Tal como dito acima, o Poder Judiciário deve respeitar o limite da Lei, qualquer que seja, respeitando o texto regularmente aprovado pelo Poder competente, qual seja, o legislativo, não devendo se imiscuir em tarefa que não lhe compete, sob pena de vulneração da separação de poderes, tão caro em um Estado Democrático de Direito.

E mais: ao julgar contra a Lei, violando o seu conteúdo normativo, acaba por não realizar a contento seu trabalho, no caso, no Recurso Especial, que é para cuidar para que a norma federal seja obedecida. O que se vê, portanto, nesse assanho judicial, não é ativismo, mas, com as devidas vênias, teratologia hermenêutica.

É certo que deve-se buscar sempre meios eficientes para a satisfação do credor, não se deixando o devedor impune das dívidas regularmente contraídas, como o uso, inclusive, de medidas atípicas de execução, nos termos do art. 139, IV, do CPC, como a retenção do passaporte do inadimplente, mas sempre dentro dos limites legais e não maculando o ordenamento jurídico, relevante para a estabilidade do Estado de Direito.

Conclui-se, assim, que, em regra, o salário, em sentido amplo, é impenhorável, com vistas a garantir a dignidade do devedor, salvo para dívidas alimentares, para qualquer valor, e, para outras dívidas, acima de cinquenta salários-mínimos. Porém, jurisprudência do STJ relativizou, como exceção, o comando legal para autorizar penhoras de valores menores, contanto que respeitado o mínimo existencial do devedor. Seja lá o que for isso, a depender da cabeça de cada juiz, estabelecendo insegurança jurídica, ao contrário da objetividade legal, por meio de conceito jurídico indeterminado, com decisão, a rigor, ilegal.

#### NOTAS:

[1] DIDIER, Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023. Pág. 881-882.

[2] DANTAS, Bruno. Novas tendências do Processo Civil. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2013, pág. 129.

[3] VIDIGAL, Erick. Novas tendências do Processo Civil. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2013, pág. 625.

[4] <https://sp.cut.org.br/noticias/diesse-salario-minimo-necessario-em-abril-de-2023-deveria-ter-sido-r-6-676-11-2a7c>

[5] DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. RIL Brasília a. 57 n. 225 p. 165-179 jan./mar. 2020, pág 165-179.

## CRIMES PATRIMONIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES: TEORIA E PRÁTICA

**JEFFERSON MATHEUS CARVALHO GOMES:**

Assessor Ministerial no Ministério Público do Estado do Tocantins. Graduado em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Unitoledo – Wyden. Pós-graduando em Tribunal do Júri e Execução Penal pela Faculdade Legale.<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo teve como objetivo-problema analisar o entendimento dos tribunais superiores quanto a aspectos relevantes dos crimes contra o patrimônio na atuação prática do profissional do direito, com ênfase nos crimes de maior incidência: furto e roubo. Examinou-se, ainda, as causas que levam à prática de crimes patrimoniais. Os resultados demonstraram que fatores socioeconômicos influem diretamente na criminalidade. Concluiu-se que não é incomum divergência entre a interpretação da lei feita pelo Supremo Tribunal Federal e aquela realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como são frequentes as mudanças de posicionamento das cortes superiores. O artigo adotou o procedimento de revisão bibliográfica, método documental, descritivo e explicativo, com abordagem dedutiva.

**Palavras-chave:** Crimes patrimoniais; Furto e roubo; Atuação prática; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

**ABSTRACT:** The present article had as an objective to verify the understanding of Superior Courts regarding relevant aspects of property crimes in the practical work of legal professionals, with an emphasis on the most common offenses: theft and robbery. It also examined the causes leading to the commission of property crimes. The results demonstrated that socioeconomic factors directly influence criminality. It was concluded that divergence in the interpretation of the law between the Brazilian Supreme Federal Court and the Brazilian Superior Court of Justice is not uncommon, and changes in the positions of the higher courts are frequent. The article adopted the procedure of bibliographical review, documentary method, descriptive and explanatory approaches, with a deductive approach.

**Keywords:** Property Crimes; Theft and robbery; Practical work; Brazilian Federal Supreme Court; Brazilian Superior Court of Justice.

---

<sup>2</sup> Contato: jeffmatheuscg@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Os crimes contra o patrimônio sempre desafiaram o Estado. Os números indicam que tais infrações penais representam parcela significativa de delitos cometidos no Brasil.

Dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais<sup>3</sup>, órgão executivo responsável por acompanhar e controlar a aplicação da Lei de Execução Penal e das Diretrizes da Polícia Penitenciária Nacional, nos termos dos arts. 71 e 72 da Lei nº 7.210/84, relativos ao período de referência de janeiro a junho de 2023, indicam que os presos por roubo, em cela física, totalizam 174.035, número insuperável por outros crimes previstos na legislação penal brasileira, enquanto são 66.927 presos por furto. São 4.777 presos por extorsão e extorsão mediante sequestro; 1.100 por apropriação indébita; 3.601 por estelionato; e 19.672 por receptação.

Apenas para ilustrar e comparar, são 78.422 presos por homicídio doloso; 11.617 por estupro; 24.951 por estupro de vulnerável; 12.141 por associação criminosa; 158.589 por tráfico de drogas; 26.616 por associação para o tráfico; 8.337 por tráfico internacional de drogas; 18.152 por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; 11.483 por posse ou porte ilegal de arma restrita; e 11.092 por crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pode-se visualizar, portanto, que os crimes contra o patrimônio objeto da pesquisa (furto e roubo) emplacam dois dos quatro delitos de maior incidência de presos na legislação penal brasileira.

Quanto ao problema-objetivo, os crimes encimados serão tratados nesta pesquisa sob o enfoque dos tribunais superiores e considerará questões e dúvidas práticas que podem surgir na atuação do exegeta do direito.

Serão demonstrados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre aspectos relevantes dos crimes contra o patrimônio, além de identificadas divergências existentes entre a interpretação da lei feita Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup> e a realizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>5</sup>.

No que diz respeito à metodologia e o referencial teórico, o artigo adotou o procedimento de revisão bibliográfica, método documental, descritivo e explicativo, com abordagem dedutiva.

---

<sup>3</sup> Relatório de Informações Penais. Brasília, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

<sup>4</sup> Também conhecido como Pretório Excelso ou Suprema Corte.

<sup>5</sup> Chamado igualmente de Tribunal da Cidadania ou Corte Cidadã.



Nesse sentido, o trabalho se pauta em informações extraídas da lei, doutrinas, jurisprudência, artigos e outros recursos bibliográficos disponíveis, abordando peculiaridades dos crimes patrimoniais.

## **1 DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL**

Para melhor compreensão da temática, inicialmente é imperioso destacar o que é o direito penal.

Nessa esteira, o direito penal se traduz numa ciência e conjunto de normas (lei e princípios) que buscam tranquilizar o meio social mediante a previsão de condutas criminosas que se praticadas resultam na imposição de uma pena, afastando temporariamente os violadores do convívio social.

Direito penal não se confunde com Criminologia, tratando-se de áreas autônomas das denominadas ciências criminais.

A criminologia pode ser conceituada como o: *"[...] conjunto ordenado de saberes empíricos sobre o delito, o delinquente, o comportamento socialmente negativo e sobre os controles dessa conduta."* (KAISER, 1996 apud VIANA, 2018, p. 146).

Nota-se, pois, que enquanto o direito penal analisa o delito sob o enfoque normativo interpretativo a Criminologia vai além e interpreta o crime numa ótica social.

Direito penal e criminologia estão entrelaçados, mas não se confundem com política criminal. Por este instrumento o Estado enfrenta a criminalidade se valendo de medidas estatais específicas, adotadas após o estudo do delito e sua repercussão social. É possível, por exemplo, que se edite uma lei em virtude do quadro socioeconômico do país e a reiterada prática de crimes.

Um exemplo de política criminal é o instituto do crime continuado em material penal.

Imagine-se que um indivíduo pratique em sequência, no mesmo dia, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, cinco crimes de roubo simples contra cinco vítimas diferentes.

Considere-se que a infração penal possui pena de quatro a dez anos de reclusão.

No caso narrado, não existente a figura da continuidade delitiva, o acusado poderia receber a reprimenda de cinquenta anos, em caso de condenação. Com o

reconhecimento do crime continuado, o agente receberá no máximo uma pena de quinze anos (aumentada da metade), nos termos do art. 71 do Código Penal.

Pode-se dizer que na situação encimada o legislador, ciente da superlotação do sistema carcerário, quis que tal sujeito fosse colocado em liberdade de forma mais rápida, tendo em vista o sistema progressivo de execução penal, desafogando as unidades prisionais. Esta é uma medida de política criminal e que visa, dentre outros motivos, desafogar o sistema penitenciário, privilegiando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

## **2 CRIMINALIDADE E FATORES SOCIAIS**

Os crimes patrimoniais estão positivados na parte especial do Código Penal, especificamente no título II, capítulos I a VIII.

Primordialmente, necessário conceituar o que é patrimônio, afinal se trata do bem jurídico tutelado pela norma.

Para Masson (2018, p. 357): "*Patrimônio é o complexo de bens ou interesses de valor econômico em relação de pertinência com uma pessoa*".

Crimes contra o patrimônio, por sua vez, são comportamentos típicos que atacam um determinado bem com relevância econômica.

O estudo dos crimes patrimoniais imprescinde da análise dos fenômenos socioeconômicos, afinal eles influem diretamente no fenômeno criminoso.

Certo é que a deficitária educação no país, fato notório, somado à inércia estatal, é situação preponderante na criminalidade.

Nesse desiderato, análises criminológicas revelam que os crimes patrimoniais surgiram e são praticados em razão da não efetivação das políticas públicas e descuido com a *res publica*, o que provoca desigualdade social e causa desagregação entre as classes sociais (GRECO, 2016, p. 601).

O narrado acima é confirmado pelos já mencionados dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais, os quais informam que dos 644.305 presos no país 503.705 não concluíram o ensino médio, o que representa 78% da população carcerária. O número é representativo!

Nota-se que os fatores sociais influenciam não somente na criminalidade em si, como também no tratamento dado aos crimes na ótica jurisprudencial.

Modificações de entendimento das cortes superiores com relação à determinada matéria são comuns, a depender das circunstâncias sociais, muito em razão das políticas públicas e criminais adotadas numa época específica.

Um exemplo a ser citado é a possibilidade ou não de execução provisória da pena, após encerrados os recursos em segunda instância.

O tema já foi objeto de entendimentos diversos pela Suprema Corte. Até fevereiro de 2009 prevalecia o entendimento de que era possível a execução provisória da pena<sup>6</sup>. De fevereiro de 2009 a fevereiro de 2016 se entendia que era inviável<sup>7</sup>. No período de fevereiro de 2016 a novembro de 2019 a Suprema Corte voltou para sua posição anterior de possibilidade da execução provisória da pena<sup>8</sup>, que foi abandonada em novembro de 2019, prevalecendo desde então que a execução provisória da pena viola o comando constitucional do art. 5º, LVII, que considera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>9</sup>.

Interessante observar que os Ministros da Suprema Corte destacaram em seus votos que as decisões do Supremo Tribunal Federal não podem se expor a pressões externas, decorrentes do clamor público, sob pena de aniquilar o devido processo legal e demais direitos e garantias do réu.

A circunstância encimada leva a crer que em algum momento o entendimento sobre a execução provisória da pena considerou o quadro social vivido e o clamor público.

### **3 CRIME DE FURTO – CONSUMAÇÃO, TENTATIVA E CRIME IMPOSSÍVEL**

O delito epigrafado está esculpido no art. 155 do Código Penal e se trata de uma subtração patrimonial sem uso violência ou grave ameaça.

No que diz respeito ao momento consumativo do furto, a doutrina diverge.

Quatro teorias buscam explicar quando resta configurada a infração penal.

---

<sup>6</sup> HC 68726, julgado em 28-06-1991.

<sup>7</sup> HC 84078, julgado em 05-02-2009.

<sup>8</sup> HC 126292, julgado em 17-02-2016.

<sup>9</sup> ADC 43, julgado em 07-11-2019.

Cunha (2016, p. 471) ensina que para a teoria da *contrectatio* o mero contato do agente com o objeto alheio, aliado ao *animus furandi*, consuma o crime de furto, ainda que não haja transferência da coisa alheia de um lugar para outro.

Os defensores da teoria da *amotio*, por sua vez, sustentam que o furto se consuma com a inversão da posse da *res furtiva* da vítima para o criminoso, mesmo que por curto lapso temporal, isto é, ainda que a posse não seja pacífica e mansa o crime estará consumado.

Já a teoria da *ablatio* está em sentido oposto. Para ela, o furto estará consumado com a retirada do bem da esfera de disponibilidade e proteção da vítima, com a posse mansa e pacífica da coisa.

Por fim, a teoria da *illatio* descreve que a infração penal se consuma com o transporte do bem alheio até o lugar desejado pelo agente, podendo ele usufruir tranquilamente da coisa subtraída.

Não obstante a divergência doutrinária, a matéria é pacífica no âmbito das cortes superiores. Tanto o Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> quanto o Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup> adotam a teoria da *amotio*. Desta forma, o delito estará consumado com a inversão da posse do bem, ainda que por breve período de tempo.

Imagine-se, pois, que um determinado indivíduo adentre em um supermercado e sem que ninguém perceba coloque em sua bolsa alguns objetos, vindo, na sequência, a sair pela porta da frente do estabelecimento. Suponha-se que o indivíduo seja perseguido por um segurança e preso na esquina ao lado do estabelecimento, estando na posse dos objetos subtraídos.

Nesse contexto, a solução é tranquila: ainda que o agente tenha ficado por poucos segundos com a *res furtiva*, ocorreu a consumação do crime de furto, pois não exigível a posse mansa e pacífica e o agente já estava fora do supermercado.

Por outro lado, nebulosa seria a situação encimada caso o indivíduo fosse preso ainda no estacionamento. Poder-se-ia argumentar uma tentativa de furto, dado que o indivíduo, apesar da inversão da posse, ainda estava dentro da esfera patrimonial da vítima (o estacionamento é parte do supermercado). Seria possível defender também que o crime estaria consumado, haja vista que o indivíduo passou pela porta da frente do

---

<sup>10</sup> RE 1140538, julgado em 21/06/2018.

<sup>11</sup> REsp 1716938/RJ, julgado em 19/04/2018.

estabelecimento e havia encerrado os atos executórios, havendo a inversão da posse, ainda que por breve período de tempo.

A situação específica acima ainda não foi enfrentada pelas cortes superiores, mas para o caso narrado pode ser aplicado o raciocínio da Sexta Turma do STJ ao julgar o AgRg no AREsp n. 1.990.868/TO, abaixo explicado, tendo em vista a máxima do *ubi eadem ratio ibi idem jus*, entendendo-se que houve a consumação.

Imagine-se agora que José e Pedro adentrem na residência de Maria com intuito de furtar. Considere-se que os agentes separaram todos os bens, colocaram no interior do veículo e iniciaram a saída da residência, mas foram abordados pela polícia militar ainda dentro da casa. Surge a dúvida de crime tentado ou consumado. A matéria é controversa, mas há precedente do STJ indicando que o caso é consumação, uma vez que ao serem surpreendidos os agentes não mais estavam na fase de execução da conduta, pois já tinham separado todos os bens e estavam na iminência de deixar a residência, já na posse dos bens furtados (AgRg no AREsp n. 1.990.868/TO, julgado em 5/4/2022).

Agora imagine-se uma outra situação. Lucas adentra num automóvel que está aberto em via pública, retira o aparelho de som, fixo no painel do veículo, aloca-o dentro de sua mochila, mas é abordado pela polícia ainda no interior do carro. Questiona-se: consumação ou tentativa? Há precedente da 6ª Turma do STJ indicando ser crime tentado, pois não iniciada a fuga em poder do objeto. Para o Tribunal da Cidadania, o fato do bem já estar na bolsa é algo que deve ser levado em consideração na dosimetria da pena, ou seja, refletirá no quantum a ser empregado na diminuição pela tentativa (AgRg no REsp n. 1.976.970/DF, julgado em 5/4/2022).

Agora considere-se a seguinte situação hipotética em um caso um pouco diferente. Bruno e Thiago se dirigem à residência de Joana com intuito de furtar. Na entrada da residência há um cadeado e fechadura que os agentes rompem para ter acesso à garagem. Bruno e Thiago, antes da entrada na residência, são avistados pela polícia, perseguidos e presos. Pergunta-se: há crime de furto tentado? Para o 5ª Turma do STJ, não. Entendeu a Corte Cidadã que os atos, no caso concreto, são meramente preparatórios e impuníveis, por não iniciar o núcleo do verbo subtrair (AREsp n. 974.254/TO, julgado em 21/9/2021).

Imagine-se agora que Marcelo e Ricardo pretendam furtar a casa de Bruna. Considere-se que os agentes estejam observando o local há dias e que no dia X se desloquem para lá para consumir a infração penal. Imagine-se que antes de adentrarem na residência os agentes sejam abordados pela polícia, em virtude de uma denúncia anônima em razão de comportamento suspeito. Para o STJ, também não há falar em

crime tentado, uma vez que não se notou o início da conduta e tentativa de subtração da coisa (CC n. 56.209/MA, julgado em 14/12/2005).

Discute-se se a existência de sistema de vigilância por monitoramento eletrônico em determinado local seria empecilho para a configuração do crime de furto.

Parcela da doutrina defende que não há infração penal no caso de o delito estar na fase de execução e sendo acompanhada a prática delitiva por câmeras de segurança, em razão da absoluta impropriedade do meio escolhido. Para os defensores de tal corrente, não haveria como o delito se consumar, já que o agente está sob vigilância e jamais conseguiria inverter a posse do bem, daí por que incidiria o crime impossível. Ocorre que esse entendimento não se sustenta, já que na hipótese o meio escolhido pelo agente é apenas relativamente ineficaz, existindo possibilidade de efetuar a subtração e consumar o crime (CAVALCANTE, 2018, p. 713).

Hodiernamente o tema é pacificado nos tribunais superiores, sendo o seguinte o teor do Verbete da Súmula 567 do Superior Tribunal de Justiça: "*Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto*".

#### **4 FURTO MAJORADO – REPOUSO NOTURNO**

Estabelece o art. 155, § 1º, do Código Penal, que se o furto for praticado durante o repouso noturno a pena é aumentada de um terço. A razão? o patrimônio em tais horários se encontra mais vulnerável, tendo em vista o descanso da população.

Discute-se no âmbito doutrinário sobre o que é o repouso noturno.

Prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup> o entendimento defendido e explicado por Bittencourt (2012, p. 94), no sentido de que o conceito é variável e deve considerar os hábitos e costumes do local em que ocorrido o crime.

Certo é que repouso noturno não se confunde com noite. Numa grande cidade, Salvador-BA, por exemplo, 20 horas é noite, mas não é horário de repouso noturno, na medida em que parte da população ainda está se recolhendo para suas casas.

Debate-se na doutrina a necessidade de o local estar habitado ou não para a incidência da causa de aumento.

---

<sup>12</sup> REsp n. 1.979.989/RS, julgado em 22/6/2022.

Para Bittencourt (2012, p. 95) é necessário que o local esteja habitado e que lá tenha alguém repousando: "*O acerto dessa orientação reside no fato de que a majorante está diretamente ligada à cessação ou afrouxamento da vigilância. Ora, em lugar desabitado ou na ausência de moradores não pode cessar ou diminuir algo que nem sequer existe.*"

Em sentido contrário está a doutrina de Cléber Masson (2018, p. 375), em que se defende que basta que ocorra a subtração patrimonial em horário noturno para que incida a causa de aumento.

Em recente decisão, em sede de recurso repetitivo, o STJ reafirmou sua jurisprudência de que é irrelevante o fato de o local estar habitado ou que tenha alguém dormindo, bastando que o furto ocorra em horário de repouso noturno (REsp n. 1.979.989/RS, julgado em 22/6/2022).

Em outra recente decisão, em sede de recurso repetitivo, o STJ alterou sua jurisprudência dominante para considerar que não se aplica a causa de aumento do repouso noturno no caso de o furto ter sido qualificado (REsp n. 1.888.756/SP, julgado em 25/5/2022).

A Corte Cidadã concluiu que o entendimento anterior adotado violava a posição topográfica da causa de aumento e o princípio da proporcionalidade, pois, por exemplo, aquele que praticara furto qualificado majorado poderia receber reprimenda maior que aquele que praticara crime de roubo, de maior gravidade.

Nada impede que, sendo o furto qualificado, a majorante seja utilizada na primeira fase da dosimetria como circunstância judicial negativa para exasperar a pena base. Tal proceder, aliás, encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 818.182/SC, julgado em 2/10/2023).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> está em sentido contrário, todavia o Pretório Excelso não se manifestou expressamente sobre a questão após a decisão do Superior Tribunal de Justiça. Resta aguardar para verificar se a Suprema Corte se alinhará ao Tribunal da Cidadania.

## **5 FURTO PRIVILEGIADO**

O art. 155, § 2º, do Código Penal, estabelece que se o réu for primário e coisa furtada de baixa monta o magistrado pode, em vez de aplicar a pena de reclusão, optar

---

<sup>13</sup> HC 180966 AgR, julgado em 04-05-2020.

pela detenção. A lei ainda confere ao juiz a possibilidade de reduzir a pena de um a dois terços ou até mesmo aplicar a pena de multa.

Aqui cabe ressaltar que coisa pequeno valor não se confunde com coisa de valor insignificante, vale dizer: o privilégio é diferente da insignificância.

O furto privilegiado tem natureza jurídica de causa de diminuição de pena, ao passo que o furto insignificante representa causa supralegal de exclusão da tipicidade material, ou seja, no primeiro caso há delito, mas com pena diminuída, enquanto no segundo caso sequer há crime.

Ocorre que o legislador não explicou o que é “coisa de pequeno valor”.

Para o Superior Tribunal de Justiça se trata da importância que não ultrapasse o salário-mínimo vigente à época do fato criminoso (AgRg no REsp n. 1.706.416/SP, julgado em 27/2/2018).

Interessante notar que o Código Penal quando trata do furto privilegiado usa a expressão “pequeno valor da coisa”, enquanto ao versar sobre o crime de estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do Código Penal) utiliza o termo “pequeno valor o prejuízo”, para fins de avaliação do cabimento do privilégio.

O uso das expressões é proposital pelo legislador.

No furto privilegiado não se leva em consideração a condição financeira da vítima para avaliar a concessão do privilégio. O benefício é direito subjetivo do réu se preenchidos os requisitos previstos em lei. Caso o legislador quisesse que a situação financeira do ofendido influenciasse na obtenção do privilégio no furto, teria o feito expressamente da mesma forma que fez no estelionato (MASSON, 2018, p. 377).

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a linha de raciocínio encimada, firmou entendimento de que o privilégio não configura mera faculdade do julgador, sendo impositiva caso preenchidos os requisitos legais (AgRg no HC n. 724.176/SC, julgado em 17/4/2023).

Já o furto insignificante possui outro regramento.

Aqui as condições da vítima devem ser levadas em consideração para se apurar a insignificância.

A conduta daquele que furta um pacote de bolacha de uma grande rede de supermercados, por exemplo, pode ser considerada insignificante, enquanto não o é caso praticada contra uma pessoa em situação de rua.



A insignificância é aplicada quando presentes os requisitos indicados pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC 216258 AgR, julgado em 19-06-2023).

Para o Superior Tribunal de Justiça insignificante é o valor que não ultrapasse 10% o salário-mínimo (AgRg no HC n. 811.618/MS, julgado em 2/10/2023).

Não obstante os regramentos mencionados, na prática não é tarefa fácil se concluir pela insignificância ou não de determinada conduta. Até mesmo por que as próprias decisões das cortes superiores são, por vezes, contraditórias e conflitantes.

Certo mesmo é que os tribunais superiores entendem que a análise do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso.

O Plenário da Suprema Corte no julgamento dos HCs 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, em 03/08/2015, reafirmou que: *"A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados."*

Igualmente certo é que a reincidência, por si só, não impede que seja reconhecida a insignificância no caso concreto (HC 227410 AgR, julgado em 02-10-2023).

No AgRg no HC n. 852.800/SP, julgado em 23/10/2023, a Quinta Turma do STJ entendeu que não era insignificante a conduta de sujeito reincidente e com maus antecedentes que furtou peça de contrafilete cujo valor era acima do patamar de 10% do salário-mínimo.

Já no AgRg no HC n. 784.148/SP, julgado em 17/4/2023, a Sexta Turma do STJ entendeu que era insignificante a conduta do agente reincidente específico que furtou duas peças de picanha em valor acima de 10% do salário-mínimo.

No HC n. 221623, julgado em 01/3/2023, a Primeira Turma do STF entendeu que não era insignificante a conduta de acusado considerado criminoso habitual que furtou seis garrafas de shampoo, avaliadas em R\$ 68,00.

Já no HC n. 192744, julgado em 29/3/2021, a mesma Primeira Turma do STF entendeu que era insignificante a conduta de réu reincidente que furtou 3 cuecas e 1 boneco de brinquedo, avaliados em R\$ 145,00.

Esses são apenas alguns exemplos.

Há decisões em todos os sentidos, a reforçar a tese que a análise da insignificância deve ser casuística, sendo meros parâmetros aqueles fixados pelas cortes superiores, logo, não absolutos.

## **6 FURTO QUALIFICADO COM DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA**

Situação prática relevante é atinente ao furto qualificado pela destruição ou pelo rompimento de obstáculo e a necessidade de perícia para comprovação da qualificadora.

O art. 158 do Código de Processo Penal estabelece que quando a infração deixa vestígios deverá ser realizado o exame de corpo de delito. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>, de maneira que, havendo furto qualificado pela destruição ou pelo rompimento do obstáculo, a realização da perícia é imprescindível para qualificar o crime.

Contudo, o Tribunal da Cidadania entende que se a perícia não foi realizada em razão dos vestígios terem desaparecido; por um fato não imputável ao Estado; ou porque as circunstâncias do delito não permitiram a confecção do laudo, a prova testemunhal pode suprir-lhe a falta, conforme comando do art. 167 do Código de Processo Penal (AgRg no REsp n. 1.822.262/MG, julgado em 22/10/2019).

Veja, pois, que se a perícia não for realizada por displicência estatal (por exemplo, perícia foi acionada e não compareceu ao local; ou o laudo foi elaborado, mas se perdeu), não será caso de substituição do laudo pela prova testemunhal.

Situação diferente e comum seria se houvesse a "modificação da cena do crime", a tornar inviável a elaboração do respectivo laudo pericial.

Nessa toada, imagine-se que Jean ingresse na casa de Joaquina e quebre o vidro da frente da residência para ingressar no imóvel. Considere-se que Joaquina, antes da chegada da perícia, limpe o local com medo de algum acidente com os estilhados e isole-o por medo de que terceiros adentrem na localidade. Nessa hipótese a prova testemunhal pode suprir a falta do laudo pericial, pois as circunstâncias do caso concreto impediram a realização da perícia em fato não imputável ao Estado. Foi nesse sentido o decidido pelo STJ ao julgar o AgRg no HC n. 570.476/SC em 13/12/2021.

---

<sup>14</sup> HC 330.156/SC, julgado em 03/11/2015.

Portanto, o julgador deverá agir com parcimônia no caso concreto para se verificar por qual motivo o laudo não foi realizado, para só então se concluir pela incidência ou não da majorante.

## **7 CRIME DE ROUBO – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA**

A infração penal em comento encontra tipificação no art. 157 do Código Penal e se trata de um furto com o *plus* da violência e/ou grave ameaça.

Interessante observar que o dispositivo legal indica que também configura roubo a subtração de coisa alheia móvel com a redução de impossibilidade de resistência da vítima, parte final da redação que, por vezes, passa despercebida.

Quanto ao momento em que o delito se consuma, segue a mesma linha do mencionado no crime de furto, adotando-se a teoria da *amotio*. A questão se encontra consolidada nas cortes superiores e é objeto do Verbete da Súmula 582 do STJ: *"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada."*

Agora imagine-se a seguinte situação hipotética. Rita e Júnior se conhecem durante uma confraternização. Após a festa, se dirigem à casa do segundo. Já no local, em determinado momento, Júnior ingressa no banheiro, ocasião em que Rita, sem qualquer violência ou grave ameaça, coloca um pedaço de ferro na fechadura, deixando Júnior preso no local. Em seguida, Rita subtrai vários bens da residência e deixa o imóvel, enquanto a vítima nada faz em razão de estar impossibilitada de reagir. Há crime de cárcere privado e furto em concurso material ou crime roubo? Crime de roubo! Isso porque, embora não empregada violência ou grave ameaça, Rita se utilizou de um recurso que reduziu a possibilidade de resistência de Júnior, nos termos da parte final do *caput* do art. 157 do Código Penal.

## **9 ROUBO MAJORADO – CONCURSO DE PESSOAS**

O Código Penal estabelece que a pena é aumentada de um terço caso o roubo seja praticado em concurso de duas ou mais pessoas.

E se o crime for praticado por um imputável na companhia de adolescente (inimputável), incidirá a majorante? Sim, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça. Para a Corte Cidadã é irrelevante ter sido o crime praticado com agente inimputável, bastando a participação do menor no ato criminoso, uma vez que a razão de a pena ser

maior é o incremento do risco que a presença de mais de uma pessoa causa no patrimônio de terceiro e à integridade física da vítima, além de tornar mais fácil a consumação do delito (AgRg no HC n. 181.333/DF, julgado em 2/8/2012).

Na hipótese narrada, não apenas incide a causa de aumento, como o imputável responde também pelo crime de corrupção de menores (art. 244-B da Lei 8.069/90), inexistindo *bis in idem* no emprego da causa de aumento no roubo e na condenação pelo crime do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que os bens jurídicos protegidos pela norma são distintos e as ações autônomas (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.995.823/SP, julgado em 20/3/2023).

Como se dá a comprovação da condição de inimputável do agente? A Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça diz que: "*Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*"

Documento hábil para o mesmo STJ não é apenas a certidão de nascimento, mas qualquer documento de lavra de agente público, como, por exemplo, uma informação constante no Boletim de Ocorrência lavrado pela vítima (AgRg no REsp n. 2.051.115/MG, julgado em 18/4/2023).

O Tribunal da Cidadania também entende que não é preciso a identificação e qualificação do coautor para que incida a causa de aumento, bastando que haja prova de que no caso concreto o agente identificado agiu na companhia de terceira pessoa (HC n. 206.944/RJ, julgado em 13/8/2013).

## **10 ROUBO MAJORADO – RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA**

Se durante o roubo o indivíduo mantém a vítima em seu poder, mediante restrição de sua liberdade, a pena também é aumentada, conforme art. 157, § 2º, V, do Código Penal.

A circunstância, inclusive, torna o crime hediondo, conforme alterações recentes promovidas pela Lei 13.964/19.

Cunha (2016, p. 492) leciona que:

Nesta hipótese, o agente, para consumir o crime ou garantir o sucesso da fuga, mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade de locomoção. Não se confunde com a hipótese do agente privar desnecessariamente a liberdade de locomoção da vítima, por período prolongado, caso em que teremos roubo em concurso material com o delito de sequestro.

Salim e Azevedo (2017, p. 351) acrescentam que três situações podem ocorrer durante a prática do roubo em que a vítima tem a liberdade tolhida pelos agentes. A primeira delas é que se a restrição for por poucos instantes não incidirá a causa de aumento, uma vez que o tempo é somente o necessário para execução do crime. A segunda delas é que se a restrição se der por tempo juridicamente relevante, mais que o necessário para execução do crime, incidirá a causa de aumento. A terceira hipótese é caso a restrição da liberdade se dê por tempo mais que suficiente para executar o delito ou garantir a fuga, hipótese em que haverá concurso entre roubo e sequestro.

Dúvida prática que pode surgir é referente a qual período de tempo é considerado juridicamente relevante para fins de incidência da causa de aumento.

A minutagem não é objeto de estudo aprofundado na doutrina, mas há precedentes do STJ indicando que 10 (dez) minutos não é considerado tempo juridicamente relevante<sup>15</sup>, enquanto 15 (quinze) a 20 (vinte) minutos é relevante e hábil para configurar a majorante<sup>16</sup>.

## **11 ROUBO MAJORADO – EMPREGO DE ARMA DE FOGO**

O estatuto penal determina que a pena seja aumentada de dois terços caso o roubo seja praticado com uso de arma de fogo.

Discute-se se é necessária a apreensão e perícia do artefato bélico para incidência da majorante.

Prevalece no STJ que não é preciso que a arma de fogo seja apreendida e conseqüentemente periciada, bastando que haja prova de que no caso concreto houve uso do instrumento, cujo porte deve ser ostensivo, ou seja, visível para a vítima (AgRg no HC n. 842.317/SP, julgado em 18/9/2023).

Assim, se a vítima afirma com convicção que na execução do crime o agente se utilizou de arma de fogo, deve ser reconhecida a causa de aumento, desde que em consonância com os demais elementos de prova, ainda mais se considerada a maior relevância das declarações do ofendido nos crimes patrimoniais, os quais costumam ocorrer em lugares ermos, sem a presença de testemunhas (AgRg no HC n. 711.887/PE, julgado em 5/6/2023).

---

<sup>15</sup> AgRg no HC n. 751.383/SC, julgado em 14/3/2023.

<sup>16</sup> EDcl no REsp n. 1.286.810/RS, julgado em 23/4/2013.

Destaque-se que, embora prescindível a apreensão da arma de fogo para majorar o roubo, se esta for apreendida, deve ser periciada para atestar sua potencialidade lesiva.

De acordo com o STJ, se o laudo apontar que o artefato não funciona não há falar na incidência da majorante, pois o que faz a pena ser maior é a potencialidade ofensiva agravada pela arma de fogo, e não o fator de intimidação que o artefato possa vir a ocasionar (HC n. 331.338/RJ, julgado em 13/10/2015).

Ainda, para a Corte Cidadã, não sendo apreendida, cabe à defesa, e não à acusação, provar que a arma de fogo era desprovida de potencial lesivo (AgRg no AREsp n. 2.055.425/DF, julgado em 15/8/2023).

Ademais, entende o STJ que o uso de arma de fogo desmuniada caracteriza o emprego de violência ou grave ameaça no roubo, mas não permite o reconhecimento da causa de aumento, uma vez que está vinculada ao potencial lesivo do artefato, dada a sua ineficácia para realizar disparos (AgRg no HC n. 665.770/GO, julgado em 14/9/2021).

Os entendimentos levam a uma curiosa questão prática.

Veja que para o acusado que pratica um crime de roubo mediante simulacro de arma de fogo (arma de brinquedo, por exemplo, desprovida de potencial lesivo), é mais interessante que, caso preso, esteja na posse da réplica do artefato bélico. Isso porque se a vítima sustenta em juízo que o réu portava uma arma de fogo, em tese, ele responderia pelo crime de roubo majorado, já que dificilmente o acusado conseguiria provar o alibi de que estava com um simulacro. Por outro lado, caso seja preso com o artefato, o instrumento será submetido à perícia que constatará sua ausência de potencialidade lesiva, fazendo com que o agente responda tão somente pela modalidade simples do roubo, mesmo que a vítima insista na tese de que houve uso de arma de fogo.

Outra situação que provoca debates no âmbito jurídico é a possibilidade de aplicação do princípio da consunção entre o roubo praticado com uso de arma de fogo e o porte ilegal de arma de fogo.

Imagine-se a seguinte situação hipotética. Bernardo no dia 30.10.23, por volta de 10 horas, adentra num estabelecimento comercial e subtrai bens de um cliente mediante porte de arma de fogo, evadindo na sequência. Considere-se que no dia 31.10.23, por volta de 18 horas, após incessantes diligências da Polícia Militar, Bernardo seja localizado em via pública, na rua de sua casa, com a arma de fogo usada no roubo. Questiona-se: o roubo majorado absorve o crime de porte de arma de fogo? Nesse caso a resposta certamente é não.

O Superior Tribunal de Justiça entende que somente se aplica o princípio da consunção entre roubo e porte de arma se os delitos ocorrerem no mesmo contexto

fático e com nexo de dependência entre as condutas (AgRg no HC n. 836.737/PR, julgado em 22/8/2023).

No caso narrado, não há falar em apenas um crime, tendo em vista o lapso temporal percorrido entre o roubo e a prisão. Durante esse tempo o agente poderia se desfazer da arma de fogo. Como manteve o artefato consigo, entende-se que o dolo estava direcionado também ao porte, daí por que responderá pelos dois delitos, haja vista os dolos são distintos, assim como os contextos fáticos, não havendo liame entre as condutas.

Agora considere-se que Valter e Nicolau abordem um transeunte em via pública e deem voz de assalto mediante porte ostensivo de arma de fogo. Imagine-se que após a subtração dos bens os agentes empreendam fuga, mas sejam abordados e presos numa pela polícia militar logo adiante numa rua paralela.

No caso acima, certamente incide o princípio da consunção, respondendo os agentes tão somente pelo roubo majorado, uma vez que o uso da arma de fogo visava apenas a prática do roubo, tendo os fatos ocorrido no mesmo contexto.

A situação narrada, aliás, foi semelhante ao contexto fático ocorrido no AgRg no AREsp n. 1.891.254/GO, julgado em 14/6/2022 pela Quinta Turma do STJ, ocasião em que se concluiu pela absorção dos delitos de roubo e porte de arma. Trata-se de um exemplo prático já decidido pelo Tribunal da Cidadania.

## **12 ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE**

Ocorre latrocínio quando na execução da infração penal de roubo ocorre morte da vítima em razão da violência empregada pelo latrocida, nos termos do art. 157, § 3º, II, do Código Penal.

Atente-se que se a morte resultar da grave ameaça empregada não incide a qualificadora, em homenagem ao princípio da legalidade.

Acalorado é o debate acerca da consumação e tentativa da infração penal em comento.

Imagine-se que Gilberto, durante a prática de roubo com uso de arma de fogo, efetue disparos contra Fernanda. Considere-se que o agente não logre êxito na subtração, mas que a vítima venha a falecer em razão dos disparos.

Nessa situação narrada, há consumação ou tentativa de latrocínio, tendo em vista que o agente não praticou o verbo nuclear do tipo, qual seja, subtrair? Para o Supremo

Tribunal Federal o caso é de consumação. A temática encontra-se, inclusive, sumulada, conforme Verbete da Súmula 610: "*Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.*"

Se no caso narrado Gilberto subtraísse alguns bens, mas Fernanda não falecesse, haveria latrocínio tentado.

Veja, pois, que o que importa para a consumação do latrocínio não é a efetiva subtração patrimonial, mas a consumação da morte da vítima.

Questão polêmica se refere a hipótese de haver dois resultados morte, com uma única subtração no crime de latrocínio.

Suponha-se que Adamastor aborde Ana e Cláudia em via pública e dê voz de assalto mediante uso de arma de fogo, visando subtrair bens de ambas. Imagine-se que durante a prática do crime Adamastor atire contra as vítimas, que vêm a falecer. Considere-se que Adamastor tenha subtraído apenas bens de Cláudia. Questiona-se: há concurso formal de latrocínios ou crime único de latrocínio?

O STJ durante muito tempo entendeu que haveria dois crimes de latrocínio, em concurso formal impróprio, diante dos desígnios autônomos e considerando que o agente buscou alcançar mais de um resultado. Para a Corte Cidadã, isto se daria em razão do latrocínio ser crime complexo e tutelar bens jurídicos diferentes, isto é, o patrimônio e a vida (AgRg no HC n. 710.327/SP, julgado em 2/8/2022; e AgRg no REsp n. 1.907.409/SP, julgado em 8/6/2021).

Por outro lado, o entendimento das duas turmas do STF divergia do STJ, uma vez que o Pretório Excelso considera que no caso apontado há um único crime de latrocínio, devendo o segundo resultado morte ser analisado quando da fixação da pena-base na primeira fase, pois o latrocínio está inserto nos crimes contra o patrimônio, e não nos crimes contra a vida (HC n. 140368 AgR, julgado em 21-02-2017).

Ocorre que em recente decisão a Terceira Seção do STJ modificou o entendimento então vigente para se adequar à jurisprudência do STF e considerar que a subtração de único patrimônio, com pluralidade de vítimas da violência, não impede que seja reconhecido crime único de latrocínio (AgRg no AREsp n. 2.119.185/RS, julgado em 13/9/2023).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, conclui-se que os crimes contra o patrimônio continuam sendo praticados em virtude da não efetivação das políticas públicas.



A pesquisa demonstrou que fatores socioeconômicos influenciam na prática de crimes patrimoniais.

Constatou-se ainda que o quadro social vivido pela sociedade pode implicar modificações do entendimento jurisprudencial e das políticas criminais adotadas.

Em relação ao problema-objetivo da pesquisa, o artigo trouxe questões, dúvidas e respostas práticas que podem auxiliar o operador do direito.

Averiguou-se que não é incomum divergência entre os tribunais superiores na interpretação da lei.

Notou-se que questões práticas penais implicam esforço do exegeta, notadamente no que diz respeito à tipificação da infração penal, uma vez que há decisões “em todos os sentidos” no âmbito das cortes superiores. A depender do entendimento adotado o caminho pode ser diferente.

Certo é que as constantes mudanças de entendimento dos tribunais superiores são importantes para a evolução jurisprudencial e demonstram maturidade na tratativa de um determinado tema, evitando a fossilização constitucional e extraconstitucional.

Por outro lado, é preciso ter cuidado com as reiteradas mudanças de posicionamento, pois a segurança jurídica deve imperar no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 1984**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 1.990.868/TO**. Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 7/4/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103257307&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 2.055.425/DF**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 21/8/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200246637&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 2.119.185/RS**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13/9/2023, DJe de 19/9/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2.119.185&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no REsp n. 1.995.823/SP**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202201022430&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 181.333/DF**. Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 2/8/2012, DJe de 21/8/2012. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001439330&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 570.476/SC**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 16/12/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000793669&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 665.770/GO**. Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em

14/9/2021, DJe de 24/9/2021. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202101430975&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.  
Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 710.327/SP**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103868728&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.  
Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 711.887/PE**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 9/6/2023. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103947491&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.  
Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 724.176/SC**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200446386&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 751.383/SC**. Relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202201927100&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.  
Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 784.148/SP**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203615200&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.  
Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 811.618/MS**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 4/10/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro>

&termo=202301008589&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 818.182/SC**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 4/10/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202301332365&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 836.737/PR**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202302346108&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 852.800/SP**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 27/10/2023. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202303256723&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.706.416/SP**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 8/3/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702784942&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.907.409/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 21/6/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202003110538&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.976.970/DF**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 12/4/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103892251&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.822.262/MG**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 8/11/2019. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901839933&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 2.051.115/MG**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 24/4/2023. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202300359110&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 974.254/TO**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021. Disponível em: <

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201602274509&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso

em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 56.209/MA**. Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/12/2005, DJ de 6/2/2006, p. 196. Disponível em: <

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501835136&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso

em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp n. 1.286.810/RS**. Relator Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 23/4/2013, DJe de 26/4/2013. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102467107&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 206.944/RJ**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 20/9/2023. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202302681510&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 330.156/SC**. Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 10/11/2015. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501696478&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 331.338/RJ**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe de 19/10/2015. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501822909&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.716.938/RJ**. Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe de 27/4/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201703324266&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.888.756/SP**. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002014981&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.979.989/RS**. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 22/6/2022, REPDJe de 30/06/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202200124499&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 74**. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 567**. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 582**. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07-11-2019, processo eletrônico DJe-270 divulg 11-11-2020 public 12-11-

2020. Disponível em:  
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68726**. Relator(a): Néri Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28-06-1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**. Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05-02-2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 public 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 123734**. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, processo eletrônico DJe-019 divulg 01-02-2016 public 02-02-2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4617538>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**. Relator(a): Teoria Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2016, processo eletrônico DJe-100 divulg 16-05-2016 public 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 140368**. Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 07/08/2018, DJe 06/9/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5127851>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 180966**. Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04-05-2020, processo eletrônico DJe-125 divulg 20-05-2020 public 21-05-2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5849599>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 192744**. Relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29-03-2021, processo eletrônico DJe-081 divulg 29-04-2021 PUBLIC 30-04-2021. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6026764>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 221623**. Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01-03-2023, processo eletrônico DJe-s/n divulg 04-05-2023 public 05-05-2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6507954>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1140538**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/06/2018, publicado em processo eletrônico DJe-126 divulg 25/06/2018 public 26/06/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5488950>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 133575**. Relator(a): Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 21-02-2017, processo eletrônico DJe-101 divulg 15-05-2017 public 16-05-2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4949475>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 216258 AgR**. Relator(a): Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 19-06-2023, processo eletrônico DJe-s/n divulg 30-06-2023 public 03-07-2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6417871>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 610**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2562>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 3**: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Se há uma única subtração patrimonial, mas com dois resultados morte, haverá concurso formal de latrocínios ou um único crime de latrocínio?**. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/03/se-ha-uma-unica-subtracao-patrimonial.html>>. Acesso em: 9 nov. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade mecum de jurisprudência**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.



CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concurso: doutrina, jurisprudência e questões de concurso**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume III**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MASSON, Cléber. **Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal – parte especial: dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família**. Coleção sinopses para concursos. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. **Relatório de Informações Penais: 14º ciclo – período de janeiro a junho de 2023**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 9 nov. 2023.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

## INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O RECONHECIMENTO FACIAL DE PESSOAS NEGRAS

**ERIKA SILVA BORGES:** Graduação completa pelo curso de Direito<sup>17</sup>.

**RESUMO:** A inteligência artificial é uma vasta área que tem crescido no mundo, tendo reflexos na vida de cada indivíduo que tem agora sua imagem registrada por câmeras de segurança que fazem comparações a todo instante com imagens armazenadas na memória como meio de identificar criminosos que estão foragidos. O reconhecimento facial é um conjunto de traços tecnológicos que medem a distância dos olhos e o sorriso fazendo distinção de uma face para outra. Essa tecnologia, que é nova e tem sido difundida em vários países, traz à tona questões como a segurança dos dados pessoais que podem ser utilizados por terceiros de má-fé. O presente estudo tem como foco a atuação da inteligência artificial no reconhecimento facial de pessoas negras que em sua maioria são presas e confundidas por falha do sistema de reconhecimento, como enfoque no Brasil e nos Estados Unidos, pela recente adesão ao método de segurança tecnológica em grandes centros regionais. O presente trabalho tem como técnica de pesquisa a referência bibliográfica e como meio de pesquisas, sites de busca, livros, artigos científicos e a norma brasileira. Busca-se apresentar e conceituar o termo com a intenção de consagrá-lo a um estudo mais profundo pelos acadêmicos e profissionais.

**Palavras-Chave:** Criminologia; Direitos Humanos; Relações Étnico-Raciais; Aprendizado de Máquinas; Biometria Facial.

**SUMÁRIO:** Introdução, 1. Do reconhecimento facial, 2. Inteligência artificial e a aprendizagem de máquina, 2.1 Reconhecimento facial como único meio de prova, 2.2 Informações processadas pelos algoritmos que tendência ao racismo, 2.3 Necessidade de aprimoramento da ia e a inserção de elemento de aleatoriedade como medida de predição dos algoritmos, 2.4 Necessidade de aprimoramento da ia e a inserção de elemento de aleatoriedade como medida de predição dos algoritmos, 3. A importância de mapeamento de dados não estruturados, Conclusão.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a atuação da IA (Inteligência Artificial) no reconhecimento facial de pessoas negras, o qual se baseia na ciência da Informática, telemática e da ciência da computação para traçar o perfil algorítmico dos dados matemáticos e geométricos que influenciam na identificação das pessoas, utilizando aspectos de reincidência de presidiários, foragidos e criminosos. Os crimes em questão são cometidos por todo e qualquer cidadão, porém em sua maioria são identificadas

---

<sup>17</sup> E-mail: erikaborges05@outlook.com

peças jovens e negras. Tem-se, como finalidade colaborar com o julgamento justo para as pessoas que são incriminadas erroneamente nos processos jurídicos criminais.

Nesse diapasão, é importante elucidar como surgiu o termo “IA”, cujo nome apareceu em 1956 por John McCarthy. A Inteligência Artificial compreende máquinas que são capazes de desempenhar tarefas que são características da inteligência humana. Mais importante ainda, isso inclui planejamento, compreensão da linguagem, objetos e sons familiares, aprendizagem, resolução de problemas e muito mais.

Vale ressaltar que, para chegar ao resultado de hoje sobre a inteligência artificial e o reconhecimento facial de pessoas negras, ocorreu o estudo realizado por profissionais da área da Ciência da Informática baseado na psicologia investigativa.

Os crimes mais recorrentes ocorridos nesse contexto direcionaram-se a aprofundar-se nas ações realizadas pela inserção de dados que reconhecem o agente infrator, apresentado como segurança e privacidade individual. Para alcançar o objetivo de identificar a base de dados que é inserido na alimentação computacional da rede “neural” da “internet” que diferencia os indivíduos pela identificação facial.

Neste viés, verifica-se que esta é uma área nova aplicada no Brasil, que diferentemente dos Estados Unidos tem tido maior adaptabilidade. Mesmo ainda recente, é notável a importância do trabalho realizado pela identificação por reconhecimento facial, pois garante mais agilidade e maior segurança para os policiais, embora não exista comprovação específica de que esse ambiente seja totalmente seguro e eficaz.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica elaborada a partir de material teórico, disponível em livros, através de sites de busca, material digital, artigos publicados em revistas especializadas principalmente de cunho jurídico nacional ou internacional, doutrinas jurídicas, legislação e notícias em jornais pertinentes ao tema, com revisão de literatura elaborada segundo o método dedutivo de pesquisa, que parte de proposições gerais do enviesamento em prejuízo às pessoas negras.

## **1. DO RECONHECIMENTO FACIAL**

O reconhecimento facial, área que trabalha à biometria dos traços faciais humanos, detecta traços geométricos medindo distância entre nariz, olhos, queixo e boca identificando até mesmo cicatrizes existentes na face como também o contorno do rosto no qual é identificado pelo sistema operacional de forma algorítmica com código binário que são uma sequência numérica utilizada pelos computadores.

Através de câmeras de dispositivos móveis é possível fazer comparações de pontos estratégicos na face que chama-se “pontos nodais” que detectam os indivíduos através de câmeras de segurança nas cidades, metrô e órgãos públicos. Com uma precisão de 96% os programas de computadores conseguem identificar os indivíduos a partir do rastreamento da captura de imagens onde é feita a ligação dos traços faciais.

Para o âmbito judicial fazer uso do reconhecimento facial com o intuito de identificar suspeitos e foragidos da polícia, por intermédio de comparações em um banco de dados onde ficam armazenadas uma série de capturas fotográficas que não são totalmente eficazes devido ao ângulo, sombras e qualidade ruim e abrem margem a erros que podem causar sérios danos a um cidadão que não tenha praticado crime, mas que pelo reconhecimento facial pode acabar incriminado.

No ano de 2020 iniciou-se a identificação biométrica, facial e digital na polícia civil que, por sua vez, afirmou que essa tecnologia não seria utilizada “isoladamente como meio de prova” contudo, em número cada vez crescente as pessoas negras têm sido identificadas e presas devido a dados enviesados que podem analisar as pessoas negras como predispostas a praticar delitos, o que fere os direitos à privacidade.

As pessoas negras são afetadas por esse sistema de segurança de reconhecimento facial devido à oposição das máquinas em reconhecer tonalidades de peles negras agravado pelo grande número de dados de pessoas brancas inseridos na IA. Entretanto, isso não significa que as máquinas são racistas, haja vista que as máquinas não podem raciocinar de forma própria, mas sim aprender com as informações que lhe são passadas.

É imperioso mencionar a necessidade de investimento dos órgãos públicos nas instalações de vigilância tecnológica, haja vista que uma captura de imagem em local sem iluminação e baixa resolução pode tornar mais favorável o índice de erro na identificação de sujeitos. Os orçamentos disponibilizados para a área de segurança pública ainda é baixo e levando em consideração o progresso de um aparato tecnológico em capitais e regiões de interior reduziria constrangimentos e prisões injustas.

## **2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A APRENDIZAGEM DE MÁQUINA**

A inteligência artificial diferencia-se do Reconhecimento Facial pela capacidade de resolver problemas de forma inteligente com habilidades que se assemelham a compreensão humana, aprendendo com os dados que são inseridos em seu sistema, seja através da análise de fotos, vídeos ou documentos.

A temática no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), lei 13.709/2018, concede proteção adentrando no quesito de terceiro se utilizar de informações privadas

e define os direitos e responsabilidades sobre a devida forma de tutelar dado importante e sigiloso. A Resolução do CNJ 332/2020 versa a respeito do uso da IA por meio dos princípios morais. Os quais são analisados no parâmetro da possível inserção do reconhecimento facial na persecução penal.

Em Aprendizagem de Máquina, dispositivos computacionais são programados para aprender a partir de experiências passadas. Para tal, frequentemente empregam um princípio de inferência denominado indução, que permite extrair conclusões genéricas a partir de um conjunto particular de exemplos.

A Inteligência Artificial tem uma importância fundamental na vida das pessoas, haja vista que se tornou uma verdadeira auxiliar na resolução de casos, devido a sua velocidade na identificação de suspeitos e foragidos e para traçar um viés de dados que alimentam a IA com informações contendo fotos e descrições de criminosos até mesmo descrevendo cor da pele, é necessário entender se a tecnologia do reconhecimento facial é eficaz ou é passível de erros quanto à identificação da cor da pele.

A IA permite, a partir da tecnologia, em considerável medida, alterar a relação entre pessoas, potencializando suas capacidades criativas e habilidades. Tem, assim, uma função disruptiva e está diretamente associada à produtividade de ações e conhecimentos. A IA associa-se à engenhosidade humana, contribuindo com velocidade e precisão, especialmente em tarefas que demandariam muito tempo, repetição de esforços e fidelidade de parâmetros (PEIXOTO e SILVA, 2019, p. 21).

No entanto, durante o processo de aprendizagem, os algoritmos de aprendizagem de máquina procuram produtos que possam promover a relação entre o comportamento preditivo e objetivo nos modelos possíveis. (CARVALHO, 2021, p. 5).

É através dos algoritmos inseridos na máquina que irão realizar uma tarefa de busca até chegar aos criminosos, a mostrar-nos assim um identificado pelo reconhecimento facial, pondo em questão fatores importantes como a segurança e privacidade de dados pessoais. No Brasil, trata-se de uma forma de perícia policial com a finalidade de colaborar com as investigações e auxiliar os profissionais de âmbito forense.

Conforme a LGPD em seu artigo Art. 5º consideram-se dado sensível os dados relacionados a:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a

organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2019).

A partir da definição da LGPD, averigua-se que o termo dado sensível é passível de discussão, haja vista, que merece um parâmetro exclusivo na segurança pública, sendo necessário que a inclusão de assuntos como: mecanismos de avaliação de impacto e monitoramento do uso dessas tecnologias, e outros dispositivos que se fazem imprescindíveis para a garantia de que o direito à privacidade dos cidadãos não seja violado.

O Art.7º da LGPD, o qual trata dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais impõe que somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei (BRASIL, 2019).

O modo indiscriminado da tecnologia de reconhecimento facial tem violado direitos fundamentais da pessoa como o consentimento para utilização de imagem, de tal maneira que lojas comerciais, aplicativos de celulares e até mesmo metrô têm recorrido ao recurso.

Com o mesmo intuito da transparência e governança na produção e no uso da Inteligência Artificial a Resolução Nº 332 de 21/08/2020 dispõe:

Art. 2º A Inteligência Artificial, no âmbito do Poder Judiciário, visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, bem como descobrir métodos e práticas que possibilitem a consecução desses objetivos.

O artigo quando menciona a prestação equitativa da jurisdição traz a indagação se o recurso de reconhecimento facial funciona de forma igualitária a todos ou prejudica de forma discriminatória.

## **2.1 Reconhecimento facial como único meio de prova**

Na Constituição Federal a produção da prova é um fator Fundamental, visto que assegura a efetividade ao direito de impetrar ação, com garantia a ampla defesa, o direito de contradizer, preservando os direitos individuais e coletivos (Art.5º, XXXV, LIV E LV, da CF/1988).

Todavia, independentemente de ser uma proteção e um Direito incontestável mencionado na Carta Magna, a elaboração probatória não abrange soberania total na modificação da veracidade histórica a função dos indivíduos e do Estado, mas contém limitações, de acordo com o que César Dário Mariano da Silva (2009) ensina:

Em qualquer democracia, a ordem constitucional e legal deverá ser obedecida, mormente quando da postulação em Juízo, um dos momentos culminantes do Estado Democrático de Direito. De tal forma, embora a busca da verdade real seja o objetivo principal do processo penal, certos limites deverão ser obedecidos quando da produção probatória.

Na obra do autor Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), é descrito no tocante a construção probatória no processo penal:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Para a deliberação é indispensável que o Juiz disponha de convencimento verossímil, ou seja, que não tenha hesitações, dado que se houver deverá estar a favor do acusado.

O Juiz possui o Poder Instrutório, um mecanismo que serve para cumprimento de garantias individuais e coletivas, bem como o empenho necessário pela veracidade dos fatos ocorridos, eliminando contradição e prezando pela paz coletiva, objeto essencial do

processo. Logo, deve assegurar a comunidade transparência através de uma decisão com retidão, onde sua efetividade atende na busca de produção da prova capaz de aproximar mais da realidade.

Segundo Palma e Pacheco (2020), foi feito um estudo pela Rede de Observatórios em Segurança das prisões realizadas pelo sistema na Bahia, em que se constatou que a grande maioria foi de pessoas negras, sendo que dos 42 casos em que foi verificado a cor da pele dos apreendidos, a informação apurada foi de que 90,5% eram negras e apenas 9,5% eram brancas. Como resultado observou-se que havia padrão quanto à raça e cor.

Nesse sentido, a constituição de prova criminal fundamentada apenas em um registro fotográfico ou de vídeo pelas câmeras de reconhecimento facial mostra-se insuficiente, visto o sistema de reconhecimento facial ser comprovadamente suscetível a erro para condenar um indivíduo a uma pena gravosa.

É claro que o uso indiscriminado dessa tecnologia infringiu uma série de direitos individuais a privacidade, centenas de pessoas encontram-se hoje encarceradas injustamente e como único meio probatório para constituição de sua pena criminal o reconhecimento facial prejudicado pelo viés racista em sua configuração e de forma perigosa incrimina pessoas inocentes.

É extremamente importante mencionar que o reconhecimento facial que tem sido utilizado no Brasil auxilia o judiciário a penalizar, servindo como meio probatório legal, porém a prova deve servir como um processo justo e democrático que ao final pode-se obter uma decisão com base sólida conjuntamente de elementos de prova previstos nos autos, e não integrado de opiniões e ideologias preconceituosas de terceiros que possam vir a prejudicar e condenar injustamente alguém.

O juiz ao fundamentar-se quanto à validade da prova digital como meio de convencimento probatório deve-se ater se a leitura jurídica sobre o fato e precisa saber se o fato ocorreu ou não e, se sim, todas as circunstâncias. A prova, em linhas gerais, é o meio pelo qual é formada a convicção desse alguém em relação a fato específico (THAMAY e TAMER, 2020).

De tal forma fazer-se uso de mecanismos de convicção como exemplo a prova pericial, serve de instrumento de vistoria que irá contribuir para medidas justas não restando erro na identificação quanto ao real infrator e tampouco abrir brechas para o viés inconsciente que é o estereótipo que todas as pessoas carregam consigo e podem prejudicar decisões sérias, considerando que são capazes de discriminar e possui grandes obstáculos para impedir e responsabilizar os culpados.



O meio probatório pericial, nessa perspectiva, pode ser entendido como o meio transporte do fato para dentro do processo ou procedimento que se dá por uma forma necessária e específica: por meio da tradução técnica especializada. Ou seja, o trabalho do perito é fundamental para que o fato seja compreensível e inteligível. Sem a sua participação técnica (sua tradução) não é possível constatar, com a mínima segurança jurídica necessária, a ocorrência ou não do fato e suas circunstâncias. Em outras palavras, se o fato demandar uma leitura técnica, portanto, a ausência dos trabalhos periciais resulta em meros indícios e mera dedução, estimativa ou cogitação sobre o fato e suas circunstâncias (THAMAY e TAMER, 2020, p.157-158).

No que lhe concerne, é de suma importância que diante de uma tecnologia inovadora e revolucionária capaz de solucionar crimes, haja melhor aperfeiçoamento como a ajuda pericial que contribui na descoberta minuciosa, para que uma classe minoritária não seja condenada injustamente perpetuando não só na sociedade o racismo, mas também na esfera condenatória da identificação facial.

## **2.2 Informações processadas pelos algoritmos que tendenciam ao racismo**

É inteligível que a inteligência artificial busca permitir, através da combinação de várias tecnologias, que a máquina entenda, aprenda, identifique ou complete a atividade humana. Efetivado com finalidades específicas, em atividades repetitivas, a IA é programada para aprender e agir.

O reconhecimento de imagem facial para prevenção de ocorrências criminais, por exemplo, é utilizado pelas forças policiais de diversos países, inclusive do Brasil. Sua aplicação vai do reconhecimento de suspeitos até o auxílio na localização de foragidos da Justiça, passando por detecção de placas de veículos furtados, aglomerações e atos de violência (ROSA e BERNARDI, 2018, p. 01).

Embora esta tecnologia traga benefícios sociais importantes e até empolgantes, podem acarretar abusos (PEIXOTO e SILVA, 2019). O Big Brother Watch (2017) é um grupo que realiza campanha pelas liberdades civis do Reino Unido que luta por um futuro livre, já discutiu a confiabilidade da tecnologia e seu potencial viés racial.

Ainda que já exista amparo legal em caso de direitos violados a LGPD, em seu artigo 11, explica que de acordo com o que descreve o artigo 5, existe a preocupação com os dados sensíveis que são informações mais delicadas e cujas possibilidades de

mau uso (para fins discriminatórios e prejudiciais ao indivíduo, por exemplo) são mais altos. Consequentemente, são conhecidos como dados sensíveis aqueles relativos à crença, raça/etnia, convicção diplomática, orientação sexual e informação gênica ou biométrica (como a biometria facial ou o “DNA” de um indivíduo).

Na respectiva Constituição Federal em seu artigo 5º inciso V e X destaca o direito a indenização em caso de dano material, moral ou à imagem, decorrente de sua violação. O Código civil no Art. 20 também apresenta que a utilização da imagem pessoal de um determinado indivíduo poderá ser vedada, a seu requerimento e sem malefício a indenização que couber, se lhe for afetada a dignidade, a boa fama, o decoro, ou se dispuserem a fins lucrativos.

Como fruto de programação, pode haver a projeção de elementos negativos da própria inteligência humana. Peixoto e Silva (2019) apresentam o contexto de um problema do funcionamento da IA pela métrica usada para tomada de decisão para refletir uma criação humana. Segundo ela, os preconceitos podem surgir muito facilmente em razão da necessidade de treinamento.

Como um sistema probalístico, baseado numa alimentação de dados para determinada conduta, os algoritmos de machine learning podem trazer benefícios ou problemas que refletem discriminação, parcialidades, escolhas ofensivas, desinformações, ou seja, human bias ocorre quando o sistema computacional basicamente reflete os valores implícitos de seu criador, distorcendo o conjunto de dados para o treinamento do sistema (PEIXOTO e SILVA, 2019).

Não obstante, já se mostra a realidade de pessoas que foram alvo da tecnologia de reconhecimento facial e confundido com foragidos da justiça refletindo a importância de aprimoramento diante de algo que reflete na vida de todos e que não deve estigmatizar uma parcela pela da população em razão da cor da pele. Uma condição fundamental para o que está por vir, como a autora denomina de “internet das coisas” é que sua ampliação não seja realizada em desfavor da segurança e da privacidade dos seres humanos (MAGRANI, 2018).

É comprovado que desde a utilização do monitoramento facial no Brasil o número de prisões em decorrência do reconhecimento de imagem se agravou principalmente nas regiões da Bahia, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Paraíba, para muitos demonstrando eficiência na segurança pública, porém resultou em um problema mais grave, constrangimento, prisões arbitrárias e violações dos direitos humanos (NUNES, 2019).

Entender o motivo da tendência desse viés que tem apreendido em sua maioria as pessoas negras é relembrar questões históricas e culturais que mostram não ser atual o julgamento pela cor da pele, algo que ainda está tão presente nas relações sociais e agora se integra à tecnologia para determinar a liberdade de seres humanos. Porém, a máquina é submissa a comandos humanos e é através deles que podem ser inseridos preconceitos racistas.

Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas e Economia da Informação e Comunicação da UFRJ, Silvana Bahia ressalta que o racismo algorítmico reproduz e intensifica o racismo presente na sociedade. Nas palavras dela, “o racismo algorítmico ocorre quando sistemas matemáticos ou de inteligência artificial são pautados por informações enviesadas/tortas que alimentam e regem seu funcionamento. As consequências são muitas, mas talvez a maior delas seja o aumento de desigualdades, sobretudo em um momento onde estamos cada vez mais tendo muitos dos nossos gostos e políticas mediadas por máquinas, com o avanço da tecnologia” (HERCOG e MELO, 2019).

De acordo *mit media lab*, organização acadêmica de pesquisa do mundo Joy Buolamwini (s.d.), poetisa que usa a arte e a pesquisa para iluminar as implicações sociais da inteligência artificial, conta que quando era estudante universitária usou um “software” de detecção facial com IA para um projeto de codificação, o robô que ela programou não conseguia detectar seu próprio rosto. Teve então que pegar emprestado o rosto do colega de quarto de pele clara para terminar a tarefa. Mais tarde, trabalhando em outro projeto como aluna de pós-graduação no MIT Media Lab, recorreu ao uso de uma máscara branca para conseguir ter sua presença reconhecida.

Conta ela: “Minha experiência é um lembrete de que a inteligência artificial, muitas vezes anunciada por seu potencial para mudar o mundo, pode na verdade reforçar o preconceito e a exclusão, mesmo quando usada da maneira mais bem intencionada” (BUOLAMWINI, 2018).

A Sra. Buolamwini chama de “olhar codificado” o viés tendencioso pré-existente nos algoritmos, possuindo moldes com prioridades e preconceitos, visto que o manuseio das pessoas que agregam informações na IA também incluem opiniões as quais prejudicam os resultados, bem como a tomada de decisões por magistrados.

É importante trazer para debate que a questão racial tem ido muito além e acarretado riscos as pessoas negras, tem fotos de negros na

busca de imagens no Google que são comparadas à “gorilas” situações vexatórias que acomete apenas as pessoas negras e é essa tecnologia de reconhecimento facial que está sendo cada vez mais usada na aplicação da lei, controle de fronteiras, vigilância escolar e contratação (BUOLAMWINI, 2018).

Sem dúvidas a participação governamental tem importante espaço para que a inclusão de dados com engajamento tome lugar em meio a décadas de brechas para o viés tendencioso ao racismo.

### **2.3 Necessidade de aprimoramento da ia e a inserção de elemento de aleatoriedade como medida de predição dos algoritmos**

No mesmo momento em que é benéfico, o uso de algoritmo demonstra ameaças não compreensíveis, derivados em particular de: (i) de “data sets” viciados; (ii) da possibilidade de propiciarem a discriminação ainda bem estruturados; (iii) da opacidade na sua forma de atuação, resultado das técnicas de “machine” e “deep learning” (FERRARI, 2020).

É possível apontar três tópicos associados à tomada de decisões por algoritmos.

A primeira preocupação é sobre a “data Sets” que estabelece conjuntos viciados ou incompletos, como visto no caso de Joy Buolamwini, que gerou um efeito discriminatório para ela. Em segundo lugar, há também o risco de algoritmos causarem efeitos discriminatórios, mesmo que tenha um conjunto de “Data Set” que corresponda à realidade. Em terceiro lugar, importante destacar a questão da opacidade na forma como estes softwares operam, que se deve a técnicas de aprendizagem automática.

Como salienta Burrell (2016, p. 1-12), a opacidade dos “learners” é resultado da alta proporção de dados, da multiplicidade de código e da instabilidade da lógica de tomada de decisões. Por fazerem uso de centenas ou milhares de normas, por seu prognóstico estar programado probabilisticamente de formas complexas, pela velocidade no processamento das informações, e pela multiplicidade de variáveis operacionais, parecem estar além das capacidades humanas em apreenderem boa parte – senão todas – as estruturas decisórias que empreguem a técnica de “machine learning”. Assim sendo, o simples acesso ao código revela muito pouco, sobrevivendo a complexidade de compreender o processo decisivo.

Barocas e do Selbst (2016) destacam: “Um algoritmo é tão bom quanto os dados que o alimentam.” Isso ocorre porque se o algoritmo aprender com os dados, ele replicará esse erro, que pode gerar efeitos discriminatórios.

É constatado que a presença de um “Data Sets” viciado pode influir na tomada de decisão e informação sobre crimes que ocorrem em um determinado lugar de modo que a frequência de ocorrência numa localidade ou bairro contribuisse para um círculo vicioso do software.

A maioria dos sistemas de reconhecimento facial que existem são treinados em bancos de dados de fotos. Os bancos de dados de Mugshot são desproporcionalmente populados com imagens digitalizadas de indivíduos negros e pardos, como resultado do excesso de policiamento e da criminalização desproporcional das comunidades negras e pardas (GARVIE; BEDOYA e FRANKLE, 2016).

Atualmente a inclusão de um elemento de aleatoriedade difunde um caráter modificativo, haja vista que, através dessa alteração é possível que o algoritmo que antes pela frequente indicação de haver crime apenas num só determinado ambiente, como nas regiões pobres e de maior concentração populacional é possível também que seja constado os crimes que ocorrem em regiões favorecidas. Por exemplo: se antes os policiais eram direcionados apenas para uma determinada região, com o sistema de aleatoriedade, a tendência é que em algum momento o “software” coloque esses policiais em uma região distinta.

Sendo assim, torna-se possível que gradualmente o “software” corrija as falhas nos dados.

O caso Loomis, representa claramente o exposto, bem como a importância de readaptação dos algoritmos que podem estar sujeitos a falhas. No ano de 2013, Eric Loomis foi detido em flagrante no regime americano de Wisconsin, após apoderar-se de coisa alheia, sendo o objeto um veículo, após ainda tendo de esquivar-se de um agente de trânsito e se comprometer em um tiroteio.

Loomis foi considerado culpado com pena final de seis anos de prisão - decisão calculada com auxílio de um algoritmo rigoroso.

Ao decretar pelo cárcere de Loomis, o tribunal realçou que ele fora avaliado tal como um “indivíduo que representa alto risco para a comunidade”.

Ao menos, isso foi o desfecho da enquete que ele transmitiu no momento da detenção (MAYBIN, 2016).

Isto posto, o que fazemos quando o acordo social sobre os direitos individuais não é apenas espalhado, mas também algorítmico e automatizado? Deve-se considerar o

contexto histórico e as implicações atuais para transformar a realidade assim como os julgamentos sobre eles em dados do qual todos os sistemas tecnológicos são construídos.

### **3.A IMPORTÂNCIA DE MAPEAMENTO DE DADOS NÃO ESTRUTURADOS**

Os dados não estruturados podem ser definidos como dados, de qualquer maneira, não têm um modelo ou formato predeterminado. Este tipo de dado é gerado por várias fontes, incluindo áudio, vídeos, imagens e texto.

O gerenciamento de dados não estruturado não é tão simples visto que o volume de dados significa grande quantidade e falta de formato coerente. Os dados não estruturados são gerados pela máquina (por exemplo, através de um dispositivo IoT), portanto, eles precisam do formato e consistência apropriados. Além disso, a disponibilidade de menos ferramentas e técnicas também permite um desafio.

Uma das principais diferenças entre dados estruturados e não estruturados é a categoria de informação a que se propõe. Para dados estruturados, eles são limitados apenas a dados descritivos ou diagnósticos. No entanto, com dados não estruturados, pode-se usar algoritmos de inteligência artificial e aprendizado automático para dados preditivos e representativos.

O gerenciamento com dados não estruturados pode ajudar as empresas a identificar o caminho para a tomada de decisões eficazes com melhores descobertas e análise melhorada. Pode ajudá-lo a obter uma perspectiva muito mais ampla sobre sua empresa, seus clientes e produtos com todos os dados disponíveis.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em seu Artigo 20, dispõe no que diz respeito aos direitos dos detentores de dados pessoais, como o direito de verificar decisões automatizadas quanto ao tratamento de seus dados que possam afetar seus interesses, como exemplo: preparação de perfis privativos, profissionais, aspectos de consumo, crédito e personalidade.

A LGPD garante o dever de informações sobre os procedimentos de automação por essas decisões, caso contrário, uma multa de agentes de tratamento se aplica com auditorias e sanções, que são utilizadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

É possível que a integração de dados de armazenamento seja eficaz, desde que atenda às normas já existentes, tal como sigam um gerenciamento e consistência adequada.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sensação de constrangimento, bem como de impunidade faz com que seja necessário o debate acerca das atuais decisões judiciais. A Inteligência Artificial é uma área que tem tido grande proporção em um período curto de tempo. O reconhecimento facial diferentemente daquilo que antes era observado apenas em filme fictício, hoje, sabemos que envolve um conjunto de dados matemáticos referente a um grande número de indivíduos.

Nas informações que são repassadas aos dados contêm os vieses inconscientes, que são um conjunto de estereótipos que conservamos de diferentes grupos de pessoas, situações e experiências que experimentamos ao longo da vida. Essas informações podem ser consideradas perigosas, pois não auxiliam quando carregam preconceitos quanto a cor da pele restringindo a liberdade de ir e vir.

A tecnologia tem determinado nossas liberdades e com isso feito reféns injustamente. Atualmente, mesmo com o avanço tecnológico beneficiando comodidade aos policiais e facilitando questões como aprisionamento de suspeitos e foragidos, o retrocesso veio de forma étnica. O número de encarcerados negros e presos injustamente pela cor da pele faz com que seja imediato o debate acerca da utilização da tecnologia de reconhecimento facial para fins de prova na persecução penal.

O poder dado aos algoritmos determina o futuro das pessoas, como menciona a matemática e engenheira de dados Cathy O'Neil alertando sobre os impactos negativos da seleção de dados feita por algoritmos que ela chama de armas da destruição. Através da captura facial é possível determinar se é permitido entrar ou não em um determinado local, se possui ou não passagem pela polícia, bem como outras diversas capacidades da tecnologia.

Sem controle, a participação ativa do governo federal, financiando este uso de tecnologia pela polícia é crescente. É necessário desacelerar este processo para que através de campanhas de conscientização se possa discutir profundamente os riscos e o potencial dessa tecnologia para a população, especialmente a população negra. O racismo está integrado no núcleo brasileiro, e agora também na internet.

É fundamental que haja regulamentação em todos os países que usem a Inteligência Artificial para garantir segurança e ética na aplicação da tecnologia, bem como a importância de investir em métodos que colaborem para o aprimoramento dessa ferramenta, como a inserção de elementos de aleatoriedade.

O fato é que o sistema de reconhecimento facial não pode ser considerado racista e sim os dados que são inseridos na IA por pessoas que possuem convicções preconceituosas que as inserem nos computadores e decidem prevalecendo sobre as

decisões do juiz, abrindo-se margem à vigilância e eficácia para todos. Para um modelo mais justo e inclusivo é necessário entender as diferenças de forma para não permitir que o racismo se mecanize.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 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). Acesso em 15 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de 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. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm/). Acesso em 15 nov. de 2020.

BUOLAMWINI, J. A. **The founder of the Algorithmic Justice League**. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/06/21/opinion/facial-analysis-technology-bias.html>. Acesso em 12 Jan. de 2021.

BUOLAMWINI, J. **Assistentes de pesquisa afiliados do MAS**. Mit media lab people. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/people/joyab/overview/>. Acesso em 17 de mar. de 2021.

COELHO, A. Z. **Tecnologia e design na justiça brasileira: o pioneirismo do Jusplab**. In: GREGÓRIO, A. *et al.* Inovação no Judiciário: conceito, criação e práticas do primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário. São Paulo: Blucher, 2019, p. 218.

FERRARI, I. *et al.* **Arbitrium ex machina: Panorama, riscos e a necessidade de regulamentação das decisões informadas por algoritmos**. Revista dos tribunais. [S.l.]. Vol. 995, 2018. Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>. Acesso em 19 de mar. de 2021.

FERRARI, I.; BECKER, D. **Direito à explicação e decisões automatizadas: Reflexões sobre o princípio do contraditório**. 2º ed. Revista, atualizada e ampliada. [S.l.]. Editora Juspodivm, 2021. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/6acd38d6d171b644ce530d4a068ee757.pdf>. Acesso em 20 de mar. de 2021.



HERCOG, A.; MELO, P. V. **O racismo que estrutura as tecnologias digitais de informação e comunicação.** Brasil de fato, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/12/03/artigo-or-o-racismo-que-estrutura-astecnologias-digitais-de-informacao-e-comunicacao>. Acesso em 25 nov. de 2020.

JUNIOR, P. C. N. **Judiciário 5.0: inovação, governança, usucentrismo, sustentabilidade e segurança jurídica.** São Paulo, Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

MAGRANI, E. **A internet das coisas.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAYBIN, S. **Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA.** 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>. Acesso em 09 de abril. de 2021.

NUNES, D.; MARQUES, A. L. P. C. **Inteligência artificial e direito Processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas.** Revista de processo. [S.l.]. Vol. 285, p.421-447.2018. Disponível em: <https://bityli.com/wYfUy>. Acesso em 20 de mar. de 2021.

NUNES, P. **Algoritmo e racismo nosso de cada dia: Reconhecimento facial aposta no encarceramento e pune preferencialmente população negra.** Folha de São Paulo, 02 de Jan de 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-algoritmo-e-racismo-nosso-de-cada-dia/>. Acesso em 05 fev. de 2021.

NUNES, P. **Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros.** *The Intercept*, 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasilnegros/>. Acesso em 25 nov. de 2020.

OLIVEIRA, M. F. de. **Metodologia Científica: um manual para a realização de pesquisas em administração.** Universidade Federal de Goiás, Catalão, 2011. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual\\_de\\_metodologia\\_cientifica\\_-\\_Prof\\_Maxwell.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf) . Acesso em 25 nov. de 2020.

PALMA, A.; PACHECO, C. **Presos pela cara: polêmico sistema de reconhecimento facial identificou 109 foragidos na BA.** Correio, 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/presos-pela-cara-polemico-sistemade-reconhecimento-facial-identificou-109-foragidos-na-ba/>. Acesso em 25 nov. de 2020.

PEIXOTO, F. H.; SILVA, R. Z. M. da. **Inteligência artificial e direito.** 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

SALMEIRÃO, C. **Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual penal.** Revista Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/do-procedimento-probatorio-e-do-momento-da-sua-producao-com-participacao-ativa-do-magistrado-em-busca-da-decisao-justa-no-direito-processual-penal/>. Acesso em 17 mar. de 2021.

SANTANA, A. **Pode a tecnologia ser racista?** Uol, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/andre-santana/2020/10/16/pode-a-ternologia-ser-racista.htm>. Acesso em 7 mar. de 2021.

THAMAY, R.; TAMER, M. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

## **APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO NO BRASIL PROMOVIDO PELA PARTICIPAÇÃO SOCIAL**

**ALIXANDRE BARROSO VIEIRA:** Mestre em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Ciências Penais pela mesma instituição e graduado em direito pela Funcesi. Ex-Professor de Direito Penal e Processo Penal do CENSI - Itabira (graduação)<sup>18</sup>.

### **INTRODUÇÃO**

Durante o século XX observou-se uma maior influência da concepção elitista que entende a democracia como um método político, ou seja, como uma maneira de se organizar as instituições públicas a fim de se obter as decisões políticas legislativas. Dentro dessa linha, aponta-se que o Estado deve ser dotado de relativa autonomia para governar visto que existe um despreparo ou desinteresse da maioria dos cidadãos em participar dos processos decisórios, diminuindo-se assim o papel da participação política que se restringe basicamente aos mecanismos da representação eleitoral e do voto.

Entretanto, no final do século XX, notadamente a partir dos anos 60, a concepção participativa de democracia começa a ganhar força no cenário político. Com o questionamento acerca da redução da democracia a uma lógica individualista e competitiva e que subestima a capacidade participativa dos cidadãos encontrado nessas perspectivas, desenvolve-se uma concepção de democracia pautada na ideia de uma participação mais ampla dos cidadãos no que tange aos interesses da coletividade, de forma que para existir um governo democrático se faz também necessária uma sociedade participativa. Nessa perspectiva, a participação assume um papel de afetar ou influir nos processos decisórios, bem como os papéis de integração, de controle sobre o governo e, especialmente, educativo, como uma maneira de se aprender a democracia.

Em uma outra linha convergente quanto ao aprofundamento democrático, a concepção da democracia é ampliada a partir de uma noção da participação política baseada na deliberação pública. Esta se remete à expansão e aprofundamento da democracia firmada nos processos de interação e comunicação nos domínios societários, de forma que as preferências dos cidadãos sejam conformadas em um ambiente de

---

<sup>18</sup> Professor da Funcesi nas disciplinas de direito penal (professor visitante da graduação). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. É ainda pós-graduado lato sensu em Direito Ambiental, e Direito Processual Civil, pela Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER. Advogado Criminalista. E-mail: alixandreadvogado@hotmail.com

discussão racional, livre e igual. Nessa lógica, a democracia deve preocupar-se mais do que com a simples declaração ou manifestação dos interesses, mas também com seu processo de formação e construção coletiva.

Em paralelo ao percurso dos debates em torno da democracia e dos diferentes modelos, a participação da sociedade nas decisões estatais, de maneira institucionalizada ou não, passou a fazer parte crescentemente, a partir dos anos 60, do vocabulário político e social. Ao lado disso, a participação vem sendo incorporada através de uma redefinição da relação entre Estado e sociedade, na qual os agentes sociais passam a intervir no ciclo das políticas públicas de diversas formas, permitindo sua influência na tomada de decisões por parte do Estado e na produção de bens públicos, caracterizada pela expressão dos interesses sociais.

A participação cidadã assim entendida incorpora duas dimensões. A primeira delas se relaciona com os espaços da sociedade civil e com suas diversas formas de associação e mobilização que podem exercer influência na ação estatal. A segunda dimensão refere-se à criação de domínios institucionalizados de participação, ou seja, a instituição de instâncias formatadas que garantam não apenas a abertura da participação social, bem como atuem no sentido da redução e/ou eliminação de barreiras a uma participação ampla.

Para além da dimensão de aprofundamento democrático atribuída à participação social, agrega-se sua importância no que tange à formulação e gestão de projetos sociais. Nesse sentido, passa-se a considerar os atores envolvidos ou afetados, seus interesses e objetivos, seus conflitos e suas relações. Esse tipo de participação mostra-se relevante na medida em que conforme Costa (2004, p. 41), em projetos nos quais se tem por objetivo uma modificação de valores, atitudes e comportamentos por parte dos destinatários, a organização destes requer o envolvimento, participação e um certo nível de adesão dos envolvidos. Desse modo, quando se almeja uma mudança de comportamento bem como um maior envolvimento dos atores nesses projetos sociais, faz-se necessária uma mobilização social de forma a levar os atores sociais tanto a participarem na formulação e gestão dos mesmos quanto a aderirem à sua causa, objetivo e justificativa. Nessa perspectiva a participação é simultaneamente um fim e meio na mobilização da sociedade.

No que tange à participação na realidade brasileira, observa-se um ressurgimento da sociedade civil com a instauração do regime militar a partir de 64, como uma fonte de reação frente a um Estado autoritário e repressor. Essa sociedade foi de fundamental importância na luta pelo restabelecimento da democracia no país na década de 80, na qual foram conformados fortes movimentos sociais que reivindicavam uma cidadania em que se efetue um pleno reconhecimento dos direitos do cidadão.

Assim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe significativas mudanças no que corresponde à incorporação da participação cidadã nas políticas públicas das diversas esferas governamentais.

Foi com advento da Constituição de 1988 que abriu espaço para este intenso debate apresentado anteriormente, que diz respeito à ampliação da participação popular para além do mecanismo universal que é o voto. Logo no artigo 1º, já se estabelece que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Desse modo, se consagra a soberania popular e se atribui aos cidadãos o direito à participação nas decisões políticas.

### **Participação social, mobilização social e desenhos institucionais participativos**

Pode-se identificar uma ampliação dos debates em torno da noção de democracia participativa, bem como uma maior atenção e difusão do termo participação a partir dos anos 60, principalmente no sentido da participação cidadã, em um contexto de organização e reivindicação coletiva com respeito tanto à ampliação dos seus direitos civis e políticos quanto à garantia efetiva dos mesmos.

No contexto brasileiro, o processo de democratização ampliou debates e reivindicações em torno da criação de novas formas de participação institucionalizada, além da disposição dos atores da sociedade civil em participar nesses canais. Desse modo, observa-se a multiplicação de canais e arranjos participativos no país, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Essas instâncias propiciam processos participativos de distintas amplitudes através de formatos e composições variados. Dentro desses conjuntos de canais pode-se falar nos conselhos gestores, conselhos de políticas públicas, conferências, orçamento participativo, audiências, comitês e comissões, entre outros (BRASIL, 2007). Além disso, o Estado está cada vez mais permeado de uma atuação conjunta com diversas associações e organizações não-governamentais.

Os arranjos participativos presentes na democracia contemporânea estruturam-se de maneira distinta com relação ao seu desenho, o que resulta em consequências também diversas para a construção da governança democrática. Nesse processo e, especialmente no que tange às políticas sociais, é de fundamental importância a disposição e capacidade dos atores da sociedade civil em participar, e a identificação e adesão desses atores à causa trabalhada.

Para além da dimensão de aprofundamento democrático a partir da participação, vários autores têm discorrido sobre a importância de, na formulação e gestão de projetos sociais, considerar a sua dimensão política – “a constelação de atores envolvidos ou

afetados, seus interesses, objetivos (materiais e simbólicos), bem como a sua interação, as alianças e os conflitos potenciais” (BRASIL, 2007, p. 116).

O presente artigo pretende realizar uma breve revisão da teoria democrática participativa e deliberativa, dos conceitos de participação social, suas dimensões e considerações importantes. Serão também abordados os desenhos institucionais participativos e suas principais dimensões e contribuições para a democracia, especialmente a partir de Fung (2004) e Avritzer (2008), autores que tem se detido neste tema. Além disso, pretende-se demonstrar os principais conceitos e estratégias de mobilização social em um contexto participativo.

### **Participação social e deliberação na teoria democrática contemporânea**

A participação social tem recebido especial destaque nas últimas décadas em consonância com as tendências descentralizadoras dos Estados contemporâneos e com as transformações destes na sua relação com a sociedade. Esta passa a ser vista, especialmente a partir dos anos 80, como um instrumento para o aprofundamento da democracia e como uma forma de complementar a democracia representativa em face de seus limites. Dessa forma, a participação tem sido incorporada nas instituições públicas e sido relacionada aos conceitos de governança e empoderamento dos cidadãos tradicionalmente excluídos. (BRASIL, 2007).

Durante o século XX observou-se uma maior influência da concepção hegemônica elitista que entende a democracia como um método político, ou seja, como uma maneira de se organizar as instituições públicas a fim de se obter as decisões políticas legislativas e administrativas. Dentro dessa linha de pensamento, aponta-se que o Estado deve dotar de relativa autonomia para governar uma vez que existe um despreparo ou desinteresse da maioria dos cidadãos em participar dos processos decisórios, diminuindo-se assim o papel da participação política, que se restringe basicamente aos mecanismos da representação e do voto. Um dos principais teóricos dessa linha é Schumpeter, que afirma que o homem comum não teria racionalidade para lidar com as questões políticas, devendo estas ser decididas através da eleição de representantes que seriam líderes e atuariam para executar a vontade do povo. Nesse modelo também conhecido como elitismo democrático, a dinâmica política é equiparada ao mercado no qual a competição pela liderança e pelo voto seria a característica distintiva da democracia dos outros métodos políticos (SHUMPETER *apud* PATEMAN, 1992; BRASIL, 2007).

A partir dos anos 60, com o questionamento dessa perspectiva e de sua redução da democracia a uma lógica individualista, competitiva e que subestima a capacidade participativa dos cidadãos, desenvolve-se uma concepção de democracia pautada na idéia da ampla participação dos cidadãos no que tange aos interesses da coletividade (LÜCHMANN, 2002). Carole Pateman (1992) retoma os clássicos da democracia como

Rousseau, J. Stuart Mill e G. D. H. Cole e a partir deles constrói o que ela denomina de "teoria participativa da democracia" (p. 60). De acordo com essa autora, para que exista um governo democrático se faz necessária também uma sociedade participativa. Nessa teoria, a participação está relacionada à tomada de decisões, e o modelo participativo pode ser caracterizado como "aquele onde se exige o *input* máximo (a participação) e onde o *output* inclui não apenas as políticas (decisões), mas também o desenvolvimento das capacidades sociais e políticas de cada indivíduo (...)" (PATEMAN, 1992, p. 62). Assim, nessa lógica a participação assume um papel de caráter integrador, de controle sobre o governo e, especialmente, educativo, como uma maneira de se aprender a democracia.

Desse modo, a democracia participativa deve ser entendida não como uma forma de invalidar os princípios da representação, mas sim como uma forma de complementá-los através do incremento da participação da sociedade nos processos de deliberação e de tomada de decisão estatais. Como ressalta Brasil (2007, p. 125),

A recuperação de figuras da democracia direta, a participação dos cidadãos na formulação de políticas e decisões estatais e as possibilidades de deliberação pública constituem os conteúdos evocados na noção de democracia participativa, assim como a manutenção de um sistema institucional relativamente aberto para propiciar a experimentação.

Ainda no âmbito dos debates acerca da teoria democrática contemporânea tem-se, sobre outra perspectiva, a noção de participação política fundada na deliberação pública que, baseada na teoria social de Habermas (1984; 1989; 1997), aponta para a possibilidade de expansão e aprofundamento da democracia firmada nos processos de interação e comunicação nos domínios societários. Cabe desatacar que, nesse processo, quando a linguagem orientada ao entendimento é utilizada como mecanismo coordenador da ação e como fonte de interação social, tem-se a teoria da ação comunicativa de Habermas (MELO, 2005). Esse autor ainda aborda o conceito de mundo da vida, que consiste no "campo de interação social organizado em torno da idéia de um consenso normativo gerado a partir das estruturas de ação comunicativa" (AVRITZER, 1996, p. 17).

A democracia deliberativa, portanto, estaria ligada a "um processo discursivo que tem suas origens nas redes públicas de comunicação com as quais os processos de institucionalização legal e utilização administrativa do poder estão indissolavelmente ligados" (AVRITZER, 1996, p. 124). As idéias habermasianas colocam-se como uma alternativa ao modelo de democracia participativa ao questionar o caráter de homogeneidade e virtuosidade dos cidadãos apresentado nessa teoria e que estaria em

desacordo com a realidade complexa e plural. Dessa forma o autor ressalta o papel do Estado como regulador e administrador dos problemas sociais, tendo papel central no processo decisório político que é pressionado pelas demandas sociais oriundas desses processos de comunicação exercidos na esfera pública (LÜCHMANN, 2002).

Nesse sentido, na teoria habermasiana a operacionalização da democracia moderna ocorre em dois níveis, um institucional no qual tem-se a formação discursiva da vontade dentro do parlamento, mas que se ancora no segundo nível informal representado pelos "fluxos de comunicação de uma esfera pública que se ancora no mundo da vida através da sociedade civil" (MELO, 2005). O primeiro nível apenas exerceria uma influência no segundo através de canais de comunicação. Assim, essa teoria não considera a institucionalização da esfera deliberativa (AVRITZER, 1996).

Tendo em vista as teorias participativa e deliberativa da democracia abordadas, nota-se que ainda com características distintas, ambas consideram que os mecanismos formais de tomada de decisão do modelo representativo não exaurem as possibilidades democráticas nas sociedades complexas e plurais e, inclusive, muitas vezes não resolvem os problemas que se propõe a resolver. Desse modo, as formas alternativas de participação incorporadas na teoria democrática contemporânea podem melhorar a qualidade da deliberação e da representação, gerando oportunidades não só dos cidadãos tomarem parte nas decisões bem como o desenvolvimento das virtudes da cidadania. (FARIA, 2008).

De acordo com Dagnino (2002), na medida em que as instituições formais básicas da democracia não foram capazes, muitas vezes, de trabalhar adequadamente nos problemas de desigualdade e exclusão social, considerando-se suas várias dimensões, defende-se a necessidade da ampliação e radicalização da democracia bem como do controle social das ações estatais. Nesse sentido, a autora aborda a construção de uma nova cidadania que converge no reconhecimento dos direitos dos cidadãos, "incluindo o de participar efetivamente na gestão da sociedade" (p. 10).

Nessa lógica, Brugué, Front e Gomá (2006), abordam a discussão acerca das justificativas da participação, distinguindo-as em tradicionais e de nova geração. As justificativas tradicionais são aquelas relacionadas à melhoria da qualidade das decisões, já que se incorpora a vontade do cidadão nestes processos gerando maior legitimidade e sustentabilidade das ações governamentais. Na segunda linha de argumentação considera-se a perspectiva da participação como elemento fortalecedor do capital social, da solidariedade social, das capacidades comunitárias de intervenção bem como fomentador das ações cooperativas. Assim, na primeira tem-se um caráter mais institucional, abordando a participação como uma forma de se aperfeiçoar as decisões e melhorar o resultado das intervenções. Já nas de nova geração, o foco concentra-se na dimensão societária.



As políticas públicas são compostas de complexos processos de gestão de conflitos sociais envolvendo direta ou indiretamente diversos atores com interesses e valores distintos. Nesse sentido, a noção de participação política vem sendo analisada sobre a perspectiva de redefinição das relações entre o Estado e a sociedade, e suas formas tem sido estendidas na concepção de democracia participativa. Para além desse conceito, o termo participação cidadã vem recentemente sendo incorporado à literatura também referente às políticas públicas.

De acordo com Santos (1998), a participação cidadã pode ser definida como uma forma de intervenção nas tomadas de decisões referentes às políticas públicas. Nesse sentido, cabe ressaltar que a utilização mais recente do termo participação cidadã incorpora não apenas a criação de novos canais institucionais participativos, mas também está em sintonia com as duas faces da ação coletiva, sendo elas a defensiva e a ofensiva. Assim dizendo, a ação dos atores sociopolíticos não se dá apenas mediante a busca e utilização dos arranjos institucionais a fim de intervir no sistema político (ofensiva), como também inclui os próprios movimentos de organização e mobilização societária e de construção de identidades coletivas (defensiva). (BRASIL, 2007).

Em se tratar dessa construção de identidades coletivas, tem-se uma dimensão da participação da sociedade civil que ocorre via associativismo, movimentos sociais e organizações da sociedade civil.

Ao lado do potencial de mudança social atribuído à esfera societária, especialmente no caso dos movimentos sociais, no caso das associações tem-se vislumbrado também na literatura diversos potenciais. Fung (2003) analisa as relações existentes entre as associações e a democracia, destacando seis contribuições que as associações podem trazer à ela. A primeira delas é a própria liberdade de associação que representa uma importante conquista democrática. A segunda refere-se à capacidade que as associações podem ter de criar virtudes cívicas em seus membros, educando-os de acordo com os valores democráticos e, na medida em que os indivíduos possuem esses valores, a democracia se torna mais justa e eficaz de inúmeras formas. De uma terceira maneira, as associações podem ser importantes formas de resistência contra Estados autoritários e, além disso, também podem representar um mecanismo de controle das ações estatais contra o abuso de poder e a favor da transparência.

A quarta contribuição das associações para a governança democrática aborda o potencial que estas possuem de reunir interesses dispersos e buscar meios de transmitir suas preferências para o governo, realizando pressão nos legisladores e melhorando a qualidade e igualdade da representação. Além de representar interesses, a quinta maneira de contribuir é através da melhoria e enriquecimento do debate público que

estas podem gerar. Por fim, a sexta e última contribuição diz respeito à governança direta, ou seja, que as associações devem desempenhar um papel mais direto nas funções do Estado de maneira a resolver as limitações do mesmo. Nessa perspectiva, defende-se inclusive que o governo ceda funções para as mesmas e crie mecanismos de financiamento público para que elas possam realizar essas tarefas (FUNG, 2003).

Ainda que seja difícil a realização de generalizações acerca da contribuição dessas associações para democracia, e que tal fato varia muito de acordo com a própria forma de organização e objetivos das mesmas, hoje tem-se uma grande incorporação das associações bem como de organizações não governamentais na esfera estatal, seja nos canais de participação ou seja por meio de parcerias para a implementação de políticas públicas

Teixeira (2002) elenca três tipos importantes de encontro<sup>[1]</sup> entre as ONGs e o Estado, de acordo com as formas como estes se relacionam. O primeiro tipo de encontro é caracterizado por relações com laços menos formais entre a esfera governamental e as organizações, de forma que estas tem um papel de pressionar, criticar, acompanhar programas sociais sem, entretanto, possuir vínculos diretos com o Estado. O segundo corresponde a contratação das ONGs para prestação de serviços, de forma que o Estado como órgão financiador decide se aprova ou não o projeto. Nesse caso a relação entre as duas partes são distantes e permeadas de cobranças e avaliações, de forma com que as ONGs ficam sujeitas as diretrizes dos governos. O terceiro encontro é caracterizado pela elaboração conjunta do projeto entre o poder público e a ONG, no qual há um mais vínculo formal entre ambas as partes e uma divisão de responsabilidades.

Essas organizações, em sua maioria, podem representar importantes aliadas nos projetos sociais em face da sua estrutura técnica e operacional. Alguns argumentos nesse sentido se relacionam com o fato de muitas ONGs possuírem pessoas especializadas, capacidade de desempenhar suas funções de forma mais ágil e flexível e terem vinculação com problemáticas territoriais e sociais, que auxiliam o Estado na elaboração e implementação de políticas.

O conjunto de instâncias participativas instituídas sobretudo a partir dos anos 90, resultou do processo de reorganização da sociedade civil e de suas formas de se relacionar com o Estado, bem como as transformações institucionais, jurídicas e administrativas pelas quais o Brasil foi passando a partir da década de 70. Esses novos espaços de negociação surgem em torno dos atores sociais e do Estado e são denominados como instituições híbridas, na medida em que envolvem um partilhamento dos processos deliberativos entre Estado e sociedade. Assim, a maior complexidade das políticas públicas diante da multiplicação dos atores e espaços de decisão exige um novo agir político. "Temos, nesses casos, a adoção de "órgãos híbridos", uma nova forma institucional que envolve a partilha de espaços de deliberação entre as representações

estatais e as entidades da sociedade civil” (AVRITZER E PEREIRA, 2005, p. 20). No Brasil, tais instituições são constituídas das diversas e numerosas formas. As experiências mais comuns também remetem aos conselhos, conferências, gestão participativa do orçamento, fóruns, audiências, etc (AVRITZER e PEREIRA, 2005).

O espaço público é então definido pelos autores como o engajamento de múltiplos atores, tanto públicos quanto privados, envolvidos nos variados processos de discussão e que proporcionam a elaboração conjunta das políticas públicas locais, “incorporando às práticas de gestão das políticas públicas urbanas um processo de acordos negociados” (PEREIRA, 2000 *apud* AVRITZER e PEREIRA, 2005, p. 20). Essas mudanças ocorridas nos modos de ação pública são reflexos de transformações tanto do Estado, que deixa de ser hierárquico e bipolar e se estrutura em diversas instâncias de decisão, quanto da sociedade que se constitui em atores e agentes das novas formas de reivindicação coletiva nos espaços públicos e híbridos de discussão.

Uma das principais instituições híbridas, dentre as mais presentes e atuantes no Brasil são os conselhos de políticas públicas. Tatagiba (2000) citada em Avritzer e Pereira (2005, p. 26) definem os conselhos como:

[...] parte integrante do sistema nacional, com atribuições legalmente estabelecidas no plano da formulação e implementação das políticas na respectiva área governamental [...] São também concebidos como fóruns públicos de captação de demandas e pactuação de interesses específicos dos diversos grupos sociais e como forma de ampliar a participação de segmentos com menos acesso ao aparelho de Estado.

Nesse sentido, os conselhos, constituem um espaço de discussão e deliberação que não pressupõe a supressão das instâncias formais e da liberdade e autonomia de atuação da sociedade civil. Representam uma instância de participação intermediária e de luta pela democratização e publicização das políticas públicas, com atuação seja propositiva, de gestão ou acompanhamento de políticas e programas sociais.

A partir dessa variedade de arranjos participativos que vem sendo incorporados na arena pública, observa-se que cada um deles pode apresentar uma conformação distinta, com interesses, papéis, participantes e discussões também diversos. Desse modo, o desenho institucional desses canais e até o contexto em que estes estão inseridos podem ser fatores que explicam em certa medida a capacidade das mesmas de contribuir para democratizar o governo.

## **O desenho institucional participativo e suas variações**

De acordo com Leonardo Avritzer (2008), a teoria democrática na segunda metade do século XX limitou bastante o conceito de instituições políticas. Isto se deve ao fato de que a literatura considerou como elemento principal na institucionalidade a existência de uma legislação formal que tratasse de seu funcionamento, não incorporando muitas vezes a presença das regras informais e, quando os autores trataram dela, apenas a consideraram no interior de instituições políticas formalmente constituídas. Dessa forma, o autor realiza dois tipos de críticas a esta literatura, a primeira delas é o fato de que muitas instituições participativas brasileiras não estão nem formalmente nem legalmente constituídas e ainda sim tratam de importantes comportamentos e expectativas dos atores sociais. A segunda diz respeito ao próprio conceito de instituições políticas que, em grande parte, não incorpora as práticas participativas e apenas as resultantes dos processos de representação, o que acaba por gerar uma oposição entre institucionalização e participação que já não condiz com o que se vem alcançando em termos da abrangência da participação.

Ainda no que tange a questão da institucionalização, retomando a discussão efetuada na teoria democrática deliberativa de Habermas, a não consideração acerca da possibilidade de institucionalização por esse autor acaba por levar alguns autores ao questionamento da concepção de democracia deliberativa habermasiana no que tange a participação restrita à dimensão informal, ou seja, restrita apenas a uma influência na decisão estatal. Assim, autores como Bohman (2000) e Cohen (2000) abordados em Luchmann (2002) apresentam uma concepção de democracia deliberativa que pretende ir além da perspectiva habermasiana, à medida que enfatiza, entre outras, "a importância de medidas institucionais para a superação das principais dificuldades da democracia deliberativa, como o pluralismo cultural, as desigualdades sociais e a complexidade social" (p. 35), ressaltando a relevância da dinâmica e do formato institucional.

Assim, tais autores incorporam a institucionalização de canais de deliberação como uma forma de garantir na prática a influência no exercício do poder público. Como ressalta Bohman (2000) citado em Luchmann (2002, p. 41),

o êxito de uma forma deliberativa de democracia depende da criação de condições sociais e de arranjos institucionais que propiciem o uso público da razão. A deliberação é pública na medida em que estes arranjos permitam o diálogo livre e aberto entre cidadãos capazes de formular juízos informados e racionais em torno às formas de resolver situações problemáticas

A partir dessa consideração no que tange a importância da institucionalização de formas deliberativas de participação, Avritzer (2008, p. 45) propõe o conceito de instituições participativas, as quais se definem como "formas diferenciadas de incorporação dos cidadãos e associações da sociedade civil na deliberação sobre

políticas". O autor elenca três desenhos mais gerais desses arranjos, através dos quais os cidadãos podem participar dos processos de tomada de decisão, sendo elas a participação de baixo pra cima, a partilha de poder e a ratificação pública.

A participação de baixo pra cima (FUNG e WRIGHT, 2003; BAIOCCHI, 2003, *apud* AVRITZER, 2008) é aquela na qual há a livre entrada de qualquer cidadão no processo participativo e a institucionalidade se dá de baixo pra cima de forma que as decisões partem dos cidadãos, como exemplo tem-se o Orçamento Participativo. No caso do Orçamento Participativo brasileiro, os processos ocorrem de baixo pra cima visto que a população é quem elege os conselheiros e delegados. A segunda forma é a partilha do poder, na qual há uma participação simultânea dos atores estatais e da sociedade civil. Nesse caso, a diferença com a maneira anterior é que esta não inclui um número grande de atores sociais e é determinado por lei. Já o terceiro tipo de arranjo trata-se da ratificação pública, em que os atores societários não participam do processo de tomada de decisão, mas são convidados a referendá-lo publicamente.

Nesse sentido, esses três tipos de arranjos participativos podem ser diferenciados a partir de três variáveis que se expressam de maneira diferente em cada um deles. Essas variáveis consistem na iniciativa da proposição do desenho, organização da sociedade civil na área em questão e vontade política do governo em implementar a participação (AVRITZER, 2008). Diante dessas variações observa-se que a capacidade de democratizar o governo das instituições participativas pode ocorrer em níveis diferentes, dependendo do contexto de organização da sociedade civil e da presença de atores políticos que apoiem esses processos participativos.

À medida que se considera o contexto como uma característica importante, o papel do desenho institucional no êxito ou não das instituições participativas passa a ser relativizado. Assim, distancia-se de certo modo da teoria de Fung e Wright (2003) abordados em Avritzer (2008), que consideram esse desenho como fundamental para o sucesso de um processo participativo, independentemente do contexto em questão. No que Avritzer (2008) denomina de desenho participativo interativo, propõe-se que o êxito desses processos está relacionado não apenas ao desenho institucional, e sim ao modo como este desenho se articula com a organização da sociedade civil bem como com a vontade política de implementar desenhos participativos.

Diante dessa diversidade de arranjos institucionais que buscam propiciar os processos participativos através de diversos formatos, Fung (2004) defende a criação de instâncias múltiplas como uma forma de melhorar a governança democrática. Esse autor discorre sobre quais seriam as principais escolhas para o desenho institucional participativo e como essas escolhas podem contribuir para essa governança democrática.

Esses instâncias são criadas a partir da reunião de cidadãos a fim de participar em deliberações públicas organizadas de maneira autoconsciente. Partindo das definições de Robert Dahl, Fung (2004) denomina de “minipúblicos” esses esforços de aperfeiçoar a esfera pública. Tais minipúblicos contribuem para aprimorar a qualidade do engajamento cívico e da deliberação pública. Além disso, pode-se dizer que no aperfeiçoamento da esfera pública, os minipúblicos são importantes porque estão entres os esforços construtivos atuais com maior alcance de engajamento cívico e deliberação.

A partir dessa perspectiva, Fung (2004) elenca as oito escolhas mais importantes para o desenho institucional desses minipúblicos. A primeira delas refere-se a sua concepção e tipologia, que variam de acordo com as funções dos mesmos. Os fóruns educativos correspondem a uma concepção de minipúblico que lida com problemas de representação, razoabilidade e informação a partir da conversação entre os cidadãos sobre determinados assuntos públicos. O conselho consultivo participativo, vão além das discussões para aperfeiçoar a qualidade da deliberação visto que desenvolvem ligações com os tomadores de decisões a fim de transferir ao governo as preferências alinhadas por eles. A cooperação para a resolução participativa de problemas envolve um entrelaçamento contínuo entre Estado e os cidadãos objetivando solucionar problemas coletivos que necessitam maior atenção. Por fim, a quarta tipologia é denominada governança democrática participativa é a concepção que incorpora a participação direta do cidadão na elaboração de políticas públicas.

A segunda escolha referente a esse desenho participativo é a da seleção e recrutamento dos participantes. Esta decisão trata da dificuldade de se estabelecer quem serão os participantes de um minipúblico uma vez que, mesmo as instâncias sendo abertas, as pessoas que comparecem podem ser apenas aquelas que dispõem de recursos para tal e não aquelas que efetivamente tem seus interesses envolvidos nas deliberações. Assim são propostas soluções no sentido de escolher participantes que espelhem a população em geral, realizar um recrutamento com a população e/ou criar incentivos estruturais para que os cidadãos com menos recursos participem.

O tema e o escopo da deliberação correspondem à terceira escolha, ou seja, qual a matéria da deliberação e, conseqüentemente, com o que (ou até em que tanto) os participantes contribuirão no decorrer do processo. Assim algumas deliberações podem exigir um nível de conhecimento específico sobre um tema ou até pode trazer a tona informações às quais os atores políticos não teriam acesso de outra maneira. Uma quarta escolha refere-se a como serão organizadas as discussões em um minipúblico. De acordo com Fung, “qualquer processo deliberativo determinado terá escopos e obstáculos mais específicos com os quais ele deve lidar através da preparação, facilitação e estruturação da discussão” (2004, p. 180). Assim, essa escolha refere-se a facilitação da expressão dos

diversos indivíduos através da concessão de tempo, ou a geração de consenso através da criação de participantes informados, etc.

A quinta decisão relacionada ao desenho dos minipúblicos é a frequência dos encontros entre os participantes. Nesse quesito, mais não significa melhor visto que se o propósito de sua formação se refere a assunto estável não necessariamente são necessárias muitas reuniões. Já no caso de tipos de minipúblicos dedicados à governança democrática, em que suas decisões devem ser sempre atualizadas, a periodicidade das reuniões deveria ser menor. Além disso, na sexta escolha, tem-se as apostas, ou seja, o por que do interesse dos cidadãos em relação ao(s) assunto(s) tratados. Quando as apostas que os indivíduos fazem na deliberação são baixas, esta é considerada *fria* uma vez que os participantes entram na discussão sem posicionamentos fixos. Em contraposição, quando os participantes têm muitos interesses em jogo, a deliberação é *quente*, na qual, segundo Fung (2004), estes investirão mais energia e recursos.

A sétima e oitava escolha correspondem, respectivamente, ao empoderamento e ao monitoramento dos minipúblicos. O empoderamento refere-se à capacidade de influência das deliberações na tomada de decisões. Nem todos os minipúblicos devem ser empoderados, alguns podem não possuir qualidade em suas deliberações ou até mesmo uma reivindicação legítima, já outros podem ter no empoderamento uma ferramenta de *accountability* e como uma forma de atrair mais participantes e atribuir seriedade e credibilidade às discussões visto que resultarão em consequências tangíveis. O monitoramento das decisões e resultados alcançados dentro do minipúblico pode contribuir para o aprendizado público e fortalecimento da cidadania. Além disso, o monitoramento relaciona-se também com o controle sobre as ações do poder público, representando uma ferramenta de acompanhamento e pressão sobre a ação pública.

Segundo Fung (2004, p.10), “um minipúblico saudável contribui para a qualidade da governança democrática de diversas maneiras”. Essas contribuições são consequências da maneira como as escolhas de desenho institucional analisadas anteriormente tornam os minipúblicos menos ou mais propensos a realizá-la.

Uma destas contribuições é o aumento do engajamento cívico, que inclui em suas dimensões a quantidade de participação como uma medida do sucesso da instância, o perfil dos participantes em relação ao esperado e a qualidade da deliberação desenvolvida. Um segundo feixe de contribuições engloba a obtenção de mais informação tanto por parte dos políticos e representantes acerca dos valores e interesses dos cidadãos como um maior acesso à informação pelos próprios cidadãos participantes. Além disso, contempla também a contribuição para o desenvolvimento de habilidades e disposição democrática. O terceiro grupo aborda como as escolhas referentes ao

desenho institucional permitem ou não elevar a *accountability* dos agentes públicos, como contribuem para a melhora da justiça da política no sentido de inclusão e oportunidade de participação.

É importante ressaltar também que de acordo com Fung (2004), a deliberação pode contribuir de três formas para a eficácia das políticas públicas. A primeira delas relaciona-se ao proporcionamento de oportunidades de realizar ponderações, modificações e adaptações na política por parte dos envolvidos, aumentando sua legitimidade. Em segundo lugar, os minipúblicos podem agrupar cidadãos com maior informação acerca de uma determinada área de políticas públicas em comparação com os representantes. Por fim, estes arranjos podem contribuir para melhorar a implementação de determinadas políticas.

Uma última e não menos importante contribuição diz respeito à mobilização que as deliberações dentro desses públicos pode efetuar com os cidadãos que estão de fora dele. A capacidade de mobilização dos minipúblicos pode ser mais efetiva se este lida com um problema proeminente e também se suas deliberações fazem a diferença com relação a este problema, ou seja, se existe empoderamento.

Assim, o funcionamento dos canais de participação depende tanto da estruturação dessas instâncias quanto da disposição, vontade e capacidade dos atores sociais em participar. A mobilização desses atores é importante seja para participar seja para promover um maior envolvimento dos mesmos.

### **Mobilização Social**

De acordo com Costa (2004), projetos que visam impactar diversas dimensões da vida dos destinatários, ou seja, que tem por objetivo ou dependem para o seu êxito da modificação de valores, atitudes e comportamentos por parte dos destinatários requerem, do ponto de vista de sua organização, o envolvimento, a participação e adesão por parte dos mesmos durante todo o ciclo da política. Isto se deve ao fato de para que esses projetos alcancem seus objetivos, se faz necessário um comportamento cooperativo por parte dos envolvidos ou até de famílias e comunidades como um todo, de maneira que a construção de legitimidade entre os implementadores e os destinatários é um elemento central.

Desse modo, uma mudança de comportamento almejada por um projeto requer que os destinatários se envolvam e participem do mesmo, requerendo a mobilização dos mesmos para tal. A participação social pode ser um importante instrumento na mobilização da sociedade em torno de uma causa e de seu envolvimento por ela. À medida que incorpora as visões e interesses complexos dos diversos atores nas



deliberações, estes podem mobilizar os cidadãos que estão de fora do processo, que o desconhecem ou que ainda não manifestaram interesse por ele.

De acordo com Toro e Werneck (2007, p. 13), “mobilizar é convocar vontades para atuar na busca de um propósito comum, sob uma interpretação e um sentido também compartilhados”. Ao utilizar a expressão “convocar vontades”, os autores se referem a convocar decisões, ações e discursos no sentido de um objetivo comum. Os autores ressaltam ainda que toda mobilização é orientada por um objetivo predefinido e que deve estar orientada para um projeto de futuro, ou seja, se seus propósitos são momentâneos e passageiros configura-se em uma campanha ou em um evento, e não em um processo de mobilização.

A mobilização social é reconhecida como um ato de comunicação sem, entretanto se confundir com propaganda ou divulgação. Ela exige ações de comunicação no seu sentido amplo, no que tange a um processo de compartilhamento de discurso, visões e informações.

Esses autores buscam destacar a importância de uma responsabilização da própria sociedade pela ordem social em que se vive. A partir do momento em que se quer atingir uma mudança social, deve-se buscar assumir também a responsabilidade do cidadão nessa transformação. O desafio de se construir um país desenvolvido socialmente e economicamente passa tanto pelo Estado quanto pela sociedade. Dentro desta perspectiva, emprega-se o conceito de produtividade em um sentido que transborda o raciocínio econômico, já que inclui também a produtividade social, sendo esta a responsabilidade da sociedade de ser capaz de criar instituições públicas eficientes e de ajudar a construir um país produtivo.

O primeiro passo no planejamento de um processo de mobilização social é a explicitação do propósito do mesmo. Este propósito deve expressar o a finalidade da mobilização, ou seja, aonde se quer chegar. Além disso, é importante que ele represente o interesse compartilhado pelos atores envolvidos. de acordo com Whitaker (1993) citado em Toro e Werneck (2007, p. 40), “a participação será mais assumida, livre e consciente, na medida em que os que dela participem perceberem que a realização do objetivo só pode ser alcançado se houver efetiva participação.”

Dentro do campo de atores que dão início a esse processo de mobilização está o chamado “produtor social”, que são as pessoas ou instituições capazes de fornecer as condições tanto técnicas quanto econômicas que viabilizem as ações mobilizatórias (TORO E WERNECK, 2007). Podendo representar, por exemplo, uma instituição do Estado, uma ONG, uma empresa, dentre outros. O produtor social é responsável por conduzir o processo de maneira que ele tenha legitimidade política e social, sendo que não deve

considerado o dono do projeto e sim um precursor de um movimento que incorpora o desejo de mudança compartilhado.

Outro papel importante é o empreendido pelo “reeditor social”, aquele que ocupa um papel reconhecido socialmente de forma que possui credibilidade e legitimidade para introduzir sentidos frente a seu público, ou seja, que é capaz de gerar mudanças nas formas de pensamento no seu público. Este agente tem capacidade de receber uma mensagem e interpretá-la e adequá-la da melhor maneira às pessoas com as quais lida, como é o caso, por exemplo, de um educador ou de um líder comunitário. Esse grupo atuaria de maneira conjunta aos produtores sociais (TORO E WERNECK, 2007).

Logo, convém destacar que o planejamento dos processos de mobilização social envolve três atividades, sendo elas a estruturação das redes de reeditores, a conversão do imaginário em materiais e mensagens que possam ser usados no campo de atuação do reeditor e a estruturação dos sistemas de coletivização. A primeira delas se refere a identificação dos reeditores que se relacionam com os setores a serem mobilizados. A segunda diz respeito aos materiais que devem ser preparados a fim de possibilitar a divulgação da informação e da convocação. Por fim, a última delas trata do planejamento de como serão feitas a convocação, os eventos e campanhas e o registro das atividades. É importante ressaltar também que esse processo pode enfrentar várias dificuldades e limitações. Ao lidar com elas, sempre deve-se ter em mente que o processo precisa ser guiado por um objetivo comum e que seja compartilhado por dele quem participa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou em um primeiro momento abordar um pouco da evolução da teoria democrática contemporânea bem como os principais aspectos relacionados à participação e mobilização social. No que tange as concepções democráticas, observa-se que as teorias de democracia participativa e deliberativa vieram como uma maneira de complementar os limites da democracia representativa. Nesta perspectiva o cidadão comum era dotado de pouca capacidade e interesse em participar efetivamente na esfera pública, sendo assim seu papel deveria ser restrito ao voto.

Diante dessa lógica que subestima a capacidade do cidadão comum de participar da atividade política, desenvolveu-se a partir dos anos 60 uma concepção participativa de democracia na qual se defende uma ampla participação dos cidadãos como uma forma de tornar o governo mais democrático como também desenvolver capacidades sociais e políticas de cada indivíduo. Ao lado dessa concepção, a teoria da democracia deliberativa também trouxe críticas ao modelo elitista que restringe a participação ao voto, propondo um aperfeiçoamento democrático a partir da comunicação entre os cidadãos que permitem o compartilhamento de suas visões de mundo e uma argumentação que

levariam a geração de consenso acerca das preferências e soluções dos problemas sociais. As demandas sociais oriundas desses processos de comunicação teriam o papel de exercer influência de pressão na tomada de decisões estatal ou mesmo, considerando os desenvolvimentos teóricos mais recentes neste campo, ocorrer por meio de formas de participação e deliberação institucionalizadas.

Desse modo, essas duas vertentes teóricas contemporâneas propõem alternativas de participação e deliberação, que geram oportunidades não só dos cidadãos tomarem parte nas decisões bem como o desenvolvimento das virtudes da cidadania. A participação social é então considerada nessa nova perspectiva como uma forma de aprofundar a democracia e complementar a representação em uma sociedade complexa e plural.

Nesse sentido, a sociedade tem cada vez mais reivindicado a participação no processo decisório e nas políticas públicas como um direito de cidadania, o que acaba por resultar em uma incorporação dessa participação dentro da própria estrutura estatal através de instituições criadas para tal como os conselhos de políticas públicas, a gestão participativa do orçamento, os fóruns e audiências públicas, as conferências, dentre outras instâncias que hoje permeiam o Estado.

Conclui-se que para que a democracia brasileira seja aperfeiçoada é necessário de uma participação efetiva da sociedade, e que esta faça uso dos diversos meios de fiscalização dos governantes.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. Coleção debates. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

\_\_\_\_\_, Leonardo. **Democracy and teh public space in Latin America**. Oxford: Princeton Universidad Press, 2002.

\_\_\_\_\_, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Opinião pública**, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, junho 2008.

AVRITZER, Leonardo; PEREIRA, Maria de Lourdes Dolabela. Democracia, participação e instituições híbridas. **Teoria e Sociedade**, número especial, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168p.

COSTA, Bruno Diniz L. Política, instituições e estratégia de implementação: Elementos para a análise de políticas e projetos sociais. In: CARNEIRO, Carla Bronzo L.; COSTA, Bruno Diniz L. **Gestão social**: o que há de novo? Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004, v. 2.

DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FARIA, Cláudia Feres. O que há de *radical* na teoria democrática contemporânea: a análise do debate entre ativistas e deliberativos. In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 6, 2008, Campinas. **Anais...** Campinas: UNICAMP, 2008.

FUNG, Archon. Associations and democracy: Between Theories, Hopes, and Realities. **Annual Review of Sociology**, v. 29, p. 515-539, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.archonfung.com/docs/articles/2003/FungAnnRevSoc03.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

\_\_\_\_\_, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Ed 34, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factilidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.2.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Boston: Beacon Press, 1984.

\_\_\_\_\_, Jürgen. **The theory of communicative action: lifeworld and system**: a critique of functionalist reason. Boston: Beacon, 1989, v.2

LUCHMANN, Lígia Helena H. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa**: a experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre. 2002. 215f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado e sociedade. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO, 1998, Brasília, **Anais...** Brasília: Mare, 1998, p.109-125.

TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves. A atuação das organizações não governamentais: entre o Estado e a sociedade. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

TEIXEIRA, Elenaldo. **Sociedade civil e participação cidadã no poder local**. Salvador: UFBA, 2000.

TORO, José Bernardo; WERNECK, Nísia Maria D. **Mobilização social**: um modo de construir a democracia e a participação. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

---

[1] A expressão “encontro” é utilizada pelo projeto “Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil” de uma forma fluida, procurando representar os vários tipos de relação entre sociedade civil e Estado (DAGNINO, 2002).

## O EFEITO PRODRÔMICO DAS ALEGAÇÕES FINAIS.

**LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO:**  
graduação em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado<sup>19</sup>.

**Resumo:** O presente trabalho busca expor o atual quadro doutrinário e jurisprudencial acerca do artigo 385 do CPP, apontando os entendimentos que sustentam as diferentes posições sobre sua validade. A análise se limita à primeira parte do dispositivo, que confere autonomia ao juiz para prolatar um édito condenatório, ainda que o Ministério Público postule a absolvição na fase do artigo 403. Buscamos sustentar a aplicação do artigo 28 do CPP na situação em exame, por meio da técnica de interpretação conforme a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 1122. Com isso, seriam agasalhados os princípios acusatório e da independência judicial, atribuindo uma espécie de efeito prodrômico parcial às alegações finais do Ministério Público, limitado ao caso de o pedido de absolvição ser homologado pelo órgão de controle. A análise seguiu o método de pesquisa exploratório bibliográfico, com exame da jurisprudência recente dos tribunais superiores e da doutrina nacional e estrangeira.

**Palavras-chave:** sistema acusatório; dissenso jurisprudencial do STJ; STF e a ADPF 1122; interpretação conforme à Constituição.

**Abstract:** The present work seeks to expose the current doctrinal and jurisprudential framework regarding article 385 of the CPP, pointing out the understandings that support the different positions on its validity. The analysis is limited to the first part of the provision, which gives the judge autonomy to issue a condemnatory edict, even if the Public Prosecutor's Office postulates acquittal in the article 403 phase. We seek to support the application of article 28 of the CPP in the situation under examination, for through the interpretation technique as applied by the Federal Supreme Court in ADPF 1122. This would undermine the accusatory and judicial independence principles, attributing a kind of partial prodromal effect to the final allegations of the Public Prosecutor's Office, limited to the case of the request to The acquittal was approved by the control body. The analysis complements the exploratory bibliographical research method, with an examination of the recent jurisdiction of higher courts and national and foreign doctrine.

**Keywords:** accusatory system; STJ jurisprudential dissent; STF and ADPF 1122; interpretation in accordance with the Constitution.

---

<sup>19</sup> E-mail: leonardo-rac@hotmail.com

**Sumário:** Introdução; 1 - evolução jurisprudencial; 2 - evolução doutrinária; 3 - interpretação conforme à Constituição; 4- Conclusão.

## **Introdução**

Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1122 proposta pela ANACRIM, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. Ela visa a declaração de não recepção do artigo 385 do Código de Processo Penal, pondo fim à celeuma gerada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da validade do referido dispositivo legal.

A petição inicial da referida ADPF contém um capítulo nomeado de “contextualização normativa”, contendo uma incursão histórica e política na Era Vargas, em especial na ditadura do Estado Novo, sob o pálio da Constituição outorgada de 1937. A redação do art. 385 do CPP remonta a 1941, jamais tendo passado por qualquer alteração. A petição da ADPF também alude ao fechamento do Congresso Nacional entre 1937 e 1946 e ao fato de Vargas ter aposentado por decreto seis ministros do STF.

O biógrafo Lira Neto publicou uma trilogia sobre Vargas. Em “Getúlio 2”, que cobriu o período da Segunda Guerra Mundial, Neto lembra dos vínculos do governo com a Gestapo, que ajudou Felinto Müller a identificar Olga Benário. Ela foi enviada grávida para morrer no campo de concentração Ravensbrück. Na época, o titular da pasta da Justiça, Francisco Campos, responsável pela aprovação do CPP, deixou expressa sua admiração pelo Direito Penal fascista de Mussolini. Lira Neto também recorda que nessa época o Itamaraty emitiu uma circular secreta banindo a concessão de vistos para refugiados judeus.

Em obra mais recente, intitulada “Arrancados da Terra”, o mesmo autor pesquisou os arquivos do Santo Ofício na Torre do Tombo, em Lisboa, traçando um panorama da perseguição aos judeus, com vários deles aportando em Recife no século XVII e, em seguida, nos Estados Unidos, onde fundaram Nova Iorque. A perseguição empreendida aos judeus no Brasil pela Coroa Portuguesa foi sucedida historicamente pela perseguição do governo Vargas.

A petição inicial da ADPF cita ainda trecho da exposição de motivos do CPP redigida por Francisco Campos. Nessa exposição, ele realça a coordenação sistemática das regras do processo penal num código único em todo o Brasil, mostrando a diferença com o direito processual norte-americano, que é fragmentado entre os Estados-Membros. No entanto, logo à frente ele afirma que urge seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social.

A exposição de motivos do CPP difere da exposição de motivos da CLT, outorgada dois anos depois. Apesar de ter como base a Carta del Lavoro de Mussolini, Alexandre Marcondes tece um extenso rol de direitos aos trabalhadores, igualmente consolidados em um único diploma aplicável a todo o país. No item final, ele afirma que nessa hora dramática que o mundo sofre, a consolidação constitui um marco venerável de nossa civilização, que demonstra a vocação brasileira pelo direito.

Marcondes se referia ao terror da Segunda Guerra Mundial. No ano de 1943, diversas embarcações brasileiras foram afundadas por submarinos alemães, resultando em centenas de mortos. Um submarino U-518 afundou os cargueiros Brasilóide na Bahia e Tutóia em São Paulo. No ano seguinte, o Brasil foi o único país latino-americano a enviar soldados para lutar na Europa, com a Força Expedicionária Brasileira. No início da guerra, os alemães usaram uma tática inovadora, conhecida como Blitzkrieg, com um ataque maciço de infantaria, artilharia, blindados e aviação, o que lhe rendeu um grande avanço. Essa ascensão no teatro de operações estimulou Marcondes a exaltar o Direito nessa "hora dramática que o mundo vive". Felizmente, quando da outorga da CLT, a guerra entrava na sua segunda fase, com a Batalha de Stalingrado, que marcou a virada para os aliados e a derrota do eixo em Kursk.

Após incursionar pela história, a petição inicial da ADPF cita modelos acusatórios puros, que são adotados na Itália, Espanha, Chile e Argentina. A petição também analisa brevemente acórdãos proferidos pelo STJ no REsp nº 2.022.413/PA e pelo STF nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Por fim, os peticionários requerem ao STF que declare a não recepção do artigo 385 do CPP pela Constituição de 1988, por afronta aos princípios do devido processo e contraditório, previstos no art. LIV e LV da CF/88.

## **1- Evolução Jurisprudencial**

A petição da ADPF citou como fundamento o acórdão no REsp nº 2.022.413/PA, em especial o voto vencido do ministro Sebastião Reis Júnior. A decisão da Sexta Turma do STJ nesse recurso foi no sentido de conferir validade ao art. 385 do CPP. Referido recurso foi pautado no dia 20/09/2022 e julgado no dia 14/02/2023. Essa decisão está em confronto com a decisão no REsp nº 1.940.726/RO, da Quinta Turma do STJ, julgado em 06/09/2022, que entendeu por maioria pela invalidade do art. 385 do CPP. A Quinta Turma do STJ também julgou o REsp nº 1.943.370 em 2021, entendendo por unanimidade pela validade do art. 385 do CPP, tanto com a sua recepção pela CF/88 como pela compatibilidade com a Lei nº 13.964/2019.

No voto vencido no REsp nº 2.022.413/PA, o Ministro Sebastião Reis Júnior sustentou a tese de invalidade do art. 385 do CPP por incompatibilidade aos artigos 282, §2º, e 311 do CPP, já que o art. 3º-A teve sua eficácia suspensa por decisão emanada na ADI nº 6.298. Após o julgamento deste recurso especial, o STF finalizou o julgamento



desta ADI em 24/08/2023, conferindo ao art. 3-A do CPP interpretação conforme à constituição, entendendo que o juiz pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito. Mas não houve posicionamento da Suprema Corte acerca do artigo 385 do CPP.

O Ministro Sebastião Reis Júnior já havia proferido um voto vencido no julgamento do Habeas Corpus nº 623.598/PR em 01/02/2022, entendendo pela invalidade do art. 385 do CPP. O HC foi relatado pela ministra Laurita Vaz.

No entanto, o Ministro Sebastião Reis Júnior havia votado no sentido da validade do art. 385 do CPP no julgamento do HC nº 654.075/PA. Ele reviu este entendimento no REsp nº 2.022.413/PA, concluindo pela manifesta incompatibilidade entre o referido preceito com a nova sistemática da Lei nº 13.964/2019. Em sua fundamentação, o Ministro elencou um extenso rol de doutrinadores, em reforço ao sistema acusatório, mas sem indicar o entendimento específico deles acerca da validade ou não do art. 385 do CPP. Ele também citou trecho do voto do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 188.888 acerca da Lei Anticrime. Em seguida, sustentou o ponto específico da validade do art. 385 do CPP com o entendimento de Tiago Bunning e Guilherme Lucchesi, em obra voltada à análise da Lei Anticrime. Curiosamente, o voto vencido também citou julgado proferido pelo Ministro Rogério Schietti, em tema afeto à fixação de medidas cautelares ao réu. Porém, o Ministro Schietti inaugurou a divergência e proferiu o voto condutor do julgamento, em sentido contrário ao relator.

Douglas Fischer fez importantes apontamentos sobre os dois acórdãos do STJ, dirimindo dúvida acerca da alteração do entendimento jurisprudencial (*in* "Sistema Acusatório nos 35 Anos da CF/88", Thoth editora, 2023, pág. 67). No REsp nº 1.940.726/RO constou na ementa a invalidade do art. 385 do CPP. No entanto, segundo Fischer, o que se decidiu discrepa totalmente do que constou na ementa. Ele também alertou que o art. 3º-A invocado como razão de decidir estava suspenso por decisão do STF quando do julgamento deste recurso, e, naturalmente, não poderia ter servido de fundamento para a decisão.

Fischer comenta uma passagem do voto vencido, que cita passagem do livro de Aury Lopes Júnior. Este excerto doutrinário faz remissão aos ensinamentos de Goldschmidt. O jurista alemão James Goldschmidt faleceu em 1940, quando o nazismo dominava a Alemanha. Ao contrário do que sustentado no trecho doutrinário de Aury Lopes, Fischer assevera que Goldschmidt na verdade criticou a vinculação do juiz à opinião do MP, tratando-a como um exagero. No original de sua obra, o jurista tedesco

afirmou que o juiz pode provocar o membro do MP de segundo grau, em caso de discordância da posição adotada pelo órgão de acusação.

No voto condutor do REsp. nº 2.022.413/PA, o Ministro Rogério Schietti tratou acerca da validade do art. 385 do CPP. O ministro fez carreira no Ministério Público, exercendo a função de Procurador-Geral de Justiça do MPDFT. Em sua formação acadêmica, o Ministro Schietti possui mestrado e doutorado em Direito pela USP. Além disso, conta com cursos na Itália, como uma especialização nos anos 1990 e cursos de aperfeiçoamento recentes, em 2015 e 2017, inclusive na área penal. Essa formação na Itália se refletiu na fundamentação de seu voto.

No seu voto, o Ministro citou a doutrina processual penal italiana de Andrea Dalia e Marzia Ferraioli. É uma citação louvável, já que no Brasil há escassez de doutrinadoras nesta seara do Direito. Uma exceção é o “Curso de Processo Penal” da professora Doutora Ana Flávia Messa, publicado pela editora Saraiva. Trata-se de uma obra voltada para concursos públicos, mas de inegável qualidade literária.

O Ministro Schietti reforçou sua fundamentação com citações de autores italianos clássicos, como Enrico Tullio Liebman, Michele Taruffo, Luigi Ferrajoli, Piero Calamandrei, Francesco Carrara, além dos mais modernos, como Paolo Tonini, Vito Marino Caferra, Giovanni Leoni, Franco Cordero, dentre outros. O voto faz alusão ao Juiz Instrutor na Itália, que remonta ao Código Rocco de 1930 e ao Código Vassali de 1988.

Assim como o Ministro Sebastião Reis Júnior fez no voto vencido, o Ministro Schietti também citou Aury Lopes Jr em seu voto, consistente em um excerto sobre o modelo acusatório. Desta forma, o mesmo autor constou na fundamentação dos votos vencido e vencedor. O Ministro Schietti afirmou aderir à corrente de plena validade do art. 385 do CPP, seguindo o escólio de Douglas Fischer, Eugênio Pacelli e Guilherme Nucci.

Inicialmente, o Ministro advertiu sobre o risco de “jogar o bebê fora junto com a água suja”. Em seguida, ele recorda excrescências inquisitoriais na história do processo penal brasileiro, como a figura dos “Desembargadores Promotores de Justiça”, previstos no Decreto nº 1.723/1856. Recorda ainda a redação original do CPP de 1941, que permitia ao juiz iniciar processos por portaria, conhecidos como processos judicialiformes. Segundo Schietti, o Livro V das Ordenações Filipinas espelhavam as práticas da Baixa Idade Média, e vigeram no Brasil, sendo seguidas pelo Código de Processo Criminal do Império.

Neste tema, é importante lembrar que, quando da criação dos tribunais seculares pelos Estados-Nação, houve a adoção do processo penal das inquisições, que tinha

origem no direito canônico, e era tido como um avanço em comparação às ordálias, que vigiam à época.

Em continuação de julgamento, a Ministra Laurita Vaz seguiu o entendimento esposado pela dissidência inaugurada pelo Ministro Schietti, conferindo interpretação sistemática ao art. 385 do CPP. No julgamento do Habeas Corpus nº 588.036/SP em 2022, pela Sexta Turma do STJ, ela já havia se posicionado pela validade do referido dispositivo legal, com base no princípio da comunhão da prova. Segundo a Ministra, a impossibilidade de julgar de forma diversa do entendimento ministerial (alegações finais, contrarrazões e parecer), retira do julgador a própria função de dizer o direito à luz dos fatos.

Percebe-se que nos últimos anos o STJ proferiu julgamentos diferentes por ambas as turmas criminais, tanto unânimes quanto por maioria. Além disso, há frequente alteração no posicionamento dos Ministros entre os julgados. A composição das Turmas criminais se modifica em poucos anos, seja com a aposentadoria de Ministros e posse de novos, seja com o rodízio de Ministros entre as Turmas cível e criminal, ou mesmo com a convocação temporária de Desembargadores estaduais e federais. É uma situação propícia à uniformização jurisprudencial entre os órgãos fracionários, a ser operado pela 3ª Seção do STJ, que reúne os integrantes da 5ª e 6ª Turmas. Essa regra consta no art. 926 do CPC e se irradia por todo o ordenamento jurídico, alcançando inclusive a seara penal.

Historicamente, a jurisprudência pacífica do TFR foi no sentido da validade do artigo 385 do CPP. Com a promulgação da CF/88, o STJ se manteve firme nesse entendimento, mesmo após as reformas de 2008 e 2011. Nos últimos anos, contudo, começou a ganhar força uma corrente que contesta a validade desta regra. Com a aprovação da Lei Anticrime, essa corrente ganhou novo impulso. Em 2022, mesmo com a suspensão do art. 3º-A do CPP, a 5ª Turma do STJ decidiu pela invalidade do artigo 385 do CPP, o que foi interpretado na comunidade jurídica como uma viragem jurisprudencial da corte. Mas não durou muito. Em 2023, a 6ª Turma do STJ entendeu, por maioria, pela validade da regra. Após este julgado, teve fim a suspensão do art. 3º-A do CPP operada pelo STF, que publicou o acórdão com mais mil páginas em dezembro de 2023.

## **2 - Evolução Doutrinária.**

Desde que a celeuma se instalou entre as Turmas criminais do STJ acerca da validade do artigo 385 do CPP, houve uma profusão de textos acadêmicos analisando a controvérsia. A maioria deles se insurgiu contra o último entendimento relatado pelo Ministro Schietti, que validou o dispositivo.

Para representá-los, cita-se o artigo de Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do MPBA, publicado em 02/02/2024 no site “Conjur”, onde afirma na nota 2: “Como Procurador de Justiça sempre defendi nos pareceres de segundo grau a incompatibilidade do artigo 385 com o sistema acusatório e, conseqüentemente, com a Constituição Federal”. O articulista cita lição de Paulo de Souza Queiroz, que afirma: “Em suma, o artigo 385 do CPP só faz sentido num sistema inquisitório ou tendencialmente inquisitório, próprio de modelos autoritários de processo penal (no caso, ditadura Vargas)”.

No entanto, indo ao original escrito por Paulo Queiroz em 2016, tal como fez Douglas Fischer em relação a Goldschmidt, o doutrinador defende a aplicação do art. 28 ao caso: “invocar, analogicamente, o art. 28 do CPP, enviando os autos ao chefe da instituição (Procurador-Geral da República ou Procurador-Geral de Justiça), para que decida definitivamente sobre o tema. Parece, inclusive, que essa solução é a mais razoável, visto que, a fim de evitar que o juiz se converta em acusador, talvez se converta o acusador em juiz”.

Em seu voto, o Ministro Schietti citou as diferentes correntes acerca da validade ou não do artigo 385 do CPP, bem como as distintas vertentes de cada corrente. Dentre elas, ele fez menção à corrente encabeçada por Paulo Queiroz e Bruno Calabrich, que defendem a aplicação do art. 28 do CPP, com a remessa dos autos para apreciação pelo órgão superior do MP. Se for mantido o pleito absolutório, Queiroz defende que o juiz estaria vinculado a absolver. Já o segundo autor defende que o juiz poderia tanto absolver o réu como extinguir o processo sem resolução do mérito, por perda superveniente do interesse de agir. Mas ambos concordam que o juiz não poderia condenar. Preferimos a solução de Paulo Queiroz, por ser mais benéfica ao réu.

Como visto, a oscilação acerca do tema não existe apenas no âmbito jurisprudencial. Na doutrina também há dissenso e mudanças de posicionamento individual no decorrer do tempo. Por todos, exemplifica-se com Renato Marcão, que em 2014, na primeira edição de sua obra, quando ainda era integrante do Ministério Público de São Paulo, manifestou-se pela validade do art. 385 do CPP (“Curso de Processo Penal”, 1ª edição, pág. 830). Segundo ele, o dispositivo foi recepcionado pela CF/88. Em edições posteriores, já atuando como advogado, o autor mudou de posição, manifestando-se contrário à validade do art. 385 do CPP. Este autor foi inclusive citado na fundamentação do voto vencido do Ministro Sebastião Reis. Esse voto vencido serviu de fundamento da petição inicial da ADPF em curso no STF.

De seu turno, na obra de Renato Brasileiro, membro do Ministério Público Militar, são expostas as correntes majoritárias (pela validade) e minoritária (pela invalidade) sobre o artigo 385 do CPP, mas sem que autor adira explicitamente a alguma delas, e tampouco fundamente sua posição. Ele indica ser dominante o entendimento pela

validade do dispositivo. Como integrante do MPM, o autor opera regra idêntica, prevista no artigo 437, alínea b, do CPPM. Esse código foi outorgado em 1969, também no contexto de uma ditadura, quando já vigente o Ato Institucional nº 05/1968.

O artigo 385 do CPP também é aplicável no âmbito dos processos criminais em curso na Justiça Eleitoral, por conta da previsão do artigo 364 do Código Eleitoral. Assim, a essência dessa regra cobre toda a competência criminal do ordenamento brasileiro.

O autor Norberto Avena indica a necessidade de proceder à interpretação conforme à Constituição de alguns dispositivos do CPP de viés inquisitivo (“Processo Penal”, editora Método, 12ª edição, 2020):

“Não se ignora, por certo, que a legitimação exclusiva conferida ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 chegou a levar alguns doutrinadores a cogitar da não recepção do art. 385 pela ‘Lex Fundamentallis’. Todavia, tal entendimento jamais espelhou a posição majoritária, sempre se considerando que, pelo princípio do livre convencimento, o fato de o promotor ter pedido a absolvição do réu na fase de sua manifestação final do processo não vincula o magistrado (...) Não é por outro motivo que se reconhece legitimidade ao promotor de justiça para impetrar habeas corpus, ajuizar mandados de segurança e, até mesmo, recorrer em favor do acusado quando entender ser o caso. Neste contexto, não é impróprio concluir que, não apenas nos crimes em que seja do ofendido a legitimidade para promover a ação penal, mas também nos crimes de ação pública, o Ministério Público sempre exercerá, cumulativamente ou não com a posição de autor, o papel de custos legis. Tal raciocínio é permitido pela redação do art. 257, I e II, do CPP, determinando que, além da promoção da ação penal pública, incumbe ao parquet, ainda, fiscalizar a execução da lei. (...) Analisando essas duas linhas de pensamento, sempre aderimos à primeira delas, considerando que, de fato, vigora no Brasil o sistema acusatório (...) Por outro lado, também não há dúvidas de que os dispositivos pelos quais muitos autores sustentam ter sido adotado o sistema inquisitivo garantista, encontram-se incorporados à legislação infraconstitucional. Neste contexto, duas soluções se apresentam: ou se consideram inconstitucionais, por violação do sistema acusatório, os dispositivos infraconstitucionais que consagram procedimento incompatível com as regras desse modelo;

ou se busca conferir a tais previsões legislativas interpretação conforme à Constituição Federal.”

De seu turno, no magistério de Mougenot (“Curso de Processo Penal”, 14ª edição, Saraiva, 2024):

“De acordo com a jurisprudência (STF e STJ), é clara a opção do legislador constituinte pelo sistema acusatório. Já sobre quais são as características desse sistema, a jurisprudência não demonstra a necessária reflexão. (...) Eu me filio à corrente majoritária quando sustento que o sistema adotado no Brasil é o sistema acusatório e me filio à corrente minoritária quando digo que há uma única característica que diferencia os sistemas. (...) Entendemos que deve ser uma única característica a separar os sistemas processuais, qual seja, a separação de funções entre acusador e julgador. As demais características são criações e não necessariamente exclusivas de um sistema em detrimento do outro.”

Nesta obra, Mougenot também apresenta um quadro atualizado sobre as posições adotadas acerca do tema: “Tourinho Filho - sistema acusatório; Aury Lopes - sistema (neo) inquisitivo; Nucci - sistema misto; Pacelli - sistema acusatório; Badaró - sistema misto.”

Logo à frente ele afirma:

“Destaco, por fim, as lições de Mirjan Damaska, um dos mais importantes estudiosos deste tema no mundo. Ele deixa claro como a oposição entre acusatório (adversarial) e inquisitório acaba fluida a partir de um determinado momento. (...) Temos que tomar cuidado para não vulgarizar o termo ‘inquisitivo’. Deve o jurista cuidar especialmente disso: não é porque se discorda de algo que esse algo automaticamente está alinhado com práticas inquisitivas. (...) Toda essa exigência emerge da independência funcional do órgão ministerial na interpretação dos fatos, dos elementos probatórios colhidos e do direito a ser empregado, que merece respeito. A fiscalização interna corporis, legalmente regrada, sempre preponderará, em homenagem à opção da CF de atribuir, privativamente ao MP a promoção da ação penal pública. E não é à toa que o segundo modelo prevê o encaminhamento dos autos para o Procurador-Geral ou à instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei.”

Na lição de Eugênio Pacelli (“Curso de Direito Processual Penal”, editora Atlas, 25ª edição, 2021):

“No findar de 2019, nosso legislador optou por adotar um sistema similar a este, ao introduzir a figura do ‘juiz de garantias’ na Lei 13.964/19, com atuação restrita à fase de investigação. A novidade é, em verdade, mais antiga, oriunda do Projeto de Novo CPP (PL 8.045/10), ainda em tramitação na Câmara dos Deputados. Esse Projeto foi elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado da República em 2009, e da qual tivemos a honra de integrar, como Relator-Geral. Ali se criou o juiz das garantias e se esculpiu a estrutura acusatória de processo. Guardamos especial apreço pela norma agora introduzida pelo art. 3º-A, cujo conteúdo leva nossas digitais. (...) – ora, em se tratando de norma posterior, o silêncio do legislador deve ser compreendido como eloquente, sobretudo pelo fato de a Lei 9.099/95 restringir expressamente a regra em questão aos casos nela previstos ainda que o Ministério Público, em alegações finais, requeira a absolvição do acusado (art. 385, CPP), o juiz pode proferir sentença condenatória. Eis aqui regra expressa quanto à não exclusividade da imposição de resposta penal em mãos do autor da ação, no horizonte de um Direito Penal de ultima ratio, destinado à proteção de direitos fundamentais. A opção de nossa legislação foi a adoção do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, segundo o qual o Ministério Público deve agir movido pela objetividade (critérios da Lei). Pudesse ele retirar a acusação – se manifestando pela absolvição – não se conteria o juízo de discricionariedade, com violação ao modelo escolhido (da obrigatoriedade da ação).”

O autor e advogado Aury Lopes Jr é contrário à validade do art. 385 do CPP, indicando que a sentença que o segue é acoimada de nulidade absoluta, por violação ao contraditório. Segundo ele, seria uma violação ao princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela plena e integral acusação. Em sua obra, o autor afirma:

“Nesse cenário (e até 2020) sempre dissemos categoricamente: O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na

medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz. Finalmente o cenário mudou e nossas críticas (junto com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Geraldo Prado, Alexandre Morais da Rosa, e tantos outros excelentes processualistas que criticavam a estrutura inquisitória brasileira) foram ouvidas. Compreenderam que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, era necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais” (e, agora, estão tacitamente revogados pelo art. 3º-A do CPP, com a redação da Lei n. 13.964). (“Direito Processual Penal”, editora Saraiva, 17ª edição, 2020).

De igual modo, Alexandre Morais da Rosa, em obra que examina o processo penal à luz da teoria dos jogos, indica que o artigo 385 do CPP é incompatível com o processo entre jogadores. Logo, se o jogador acusador requerer a absolvição, não pode o julgador condenar.

A esse respeito, o autor e magistrado Guilherme Madeira Dezem faz uma ponderação importante (“Curso de processo penal”, 7ª edição, Thomson Reuters, 2021, pág. 108):

“Realmente, há profundo descompasso entre o modelo traçado pela Constituição Federal e sua concretização por meio do Código de Processo Penal. Este descompasso é aprofundado pela cultura inquisitorial existente no país pelos diversos órgãos existentes. Não raro o magistrado acaba sentindo-se parte do sistema de segurança pública e acaba por achar que a sua função é combater a criminalidade ou buscar reconstituir os fatos como efetivamente se deram em uma caça em busca da verdade. Este descompasso (...) acaba por gerar uma das grandes tensões existentes no sistema, que se quer acusatório e que quando se olha no espelho se reconhece inquisitivo.”

No escólio de Afrânio Silva Jardim e Pierre Amorim:

“Na verdade, o mencionado art. 385 do CPP não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42 do CPP). O pedido de condenação não é



retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um “parecer” sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, nesse caso, a decisão seria do Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério.”

Segundo a análise abrangente de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (“Curso de Processo Penal e Execução Penal”, Editora Juspodivm, pág. 1035):

“O pleito de absolvição, entretanto, não configura desistência, e sim reconhecimento expresso, pela instituição autora da ação penal, da improcedência da causa de pedir e do pedido. De toda sorte, a acusação em si não foi modificada e, ante a impossibilidade de desistência, está entregue ao juiz, na fase de julgamento, tal qual formulada pela instituição acusadora. Sobre o art. 385, os autores afirmam: “Sinceramente, não vemos aí ofensa à regra da correlação entre acusação e sentença. A acusação, diante da impossibilidade de desistência, subsiste tal e qual deduzida pelo Ministério Público e nesses limites é entregue à apreciação judicial, para julgamento. (...) Não podemos aceitar o entendimento, sustentado por Aury Lopes, de que o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória. (...) Sem dúvida, é inusitado que o juiz possa condenar mesmo diante de pedido do próprio acusador pela absolvição. No entanto, o Ministério Público, na sua apreciação, não pode vincular o julgamento do juiz, o que violaria a própria independência e o livre convencimento motivado próprios dos órgãos do Poder Judiciário (...) A solução que defendemos é que possa haver disposição motivada do Ministério Público quanto ao exercício da ação penal, permitindo-se, assim, a desistência, sob a exigência de motivação e com controle dentro da instituição titular da ação penal de iniciativa pública.”

Na visão clássica de Vicente Greco Filho sobre a validade do artigo 385 do CPP (“Manual de Processo Penal”, 8ª edição, editora Saraiva, pág. 311):

“O dispositivo contém dois preceitos. O primeiro assegura a indisponibilidade da ação penal pública. Se o parecer do Ministério

Público propondo a absolvição fosse vinculante, estaria ele dispendo sobre a ação penal pública. Ainda que de rara aplicação, o art. 385 preserva o interesse público da persecução penal e atuação da lei penal nos crimes de ação penal pública. O mesmo princípio da indisponibilidade da ação penal pública, que é, na verdade, a indisponibilidade do interesse público, permite que o Ministério Público, por outro membro ou pelo mesmo, recorra da absolvição que atendeu seu próprio parecer. A manifestação de um, meramente opinativa, não vincula a manifestação de outro, ou dele mesmo, reapreciando o que é melhor para o interesse público.

Eduardo Espínola Filho, em obra publicada logo após o CPP/1941, faz menção às conhecidas promoções F.J. (“Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, editora Bookseller, Volume IV, item 762, p. 158):

“Deve assinalar-se que essa possibilidade de agravação da situação do acusado, não só se manifesta no sentido de poder ser condenado a cuja absolvição foi pedida, ou para quem se não pleiteou a punição (é o F. J. - tão vulgarizado nas promoções finais dos nossos promotores), mas ainda no de ser permitido desconhecer o julgador qualquer atenuante, que a promotoria pública tenha dado como existente, e, até de considerar agravante que não haja sido articulada, ou, mesmo, tenha sido repelida pelo órgão do Ministério Público. Já sabemos que, dessas várias modalidades, somente a primeira lograra a admissão nas nossas práticas judiciárias, aliás com grande resistências, de que ainda se encontra eco no livro de Ary Franco (Código de Processo Penal, Vol. I, 1942, pág. 396). A inovação, e muito feliz inovação, do recente Código de Processo, deu a muitos promotores a impressão, na verdade injustificável, de uma diminuição no seu papel, pelo que, vários passaram a deixar de fazer qualquer apreciação, nas suas alegações finais, sobre as circunstâncias modificativas. A maioria, felizmente, manifestou uma compreensão perfeita do processo atual, e é com satisfação que vimos o esclarecido promotor Cordeiro Guerra acentuar: ‘Parece-me, nesta altura, conveniente e oportuno determinar a sanção penal aplicável ao réu. É de ver-se que o art. 500 do Código de Processo vigente não impede, com o art. 400 do Código de Processo revogado, a obrigação expressa de fixar o pedido de condenação, pedido que, aliás, não obriga ao juiz.’”

Como regra, os manuais são escassos no exame da validade do artigo 385 do CPP. Mesmo autores que exaltam o sistema acusatório em detrimento do inquisitivo garantista não incursionam sobre os meandros deste dispositivo de forma pormenorizada. Para isso, é preciso se socorrer de publicações científicas.

Em artigo publicado na Revista do MPCE em 2018, Rafael Fecury Nogueira fez uma ampla explanação das correntes doutrinárias acerca da validade do art. 385 do CPP. De igual modo, em artigo na Revista Brasileira de Direito Processual Penal (Vol. 3, nº 3, set/dez de 2017), Rafael de Deus Garcia realizou uma profunda incursão na validade do art. 385 do CPP, analisando a vinculação do juiz à manifestação do MP. Nessa mesma publicação, no Vol. 4, nº 1, jan/abr de 2018, Gustavo Badaró examinou a sentença e a análise das provas sob uma nova epistemologia. Para ele, a decisão deve estar calcada em bases racionais, acessível a outros indivíduos e passível de controle intersubjetivo por via recursal.

Ainda segundo a lição de Gustavo Henrique Badaró (“Processo Penal”, 9ª edição, Revista dos Tribunais):

“Além do valor político de permitir que os sujeitos do ato de poder possam participar da elaboração de tal ato, o contraditório possui também um valor epistêmico. O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erro. No processo penal necessariamente haverá o contraditório, em razão da importância dos bens em jogo (...). Atualmente, na maioria dos sistemas processuais, há separação de funções entre acusar, julgar e defender. Além disso, as partes ainda conservam a sua iniciativa probatória, sendo, aliás, cada vez mais destacado o seu direito à prova.”

Na nota 87 do Capítulo I desta mesma obra, Badaró reforça a investigação defensiva, conhecida na Itália como *indagine difensiva*, sendo regulamentada pelo Conselho Federal da OAB em 2018. Citando Tucci, Badaró também afirma que há uma tendência em exagerar na enunciação dos princípios, considerando meras regras concretas como se princípios fossem (nota nº 1 do Capítulo I).

Já em “Epistemologia Judiciária e Prova Penal” (Revista dos Tribunais, 2019), o mesmo autor leciona:

“Diante da perigosa força expansiva da “tentação inquisitória”, o reconhecimento de poderes instrutórios exige que já tenha sido delimitada a acusação, bem como concluída a produção de todas as provas requeridas pelas partes. Essa demarcação do caráter subsidiário dos poderes instrutórios do juiz é condição para que se respeite a posição prioritária reconhecida ao direito à prova das partes.”

Como regra geral, as alegações finais devem ser realizadas oralmente (art. 403, caput, CPP), contudo, há a possibilidade de certas situações a sua apresentação se dá por escrito (art. 403, § 3º, e 404, parágrafo único, CPP), mas na prática forense, é quase sempre realizada por escrito, no prazo de 05 (cinco) dias. É importante lembrar que nas alegações finais, o órgão do MP incursiona na análise das provas. A peça é estruturada em relatório, fundamentação e pedido. No relatório, é feita uma análise histórica do processo, em busca de possíveis nulidades insanáveis. Caso o trâmite tenha seguido o devido processo legal, inicia-se o cotejo das provas na fundamentação, com exame da materialidade e da autoria. Neste momento também é feita a análise do elemento subjetivo (dolo, culpa ou elemento subjetivo específico exigido pelo tipo penal). Em seguida, são examinadas as qualificadoras, majorantes, agravantes, atenuantes, concurso de crimes, circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, personalidade, antecedentes e dosimetria. Por fim, há o exame acerca da desclassificação delitiva, a suspensão condicional da pena, a substituição por pena restritiva de direitos e o regime de execução. Em regra, a substituição pela pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, quando cabível, prefere à mera suspensão da pena ou a aplicação do regime aberto.

Como visto, as alegações finais vão além de uma mera “opinião”, como indicado pela literalidade do artigo 385 do CPP, adentrando o MP profundamente no exame das provas. Caso o órgão do MP se depare com causa excludente de ilicitude, como legítima defesa, pode se manifestar indicando não restar alternativa senão requerer a absolvição do acusado pelo delito imputado. Pode ainda não alcançar a convicção acima de dúvida razoável para um veredicto condenatório. Essa convicção pode perfeitamente ser alcançada posteriormente pelo órgão de controle do MP, e depois pelo juiz. Esses filtros garantem um processo equo.

Podemos exemplificar com novas modalidades de prova. Após um receio inicial, as provas genéticas, com análise do DNA, foram internalizadas na prática forense. O mesmo ocorre agora com as provas neurocientíficas. Em obra sobre o tema, João Daniel Rassi analisou tanto testes antigos, como o polígrafo, quanto exames modernos, como

fMRI e PET (*in* "Neurociência e Prova no Processo Penal", editora Tirant Lo Blanch Brasil, 2020). No prefácio deste livro, Gustavo Badaró aponta a complexa relação entre Direito e as ciências naturais, com a obra representando uma nova página no Direito Processual Penal brasileiro, aprimorando sua qualidade epistemológica. Importante destacar que no direito norte-americano, o uso de evidências da neurociência e da genética comportamental já é uma realidade, contando com inúmeros levantamentos empíricos que atestam sua eficácia. Essas modalidades probatórias têm se espalhado por outras jurisdições. Não há o que temer. Armin Alimardani realizou um levantamento em 2023 na jurisdição australiana, constatando que na maioria dos casos essas evidências foram utilizadas para abrandar as penas. Mesmo diante de provas objetivas e cientificamente robustas, a convicção entre os atores processuais pode se mostrar fluida. Por isso, é necessário conciliar a liberdade epistemológica destes atores na análise da prova em sentido lato, seja ela composta por indícios, prova acusatória, prova defensiva ou contraprova.

Os votos vencido e condutor citados na petição inicial da ADPF 1122 também examinaram os institutos correlatos no âmbito do direito norte-americano, como "decision on prosecution motion to withdraw counts", que ocorre quando a promotoria retira a acusação, vinculando o posicionamento do juiz. No instituto do "plea bargaining", a promotoria pode negociar com o acusado, acordo este que também vincula o juiz. Nos Estados Unidos, a discricionariedade da acusação se aplica em diferentes fases de um caso criminal, seja ao prestar queixa, na negociação dos acordos de confissão ou no aceite de confissões de culpa. No direito brasileiro, essa liberdade em dispor da ação penal foi bastante limitada.

Neste âmbito, é preciso esclarecer algumas diferenças terminológicas no direito processual penal estadunidense. O termo "acquitted" é destinado ao réu que teve a inocência comprovada. Já o termo "not guilty" é destinado ao réu "não culpado" acima de dúvida razoável. Por fim, o termo "dismissal" se refere à rejeição da acusação por falta de provas suficientes para apoiar um caso. Essas diferenças terminológicas nem sempre possuem uma fronteira objetiva. O mesmo ocorre no direito brasileiro. O artigo 386, IV, do CPP, que prevê a absolvição por estar provado que o réu não concorreu para o crime, encaixando-se iniludivelmente no termo "acquitted". No entanto, o encaixe dos incisos VI e VII é mais flexível. Afinal, diferenciar no caso concreto a "fundada dúvida sobre a existência do crime" e a "não existência de prova suficiente para a condenação" nem sempre é uma tarefa fácil. Já a rejeição da denúncia no direito pátrio é tratada no artigo 395 do CPP, cujo inciso III alude à falta de justa causa, que são indícios de autoria e materialidade que sustentam uma acusação, assemelhando-se ao "dismissal" anglo-saxão. Sobre esse tema, José Carlos Barbosa Moreira publicou em 2000 uma brilhante

análise intitulada “O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência”, quando era Desembargador do TJRJ.

Apesar dessa limitação em solo pátrio, tem crescido um movimento visando conferir uma liberdade regrada para a acusação. Túlio Fávaro Beggiato publicou um artigo analisando o instituto da “Prosecutorial Discretion” (Boletim Científico ESMPU, nº 47, jan/jun de 2016), onde aponta a ausência no Brasil de norma expressa positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos. Segundo ele, essa ideia surgiu pela interpretação do art. 24 do CPP, conforme o escólio de Tourinho Filho, uma vez que esse dispositivo dispõe que a ação penal “será iniciada”, utilizando assim a forma imperativa. Para Beggiato, a discricionariedade da ação penal é compatível com o princípio da indisponibilidade, que não se confunde com a obrigatoriedade. No âmbito da perseguibilidade, ele defende uma oportunidade regrada, tal como já ocorre no processo coletivo.

No julgamento do REsp. n 1.521.239/MG pela 6ª Turma do STJ em 2017, da relatoria do Ministro Rogério Schietti, restou decidido que o art. 576 do CPP dispõe que o MP não pode desistir do recurso, o que reforça a indisponibilidade da ação penal pública. Esse entendimento tem sido cada vez mais contestado no âmbito doutrinário.

A Associação de Juízes Federais - AJUFE emitiu duas notas técnicas de nºs 04/2018 e 03/2021, analisando os artigos 450 e 481 do PL 8.05/2010, que possuem o mesmo teor. Esse projeto de lei visa aprovar um novo Código de Processo Penal. O artigo 54 do PL dispõe que o MP não pode desistir da ação penal. O PL altera o art. 385 do CPP, dispondo que o juiz estará vinculado à manifestação do MP no caso de absolvição. Segundo a AJUFE, a obrigação de o juiz absolver agride a independência judicial. Para ela, depositar a sorte do processo penal exclusivamente nas mãos do órgão acusador significa pender a balança tão somente em favor do acusado. Isso cria uma vinculação ao órgão julgador que não existe sequer dentro do próprio MP. De fato, a independência funcional garante que um órgão do MP recorra pleiteando a condenação, mesmo que um membro anterior tenha se manifestado pela absolvição.

Na Ação Penal nº 976, a 1ª Turma do STF decidiu em 2020 pela validade do art. 385 do CPP, mas com a necessidade de um “ônus de fundamentação elevado”, caso o magistrado contrarie a posição do MP, conforme as palavras do Ministro Roberto Barroso. Trata-se de uma construção jurisprudencial. Assim, uma mera avaliação diversa da prova pelo magistrado não supriria esse critério. Entendemos que esse ônus estaria suprido com a avaliação pelo juiz, seguida pela apreciação pelo órgão de revisão ministerial. Esse procedimento não restringiria a independência funcional dos membros do MP preconizada no artigo 127, §1º, da CF, afinal, a titularidade da ação penal é da instituição, e não de um integrante em particular, conforme dispõe o artigo 129, I, da CF/88.

Guilherme Nucci lembra que o art. 60, III, do CPP prevê a perempção da ação penal privada, com a extinção da punibilidade do réu caso o querelante não requeira nas alegações finais a condenação. Segundo suas palavras, vige uma política de pena mínima no Brasil, não havendo contraditório nas agravantes e circunstâncias judiciais. Assim, luta-se pela condenação (MP) ou pela absolvição (defesa), mas não pela pena justa.

Importante lembrar que na ação penal privada, o MP não pode recorrer em caso de absolvição. Mas caso o querelado seja condenado, o MP pode recorrer pleiteando o aumento da pena.

Os arts. 7º, I, e §2º, e 18 do Estatuto da OAB também preveem a liberdade funcional do advogado. A Lei Complementar n. 80/1994 prevê a independência funcional dos defensores públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Desta forma, os defensores públicos podem recusar a defesa de casos que contrariem os direitos humanos. Mas se aceitarem o múnus, não podem alegar escusa de consciência ou pedir a condenação do assistido, ainda que na pena mínima. Segundo Mirabete, enquanto o MP pode pedir a absolvição do acusado, o advogado de defesa está vedado concordar com a condenação, sob pena de nulidade absoluta da sentença condenatória. Essa nulidade pode ser reconhecida em sede de revisão criminal, a teor do art. 621, I, do CPP. Isso porque a expressão “lei penal” constante deste dispositivo é interpretada de forma ampla, abrangendo os princípios constitucionais. Esse entendimento é extraído da Súmula 523 do STF, aprovada em 1969.

Isso implica uma flexibilização do sistema acusatório, conciliando a independência funcional do defensor, do MP e do juiz. Nesse sentido, a condenação acima da dosimetria proposta pelo órgão do MP nas alegações finais é plenamente possível.

O art. 28 do CPP também é aplicado na análise dos pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, conforme entendimento da Súmula 696 do STF, aprovada em 2003, com base na interpretação dos artigos 77 e 89 da Lei 9.099/95. Idêntico procedimento é aplicado no acordo de não persecução penal e no aditamento à denúncia. Essa solução acomoda a independência dos juízes na apreciação epistemológica das provas judicializadas no sistema acusatório.

Afinal, após o indiciamento, é necessário filtrar o que sobra dos indícios utilizados pelo delegado de polícia depois de plenamente exercido o contraditório pelo acusado. No caso do aditamento à denúncia e alegações finais, por exemplo, a análise já recairá em provas judicializadas, e não apenas sobre indícios.

### **3 - Interpretação conforme à Constituição.**

Na decisão do Inquérito 3.438/2015, o STF definiu que, “como a manifestação nos presentes autos provém do próprio Procurador-Geral da República, ainda que esta colenda turma dela dissentisse, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada à possibilidade de propor a suspensão condicional do processo e a transação.”

De seu turno, no RE 593.727, julgado em 2015, o STF reforçou o sistema acusatório, conferindo o poder de conduzir investigações criminais ao MP. Em recente julgado na ADI 4693/BA, o STF suspendeu a eficácia de norma do RITJBA que permitia à corte arquivar, sem prévio pronunciamento do MP, inquéritos que investigam juízes.

Esses julgados reforçam o sistema acusatório propugnado pela CF/88 e adotado explicitamente pelo STF. No entanto, o sistema acusatório à brasileira difere do sistema puríssimo americano e inglês e puro do direito continental europeu, por exemplo. Daí a necessidade de acomodar interesses distintos.

Nesse tema, é importante lembrar que o Inquérito n. 4.781 do STF tem conotações semelhantes às críticas formuladas na petição inicial da ADPF relacionadas ao Estado Novo de Vargas. A Procuradora Regional da República Raquel Branquinho discorreu com profundidade acerca dos reflexos deste inquérito no sistema acusatório preconizado pela CF/88 (Boletim Científico ESMPU n. 55, jan/dez 2020). De igual modo, Beatriz Ferrari Pilla publicou um artigo em 2022 sobre a crise no sistema acusatório, estendendo sua análise para além do Inquérito 4781, incluindo também a decisão na ADPF 572.

Desta forma, a despeito da jurisprudência consolidada do STF pelo sistema acusatório, é preciso fazer menção às exceções inquisitoriais patrocinadas pela própria corte. No âmbito dessas exceções, a PGR já se manifestou com contundência em diversas oportunidades de forma contrária à reunião das funções de investigar, acusar e julgar.

Além desse cuidado com precedentes de caráter excepcional, é preciso também ter em mente a ética jurídica e literária. Pode-se exemplificar essa questão com a fundamentação da posição doutrinária adotada por meio da inclusão de excertos descontextualizados de autores estrangeiros, como mostrou Douglas Fischer. Outra questão são os votos discordantes que se fundamentam no mesmo autor, mesmo adotando posições inteiramente contrárias. Ou a citação de um autor que defende uma posição em determinado sentido, para fundamentar uma decisão em sentido contrário à posição deste mesmo autor.

Ainda há Ministros que citam julgados de outros ministros para reforçar sua tese, ainda que os ministros citados pensem diferente do ministro que os citou. No caso do julgamento do STJ em 2023 sobre a validade do artigo 385 do CPP, a fundamentação do



voto vencido contém julgados relatados pelo ministro que proferiu o voto vencedor. Além das mudanças de entendimento individual dos ministros acerca do tema, como assumido pelo próprio Ministro Sebastião Reis Júnior. Também se observa alteração no entendimento dos autores, a depender do ano da edição de suas obras.

Obviamente, o debate jurídico não é exato, sendo normal opiniões diferentes e mudanças de entendimento. No que toca ao artigo 385 do CPP, a sua invalidade é sustentada por duas vias: a não recepção pela CF/88 ou sua derrogação tácita pela Lei nº 13.964/2019, com base na incompatibilidade manifesta de que trata o art. 2º, §1º, da LINDB. Os que advogam pela sua validade ressaltam a necessidade de respeitar a função jurisdicional e a independência dos juízes.

O voto vencedor do Ministro Schietti fez menção também ao necessário controle judicial da atuação do órgão do MP, caso este atue com parcialidade na sua manifestação pela absolvição. Ao rebater esse argumento, a petição inicial da ADPF 1122 se reportou ao artigo 104 do CPP, indicando que o correto nesses casos é a declaração de suspeição do membro do MP. Aqui também reforçamos que a aplicação do art. 28 supriria esse vício.

Para dirimir essa contenda, a 3ª Seção do STJ poderia lançar mão de uma interpretação sistemática, tal como preconizado pela Ministra Laurita Vaz, no voto que proferiu seguindo a divergência inaugurada pelo Ministro Schietti. Seria uma alternativa à derrogação por incompatibilidade.

No entanto, entendemos que o melhor caminho seja uma decisão do STF calcada na contenção, mediante a técnica da interpretação conforme à CF/88, com aplicação analógica do art. 28 do CPP. Essa técnica é plenamente aplicável no julgamento de ADPF. Além disso, a jurisprudência do STF é no sentido de que a corte não se vincula ao pedido do autor da ação, nem à fundamentação por ele utilizada, sendo ambos abertos. Logo, mesmo não constando no capítulo dos pedidos, pode o STF aplicar essa técnica de julgamento, conferindo efeito vinculante para as demais instâncias.

Essa via preserva o modelo acusatório preconizado na CF/88 e na jurisprudência consolidada do STF (salvo as exceções já indicadas), mantendo o MP como titular da ação penal. A solução também se adéqua aos princípios do devido processo penal e do contraditório. Afinal, a escolha pelo modelo acusatório não é o mesmo que vestir uma armadura, sem nenhuma flexibilidade. Paraphrasing the Minister Schietti, one cannot throw the baby out with the bathwater. Even if we avoid the inquisitorial bias, there are specific rules that can coexist harmoniously with the constitutional arrangement, as long as they are adapted to their fundamental precepts.

Essa solução preserva a independência judicial e o princípio da jurisdição. Com a aplicação do art. 28 do CPP, na conformação que o STF atualmente lhe conferiu, a atuação do órgão do MP ficará sob a supervisão judicial e ministerial. E todos estarão livres para avaliar a prova segundo suas convicções.

Desta forma, é preciso ter em conta a necessária harmonização do artigo 385 do CPP com a Lei Anticrime, na interpretação encampada pelo STF na ADI 6298, conforme acórdão publicado em dezembro de 2023. Antes da Lei Anticrime, o juiz homologava o arquivamento. Com a nova lei, o juiz foi alijado dessa análise. O STF encampou uma interpretação intermediária, incluindo o juiz no rol de legitimados para encaminhar os autos ao órgão revisional do MP. Assim, segundo o atual entendimento da corte, tanto as vítimas e seus representantes legais quanto o juiz poderão encaminhar os autos para o órgão de controle do MP, que pode ser o PGR/PGJ, Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão.

Caso seja determinada sua atuação como “longa manus” do órgão de controle, o membro do MP deverá necessariamente se manifestar pela condenação, se assim o órgão entender, estando assim o juiz livre para absolver. Se o órgão de controle mantiver o entendimento pela absolvição, e o membro do MP for designado para atuar como “longa manus”, deverá ele necessariamente reiterar a manifestação pela absolvição, e o juiz estará vinculado a esta manifestação. Mas após ser proferida a sentença de absolvição, estará novamente livre o membro do MP, ou outro membro que venha a substituí-lo, para postular a condenação em grau recursal.

Entendemos que a cognição probatória realizada no âmbito do controle do arquivamento não difere substancialmente da avaliação das provas nas alegações finais. Ambas são realizadas mediante atividade intelectual, com o cotejo das provas e da imparcialidade do membro do MP.

No escólio de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (“Curso de Direito Constitucional”, 6ª edição, Saraiva, p. 1248):

“A interpretação conforme a Constituição, ao contrário do que pode fazer supor o seu nome, não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. (...) Alegando-se na petição inicial a inconstitucionalidade de uma norma, a ação de inconstitucionalidade é julgada improcedente quando o Tribunal verifica que esta norma tem sentido conforme à Constituição. Este sentido, evidenciado na fundamentação, é delineado no dispositivo, de modo a se fixar regra que evidencie a constitucionalidade da norma. O resultado na decisão que realiza ‘interpretação conforme’, portanto, não apenas expressamente exclui o sentido ou

interpretação sugerido para a norma pelo autor da ação de inconstitucionalidade, mas declara que, mediante determinada interpretação, a norma é constitucional. Demonstra-se que a norma não tem o sentido proposto na ação de inconstitucionalidade, mas que, quando adequadamente compreendida, tem sentido que é conforme à Constituição. Trata-se, desse modo, de limitação das possibilidades do texto legal, que fica restrito à interpretação definida na decisão.”

No item 20 do acórdão do STF nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, decididas em agosto de 2023, com acórdão publicado em 19/12/2023, a corte realizou uma interpretação conforme do art. 28, §1º, do CPP, para incluir o juiz no pedido de revisão da matéria no órgão ministerial competente, além da vítima e seus representantes. O acórdão possui 1.216 páginas, com 67 expositores. Inicialmente, foi analisada a legitimidade da AMB e CONAMP, preliminar que restou superada. Depois do julgamento, foram interpostos embargos declaratórios pela PGR, visando excluir as notícias de fato da supervisão judicial. Isso porque esse procedimento já é regulado pela Resolução do CNMP nº 174/2017, não havendo necessidade de controle sobre o seu arquivamento. Já o PIC é regulado pela Resolução do CNMP nº 181/2017, e permanece sujeito à supervisão judicial.

Assim, defendemos uma dupla interpretação conforme, manejando a interpretação conforme do artigo 28 do CPP na interpretação conforme do artigo 385 do mesmo código. Essa analogia “iuris” com o art. 28 do CPP não servirá como método de autointegração para suprir lacuna normativa, que sequer existe. Mas sim como técnica de julgamento para conformação constitucional.

As alegações finais do MP não se confundem com a denúncia. São peças diferentes com efeitos e estruturas distintas. As alegações finais não alteram a denúncia, que permanece íntegra. Apenas o aditamento é capaz de fazê-lo. Contudo, as alegações não se qualificam como uma mera opinião, como faz parecer a redação do artigo 385 do CPP. Quando homologadas pelo órgão revisional do MP, transmudam-se em uma verdadeira requisição, ainda que parcial, para o só caso de postular a absolvição, em decorrência do desinteresse do titular da ação penal.

Tal como referido por Goldschmidt (órgão de segundo grau) e por Paulo Queiroz (artigo 28 do CPP), a interpretação conforme do artigo 385 do CPP, como indicado por Norberto Avena, é o melhor caminho para adequar o dispositivo aos preceitos fundamentais da CF/88. Obviamente, esse caráter de requisição da homologação das

alegações finais não se estende às demais manifestações ministeriais, como as contrarrazões recursais e os pareceres.

#### **4 - Conclusão**

Na época da exposição de motivos do CPP, o processo penal se limitava a reger casos envolvendo réus desvalidos, assim permanecendo por mais de meio século. Contudo, nos últimos anos, após intensa pressão social e mudança no perfil da composição das cortes, o CPP passou a reger casos envolvendo réus abastados, inclusive membro de poder, trazendo novos olhares para o artigo 385 do CPP que buscaram reforçar o garantismo penal em detrimento do punitivismo.

Segundo Afrânio Silva Jardim, o questionamento do art. 385 do CPP só surgiu 70 anos após sua vigência. Caso o entendimento pela sua invalidade fosse aplicado ao júri, haveria subtração da competência constitucional do Tribunal Popular, já que o juiz não poderia pronunciar o réu se o órgão do MP pedisse sua absolvição em alegações finais, ao fim da fase acusatória.

Apesar da paridade de armas, o STF chancela algumas exceções, a fim de remediar o desequilíbrio entre as partes no processo penal. Com base nele, o ônus da prova recai sobre a acusação e a defensoria possui prazo em dobro. E pelo princípio do favor rei, em caso de duas interpretações antagônicas, prevalece a mais favorável ao acusado. Seria o caso de duas interpretações antagônicas sobre um dispositivo legal, ou igualmente se aplicaria à interpretação das provas? Neste último caso, pedindo o MP a absolvição, com homologação pelo órgão revisional, e o juiz entendendo pela condenação, seria o caso de prevalecer a situação mais favorável ao acusado.

De igual forma, a questão da heurística do juiz na análise das provas, tão debatida no contexto do juiz das garantias, com competência limitada até a denúncia, conforme entendimento do STF no acórdão publicado em dezembro de 2023, é restrita à situação em que há prejuízo ao réu? Ou se aplica nos dois sentidos? Pode o juiz ser contaminado psicologicamente pelo contato epistemológico com as provas da defesa? Entendemos que esses questionamentos podem ser contornados pela atuação do STF no controle de constitucionalidade, por meio da aplicação do artigo 28 do CPP.

Em suma, o escrutínio dos indícios leva ao indiciamento, exclusivo do delegado de polícia. Ao MP e ao juiz não cabe o desindiciamento. Esse escrutínio é novamente realizado pelo MP ao denunciar e pelo juiz ao aceitar a denúncia. Já nas alegações finais, o escrutínio é realizado sobre provas judicializadas, sob o pálio do contraditório. Caso se manifeste pela absolvição, as provas serão novamente examinadas, desta vez pelo juiz. Analisando as provas e discordando da manifestação nas alegações, o juiz pode encaminhar à instância de revisão ministerial. Esse órgão de controle fará nova análise

das provas, bem como da imparcialidade do membro atuante. Caso homologue a manifestação pela absolvição, não havendo nenhuma suspeição do membro atuante, o juiz estará adstrito a este entendimento. A diferença precípua é que a aplicação analógica do art. 28 do CPP no sursis e no arquivamento se dá sobre a análise de indícios, e não de provas judicializadas. Por sua vez, se assemelha à aplicação do artigo 28 no ANPP e aditamento. Essa solução acalma os ânimos, mantendo a independência judicial e ministerial na condução do feito, e mantém as garantias constitucionais do réu.

O efeito prodrômico é geralmente analisado no princípio “non reformatio in pejus” indireta, que tem base no artigo 617 do CPP. Significa uma limitação na independência do julgador, que fica vinculado à dosimetria anterior, não podendo aumentar a pena do réu, ou mesmo piorar sua situação, a exemplo da diminuição da pena mas com reconhecimento da reincidência, que afeta a execução. No caso do efeito prodrômico nas alegações finais, haveria uma limitação ao juiz para a própria condenação, e não dosimetria.

Por fim, como visto, a jurisprudência do STF indica que a manifestação da PGR pela concessão da suspensão do processo e transação penal é vinculativa para a Suprema Corte, já que não há órgão de revisão neste caso. O mesmo deve ser aplicado para a manifestação da PGR em alegações finais, quando requisita a absolvição, no caso de ação penal originária no STF em decorrência do foro privilegiado.

## **5 - Referências**

Avena, Norberto. Processo Penal, editora Método, 12º edição, 2020.

Badaró, Gustavo Henrique. Processo Penal, editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2021

Bonfim, Edison Mougnot. Curso de Processo Penal, editora Saraiva, 14º edição, 2024.

Dezem, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal, editora Thomson Reuters, 7ª edição, 2021.

Filho, Eduardo Espínola. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Volume IV, editora Bookseller.

Filho, Vicente Greco. Manual de Processo Penal, editora Saraiva, 8ª edição.

Fischer, Douglas. Sistema Acusatório nos 35 Anos da CF/88, Thoth editora, 2023

Junior, Aury Lopes. Direito Processual Penal, editora Saraiva, 17ª edição, 2020.

Marcão, Renato. Curso de Processo Penal, editora Saraiva, 8ª edição, 2023.

Neto, Lira. Getúlio 2, editora Companhia das Letras, 2013.

Pacelli, Eugênio. Curso de Processo Penal, editora Atlas, 25ª edição, 2021.

Sarlet, Ingo. Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, 6ª edição, 2017.

Távora, Nestor. Rodrigues, Rosmar. Curso de Processo Penal e Execução Penal, editora Juspodivm.

## (IN)VALIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO EM CONCURSOS PÚBLICOS

**JEFFERSON MATHEUS CARVALHO GOMES:**

Assessor Ministerial no Ministério Público do Estado do Tocantins. Graduado em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Unitoledo – Wyden. Pós-graduando em Tribunal do Júri e Execução Penal pela Faculdade Legale. Aprovado no concurso público para Promotor de Justiça do Estado do Amazonas (2022).<sup>20</sup>

**RESUMO:** O presente artigo teve como objetivo-problema analisar a validade do exame psicotécnico em concursos públicos. Averiguou-se na pesquisa os critérios fixados pelos tribunais superiores para a legalidade da avaliação psicológica, além daqueles exigidos em resoluções do Conselho Federal de Psicologia. Concluiu-se que a previsão em lei e em edital, a objetividade dos critérios, a publicidade do resultado e a possibilidade de recurso, são requisitos indispensáveis para validade da avaliação psicológica, não sendo incomum o desrespeito a tais critérios pelas bancas examinadoras. O trabalho adotou o procedimento de revisão bibliográfica, método documental, descritivo e explicativo, com abordagem dedutiva.

**Palavras-chave:** Exame psicotécnico; Concursos públicos; Requisitos de validade; Tribunais superiores; Conselho Federal de Psicologia.

**ABSTRACT:** The present article aimed to analyze the validity of the psychotechnical exam in public competitions. The research examined the criteria established by Superior Courts for the legality of psychological evaluation, in addition to those required in resolutions of the Federal Council of Psychology. It was concluded that legal and edict provisions, the objectivity of criteria, result publicity, and the possibility of appeal are indispensable requirements for the validity of psychological evaluation, with the disregard of such criteria not uncommon among examining boards. The work adopted the procedure of bibliographical review, documentary method, descriptive and explanatory approaches, with a deductive approach.

**Keywords:** Psychotechnical exam; Public competitions; Validity requirements; Superior Courts; Federal Council of Psychology.

---

<sup>20</sup> Contato: jeffmatheuscg@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

A avaliação psicológica<sup>21</sup> em concursos públicos é regulamentada pela Resolução 002/2016 do Conselho Federal de Psicologia.

O art. 1º do diploma normativo estabelece que a avaliação psicológica é um processo sistemático, de levantamento e síntese de informações, com base em procedimentos científicos que permitem identificar aspectos psicológicos do candidato compatíveis com o desempenho das atividades e proficiência do cargo.

De pronto é possível verificar que a norma se utiliza das expressões “processo sistemático” e “informações”, a indicar que o exame psicotécnico deve ser realizado a partir de uma integração de dados, jamais se valendo de único instrumento para se chegar à conclusão de que determinado candidato é apto ou inapto, o que não é comum, na medida em que os candidatos costumam ser submetidos tão somente a testes psicológicos na avaliação psicológica em concursos públicos.

Apesar da previsão legal, a avaliação psicológica em concursos públicos não é isenta de críticas.

Isso corre porque o exame psicotécnico se baseia na Psicologia, uma área de conhecimento não exata, de maneira que a avaliação psicológica pode ser facilmente contaminada pelas impressões pessoais e pelo próprio subjetivismo de quem a realiza, não captando o estado permanente do candidato e tornando irreal o resultado.

A temática será tratada nesta pesquisa sob o enfoque das resoluções do Conselho Federal de Psicologia e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), levando-se em consideração a doutrina.

No que diz respeito à metodologia, o artigo adotou o procedimento de revisão bibliográfica, método documental, descritivo e explicativo, com abordagem dedutiva.

Nesse sentido, o trabalho se pauta em informações extraídas da lei, doutrinas, jurisprudência, artigos e outros recursos bibliográficos disponíveis, abordando peculiaridades da avaliação psicológica.

## 1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A República Federativa do Brasil, conforme art. 1º da Constituição Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

---

<sup>21</sup> Sinônimo de exame psicotécnico



E ideia de república exige que o Estado respeite os princípios administrativos, afim de que seja observado o Estado de Direito e os direitos fundamentais.

Nessa esteira, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, dispõe sobre os princípios a serem observados pela Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O rol dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, não é exaustivo. O livre acesso aos cargos públicos, uma vez preenchidos os requisitos previstos em lei, tal qual previsto no art. 37, inciso I, da Constituição Federal, é um exemplo de outro princípio importante a ser observado pela administração pública. No mesmo sentido a norma do art. 37, II, da Constituição Federal, que trata do ingresso no serviço público por meio de concurso.

A razão de existir do concurso público é a necessidade de o Estado garantir o princípio da igualdade, que deve permear por todas as fases do certame, inclusive da avaliação psicológica, evitando-se subjetivismo e obscuridade nos critérios de avaliação.

A validade de exame psicotécnico em concursos públicos há tempos é referendada pelo Supremo Tribunal Federal, encontrando-se decisão do ano de 1958 que já validava a avaliação psicológica amparada em lei e edital (RMS 5972, julgado em 10-11-1958).

Hodiernamente a matéria é objeto da Súmula Vinculante 44: "*Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.*"

A razão de existir da Súmula é que determinados concursos públicos exigiam a avaliação psicológica sem que houvesse amparo legal para tanto, enquanto o art. 37, I, da Constituição Federal, determina que somente a lei, ato normativo primário, pode estabelecer requisitos para o ingresso no serviço público.

O exame psicotécnico, por se tratar de um filtro no concurso público, é uma restrição, de modo que somente lei em sentido formal pode exigí-lo. Há muito tempo há julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, citando-se o AI 182487 AgR, de relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 12-11-1996.

## **2 REQUISITOS EXIGIDOS PARA A VALIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO EM CONCURSOS PÚBLICOS**

A jurisprudência do STF e do STJ são uníssonas em apontar que a validade da avaliação psicológica em certames públicos depende do preenchimento de 5 (cinco) requisitos indispensáveis: previsão em lei, previsão no edital, adoção de critérios

objetivos, publicidade do resultado do exame e possibilidade recurso (ARE 939826 AgR, julgado em 26/05/2017; e AgInt no RMS n. 65.428/RJ, julgado em 29/3/2021).

Analisar-se-á adiante cada um dos critérios.

## 2.1 Previsão em lei

Para as cortes superiores a validade do exame psicotécnico se condiciona à existência de lei regulamentadora.

Dúvida que pode surgir é sobre o que é essa lei e qual espécie de ato normativo exigida.

Nesse sentido, defende-se que para que haja validade da avaliação psicológica não basta que um único dispositivo legal de uma determinada lei preveja sua realização, é necessário que lei em sentido formal esmiuce todo o procedimento a ser adotado.

Assim, a necessidade de lei a que se refere a Súmula Vinculante nº. 44 do Supremo Tribunal Federal é lei que regulamente de forma pormenorizada a avaliação psicológica. Aplica-se, *mutatis mutandis*, o disposto no art. 114 do Código Civil. Isso porque qualquer norma que preveja o exame psicotécnico tem cunho limitativo de direitos, de modo que sua interpretação deve ser restritiva, conforme as técnicas de hermenêutica jurídica, vedada, pois, a interpretação extensiva acerca do seu alcance.

Exemplifica-se.

O art. 199, § 5º, da Lei Complementar nº 011/1993 do Estado do Amazonas, que regulamenta a carreira do Ministério Público, ao tratar do concurso de ingresso, dispõe o seguinte: "*§ 5.º Os candidatos serão submetidos aos exames de saúde física, mental e psicotécnico em qualquer fase do concurso.*"

Entende-se que, embora o dispositivo esteja previsto em lei, não é suficiente para que se exija o exame psicotécnico para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Amazonas, uma vez que deveria haver uma lei que regulamentasse de forma esmiuçada todo o procedimento da avaliação psicológica.

O entendimento acima é encampado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No AgInt no RMS n. 65.982/RJ, julgado em 19/9/2022, e no AgInt no RMS n. 68.846/RJ, julgado em 24/10/2022, o STJ considerou acertados os acórdãos do Tribunal de Origem que julgaram válidos os exames psicológicos para ingresso na carreira de Policial Militar do Estado do Rio de Janeiro, já que no caso examinado havia previsão

editância pormenorizada dos critérios do psicotécnico (objetivo, método, avaliação dos resultados, validade do exame e entrevista de devolução e recurso) e lei que regulamentava de forma pormenorizada a realização da avaliação psicológica.

Interpretando-se em sentido contrário as decisões, evidencia-se que só há validade do exame psicotécnico caso a lei e o edital estabeleçam os critérios pormenorizados a serem analisados na avaliação psicológica, notadamente na hipótese de haver ato normativo tratando de forma detalhada do exame psicotécnico, dos critérios avaliados e do perfil profissiográfico.

## **2.2 Previsão em edital**

A previsão editalícia é outro critério exigido pelas cortes superiores para a validade do exame psicotécnico em concursos públicos.

Nesse sentido, quando se exige a previsão em edital do exame psicotécnico, não basta que o edital disponha tão somente, por exemplo, que os candidatos serão submetidos à avaliação psicológica. É preciso que o edital esmiúce todo o procedimento a ser realizado, tratando do objetivo, método de avaliação psicológica, perfil exigido pelo cargo, avaliação dos resultados, entrevista de devolução e recurso.

Assim, não se coaduna com a legalidade disposições editalícias genéricas, como, por exemplo, quando o edital se limita a mencionar que o exame psicotécnico se destina a aferir se o candidato possui características psicológicas adequadas ao desempenho das funções inerentes ao cargo almejado.

O edital deve ser claro.

Nesse desiderato, o Superior Tribunal de Justiça anulou os exames psicotécnicos realizados no concurso para o cargo de Agente de Segurança Prisional do Estado de Goiás por considerar que o Edital nº 1/2019 da Diretoria-Geral de Administração Penitenciária do Estado de Goiás não declinou os traços de personalidade a serem avaliados, o que culminou em subjetividade dos critérios de avaliação (AgInt no RMS n. 65.655/GO, julgado em 23/8/2021).

## **2.3 Objetividade dos critérios**

O parâmetro desejado acerca do grau mínimo de objetividade e dos critérios em que se procederá a avaliação psicológica consta no novel Decreto nº 9.739/2019, que estabelece normas sobre concursos públicos federais, mas que se aplica subsidiariamente aos concursos estaduais.

O art. 36 do diploma normativo dispõe que o perfil psicológico para o exercício do cargo será estabelecido em edital e através de estudo científico, devendo a avaliação psicológica aferir de forma objetiva e padronizada os requisitos psicológicos.

De igual maneira está a Resolução 002/2016 do Conselho Federal de Psicologia, que regulamenta a avaliação psicológica em concurso público: "*Art. 3º - O edital do concurso público especificará, de modo objetivo, os construtos/dimensões psicológicas a serem avaliados, devendo ainda detalhar os procedimentos cabíveis para interposição de recursos.*"

Nota-se, pois, que a objetividade do certame pressupõe que o edital do certame estabeleça, no mínimo, o objetivo e as dimensões psicológicas a serem avaliadas.

Não obstante a previsão legal, é comum que editais de concursos públicos descumpram as exigências legais, como se verifica das jurisprudências mencionadas ao longo do trabalho.

## **2.4 Publicidade do resultado e possibilidade de recurso**

É assente no Superior Tribunal de Justiça que o sigilo do exame psicológico o reveste de nulidade, por ofensa dos princípios da legalidade e da impessoalidade, que regem os concursos públicos (REsp n. 1.689.927/DF, julgado em 22/5/2018).

O respeito à publicidade do resultado se deve, pois é direito do participante do certame conhecer as razões do fracasso em uma fase eliminatória, para que possa exercer o contraditório e a ampla defesa.

Apesar disso, frequentemente não há divulgação em edital dos critérios informadores do perfil de cargo exigido, como se pode visualizar dos julgados colacionados neste artigo, o que faz com que a avaliação psicológica assuma contornos de elemento secreto, inviabilizando a interposição de recurso e obstando sua discussão em sede judicial, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a falta de motivação e publicidade das reais condições do candidato que comprometa seu estado de saúde a ponto de incapacitá-lo ao exercício do cargo pretendido, caracteriza ato abusivo da banca examinadora, contrário aos princípios basilares da isonomia, legalidade, igualdade, motivação, publicidade, impessoalidade, livre acesso aos cargos públicos, informação, proporcionalidade, da razoabilidade, contraditório, ampla defesa, e sobretudo sobre as próprias regras do certame (ARE 798086, julgado em 21/05/2014). No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assentando no REsp: 550659/CE, julgado em 16/09/2004; e no REsp 442964/PR, julgado em 04/08/2003.

Certo é que eventual cerceamento de defesa vicia o exame realizado, ocasionando sua nulidade, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal:

**MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATO PRATICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI. CRITÉRIOS OBJETIVOS. ORDEM DENEGADA.** I – O art. 5º, I, da Lei 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o mandamus. II – A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa. III – **A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame.** IV – **É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios** V - **Segurança denegada.** (MS 30822, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012, grifo do autor)

Na decisão encimada o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão do Conselho Nacional do Ministério Público que anulou o exame psicotécnico o concurso público de ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Rondônia, após acolher os argumentos dos candidatos de que: a) não havia definição no edital do perfil profissiográfico exigido para o cargo; b) não havia objetividade do exame psicotécnico; c) havia caráter sigiloso e irrecorrível da prova psicológica; e d) não havia regulamentação das avaliações psicológicas.

*Ad argumentandum*, a possibilidade recursal deve ser substancial (e não meramente formal), com a conferência de prazo razoável para que os candidatos possam reverter o resultado através de recurso administrativo.

Para se exemplificar, no âmbito administrativo, o Conselho Nacional do Ministério Público tem jurisprudência consolidada no sentido de que o prazo recursal mínimo deve ser de 5 (cinco) dias, conforme decisão no Procedimento de Controle Administrativo nº 1.01005/2016-70 em 14/12/2016.

### **3 NECESSIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE PERFIL PROFISSIONAL EM LEI**

É importante ressaltar que a ausência de perfil de cargo prevista em lei dificulta a definição clara e objetiva das habilidades e competências necessárias para o exercício da função.

A ausência de previsão legal dá azo a subjetivismos na avaliação, o que fere a objetividade que deve permear a avaliação psicológica.

O exame psicotécnico por vezes faz juízo de valor sobre os atributos exigidos para o cargo, considerando uns aptos e outros não, mas deixa de levar em conta as diversas ramificações funcionais das carreiras disputadas.

Em uma avaliação psicológica para concurso de Promotor de Justiça, por exemplo, a agressividade pode ser fator importante para a atuação na seara penal, mas não o será, por exemplo, numa promotoria de falências e recuperação judicial.

Abstraindo-se da discussão e eficácia ou não da avaliação psicológica, é forçoso concluir que à Administração não é dado o direito de estabelecer esses ou aqueles tipos de traços comportamentais como sendo próprios ou impróprios para o exercício de determinado cargo, sem que haja previsão legal.

Certo é que não se pode admitir que o candidato seja estigmatizado por características de sua personalidade, sob pena de violação ao art. 37, I e II, da Constituição Federal, até por que o estabelecimento de um perfil ideal comporta a possibilidade de erro, sendo, portanto, um tiro no escuro e uma discricionariedade inadmissível em concursos públicos.

### **4 RESOLUÇÃO Nº 02/2016 DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA E LITERATURA CIENTÍFICA**

O art. 1º, § 1º, da Resolução 02/2016 do Conselho Federal de Psicologia, que regulamenta a avaliação psicológica em concurso público, determina que para realização da avaliação psicológica o profissional deve utilizar métodos e técnicas psicológicas que possuam características e normas reconhecidas pela comunidade científica.

O art. 2º, I e II, da mesma norma, transcrito abaixo, indica como o psicólogo deve proceder no exame psicotécnico:

Art. 2º - Para alcançar os objetivos referidos no artigo anterior, o(a) psicólogo(a) deverá:

I - selecionar métodos e técnicas psicológicas com base nos estudos científicos, que contemplem as atribuições e responsabilidades dos cargos, incluindo a descrição detalhada das atividades e profissiografia do cargo, identificação dos construtos psicológicos necessários e identificação de características restritivas e/ou impeditivas para o desempenho no cargo;

II - à luz dos resultados de cada instrumento, proceder à análise conjunta destes de forma dinâmica, a fim de relacioná-los à profissiografia do cargo, às características necessárias e aos fatores restritivos e/ou impeditivos para o desempenho do cargo; [...]

Verifica-se que a Resolução estabelece que a avaliação psicológica é um procedimento dinâmico e sistemático, cuja análise das características psicológicas deve ser conjunta, através de métodos e técnicas (no plural).

O que os dispositivos legais querem dizer é que a avaliação psicológica não deve ser feita através de um único método/técnica/instrumento isoladamente.

Ocorre que em concursos públicos o exame psicotécnico costuma se valer tão somente de testes psicológicos para traçar o perfil do candidato e assim considera-lo apto ou inapto.

Esse proceder, de não realizar um entendimento dinâmico por meio de outras técnicas, como técnicas projetivas e expressivas, por exemplo, está em dissonância com as instruções normativas e científicas.

Isso porque, nessas hipóteses, há verdadeira testagem psicológica e não uma avaliação psicológica, o que descaracteriza o exame psicotécnico, já que os testes são a única fonte de informação para a tomada da decisão, contrariando a literatura científica sobre psicometria: "*O fato mais básico a respeito dos testes psicológicos é que eles são ferramentas. Isso significa que sempre são um meio para alcançar um fim, e nunca um fim em si.*" (URBINA, 2007, p. 14). Ademais "*os escores de testes*

*psicológicos nunca devem ser a única fonte de informações sobre a qual basear decisões que afetam a vida de indivíduos.” (URBINA, 2007, p. 14).*

A Cartilha de Avaliação Psicológica do Conselho Federal de Psicologia (2022, p. 17)<sup>5</sup> confirma que para se fazer a avaliação psicológica é necessário a:

[...] coleta de informações pelos meios escolhidos (entrevistas, dinâmicas, observações e testes projetivos e/ou psicométricos, documentos técnicos etc.). É importante salientar que a integração dessas informações deve ser suficientemente ampla para dar conta dos objetivos pretendidos pelo processo de avaliação. Não é recomendada a utilização de uma só técnica ou um só instrumento para a avaliação.

No mesmo sentido são as lições doutrinárias.

Os estudiosos sustentam que a avaliação psicológica não realizada por meio da integração de dados não confere certeza do resultado, seja porque o candidato está sujeito a situações momentâneas que interferem no seu desempenho, seja porque é temerário diagnosticar o perfil comportamental de alguém com base apenas em testes:

Quando os testes psicológicos são utilizados apenas para a obtenção de dados, pesquisando-se apenas traços ou descrições de capacidades, estes têm função psicométrica pura. Lembra-se, porém, que essas descrições tipicamente possam não ter relação com o contexto geral da pessoa. As técnicas projetivas são consideradas estratégias de avaliação importantes. A maioria dos autores que defendem o seu uso o fazem visando à exploração de aspectos dinâmicos da personalidade, que adquirem significado sob a ótica de um referencial ao qual há difícil acesso via psicomетria. Isso significa que não se pode transformar uma técnica projetiva num teste psicométrico (CUNHA, 2000, p. 22).

Certamente a utilização eficiente de testes, em muitas situações, sobretudo quando se trata de trabalhos de alto nível, exige, geralmente, o emprego de testes ao lado de entrevistas habilidosas, de forma que o resultado dos testes possam ser interpretados adequadamente, diante de outras informações fundamentais a respeito do indivíduo (ANASTASI, 1977, p. 3).

É certo, pois, que o estado psicológico, em determinado momento, pende de condições psicossomáticas, alteráveis por fatores momentâneos, devendo os testes



captar o estado permanente do examinado, e não o transitório, sob pena de restar irreal o resultado do mesmo, pois tal alteração ocorre, inclusive, no examinador.

Nesse contexto, os testes em concursos públicos podem não guardar correspondência com os critérios de objetividade, constituindo assim um ato de força, de violência contra elementares direitos dos candidatos.

## **5 NECESSIDADE DA BANCA EXAMINADORA OBSERVAR AS FONTES COMPLEMENTARES DE INFORMAÇÃO NO EXAME PSICOTÉCNICO**

A Resolução 31/2022 do Conselho Federal de Psicologia estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo.

Stella Aranha (2014, p. 119) ensina que na avaliação psicológica o psicólogo deve se utilizar não apenas de testes, mas também observações e dinâmicas: "*que servem para coletar dados, realizar estudos e interpretações de informações sobre as pessoas atendidas*", para assim haver um melhor "diagnóstico".

O art. 4º da Resolução indica que a psicóloga e o psicólogo podem recorrer a procedimentos e recursos auxiliares (fontes complementares de informação) na avaliação psicológica, que consistem em: técnicas e instrumentos não psicológicos que possuam respaldo da literatura científica da área, que respeitem o Código de Ética Profissional do Psicólogo e as garantias da legislação da profissão; e documentos técnicos, tais como protocolos ou relatórios de equipes multiprofissionais.

Significa dizer que no exame psicotécnico a banca examinadora deve considerar tudo aquilo que foi levado pelo candidato para se concluir sobre sua aptidão ou não.

Ou seja, além dos testes aplicados a banca deve considerar eventuais laudos psiquiátricos juntados, relatórios de acompanhamento psicológico, declarações de pessoas que convivem com o candidato, retestes (contraprova, em caso de reprovação) etc.

Em alguns certames os documentos médicos acima mencionados são comumente exigidos, daí por que devem ser avaliados pela banca examinadora no exame psicotécnico. Isso porque se acredita que havendo uma declaração médica, por exemplo, atestando que o candidato possui boa capacidade de comunicação, verbalização, argumentação, organização de ideias, atenção etc, aspectos avaliados num exame psicotécnico, este instrumento é de grande valia, na medida em que o profissional convive diariamente com o candidato e tem maiores elementos para avalia-lo quando

comparado a simples testes psicológicos que podem não ser capazes de atestar o estado permanente do examinado.

Ademais, a aptidão para o cargo deve levar em consideração os currículos dos candidatos. Isso porque há presunção de que aquele que está ou já esteve no serviço público, por exemplo, sem que haja notícias de qualquer atitude ou comportamento desabonador, tem aptidão psicológica e social para tanto, afinal o agente tem seus aspectos cognitivos, comportamentais e emocionais avaliados diariamente pelas chefias imediatas, e se inapto fosse ali não estaria.

E não é incomum nos certames que os candidatos já sejam servidores públicos.

A mesma lógica se aplica aos candidatos advogados, afinal estão submetidos a controle do respectivo órgão correicional.

## **6 APONTAMENTOS GERAIS SOBRE O EXAME PSICOTÉCNICO E SEU CARÁTER ELIMINATÓRIO**

O entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que não se pode eliminar o candidato por meras presunções de não adequação ao perfil de cargo.

Prevalece que o afastamento só tem lugar quando a avaliação indicar que o examinado possui personalidade doentia e psicopática, incompatível com o cargo público (DANTAS; FONTENELE, 2017, p. 152).

Não é outro o entendimento de Mello (2006, p. 267):

Os concursos públicos devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados. Sem isto ficariam fraudadas suas finalidades. Logo, são inválidas disposições capazes de desvirtuar a objetividade ou o controle destes certames. É o que, injuridicamente, tem ocorrido com a introdução de exames psicotécnicos destinados a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em um pretense 'perfil psicológico', decidido pelos promotores do certame como sendo o 'adequado' para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego. Exames psicológicos só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental dos candidatos, ou, no máximo e, ainda assim, apenas no caso de certos cargos ou empregos, para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções.

Portanto, defende-se: a uma, que somente aquele que apresente desvio grave de personalidade ou de cunho psiquiátrico pode vir a ser considerado inapto; a duas, que a avaliação psicológica só pode ser feita como meros exames de saúde.

Ainda argumentando, não há ilegalidade no fato de o exame psicotécnico não ter caráter eliminatório. E isso se dá por que as situações que motivam a inaptidão do candidato (atenção, raciocínio, personalidade, habilidades específicas etc) são passíveis de verificação em momento posterior, como, por exemplo, no estágio probatório. Nesse período, inclusive, se contará com subsídios mais robustos e, dessa vez, empíricos para constatar se as características do indivíduo são suficientemente adequadas para o exercício do cargo. Igualmente tais questões são aferíveis em prova oral e na prova de tribuna nos certames que exigem a avaliação psicológica.

Logo, não pode o candidato ser alvo de decisões subjetivas das quais pode se recuperar nas etapas posteriores do certame.

Imperioso destacar ainda que o Ministério Público Federal sempre rejeitou o caráter eliminatório do exame psicotécnico, posição que vem sendo seguida diversos Ministérios Públicos dos Estados. Cita-se, como exemplo, o tradicional Ministério Público do Estado de São Paulo (Aviso nº 084/2023 – PGJ-Concurso, de 15/02/2023).

O Ministério Público de Santa Catarina, a exemplo, que antes previa o caráter não eliminatório da avaliação psicológica, hoje nem mais a exige (EDITAL DE CONCURSO N. 001/2023/PGJ), assim como o Ministério Público de Goiás (EDITAL N. 118/2023-CSMP).

E o argumento encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que no Recurso Especial nº 1.404.265-DF, julgado em 04/04/2014, concluiu que o exame psicotécnico só pode ser utilizado para verificar a sanidade mental do examinado, não podendo ser usado para avaliar se o candidato se encaixa em determinado perfil ideal.

Tal como se observa, o exame psicotécnico avaliar temperamento e personalidade do candidato através de testes aplicados como se fossem operações matemáticas já guarda em si um erro de pressuposto.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, conclui-se que a validade do exame psicotécnico em concursos públicos impescinde da observância da previsão em lei e no edital, da adoção de critérios objetivos, da publicidade do resultado e da possibilidade recursal.

Verificou-se que desde os anos 50 o Supremo Tribunal Federal já considerava lícita a avaliação psicológica em concursos públicos quando amparada em lei, urgindo a necessidade de sumular o assunto, tendo em vista que diversos certames exigiam o exame psicotécnico sem amparo legal, o que está em dissonância com o art. 37, I, da Constituição Federal.

A pesquisa demonstrou que a avaliação psicológica deve observar os ditames das Resoluções 002/2016 e 31/2022 do Conselho Federal de Psicologia, devendo a decisão de aptidão do candidato se valer de um entendimento dinâmico, considerando as fontes complementares de informação e não levando em conta tão somente testes psicológicos aplicados.

Notou-se ainda que há necessidade de lei estipular o perfil de cargo exigido a fim de evitar subjetivismos no exame psicotécnico.

Constatou-se que para parte da literatura a avaliação psicológica sequer pode ter caráter eliminatório, somente sendo feita como meros exames de saúde para se avaliar a higidez mental do candidato. Isso também se dá por que o candidato também tem os aspectos cognitivos, comportamentais e emocionais avaliados no estágio probatório, além de que tais questões igualmente são aferíveis em outras etapas do próprio certame, como prova oral e prova de tribuna, podendo o candidato se recuperar de eventual inaptidão.

Em relação ao problema-objetivo da pesquisa, averiguou-se que é válida a avaliação psicológica em concursos públicos, embora questionável sua aplicação prática, desde que observados os requisitos legais e jurisprudenciais.

Certo mesmo é que à Administração não é dado o direito de estabelecer esses ou aqueles tipos de traços comportamentais como sendo próprios ou impróprios para o exercício do cargo. Isso cabe à lei.

## REFERÊNCIAS

ANASTASI, Anne. **Testes Psicológicos**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1977.

ARANHA, Stella. **Livro didático de Psicologia aplicada ao Direito**. Rio de Janeiro: Editora Universidade Estácio de Sá, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Decreto nº 9.739/2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d9739.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9739.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)> Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RMS n. 65.428/RJ**. Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 29/3/2021, DJe de 6/4/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100026495&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RMS n. 65.982/RJ**. Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100723321&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RMS n. 68.846/RJ**. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 4/11/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202201349380&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 182487 AgR**. Relator(a): Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 12-11-1996, DJ 07-02-1997 PP-01344 EMENT VOL-01856-05 PP-00967. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1638616>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 798086 AP**. Relator(a): Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 21/05/2014, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 26/05/2014 PUBLIC 27/05/2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4535387>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 939826 AgR**. Relator(a): Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-06-2017 PUBLIC 20-06-2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4907085>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 30822**. Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4121399>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.689.927/DF**. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 23/11/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701719506&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 442964/PR**. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 17/9/2002, DJ de 4/8/2003, p. 460. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200777164&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 550659/CE**. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 23/11/2018. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300960801&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.404.265/DF**. Relator Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 18/2/2014, DJe de 4/4/2014. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201303115889&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 5972**. Relator(a): Ary Franco, Tribunal Pleno, julgado em 10-11-1958, DJ 22-01-1959 PP-00992 EMENT VOL-00375-01 PP-00220 RTJ VOL-00008-01 PP-00089. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur32175/false>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 44**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula803/false>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Cartilha de Avaliação Psicológica**. 3 ed. Brasília: XVIII Plenário, 2022. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha\\_avaliacao\\_psicologica-2309.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha_avaliacao_psicologica-2309.pdf)>. Acesso em 12 nov. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP n.º 2/2016**. Brasília, DF: Plenário, 2016. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/cfp/resolucao-do-exercicio-profissional-n-2-2016-regulamenta-a-avaliacao-psicologica-em-concurso-publico-e-processos-seletivos-de-natureza-publica-e-privada-e-revoga-a-resolucao-cfp-no-001-2002?origin=instituicao&q=2/2016>>. Acesso em 12 nov. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP n.º 31/2022**. Brasília, DF: Plenário, 2022. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/cfp/resolucao-do-exercicio-profissional-n-31-2022-estabelece-diretrizes-para-a-realizacao-de-avaliacao-psicologica-no-exercicio-profissional-da-psicologa-e-do-psicologo-regulamenta-o-sistema-de-avaliacao-de-testes-psicologicos-satepsi-e-revoga-a-resolucao-cfp-no-09-2018?origin=instituicao&q=31/2022>>. Acesso em 12 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Procedimento de Controle Administrativo n.º 1.01005/2016-70**. Conselheiro Relator: Otavio Brito Lopes, decisão monocrática de 14/12/2016.

CUNHA, Jurema Alcides. **Psicodiagnósticos**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

DANTAS, Alexandre; FONTENELE, Francisco. **Direitos Fundamentais dos Candidatos**. São Paulo: Método, 2017.

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS. **Lei Complementar n.º 11/1993**. Manaus, AM: Gabinete do Governador, 1993. Disponível em: <[https://www.mpam.mp.br/images/lei/Lei\\_Organica\\_do\\_Ministerio\\_Publico\\_LC\\_N\\_011\\_ATU\\_ALIZADA\\_ate\\_LC\\_195.2019\\_84b68.pdf](https://www.mpam.mp.br/images/lei/Lei_Organica_do_Ministerio_Publico_LC_N_011_ATU_ALIZADA_ate_LC_195.2019_84b68.pdf)>. Acesso em 12 nov. 2023.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. **Edital n.º 1/2019 – ASP-DGAP, de 24 de julho de 2019**. Goiânia, GO: Secretaria de Estado de Administração, 2019. Disponível em: <<https://www.iades.com.br/inscricao/upload/256/2019072485254973.pdf>>.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Edital CFSd/PMERJ-2014**. Rio de Janeiro, RJ: Comando da Polícia Militar, 2014. Disponível em:

<[https://www.exatuspr.com.br/pdf/1402056803\\_edital\\_abertura\\_pmerj\\_correto.pdf](https://www.exatuspr.com.br/pdf/1402056803_edital_abertura_pmerj_correto.pdf)>.  
Acesso em 12 nov. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. **Resolução n.º 3/2023-CSMP – Edital n.º 118/2023-CSMP**. Goiânia, GO: Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, 2023. Disponível em: < [https://www.mpggo.mp.br/portal/atos\\_normas/1958](https://www.mpggo.mp.br/portal/atos_normas/1958) >. Acesso em 12 nov. 2023.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Edital de concurso n.º 1/2023/PGJ**. Florianópolis, SC: Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, 2023. Disponível em: <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=5881>>. Acesso em 12 nov. 2023.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Aviso n.º 084/2023 – PGJ-Concurso, de 15/02/2023**. São Paulo, SP: Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, 2023. Disponível em: <<https://www.mpsp.mp.br/w/do-23-02-2023>>. Acesso em 12 nov. 2023.

URBINA, Susana. **Fundamentos da testagem Psicológica**. Porto Alegre: Artmed, 2007.



## **INOVAÇÕES DA LEI 14.382/2022 E PROVIMENTO 149/2023 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUANTO À ALTERAÇÃO DO NOME DA PESSOA NATURAL NO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL**

**GERSON MAIA DA SILVA:**  
Mestrando em Função Social do  
Direito - FADISP. Oficial de Registro  
Civil<sup>22</sup>.

**Resumo:** O nome da pessoa natural, atributo do direito da personalidade, registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, recebeu muitas inovações com o advento da Lei Federal 14.382/22, permitindo na via administrativa extrajudicial a modificação de prenome e inclusão de apelidos de família. Por sua vez, o Provimento 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça, autorizou pela via extrajudicial diversos procedimentos que modificam o nome da pessoa física, como, por exemplo, a alteração de prenome e do gênero, o reconhecimento da filiação socioafetiva e outros. O nome da pessoa natural não apresenta a estabilidade que outrora havia, criando muitas exceções na conservadora doutrina da imutabilidade dos nomes, as quais se processam diariamente no Registro Civil, no âmbito extrajudicial

**Palavras-chave:** Nome. Mutabilidade. Extrajudicial. Averbação. Retificação.

**Abstract:** The name of the natural person, an attribute of personality rights, registered at the Civil Registry Office of Natural Persons, received many innovations with the advent of Federal Law 14.382/22, allowing the modification of first name and inclusion of family nicknames in extrajudicial administrative channels. and other changes. Before this law, the name of the natural person was already a normative object in the National Council of Justice and in the General Inspectorate of Justice of the States, which, through extrajudicial means, authorized several procedures that authorized the modification of the name, such as, for example, the change of first name and gender, the recognition of socio-affective affiliation and others. The name of the natural person does not present the stability that it once had, creating many exceptions in the conservative doctrine of the immutability of names, which are processed daily in the Civil Registry, in the extrajudicial sphere.

**Keywords:** Name. Mutability. Extrajudicial. Endorsement. Rectification.

---

<sup>22</sup> E-mail: cartoriosorocaba@uol.com.br

**Sumário:** Introdução. 1- Alteração do nome em até 15 (quinze) dias após o registro. 2- Inclusões de sobrenome familiar de descendentes. 3- Alteração de prenome. 4- Da possibilidade das pessoas viúvas voltarem utilizar o nome de solteira. 5- Inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge na constância do casamento. 6- Inclusões de sobrenome dos conviventes em união estável. 7- Inclusão de sobrenome em decorrência de reconhecimento de filiação biológica. 8- Inclusão de sobrenome de padrasto ou madrasta. 9- Inclusão de apelido de família em decorrência de reconhecimento socioafetivo. 10- Mudança de nome em virtude de alteração de prenome e gênero no registro de nascimento e casamento. 11- Alteração de sobrenome de genitores nos registros de nascimentos de filhos em razão de subsequente casamento ou união estável ou dissolução de casamento. 12- Alteração de apelido de família decorrente de retificação. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O nome individualiza a pessoa natural, identificando-a na sua família, na convivência social e perante o Estado.

É um direito humano, recebendo proteção e regras legislativas, formando normas que devem ser interpretadas em conformidade com os princípios constitucionais, garantindo a dignidade da pessoa humana.

Este artigo faz uma abordagem quanto às alterações trazidas pela Lei 14.382/22 e Provimento 149/23 do CNJ quanto à mutabilidade do nome da pessoa natural no âmbito dos Cartórios Extrajudiciais, especificamente nos Cartórios de Registros Cíveis das Pessoas Naturais.

Demonstraremos que atualmente, após as edições normativas citadas, a alteração do nome da pessoa natural poderá ocorrer em diversas hipóteses, aumentando e muito o rol das exceções da imutabilidade do nome.

Exporemos que a desjudicialização de alteração de nome diretamente nos Cartórios de Registros Cíveis das Pessoas Naturais, sem intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público, é a postura adotada pelo legislador e pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ).

O desenvolvimento do artigo está estruturado na abordagem de assuntos que autorizam a modificação de nome extrajudicialmente.

### **1- Alteração do nome em até 15 (quinze) dias após o registro**

Vigorava até a edição da Lei 14.382/2022, que entrou em vigor em 28 de junho de 2022, o preceito de que o nome escolhido era imutável a partir do seu registro.

Na prática o que se notava eram situações de equívocos dos genitores ao declararem o registro, fatos que poderiam ser corrigidos no âmbito administrativo, mas que acabavam tendo que ser solucionadas pelo Poder Judiciário.

Para exemplificar, podemos mencionar a situação corriqueira na qual somente o pai comparece para declarar o registro, sabido que a maternidade é certa e a genitora em regra está se recuperando do parto. Por vezes, o genitor declara um nome diferente do que acordou com a mãe, seja por esquecimento ou pela emoção que lhe retira a atenção devida ao registro, e o mesmo se dará conta do ocorrido somente quando exibe a certidão do registro a genitora, a qual não participou do ato registrário.

Situações como a mencionada somente poderiam ser contornadas com ordem judicial, a qual não se revelava tão simples quanto ao acesso e deslinde.

Era comum, principalmente quando a declaração era feita somente por um dos genitores, o apontamento de erro quanto à escolha do prenome como também a omissão de apelidos de famílias que gostariam que constasse do registro.

A Lei 14.382/2022, solucionando estas questões e outras relacionadas à escolha do nome, passou a permitir que no prazo de 15 (quinze) dias após o registro, os genitores possam realizar a alteração do nome colocado ao filho, utilizando-se de procedimento administrativo em Cartório de Registro Civil<sup>23</sup>.

Exige-se, para tanto, que ocorra consenso entre os genitores quanto ao nome, razão pela qual deve ser colhida a manifestação de ambos.

Na hipótese de discordância entre os genitores, fica afastada a via administrativa, devendo o pedido ser realizado pela via judicial para averbar a retificação pretendida.

## **2- Inclusões de sobrenome familiar de ascendentes**

Há a possibilidade das pessoas registradas incluírem apelido de família de algum dos seus ascendentes em seu nome.

---

<sup>23</sup> Lei 6.015/73, §4º : Em até 15 (quinze) dias após o registro, qualquer dos genitores poderá apresentar, perante o registro civil onde foi lavrado o assento de nascimento, oposição fundamentada ao prenome e sobrenomes indicados pelo declarante, observado que, se houver manifestação consensual dos genitores, será realizado o procedimento de retificação administrativa do registro, mas, se não houver consenso, a oposição será encaminhada ao juiz competente para decisão. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

Muitas vezes com o casamento, principalmente o sobrenome familiar materno, passa a não ser utilizado na descendência, ficando esquecido.

Permite assim o legislador que o descendente possa resgatar o sobrenome em desuso e incluir em seu nome.

Antes da entrada em vigor da Lei 14.382/2022, era permitida a inclusão de apelido familiar somente no primeiro ano após a maioridade.

A partir de 28/06/2022 a inclusão de sobrenome familiar passou a ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil em qualquer tempo após a maioridade.

Cuida-se de ato personalíssimo a ser realizado pela pessoa registrada, a qual poderá incluir patronímico familiar de qualquer ascendente de sua família, demonstrando o parentesco, nos termos do artigo 57 da Lei 6.015/73, atualizada pela Lei 14382/2224.

### **3- Alteração de prenome.**

Após atingir a maioridade civil, a pessoa natural poderá requerer pessoalmente no Cartório de Registro Civil a alteração de seu prenome, nos termos da Lei de Registros Público (Lei 6.015/73).<sup>25</sup>

O direito de alterar o prenome não está sujeito a prazo de limitação do seu exercício, uma vez que a exigência da lei é somente que seja alcançada a maioridade civil.

Esta inovação, também trazida pela Lei 14.382/22, dispensa a exposição dos motivos que fundamentam o pedido de alteração, bastando a pessoa registrada comparecer no Cartório de Registro Civil e solicitar a mudança através de procedimento administrativo.

O pedido imotivado de alteração de prenome pela via administrativa pode ser realizado uma única vez, não dependendo de autorização judicial ou manifestação do Ministério Público.

---

24Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de: I - inclusão de sobrenomes familiares;

25Art. 56. A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022).

Realizada a alteração não é possível, administrativamente, voltar a utilizar o nome anterior, dependendo neste caso de mandado judicial de averbação a ser expedido por Juiz de Direito.

O prenome escolhido poderá ser simples ou composto, não estabelecendo a lei qualquer tipo de limitação à quantidade de prenomes.

Em caso de suspeita de fraude, má-fé, vício de vontade ou simulação, poderá o oficial de Registro Civil, fundamentadamente, recusar a retificação.

Quando é acrescido ao nome do cônjuge o sobrenome do outro, poderá surgir o questionamento quanto às pessoas que possuem agnomes (Junior, Neto e outros), uma vez que o seu nome ficará diferente daquele ascendente que justificou a adoção do elemento diferenciador.

Quanto à continuação do uso do agnome após o acréscimo do sobrenome do outro sugeriram duas correntes, a primeira que sustenta que o agnome não pode ser mantido, já que a razão de sua manutenção deixou de existir com a diferenciação posterior de seu nome em relação ao ascendente. A segunda corrente sustenta que havendo justificativa relevante pode ser mantido o agnome, como o fato de ser conhecido e se identificar pelo agnome, evocando para tanto o direito da personalidade, corrente esta que tem prevalecido pela índole subjetiva do nome.

Permite-se também que ambos os cônjuges adotem sobrenome um dos outros, sendo adequado que os Cartórios orientem na formação do nome, salientando que o acréscimo pode ocorrer em ordens diferentes, ou seja, não são obrigados a efetuarem a adição no fim, podendo um colocar em ordem diferente ou mesmo mesclar com o já existente, procurando assim manter similitude na formação do novo nome de família decorrente do casamento.

#### **4- Da possibilidade das pessoas viúvas voltarem a utilizar o nome de solteira**

Qualquer dos nubentes poderá, por ocasião do casamento, acrescer ao seu nome o apelido de família do outro, é o que proclama o §1º do artigo 1565 do Código Civil<sup>26</sup>.

O acréscimo deste apelido de família ocorrerá após o prenome, podendo ser colocado em qualquer ordem em relação ao sobrenome que já possuía, ou seja, antes ou no fim, podendo inclusive mesclar com o já existente.

---

<sup>26</sup> § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

No Estado de São Paulo, interpretando extensivamente o artigo em comento, permite-se a exclusão de um dos apelidos de família, desde que o nubente possua mais de um em seu registro, não se permitindo que realize a exclusão total dos apelidos de família que possua em registro de nascimento. Esta previsão normativa encontramos nas Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça, a qual tem alcance no Estado de São Paulo (item 70 do Capítulo XVII)<sup>27</sup>.

Com a dissolução do casamento em decorrência do óbito, a pessoa que acrescentou sobrenome do falecido ficava com o nome de casada.

Caso desejasse voltar a utilizar o nome de solteira (o), deveria realizar pedido pela via judicial.

A solução não era a mais adequada, uma vez que se movimentava a estrutura Judiciária para resolver questão administrativa, onde não há qualquer litígio a ser resolvido, tratando-se de questão decorrente do direito de personalidade do detentor do nome.

Resolvendo a questão, a Lei 14.382/2022 trouxe a possibilidade de que a alteração seja realizada pela via administrativa, diretamente no Cartório de Registro Civil, dispondo que é possível a exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas<sup>28</sup>.

Assim, competirá exclusivamente à pessoa que adquiriu o apelido de família do cônjuge que faleceu, a melhor oportunidade para voltar a utilizar o nome que possuía antes do casamento, em decorrência do exercício do direito de personalidade, podendo ainda, caso queira, permanecer utilizando o apelido de família da pessoa que faleceu.

Salutar o novo regramento, visto que opera a desjudicialização de questão meramente administrativa, antes posta ao crivo do Poder Judiciário, levando para o âmbito dos Cartórios Extrajudiciais, sem intervenção Judiciária ou do Ministério Público.

### **5- Inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge na constância do casamento.**

Na sistemática que constava do Código Civil, tanto o revogado quanto o atual, os nubentes durante o curso do Processo de Habilitação de Casamento poderiam acrescentar ao seu nome o apelido de família do outro cônjuge.

---

<sup>27</sup> 70. Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro, em qualquer ordem, permitida a intercalação, sendo vedada a supressão total do sobrenome de solteiro

<sup>28</sup> Artigo 57, inciso IV, da Lei 6.015/73, atualizada pela Lei 14.382/22.

Superada a fase de habilitação e registrado o casamento, a opção quanto ao acréscimo de patronímico não poderia mais ser exercida na via administrativa.

Aquele cônjuge que realizou a opção por acrescentar o sobrenome, também não poderia retirar o que acresceu na constância do casamento.

Os pedidos de alteração de nome na constância do casamento, quando se pretendia acrescentar o sobrenome do outro ou retirar o que havia acrescido, deveriam ser submetidos ao crivo judicial, o qual expedia mandado judicial direcionado ao Cartório de Registro Civil do casamento para averbação no caso de procedência.

A Lei 14.382/22 inovou ao permitir que na constância do casamento possa o cônjuge exercer a opção pelo acréscimo do sobrenome do outro cônjuge<sup>29</sup>.

Assim, a opção que antes era restrita por ocasião da habilitação de casamento, passa a ser possível enquanto o casamento não for dissolvido, podendo qualquer um dos cônjuges acrescentar ao seu nome o patronímico do outro cônjuge.

O normativo mencionado permite também que aquele que exerceu a opção possa declinar do acréscimo efetuado, exercendo a qualquer tempo durante o casamento o direito subjetivo de voltar a utilizar nome anterior.

Atualmente não é mais necessária ação judicial ou dissolver o casamento para promover alteração de nome dos cônjuges, bastando a solicitação de procedimento administrativo no Cartório de Registro Civil do casamento para ser realizada a averbação do novo nome que passará a utilizar.

## **6- Inclusões de sobrenomes dos conviventes em união estável**

As pessoas que estabelecem convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, podem formalizar esta convivência por escrito

---

<sup>29</sup> Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de: (...)

II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

público, neste podendo, semelhante ao casamento civil, acrescentar ao seu o apelido de família do outro convivente<sup>30</sup>.

A formalização desta convivência em Cartórios Extrajudiciais poderá ser realizada por Escritura Pública ou Termo Declaratório de União Estável, este realizado em Cartório de Registro Civil e aquele em Cartório de Notas, ambos providos do mesmo valor legal.

Para se dar efeitos em relação a terceiros, conferindo a devida publicidade, a lei prevê o registro da Escritura Pública ou do Termo Declaratório de União Estável nos Cartórios de Registro Civil que possuam o Livro E 31.

A alteração de nomes durante a constância da união estável será realizada na mesma forma que se permite às pessoas casadas.

O retorno ao nome de solteiro e solteira decorrentes da união estável será realizada por meio de escrito público de distrato, o qual será averbado no Cartório de Registro Civil, formalizando a extinção da união estável e a volta ao nome anterior.

Importante mencionar que a lei não condiciona a extinção da união estável a feita de escrito público de distrato da mesma, entretanto este será essencial quando os convivente desejarem que surta efeitos em relação a terceiros, quando houverem bens a serem partilhados, quando ocorrer modificação de nomes pelos acréscimos de patronímico familiar do outro convivente, quando houverem filhos menores de idade, etc.

## **7- Inclusão de sobrenome em decorrência de reconhecimento de filiação biológica**

Após o registro de nascimento, efetuado sem declaração de paternidade, é possível aos genitores comparecer ao Cartório e efetuarem o reconhecimento espontâneo da paternidade<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Artigo 57, § 2º, da Lei 6015/73: Os conviventes em união estável devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais poderão requerer a inclusão de sobrenome de seu companheiro, a qualquer tempo, bem como alterar seus sobrenomes nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

<sup>31</sup> Art. 94-A, da Lei 6.015/73: Os registros das sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução, bem como dos termos declaratórios formalizados perante o oficial de registro civil e das escrituras públicas declaratórias e dos distratos que envolvam união estável, serão feitos no Livro E do registro civil de pessoas naturais em que os companheiros têm ou tiveram sua última residência, e dele deverão constar: (...) (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

<sup>32</sup> Artigo 502 do Provimento 149/2023 do Conselho Nacional da Justiça: A averbação do reconhecimento de filho realizado sob a égide do presente Provimento será concretizada



Embora menos comum, visto que no nosso direito a maternidade é certa, é possível registros que não conste o nome da mãe, principalmente para registros de nascimentos anteriores à Constituição de 1988, período no qual o direito estabelecia diferenciação e limitações quantos às filiações legítimas e ilegítimas.

A anuência do outro genitor é necessária para instruir o procedimento administrativo de reconhecimento de filiação, sendo dispensado na hipótese do registrado ser maior de idade, uma vez que, neste caso, a anuência expressa deverá ser realizada pelo mesmo.

Realizado o reconhecimento, é permitida a inclusão do apelido de família daquele que declarou a filiação biológica, sem exclusão dos sobrenomes que já possua.

A inclusão do sobrenome no nome da pessoa registrada não é obrigatória, podendo os interessados optar pela permanência do mesmo nome, sem necessidade de expor os motivos da escolha.

Na hipótese da pessoa ser casada, deve a mesma providenciar a alteração por procedimento administrativo no local do seu registro de casamento, a fim de constar o eventual apelido de família que tenha adquirido, bem como a nova filiação.

Pode ocorrer do registrado que foi reconhecido possuir filhos, demandando a necessidade de procedimento administrativo também nos registros de seus filhos, a fim de incluir o nome do avô ou avó e modificação de nome, caso tenha optado pela inclusão de apelido de família da pessoa que o reconheceu.

## **8- Inclusão de sobrenome de padrasto ou madrasta**

A Lei 11.924/2009, conhecida como Lei Clodovil, passou a permitir a inclusão no assento de nascimento do nome de família do padrasto ou madrasta, entretanto para realização da averbação dependia o interessado de manifestação judicial, devendo o interessado requerer ao juiz competente a inclusão, expondo o motivo ponderável para tanto.

---

diretamente pelo Oficial da serventia em que lavrado o assento de nascimento, independentemente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial, mas dependerá de anuência escrita do filho maior, ou, se menor, da mãe.

A Lei 14.382/22 trouxe importante alteração quanto à inclusão do apelido de família do padrasto ou madrasta, prevendo que a alteração seja realizada diretamente no Cartório de Registro Civil detentor do assento 33.

Determina a Lei citada que o interessado apresente motivo justificável para inclusão do sobrenome pretendido, cabendo ao oficial do Registro Civil efetuar a análise dos motivos ao acréscimo.

A inclusão depende da expressa concordância do padrasto ou madrasta, devendo a serventia extrajudicial colher esta manifestação por escrito ou exigir declaração particular reconhecida firma ou escrito público.

Não é permitida a exclusão de apelido de família que o registrado possua, devendo permanecer inalterados os demais dados do registro.

### **9- Inclusão de apelido de família em decorrência de reconhecimento socioafetivo**

Antes a filiação era somente a biológica, declarada no registro de nascimento, e a adotiva, constituída por decisão judicial.

Passou a admitir o nosso ordenamento jurídico a filiação decorrente do afeto, do convívio familiar, reconhecendo a estrutura de novas famílias constituídas, que não sejam sanguíneas, dando espaço a multiparentalidade.

No âmbito extrajudicial o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional da Justiça, possibilitou o reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Com a edição do Provimento 83/2019 do Conselho Nacional da Justiça, a idade mínima do reconhecimento socioafetivo na esfera extrajudicial passou a ser de 12 anos<sup>34</sup>

---

33 Lei 6.015/73, Artigo 57, § 8º: O enteado ou a enteada, se houver motivo justificável, poderá requerer ao oficial de registro civil que, nos registros de nascimento e de casamento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus sobrenomes de família. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

34 Art. 1º O Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

I - o art. 10 passa a ter a seguinte redação:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

. A matéria atualmente está tratado nos artigos 505 a 511 do Provimento 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Assim, para registrados que não completaram 12 anos de idade, para inclusão de filiação socioafetiva, necessita de procedimento judicial, e aos que completaram 12 anos pode se efetuado o requerimento na via administrativa.

Incluída a paternidade ou maternidade, poderá ser acrescentado o apelido de família ao registro de nascimento da pessoa reconhecida.

Importante esclarecer que não poderá ser suprimido apelido de família já constante do registro de nascimento, conservando também a filiação biológica registrada.

### **10- Mudança de nome em virtude de alteração de prenome e gênero no registro de nascimento e casamento**

Em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o direito da pessoa transgênero que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, o Conselho Nacional da Justiça editou o Provimento 73/2018, disciplinando a alteração de prenome e gênero.

O Provimento em questão permite que a pessoa maior de 18 anos de idade requeira no Cartório de Registro Civil de seu nascimento e de eventual casamento, a alteração e averbação do prenome e gênero, com a finalidade de adequá-lo à identidade autopercebida 35.

---

35 Art. 2º Toda pessoa maior de 18 anos completos habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do RCPN a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida.

1º A alteração referida no caput deste artigo poderá abranger a inclusão ou a exclusão de agnomes indicativos de gênero ou de descendência.

2º A alteração referida no caput não compreende a alteração dos nomes de família e não pode ensejar a identidade de prenome com outro membro da família.

3º A alteração referida no caput poderá ser desconstituída na via administrativa, mediante autorização do juiz corregedor permanente, ou na via judicial.

Para tanto, não é exigido laudo médico, parecer psicológico, nem manifestação do Ministério Público ou intervenção do Poder Judiciário.

A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, no ato do requerimento, os seguintes documentos:

- I – certidão de nascimento atualizada;
- II – certidão de casamento atualizada, se for o caso;
- III – cópia do registro geral de identidade (RG);
- IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso;
- V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;
- VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda;
- VII – cópia do título de eleitor;
- IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso;
- X – comprovante de endereço;
- XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;
- XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.

As certidões do Poder Judiciário, bem como informações do Cartório de Protesto, não têm o condão de impedir o exercício do direito de mudança de prenome e gênero, servindo tão somente para estabelecer a obrigatoriedade de comunicação a ser efetuada pelos Cartórios aos Órgãos que constarem processo ou procedimentos em andamento.

No requerimento a pessoa interessada poderá solicitar a alteração de seu prenome, não permitindo a alteração dos apelidos de família existente, podendo alterar para prenomes simples ou compostos.

Realizada a alteração no assento de nascimento é permitida a solicitação de alteração de eventual registro de casamento, desde que com consentimento do outro cônjuge, conforme Artigo 522, § 2º, do Provimento 149/2023 do CNJ 36.

A alteração do prenome e gênero passou a ser disciplinada pelos artigos 516 a 523 do Provimento 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

### **11- Alteração de sobrenome de genitores nos registros de nascimentos de filhos em razão de subseqüente casamento ou união estável ou dissolução**

No registro de nascimento irá constar o nome que os genitores tinham na época de sua lavratura.

Entretanto, realizado o registro de nascimento, poderão ocorrer situações posteriores que determinam a alteração de nome dos genitores, restando o registro de nascimento lavrado com dados da época divergente dos nomes atuais, necessitando de atualização.

A alteração pode ser necessária em virtude de casamento ou união estável ocorridas após o registro de nascimento, nas quais um ou ambos os genitores optem por acrescentar apelido de família. Nesta situação, para evitar que a identificação do filho (a) fique divergente do nome atual do pai ou da mãe é aconselhável a solicitação de averbação do novo nome, a fim de corresponda aos dados atuais de identificação.

A mesma situação de desatualização será verificada quando ocorrer a dissolução do casamento ou da união estável, fato que demanda a solicitação de averbação para atualização dos registros de nascimentos.

---

36 3º A subseqüente averbação da alteração do prenome e/ou do gênero no registro de nascimento dos descendentes do requerente dependerá da anuência deles quando relativamente capazes ou maiores, bem como da autorização de ambos os pais, no caso de serem menores.

A fim de que a atualização não dependa autorização judicial, no Estado de São Paulo, a Corregedoria Geral da Justiça, disciplinou o assunto, permitindo que a averbação seja realizada sem manifestação do Ministério Público e decisão judicial, bastando os interessados solicitarem o procedimento no Cartório de Registro Civil do registro de nascimento, consoante Item 128 e 128.1, ambos do Capítulo XVII, das Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça<sup>37</sup>.

## **12- Alteração de apelido de família decorrente de retificação**

Ao realizar o registro de nascimento os genitores têm a opção da escolha dos prenomes, podendo livremente adotá-los, desde que não seja nome que exponha o registrado a situações ridículas<sup>38</sup>.

Quanto aos apelidos de famílias a escolha dos pais se restringe aos já existentes na família dos mesmos, seja e em seus nomes ou existentes nos dos ascendentes, devidamente comprovado através de certidões 39.

O apelido de família poderá ser diretamente alterado nos Cartório de Registro Civil que realizou o registro de nascimento quando há erros evidentes, ocorridos durante a declaração ou transcrição do sobrenome.

Para estes erros evidentes não é exigida a intervenção judicial ou manifestação do Ministério Público, podendo o oficial do Registro Civil *ex officio* ou a requerimento do interessado promover a alteração 40.

---

37128. As alterações necessárias do patronímico familiar por subsequente matrimônio dos pais serão processadas a requerimento do interessado independentemente de procedimento de retificação e serão averbadas nos assentos de nascimento e casamento dos filhos

128.1. As alterações do patronímico familiar, em decorrência de separação ou divórcio dos pais também serão processadas a requerimento do interessado, mediante apresentação de documento comprobatório legal e autêntico, e serão averbadas nos assentos de nascimento e casamento dos filhos independentemente de procedimento de retificação.

38 Lei 6.015/73, Artigo 55, § 1º : O oficial de registro civil não registrará prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores, observado que, quando os genitores não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso à decisão do juiz competente, independentemente da cobrança de quaisquer emolumentos.

39 Lei 6.015/73, Artigo 55: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, observado que ao prenome serão acrescidos os sobrenomes dos genitores ou de seus ascendentes, em qualquer ordem e, na hipótese de acréscimo de sobrenome de ascendente que não conste das certidões apresentadas, deverão ser apresentadas as certidões necessárias para comprovar a linha ascendente.

Os apelidos de famílias estrangeiros são os que apresentam maiores distorções em relação aos registros realizados no Brasil, principalmente porque na época muitos registros eram feitos a partir de declarações dos genitores.

Hoje com a facilidade de obtenção de registros dos antepassados no estrangeiro e pelo fato de muitos países, principalmente europeus, terem possibilidade a obtenção de cidadania de descendentes, é comum que os interessados busquem adequar a grafia dos sobrenomes aos registros estrangeiros.

Assim, na via administrativa, diretamente nos Cartórios de Registro Civil, com fulcro no artigo 110 da Lei 6.015/73, é possível à solicitação de correção, observado os princípios da anterioridade, continuidade, uniformidade e veracidade dos registros públicos.

Os princípios citados utilizados nos registros públicos, determinam que os assentos devem observar a ordem de correção, partindo dos registros mais antigos até chegar aos mais novos.

## **Conclusão**

O nome da pessoa natural, elemento identificador familiar, social e perante o Estado, tem passado recentemente por importantes alterações, evidenciando que a abordagem doutrinária antiga da imutabilidade se encontra superada.

Com a edição da Lei 14.382/22 a mutabilidade do nome recebeu tratamento simplificado, podendo ser efetuado na via extrajudicial, por procedimento administrativo direto no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, sem qualquer interferência do Judiciário ou participação do Ministério Público.

O Poder Judiciário também tem disciplinado a mutabilidade do nome por atos administrativos, como o Provimento 149/2023 do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), que trata da alteração de prenome e sexo.

---

40 Lei 6.015/73, Art. 110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de: (Redação dada pela Lei nº 13.484, de 2017)

I - erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção;

Ainda no âmbito administrativo regulatório do Conselho Nacional da Justiça, podemos citar a disciplina da formação da família socioafetiva.

As Corregedorias Gerais da Justiça dos Estados, que também tem força normativa para disciplina extrajudicial, têm estabelecido regras que permitem a mutabilidade do nome, retirando da esfera judiciária a sua apreciação.

No Estado de São Paulo verificamos nas Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça<sup>41</sup> situações de alterações de nomes decorrentes, por exemplo, da alteração de patronímico familiar, subsequente matrimônio dos pais ou da dissolução do casamento destes, retificações oriundas de erros evidentes, reconhecimentos de filiação após o registro de nascimento etc.

As alterações de nome que passaram a ser permitidas na forma tratada neste trabalho decorrem principalmente do exercício do direito constitucional da dignidade da pessoa humana e também do exercício do direito subjetivo da personalidade.

Nota-se que o Estado não tem encontrado dificuldades de identificação da pessoa natural com as alterações de nomes que são autorizadas administrativamente, visto que se concentram no âmbito do Registro Público, a qual embora constitua atividade de exercício privado, é totalmente regulada pelo ente Estatal, que exerce o controle, fiscalização e poder normativo<sup>42</sup> das unidades delegadas registrarias.

Destarte, apropriado hoje, diante de tantas alterações legislativas e normativas, sustentar que o nome da pessoa natural tem como característica principal a mutabilidade regrada, a qual é requerida em regra no âmbito administrativo, diretamente nos Cartórios de Registros Cíveis das Pessoas Naturais, através de procedimentos administrativos simplificados e acessíveis, nos quais não há previsão de submissão à decisão judicial ou manifestações estatais do Ministério Público.

## Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JR, Vidal. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Manole, 2021.

---

41 Capítulo XVII das Normas Extrajudiciais (itens 36, 128, 145). Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais>

42 Constituição Federal, Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.



- BRANDELLI, Leonardo. Nome Civil de Pessoa Natural. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos comentada. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil 5. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 1. 14 ed. Salvador, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Do Nome Civil das Pessoas Natruais. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 1. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LENZA, PEDRO. Direito Constitucional, 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. 1º ed. São Paulo: Método, 2011.
- SANTOS, Reinaldo Velloso dos. Registro Civil das Pessoas Naturais. 1º ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. Tratado dos Registros Públicos, v. 1. Rio de Janeiro:Livraria Jacintho, 1938.
- SWENSSON, Walter Cruz; SWENSSON NETO, Renato; SWENSSON, Alessandra Seino Granja. Lei de Registros Públicos Anotada, 4º ed. São Paulo: Juarez de Oliveir, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

## AS DIVERGÊNCIAS ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA QUANTO AOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

**JOÃO MATHEUS CAMPELO BRAGA:**

Formado em Administração pela Faculdade Martha Falcão em Manaus/Amazonas. Bacharelado em Direito na Faculdade Santa Teresa em Manaus/Amazonas<sup>43</sup>.

**RESUMO:** A presente pesquisa faz análise da Lei nº 13.718/2018, que inseriu o novo delito de importunação sexual, quanto à sua função de preencher o vácuo normativo. O objetivo geral é analisar as divergências verificadas entre os delitos de estupro de vulnerável e importunação sexual, bem como nas doutrinas. Além disto, esta pesquisa apresenta objetivos outros, como identificar a importunação sexual, além de buscar os elementos que permitem as divergências doutrinárias, pesquisar as divergências entre os delitos de estupro de vulnerável e enfatizar a importância dos elementos que permitem as divergências. Este artigo tem como metodologia de trabalho, método qualitativo, explicativo e bibliográfico. Por fim, restou demonstrado os principais pontos e divergências no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema exposto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Importunação sexual. Estupro de vulnerável. Controvérsias de normas.

**ABSTRACT:** This research analyzes Law N. 13.718/2018, which inserted the new offense of sexual harassment, as to its function of filling the normative vacuum. The general objective is to analyze the divergences between the offenses of vulnerable rape and sexual harassment, as well as in doctrines. In addition, this research has other objectives, such as identifying sexual harassment, in addition to seeking the elements that allow for doctrinal differences, researching the differences between the offenses of rape of the vulnerable and emphasizing the importance of the elements that allow for the differences. This article uses a qualitative, explanatory and bibliographic method as a working methodology. Finally, the main points and divergences in the Brazilian legal system on the subject exposed were demonstrated.

**KEYWORDS:** Sexual harassment; vulnerable rape; Norm disputes.

### INTRODUÇÃO

O Direito Penal, no cenário jurídico contemporâneo, está intrinsecamente envolvido com o exercício da pretensão punitiva do Estado, a qual surge pela ofensa de

<sup>43</sup> E-mail: [jmatheuscampello@gmail.com](mailto:jmatheuscampello@gmail.com)

um bem jurídico, sendo características inerentes a este ramo do direito público a subsidiariedade e a fragmentariedade, que decorrem diretamente dos princípios da intervenção mínima, da adequação social e da lesividade.

Desse modo, é possível afirmar que o Direito Penal é uma resposta ao estado de beligerância próprio à vida em sociedade, e busca assim a paz social, caracterizada pela ausência de ofensas aos bens jurídicos.

Todavia o Código Penal Brasileiro vigente, por ser um código antigo concebido em 1940, exibe algumas lacunas normativas, visto que a sociedade como um todo sofreu diversas mudanças ao longo de tantas décadas. Nesse contexto, a inserção de novas condutas criminosas ao conjunto penal pré-existente acaba, por vezes, gerando certas inquietudes relacionadas com eventuais desproporcionalidades verificadas em relação à quantidade e/ou à qualidade das penas imputadas.

Assim é que, desde a alteração do Código Penal em 2009, passaram a existir divergências entre os doutrinadores acerca da pena do crime de estupro de vulnerável, por perceberem a sua desproporcionalidade quando aplicada na hipótese de prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Isso restou escancarado em 2017 e 2018, com casos de crimes contra a dignidade sexual, divulgados pela mídia e que ficaram conhecidos como os casos do metrô de São Paulo.

De tal modo, com a vigência da nova Lei Nº 13.718/18 e a inclusão do crime de importunação sexual, abre-se a possibilidade de afastar a aplicação de uma sanção extremamente rigorosa a atos libidinosos de menor gravidade, aplicando penas intermediárias, bem como evitando impunidades e injustiças no tocante à restrição da liberdade individual.

A Lei Nº 13.718/18 do Crime de Importunação Sexual introduziu no ordenamento jurídico diversas modificações de forma a criar um crime intermediário entre o delito de Importunação ofensiva ao pudor e o crime hediondo de Estupro, gerando muita divergência quanto à tipificação destes crimes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

É imprescindível o entendimento de ambos para melhor utilização dos tipos penais e sua aplicação de forma correta, uma vez que a aludida lei altera a ação penal dos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI, do Código Penal, afastando a regra da ação penal pública condicionada e adotando em geral a ação penal pública incondicionada, ainda que a vítima seja maior e capaz. Enfim altera e acrescenta novas causas de aumento de pena para os crimes contra a dignidade sexual e, especialmente, para os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Revoga, ainda, expressamente o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, ou seja, a Contravenção Penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor”. Diante deste contexto e mediante o crime de importunação sexual, busca-se a importância dos elementos que permitem as divergências entre os delitos de estupro de vulnerável e importunação sexual, bem como a divergências doutrinárias acerca deste objeto.

O Código Penal Brasileiro atual, por ser um código antigo concebido em 1940, apresenta algumas lacunas normativas, visto que a sociedade como um todo sofreu diversas mudanças ao longo de tantas décadas. Uma delas foi escancarada em 2017 e 2018 com casos de crimes contra a dignidade sexual, relacionados a masturbação dentro de transportes públicos, os quais não possuíam tipos penais adequados para subsunção.

Diante desse problema, foi aprovada a Lei 13.718 em 25 de setembro de 2018, a qual alterou alguns crimes contra liberdade sexual e criou novos tipos penais como o art. 215- A e o art. 218-C, com o intuito de melhor subsumir crimes como os ocorridos nos transportes públicos, diferenciando-os do crime de estupro e da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Sendo assim, há uma clara relevância jurídica da análise da nova lei quanto a sua adequação perante os casos concretos sob a ótica da proporcionalidade e taxatividade, sendo um ponto de grande polêmica social e jurídica, que chama atenção por representar preocupação no cotidiano de muitos brasileiros e que ainda não apresenta um respaldo jurídico adequado, tornando-se alvo de debates, despertando o interesse do autor em razão do interesse pelo direito penal e pelo amplo debate jurídico-social a ser explorado. É indiscutível, portanto, a relevância do tema. Nesse pouco tempo de vigor da lei, mostram-se recorrentes nos tribunais estaduais e em tribunal superior decisões oscilantes.

Por meio da classificação doutrinária, serão elucidadas as condutas da Importunação Sexual e Estupro de vulnerável, dispostos nos arts. 215-A e 217-A do Código Penal, destacando separadamente, alguns aspectos para consideração do ato ilícito.

Desse modo, o objetivo geral deste artigo é analisar as divergências verificadas entre os delitos de estupro de vulnerável e importunação sexual, bem como suas doutrinas. Além disto, esta pesquisa apresenta objetivos outros, como identificar a importunação sexual, além de buscar os elementos que permitem as divergências doutrinárias, pesquisar as divergências entre os delitos de estupro de vulnerável e enfatizar a importância dos elementos que permitem as divergências.

Este artigo tem como metodologia de trabalho, método qualitativo, explicativo e bibliográfico. A atividade básica na pesquisa bibliográfica é a investigação em material

teórico sobre o assunto de interesse e é utilizada como ponto de partida para todos os tipos de pesquisa, facilitando a investigação através do estudo do conhecimento armazenado tradicionalmente em livros e documentos, foram consultadas várias literaturas relativas ao assunto em estudo, artigos publicados na internet e que possibilitaram que este trabalho tomasse forma para ser fundamentado.

Por fim, buscar-se-á encerrar o presente estudo com as considerações finais, demonstrando os principais pontos e divergências no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema exposto.

## **1. DOS CRIMES SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE**

Desde a modificação do Código Penal em 2009, passa a existir divergências entre os doutrinadores acerca da pena do crime de estupro de vulnerável, por entenderem ser desproporcional a depender de casos concretos, em atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Desta maneira, com a vigência da nova Lei 13.718/18 e a inclusão do crime de importunação sexual, abre-se a possibilidade de afastar a aplicação de uma sanção extremamente rigorosa a atos libidinosos de menor gravidade, aplicando penas intermediárias, bem como evitando impunidades e injustiças no tocante à restrição da liberdade individual.

### **1.1. Do crime de importunação sexual (artigo 215-A do Código Penal)**

Em 2017, uma grande polêmica acerca dos crimes sexuais teve início após um caso específico em São Paulo, além de alguns outros casos semelhantes, no qual um homem ejaculou sobre uma mulher dentro de um ônibus coletivo em São Paulo, conduta essa que não estava detalhadamente tipificada no Código Penal Brasileiro. Como anteriormente à Lei Nº 13.718/18 ainda não existia o delito de Importunação sexual, a conduta seria classificada ou como estupro, ou como contravenção de importunação ofensiva ao pudor, já que não havia um crime de potencial ofensivo intermediário.

Assim, tais casos em 2017 explicitaram uma lacuna normativa a ser urgentemente solucionada em razão da desproporcionalidade das penas a serem aplicadas na época, sendo severas ou brandas demais. Em virtude dessa lacuna, o legislador propôs o Projeto de Lei Nº 5.252/2016, o qual, dentre outras alterações, criava um novo delito: a importunação sexual, no art. 215-A, do Código Penal Brasileiro. Assim, aprovado pelo Congresso Nacional, foi encaminhado para sanção presencial e em seguida sua publicação. Porém, ao ser publicada a nova lei, a Lei Nº 13.718/18, o Poder Executivo realizou uma alteração relevante na redação do art. 215-A.

De tal modo, segundo Silva (2016), havia uma ampla divergência doutrinária acerca da tipificação de atos libidinosos cometidos sem violência ou grave ameaça, tendo em vista a existência de um verdadeiro precipício entre as sanções aos crimes possíveis de serem enquadrados ao caso, sendo diametralmente opostas, uma tanto quanto rigorosa e a outra completamente insignificante.

### **1.1.1. Elementos e classificação do tipo penal**

No crime de importunação sexual, pune-se o agente que praticar ato libidinoso contra alguém e sem sua anuência, com intuito de satisfazer a própria lascívia ou de outrem. Consoante preceitua o artigo 215-A do Código Penal:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

De tal modo, conforme Cunha (2019), trata-se de elementares do tipo penal a prática de ato libidinoso em desfavor de alguém, a ausência de consentimento da vítima e a finalidade do agente em satisfazer seu desejo ou de terceiro.

De acordo com o doutrinador Rogério Sanches Cunha, libido é o desejo sexual. Assim, ato libidinoso é toda conduta de satisfação do desejo ou apetite sexual da pessoa, desde que não consista em conjunção carnal, isto é, penetração ou cópula (CUNHA, 2019). Para configurar o elemento do delito, tal ação deve ser dirigida a alguém, seja uma pessoa determinada ou um grupo de pessoas, logo o ato deve ter destinatário específico (NUCCI, 2019).

Complementando, outro elementar do tipo penal do delito de importunação sexual é a falta de consentimento do ofendido, assim, a contrário sensu o assentimento da vítima configura excludente de tipicidade, tornando um fato atípico. Ademais, o crime foi instituído com o objetivo de proteger a liberdade e dignidade sexual das pessoas, no caso de consentimento dos envolvidos, não haverá crime, mas legítimo exercício da liberdade sexual (NUCCI, 2019). É importante destacar que a regra da atipicidade da conduta, é passível de debate. Há quem entenda que se tratando de pessoa vulnerável, seria impossível consentir validamente, ocorrendo, em tese, estupro de vulnerável. Lado outro, se o agente se utiliza de violência ou grave ameaça restaria tipificado o crime de estupro.

Segundo Costa (2020), os crimes contra dignidade sexual, com o texto originário do Código Penal, possuíam ação penal privada, com algumas exceções em que ela passaria a ser condicionada à representação ou incondicionada, a depender da

circunstância excepcional. Posteriormente, com a redação de 2009 anterior à atual, os crimes sexuais passaram a possuir ação penal condicional à representação como regra, salvo algumas exceções em que se tornava incondicionada, como nos casos de vítima menor de 18 anos ou vítima vulnerável, crime praticado mediante violência real ou que tenha resultado lesão corporal grave ou morte, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) na Súmula 608, a qual estabelece que o crime de estupro praticado mediante violência real seja procedido via ação penal pública incondicionada, e inúmero julgados dos tribunais pátrios:

[...] 2. A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, diante da constatação de que os delitos de estupro, em parcela significativa, são cometidos mediante violência, e 15 procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, aderiu à posição de crime de ação pública incondicionada, que veio a ser cristalizada na Súmula 608, em pleno vigor. 3. Para fins de caracterização de violência real em crimes de estupro, é dispensável a ocorrência de lesões corporais. (HC 125360, rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª T, j.27-02-2018, DJE 65 de 06-04- 2018)

[...] 13. O art. 225 do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009, enunciava que os crimes contra a liberdade sexual, praticados contra crianças ou adolescentes, só se processavam por meio de ação penal privada. Contudo, em duas situações específicas, ao Ministério Público caberia a tarefa de propor a ação penal: i) no caso de vítima pobre; ou ii) quando o crime fosse praticado com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. 14. A possibilidade do ajuizamento da ação penal pública nos casos envolvendo violência sexual contra criança ou adolescente sempre suscitou intensos debates na doutrina e na jurisprudência. 15. E o fato é que a Lei 12.015/2009 modificou o tratamento da matéria, passando a prever a ação penal pública incondicionada nas hipóteses de violência sexual contra menor de 18 anos. Veja-se, a propósito, a nova redação do art. 225 do Código Penal: "Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável." 16. Ademais, conforme

lembrado pelo Relator originário, a própria Súmula 608 do STF admitia ainda uma terceira hipótese de propositura da ação penal pública incondicionada no caso de crime de estupro: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". (HC 123.971, rel. min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, P, j. 25- 2-2016, DJE 123 15-6-2016)

Portanto, conforme a Súmula 608 do STF e os julgados citados anteriormente, o crime de estupro, praticado mediante violência real, era submetido à ação penal pública incondicionada antes mesmo da nova redação da Lei Nº 13.718/18, a qual reforçou ainda mais o enunciado da súmula em tela. Porém, com a nova lei de 2018, não só os crimes de estupro, especificamente aqueles cometidos com violência real, seriam submetidos a ação penal pública incondicionada, senão todos os crimes dispostos nos capítulos I e II do Título VI. Na prática, acaba aplicando-se a ação penal pública incondicionada a todos os crimes sexuais, em virtude do artigo 100 do Código Penal, o qual dispõe que "a ação penal será pública, salvo quando a lei expressamente declarar como privativa do ofendido".

## **1.2. Do crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A, *caput* do Código Penal)**

Com o advento da Lei Nº 12.015/09 o legislador escolheu por revogar o artigo 214 do Código Penal que previa:

Art. 214 - constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena - reclusão de dois a sete anos. Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: Pena - reclusão, de seis a dez anos (sem grifo no original).

Revogou também o artigo 224 do mesmo Código que complementava a ante mencionada norma ao constar que era presumida a violência, se a vítima não fosse maior de catorze anos, fosse alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância ou não poderia por qualquer outra causa oferecer resistência.

Desta maneira, com a inclusão do artigo 217- A do Código Penal, foi retirada a elementar referente à necessidade de o ato ser praticado mediante violência ou grave ameaça, seja ela real ou presumida, para a caracterização do delito. Nessa senda, há a presunção de vulnerabilidade, analisada objetivamente, ou seja, sem avaliar a casuística e o discernimento da vítima, bem como sua vida sexual pregressa (CUNHA, 2017).

Ademais, passou a ser um tipo misto alternativo, ao tratar como condutas incriminadoras a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, podendo ser



isoladas ou cumuladas, implicando como um único crime, desde que sejam praticados no mesmo local e hora (NUCCI, 2009).

### **1.2.1. Classificação e elementos do tipo penal**

Tendo como base os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, o delito de estupro de vulnerável se trata de um crime comum, haja vista não demandar um sujeito ativo especial, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Outrossim, é um delito material, ou seja, exige um resultado naturalístico consistente no constrangimento da liberdade sexual do vulnerável para a sua consumação. Ademais, tem a forma de execução livre, podendo ser cometido por meio de qualquer ato libidinoso (NUCCI, 2019).

Pune-se a título de dolo, devendo o agente ter plena consciência de que age contra pessoa vulnerável (CUNHA, 2019). Tendo em visto que o erro quanto à vulnerabilidade da vítima isenta-o de pena, excluindo o próprio tipo penal, em consonância com o disposto no artigo 20 do Código Penal.

A norma penal pune aquele que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos ou por doença mental é incapaz de discernir para prática do ato ou por qualquer outra causa não tenha condições de oferecer resistência (SALIM e AZEVEDO, 2017).

São elementares desse crime a conjunção carnal ou outro ato libidinoso e o sujeito passivo em estado de vulnerabilidade presumida (CAPEZ, 2019). No tocante à conjunção carnal, esta pode ser entendida como a cópula vaginal, isto é, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Em relação ao outro verbo nuclear do tipo "praticar" ato libidinoso diverso, este será tratado em um tópico específico. Ademais, a norma penal exige para tipificação do delito que o sujeito passivo seja vulnerável na data dos fatos. O doutrinador Fernando Capez explica que vulnerável é toda pessoa em situação de fragilidade ou perigo, neste aspecto a lei não alude sobre a capacidade de consentir ou a maturidade sexual da vítima, mas ao fato de possuir uma maior fraqueza seja moral, fisiológica, social, biológica ou cultural (CAPEZ, 2019). Nesse ponto, o legislador delimita de forma objetiva o estado de vulnerabilidade dos menores de 14 anos.

### **1.3. Uma análise sobre as controvérsias práticas da aplicação do novo tipo penal**

Ao analisar uma norma jurídica, não se deve limitar ao preceito frio e literal da lei, sendo necessário amoldar o caso fático aos vetores de interpretação constantes nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de garantir na

atuação estatal através de seu jus puniendi uma pena justa e eficaz, resolvendo possíveis controvérsias que possam surgir em casos concretos.

Com o objetivo de averiguar as decisões majoritárias, bem como os fundamentos utilizados pelos Tribunais em seus julgamentos acerca da possibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, restará minudenciar os resultados obtidos, bem como ponderar sobre as decisões. Consoante entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em decisão de Revisão Criminal não seria possível a desclassificação da figura prevista no artigo 217-A do Código Penal para a do artigo 215-A do mesmo dispositivo:

REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. LEI N. 13.718/18. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. IMPOSSIBILIDADE. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADOS COM MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO PENAL DO ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO REVISIONAL IMPROCEDENTE. 1. O artigo 215-A, introduzido pela Lei nº 13.718/18, tipificou o crime de importunação sexual que prevê penas de um a cinco anos para quem pratica contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Em seu preceito secundário, o legislador previu expressamente a aplicação subsidiária da norma às condutas que não constituam crimes mais graves. 2. Os atos libidinosos praticados pelo requerente com menor de 14 (quatorze) anos, consistentes em tirar suas roupas e a dela, passar os dedos na genitália da criança e chupar seus mamilos a ponto de deixar vestígios constatados em laudo pericial não se subsumem à mera importunação sexual, mas em conduta que se amolda ao tipo penal do artigo 217-A, do Código Penal, razão pela qual não prospera o pedido de aplicação da lei mais benéfica com a consequente desclassificação do crime para o previsto no artigo 215- A, da Lei nº 13.718/18. 3. Revisão criminal julgada improcedente (TJ-DF 07214757220188070000 - Segredo de Justiça 0721475-72.2018.8.07.0000, Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti. Data de Julgamento: 08/07/2019, Câmara Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 12/07/2019)

Nesse sentido, em decisão unânime em consonância com o relator, este utilizou como fundamento a gravidade do ato libidinoso empregado pelo revisionário, além da

presunção de violência ou grave ameaça tendo em vista a idade da vítima na data dos fatos, qual seja: 07 anos. No caso em análise, o agente do crime praticou condutas invasivas ao se despir e acariciar as partes íntimas da infante com intuito lascivo, esbarrando no princípio da subsidiariedade expressa, cujas circunstâncias fáticas levariam a tipificação de um crime mais grave. Noutro sentido, o mesmo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em decisão contrária entendeu pela desclassificação para o crime de importunação sexual:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. CP, ART. 215-A. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO 1. Conforme se depreende das provas colacionadas aos autos, tem-se que o apelante praticou atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, não com a finalidade de satisfação da própria lascívia, mas valendo-se das circunstâncias minuciosamente narradas, em especial da confiança nele depositada pelos genitores da menor, com o fim de apenas importunar a menor. 2. A conduta delituosa perpetrada pelo apelante amolda-se ao crime de importunação sexual, razão pela qual desclassifico a conduta para esse crime (CP, art. 215- A). 3. Recurso parcialmente provido (TJ-DF 20170910026634 - Segredo de Justiça 0002592-28.2017.8.07.0009, Relator: J.J. Costa Carvalho, Data de Julgamento: 30/05/2019, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 13/06/2019)

Adveio divergência quanto à possibilidade de desclassificação, tendo prevalecido o princípio da proporcionalidade, classificando a conduta como o crime de importunação sexual, tendo em vista que na situação abordada o agente se limitou ao toque por cima da vestimenta do menor. No julgado supracitado, o desembargador salientou que o fato de se tratar de vítima criança, deverá ser valorado na culpabilidade ou nas circunstâncias do crime no momento da fixação da pena-base, consoante pressupõe o artigo 59 10 do Código Penal. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça na sexta Turma deliberou pelo desprovimento do pleito defensivo de aplicação do artigo 215-A do Código Penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. PLEITO DE

APLICAÇÃO DO ART. 215-A: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. No caso, a Corte local ressaltou expressamente no acórdão a existência de autoria e materialidade, ao reconhecer que “[...] aproveitou-se da ausência de qualquer outra pessoa no local para passar o dedo na vagina da criança” (fl. 274), ficando incontroversa a conduta praticada pelo Agravante. 3. A Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça. 4. Contudo, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1361865/ MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 01/03/2019)

De tal modo, depreende-se que prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento pela impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual, pois naquele existiria a presunção de violência ou grave ameaça na conduta do agente e neste não há a previsão dessa coação física ou psicológica. Ocorre que, após o advento da Lei 12.015/09, lei esta já mencionada em capítulo apropriado, foi revogada a norma que previa ser presumida a violência, tornando presumida apenas a vulnerabilidade do infante menor de 14 anos, logo, o impossibilitando de consentir validamente qualquer ato sexual. Desse modo, não há a previsão de violência nos tipos penais citados, porém é compatível à figura do não consentimento da vítima, seja ele presumido, expresso ou tácito.

Outrossim, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu a ordem do Habeas Corpus para manter a condenação original por estupro de vulnerável do impetrante, consoante matéria veiculada ao site do STF:

Por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Habeas Corpus (HC) 134591 e manteve a condenação de um adulto em razão de um beijo lascivo dado em uma criança de cinco anos de idade. (...) O réu foi condenado pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Igarapava (SP) a oito anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Em exame de apelação

penal, o Tribunal de Justiça estadual (TJ-SP) desqualificou o ato para a contravenção penal de molestamento (artigo 65 da Lei de Contravenções Penais) e impôs ainda pena de multa. O Ministério Público interpôs recurso e o relator no STJ deu provimento para restabelecer a condenação proferida em primeira instância. No habeas corpus impetrado no STF, a defesa afirmava que a pena é desproporcional à conduta, pois o ato praticado foi um único beijo em lugar próximo a outras pessoas. De acordo com a defesa, embora a conduta do réu seja “condenável e reprovável”, não teria havido conotação sexual no beijo ou danos psicológicos 69 Revista Científica Fagoc Jurídica - Volume IV - 2019 permanentes à vítima. (...) Em voto proferido na sessão de 18/12/2018, o ministro Alexandre de Moraes afastou a ocorrência de ilegalidade ou de constrangimento ilegal na decisão do STJ que manteve a condenação e observou que houve um ato clássico de pedofilia. Segundo ele, o fato definido como crime na lei (ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos) existiu, e não é possível desclassificar a conduta para molestamento. “Não houve conjunção carnal, mas houve abuso de confiança para um ato sexual”, afirmou. O ministro destacou que a conotação sexual, para determinadas faixas etárias, é uma questão de abuso de poder e de confiança, pois, embora uma criança de cinco anos não entenda a questão sexual, os reflexos serão sentidos na adolescência, dificultando que tenham confiança em outras pessoas no momento de se relacionar. O julgamento foi retomado na sessão desta terça-feira (1º) com o voto-vista do ministro Luiz Fux pela manutenção da sentença de primeiro grau, por entender que o ato configura o delito de estupro de vulnerável. A ministra Rosa Weber votou no mesmo sentido. Na sessão de dezembro, o relator do HC, ministro Marco Aurélio, votou pela manutenção da decisão do TJ-SP, pois considera que o chamado beijo lascivo não configura estupro. O ministro observou que, anteriormente, havia dois tipos penais – estupro e atentado violento ao pudor – com penas diversas. Mas, que com a alteração no Código Penal introduzida pela Lei 12.015/2009, as duas condutas foram reunidas no conceito mais abrangente de estupro de vulnerável, estipulando pena de 8 a 15 anos de reclusão para o delito de constranger menor de 14 anos a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso diverso. Segundo ele, a conduta do réu restringiu-se à consumação de beijo lascivo, o que não se equipara à penetração ou ao contato direto com a

genitália da vítima, situações em que o constrangimento é maior e a submissão à vontade do agressor é total. O ministro Luís Roberto Barroso também considerou a pena excessiva e votou pela concessão do HC para desclassificar a conduta e determinar que o juízo de primeira instância emita nova sentença com base no artigo 215-A do CP (praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro), cuja pena varia de um a cinco anos de reclusão. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Dessa maneira, o posicionamento preponderante baseou-se no fundamento de que, apesar de não ter ocorrido a conjunção carnal, houve a subsunção do fato à norma penal do artigo 217-A caput do Código Penal e que a conotação sexual dessas vítimas menores de 14 anos se dá por um abuso de poder e de confiança, acarretando problemas psicológicos durante a adolescência. Não obstante ser necessário, segundo Cunha (2017), valorar o fato da tenra idade da vítima, a pena tem como protagonista o sentenciado, devendo ser aplicada, de acordo com o caso concreto, no intuito de prevenir que o agente volte a delinquir, bem como retribuir o mal causado.

Logo, as consequências geradas nas vítimas deveriam ser valoradas durante a aplicação da pena base, após um exame psicológico, não influenciando na caracterização do crime imputado ao agente.

## **CONCLUSÃO**

Na atual conjuntura em que a luta pelos direitos humanos se aviva constantemente, o Direito se caracteriza como regulador das relações sociais, sendo o responsável pela organização da sociedade. Considerando esse cenário em que as normas legais tenham que se atualizar regularmente, de acordo com o contexto social e jurídico da atualidade, a Lei nº 13.718/2018 surgiu com o intuito de instituir muitas tipificações de condutas relacionada a dignidade sexual humana, dentre elas o crime de importunação sexual para conter condutas que não são lesivas ao ponto de serem enquadradas como estupro, mas que causam constrangimento à vítima.

As modificações trazidas pela lei supramencionada objetivam fortalecer a proteção aos direitos humanos, em especial aos dos grupos mais fragilizados pelo passado histórico marcado pelo preconceito e desigualdade de direitos. O crime de importunação sexual (art. 215-A C.P.) tipifica condutas que não se enquadram no crime de estupro (art. 213 C.P.), devido à ausência de violência ou grave ameaça, ao mesmo tempo em que recupera características do atentado violento ao pudor (art. 214 C.P. – revogado), englobado ao crime de estupro em 2009. Dessa forma amplificando o rol de

condutas criminalizadas, repreendidas e punidas, assim ocasionando maior segurança jurídica e fortalecendo a função preventiva das leis penais.

É visível que a Lei nº 13.718/2018, em vários aspectos, é mais gravosa que o sistema vigente anteriormente a ela. Vê-se que as alterações legislativas acompanham as mudanças da sociedade e atende às expectativas sociais, como anteriormente mencionado. Sendo assim, o desenvolvimento da lei buscou adaptar-se às tendências internacionais das legislações de países mais desenvolvidos, que contemplam tipos penais intermediários. Objetivando, assim, o preenchimento de lacunas legislativas que causavam grande insegurança nos cidadãos e que dificultavam o enquadramento de determinadas condutas que eram realizadas na prática, mas não eram tipificadas em lei.

Ademais, ao averiguar-se os julgados de órgãos colegiados dos Tribunais Estaduais e Superiores referentes ao tema, foi possível concluir que a jurisprudência majoritária tende a decidir pela impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual, por não avaliar como uma espécie de *novatio legis in melius*, considerando a vulnerabilidade presumida do sujeito passivo do crime, preconizando o princípio da especialidade e a presunção de violência dos menores de 14 anos, violência ficta ou real não subsistente no artigo 215-A do Código Penal. Acontece que, não obstante a existência de princípios próprios aplicáveis ao Direito Penal, em se tratando de um conflito aparente de normas, faz-se mister julgar com base nos princípios constitucionais existentes, a fim de evitar excessos de punição.

## REFERÊNCIAS

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: 30abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); 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: 05 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 5725 de 2016**. Câmara dos Deputados. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostra\\_rintegra;jsessionid=5CFBFD2677FCF539EBC11170AF1AB784.proposicoesWebExterno2?co\\_dteor=1474043&filename=PL+572+5/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostra_rintegra;jsessionid=5CFBFD2677FCF539EBC11170AF1AB784.proposicoesWebExterno2?co_dteor=1474043&filename=PL+572+5/2016). Acesso em: 02 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 125.360 de 2018**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>. Acesso em 03 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 123.971 de 2016**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>. Acesso em 01 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 608**. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694#>. Acesso em: 03 jun 21.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp 1361865/MG**. Relator: Ministra Laurita Vaz. DJ: 07/02/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201802383877&dt\\_publicacao=01/03/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802383877&dt_publicacao=01/03/2019). Acesso em: 03 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na PET no REsp 1684167/SC**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma. DJ: 18/06/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201701740844&dt\\_publicacao=01/07/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701740844&dt_publicacao=01/07/2019). Acesso em: 02 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma mantém condenação de adulto por beijo lascivo em criança de cinco anos**. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425115&ori=1>. Acesso em: 10 mai 2021.

CABETTE, EDUARDO LUIZ SANTOS. Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18. **BOLETIM CONTEÚDO**, v. 29, 2018.

COSTA, Filipe Bezerra d'Oliveira. **Crime de importunação sexual: uma análise sobre os (des) caminhos da lei no 13.718/18**. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - Parte Geral**, v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal - Volume 3, Parte Especial: arts. 213 a 359-H**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte especial**. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.



\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal parte especial**. Volume único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DOS SANTOS, Carlos Alberto Ferreira; DA SILVA, Ronaldo Alves Marinho. Gênero e violência: pornografia da vingança e o crime de importunação sexual. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 7, n. 3, p. 135-150, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade.; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal parte especial**. Arts. 213 a 361 Código Penal. Vol. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2019.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

PEREIRA, Sabrina Graciano; CARVALHO, Urssulla Rodrigues. Os crimes de importunação sexual e estupro de vulnerável sob a perspectiva da lei 13.718/18. **Revista Científica UNIFAGOC-Jurídica**, v. 4, n. 2, 2020.

SALIM, Alexandre, AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito penal parte especial** – dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família. JusPodivm, 2017.

SILVA, Jéssica Fernanda. **O princípio da proporcionalidade, o conceito de ato libidinoso no crime de estupro e a criação de um tipo penal intermediário**. Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49529/o-principio-daproporcionalidade-o-conceito-de-ato-libidinoso-no-crime-de-estupro-e-a-criacao-de-um-tipo-penal-intermediario>. Acesso em: 15 mai. 2021.

## O ISS EXPORTAÇÃO NA RELAÇÃO JURÍDICA DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

**HEITOR BARROS DA CRUZ:** Mestrando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-graduado em Processo Civil pela PUCSP/COAGEAE. Advogado<sup>44</sup>.

### INTRODUÇÃO

Um dos temas que nos interessou desde o primeiro contato é a exportação de serviços, e, desde o início entendemos que o cerne está ligado ao resultado da prestação de serviços, como a lei é clara em dizer.

O trabalho está em traçar os limites do que é o resultado para os fins da prestação de serviços, elemento que delimitará os contornos para a regra de isenção, e, por assim dizer a incidência do imposto.

Para desenvolver o presente trabalho entendemos que o melhor caminho é aquele pautado nos elementos que a lógica nos traz, dentre os quais destacamos: a definição, o conceito e a classificação.

O direito para a nossa linha de desenvolvimento que se dá dentro do Constructivismo lógico-semântico, tem como premissa o campo linguístico e diante disso necessário foi trazer a lume o campo normativo que determina a análise do direito posto.

Além disso, importante trazer, ainda que de forma superficial a Regra-matriz de incidência da prestação de serviços e após a regra de isenção aplicável ao presente caso.

Por fim, daremos nossa conclusão acerca da incidência ou não da isenção na relação jurídica do representante comercial.

### I – A NECESSIDADE DE DEFINIR, CONCEITUAR E CLASSIFICAR

O trabalho científico requer precisão em sua linguagem e por meio de dois instrumentos da lógica resolvemos esses problemas. Por meio do trabalho científico

---

44 E-mail: heitorcruz@yahoo.com.br.

verificamos uma das formas de transmissão do conhecimento, sendo que os instrumentos relevantes para atingirmos esse fim são: *a definição, o conceito e a classe*.

De uso comum, mas de pouca tecnicidade vemos as pessoas definirem conceito como definição e conceituar como algo definido. A linha é tênue, mas é importante traçarmos os seus limites, ainda que para esse trabalho.

Por definição utilizamos a lição de Paulo de Barros Carvalho que diz: *“E definir é operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito. Com a definição, outorgamos à ideia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso”*<sup>45</sup>

Em excelente obra acerca do tema Benoit Hardy-Vallée em seu livro *“Que é um conceito?”*, traz importante contribuição acerca de sua função linguística do conceito, sendo essa função que nos interessa em razão da adoção do Constructivismo Lógico-Semântico, quando explica:

*“Para seres linguísticos, a comunicação é um modo de existência: livros, mídias, discussões, etc. Os conceitos viajam pelos livros e pelas palavras e têm funções linguísticas: a comunicação e a significação.*

*Comunicar exige a capacidade de produzir e de compreender enunciados de maneira eficaz. Compreenderemos verdadeiramente uma frase em que a palavra não aparece se possuímos o conceito de CÃO. Comunicar seria impossível sem o conhecimento das relações semânticas que os conceitos nos fornecem: sinonímia, antonímia, tradução ou implicação”*<sup>46</sup>.

Já a classificação é assim explicada por Paulo de Barros Carvalho<sup>47</sup>:

---

45 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 127.

46 HARDY-VALLÉE, Benoit. *Que é um conceito?* Tradução de Marcos Bagno, São Paulo: Parábola, 2013, pp.104-105.

47 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 6ª ed. rev. e ampl., São Paulo : Noeses, 2015, p.124.

*“Classificar é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes.*

Em nosso entendimento a definição aplica determina os limites do campo semântico, o conceito delimita a ideia ou significado e a classificação separa em razão das semelhanças ou igualdades.

## **II – ARCABOUÇO LEGAL DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS**

O sistema jurídico brasileiro é constituído em função da derivação ocorrida da Constituição Federal, não sendo diverso para o sistema tributário, subsistema que tem as normas de direito tributário vigentes.

O principal papel da Constituição Federal é determinar a competência aos entes tributantes, que para o presente estudo tomamos como elementar a competência aos municípios.

Paulo de Barros Carvalho em sua obra delimita quatro esferas capazes de produzir normas onde vemos à união federal, os estados, os municípios e a nação.

Os municípios em razão do artigo 156, inciso III, da Constituição Federal<sup>48</sup>, possuem a competência para a instituição do imposto sobre serviços de qualquer natureza, que não estejam elencados no artigo 155, inciso II, da CF.

O artigo 146, inciso III, alínea ‘a’<sup>49</sup>, da Constituição Federal determina à lei complementar a disposição sobre as regras gerais, definições e espécies tributárias e para tanto foi criada a Lei Complementar 116/2003.

---

48 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

49 Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Como resta claro em seu preâmbulo a Lei Complementar 116/2003 dispõe em sobre os Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência do Distrito Federal e dos Municípios.

A delimitação de nosso trabalho cinge-se à prestação de serviços por nacional para estrangeiro, especificamente na representação comercial, que tem a finalidade de realizar a venda das mercadorias para esse estrangeiro em território nacional.

Dito isso, importante destacar que é da Lei Complementar 116/2003 iremos construir nosso entendimento para determinar se o referido serviço será ou não tributado.

### **III – A REGRA-MATRIZ DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS**

A regra-matriz como método e instrumento para análise dos elementos necessários na composição do tributo, auxilia a interpretação, e, sem ela, é quase impossível apresentarmos qualquer argumentação para tal intento.

É de sobejo que a RMIT é composta por cinco critérios: *material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo*. O primeiro deles determina o verbo e o complemento que na nossa construção é tido em razão do verbo *prestar* e do complemento *serviço*.

O serviço necessariamente é aquele designado na lista anexa à Lei Complementar 116/2003, e o serviço objeto de estudo é a da representação comercial, que consta da referida lista.

O prestar está ligado a um fazer pelo agente que é contratado, ou seja, deverá realizar o que lhe foi incumbido nos moldes em que foi contratado, donde deverá representar a empresa contratante para a venda de sua mercadoria.

O critério temporal no caso em espécie não causa maiores problemas, estando ligado ao momento em que é realizada a prestação de serviços, ou seja, quando é perfectibilizada a venda do produto da contratante.

O critério espacial é determinado em razão de onde o serviço foi prestado, ainda que no exterior ou cuja prestação tenha sido iniciada nele.

Esses foram os três critérios da hipótese de incidência e com relação ao seu conseqüente, da mesma forma, não vemos grandes implicações, porquanto o sujeito

ativo é o município onde foi prestado o serviço e o sujeito passivo o prestador. O critério quantitativo tem como base de cálculo o valor do serviço prestado e a alíquota estipulada pelo município tributante.

#### **IV – DA REGRA DE ISENÇÃO**

Visando a competitividade das empresas nacionais o legislador preferiu por determinar a regra de isenção contida no artigo 2º, inciso I e Parágrafo único da Lei 116/200350, onde isenta a exportação de serviços.

Todavia, condiciona a isenção à ocorrência do resultado dar-se fora do país, ainda que o pagamento o pagamento tenha ocorrido fora. Redundante dizer, mas para que seja fixada a ideia, independe do local do pagamento, mas sim o seu resultado.

Se dependesse pura e simplesmente do local o pagamento poderiam ocorrer manobras para pagamento no exterior de serviços realizadas eminentemente no Brasil, criando-se expediente prejudicial e desvirtuador da norma.

Nesse sentido é que nos socorremos dos instrumentos da lógica, para que nossa conclusão possua coerência e possa atingir os fins a que se destina, senão vejamos.

A palavra resultado para que possa gerar os efeitos legais pretendidos deve ser objeto de definição e conceituação.

Resultado é o particípio do verbo resultar e tem como definição: *“Ser a consequência, o efeito natural, a conclusão lógica de. Redundar, provir, proceder: de maus conselhos resultam atos desastrosos”*<sup>51</sup>. A definição a ser aplicada ao nosso trabalho é a de ser ou ter a consequência. Para resultado, também temos outra definição que nos parece útil que é a de *“O produto ou valor final de uma operação matemática; Consequência; aquilo que resulta de alguma coisa; o efeito de uma ação; a finalização de um problema. Término”*.<sup>52</sup>

---

50 Art. 2º O imposto não incide sobre:

I – as exportações de serviços para o exterior do País;

(...)

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.

51 <https://www.dicio.com.br/resultar/>

52 <https://www.dicio.com.br/resultado/>

O conceito de resultado para os fins de prestação de serviços é aquele obtido em razão da finalidade atingida com a prestação de serviços objeto da relação jurídica existente entre as partes.

Aqui é que está o ponto central da análise acerca da prestação de serviços de representação comercial, onde nosso caminho a percorrer determinará a solução que entendemos aplicável.

A prestação de serviços consistente da representação comercial é devidamente elencada no anexo I da Lei Complementar 116/2003, o que autoriza dizer pela legalidade da exação em razão da referida prestação de serviços.

O representante comercial tem respaldo legal para a prestação de serviços, devidamente regulamentada pela Lei 4.886/1965, que em seu artigo 1º delimita, restando assim previsto:

“Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

O verbo empregado para a representação comercial é *mediar*, tendo no ato de mediação a sua característica principal, onde realiza a mediação para a transmissão das propostas ou pedidos.

O disposto no artigo 32 da Lei 4.886/1965, determina o momento em que é devida a prestação de serviços, ou seja, momento no qual nasce o direito ao recebimento dos valores a título de comissão, restando assim disciplinado:

“Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas”.

Dos dispositivos legais, observamos que a efetiva prestação e serviços dá-se ou perfectibiliza-se no momento do pagamento da venda ocorrida em razão da mediação apresentada pelo representante comercial.

O representante comercial é contratado para prestar serviços de mediação onde o resultado desse serviço é obtido em razão da venda do produto, tanto é que somente após o recebimento da venda pela empresa contratante é serão devidos os valores pela prestação de serviços.

A grande discussão acerca do que temos por resultado e o momento em que ele se dá é que autoriza um entendimento ou outro.

Em brilhante análise o Professor Paulo de Barros Carvalho no livro *Derivação e Positivção no Direito Tributário, volume II*, traz o TEMA XXII – *IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – Delimitação dos serviços tributáveis pelos municípios*, quando determina a importante necessidade de diferença o local da prestação e o local do resultado, *in verbis*:

“É preciso diferenciar, portanto, (i) o desenvolvimento do serviço (ii) do seu resultado. Tal distinção é confirmada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar n. 116/2003. Referido dispositivo legal, após isentar as exportações de serviços, estabelece não se enquadrar em tal hipótese o serviço que tenha sido empreendido no País, e, cumulativamente, aqui se tenha operado o correspondente resultado. Não se trata de exceção à regra isentiva, mas de ato delimitador do que é ‘exportação de serviços<sup>53</sup>”

Ao analisar as possibilidades o Ilustre Professor traz quadro com as quatro combinações lógica possíveis, que entendemos pertinente sua inserção no presente trabalho<sup>54</sup>:

caso	local em que o serviço é desenvolvido	local em que se verifica o resultado do serviço	figura jurídica
1	território nacional	território nacional	prestação interna de serviços

53 CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivção no Direito Tributário*. Volume II, 1ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p.329.

54 Idem, p.330



2	território nacional	exterior	exportação de serviços
3	exterior	território nacional	importação de serviços
4	exterior	exterior	exportação de serviços

O caso sob análise é aquele identificado no item 2 e assim relatado: “2º caso: sendo o serviço prestado em território nacional, mas desencadeando seus efeitos no exterior; tem-se configurada hipótese de exportação de serviços<sup>55</sup>”.

Entendemos que o conceito apresentado acima, no que tange ao resultado é o mesmo apresentado por Paulo de Barros Carvalho, que assim arremata:

“No sentido comumente empregado, resultado significa *seguimento, consequência, derivação*. Assim para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, os efeitos ou consequências da atividade realizada devem ser desencadeados fora do território nacional<sup>56</sup>”.

Importante trazer a visão do Superior Tribunal de Justiça acerca da exportação de serviços:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ISSQN. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. SERVIÇO EXECUTADO DENTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº LC 116/03. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Trata-se da interpretação de norma infraconstitucional que defere imunidade ao

<sup>55</sup> Ibidem, p.330

<sup>56</sup> Ibidem, p.332

contribuinte no imposto sobre serviço de qualquer natureza concernente à celebração de contrato internacional no transporte de bens para a sua utilização em eventos sediados no território brasileiro. 2. Conforme consignado pelo Tribunal de origem, a prestação dos serviços foram verificados em território brasileiro, cuja obrigação de fazer consistente no "desembarço aduaneiro, transporte até o local do evento, armazenagem, transporte de volta, etc", tiverem a execução e o resultado econômico e jurídico no Brasil. 3. Assim, nos termos dos precedentes desta Corte, a exegese do art. 2º, inciso I, p. ú., da LC 116/03, não se aplica quando os serviços são realizados em território brasileiro e o resultado aqui se verifique. **4. Com efeito, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter conseqüências ou produzir efeitos.** 5. Logo, no caso em tela, verificando que as atividades desenvolvidas pelo recorrente não configuram exportação de serviço, resta inquestionável a incidência do ISSQN, consoante a incidência do disposto no parágrafo único, do art. 2º, da LC 116/03: "Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior." 6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1446639/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019)

Outro interessante julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ISS. GESTÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. RESULTADO PRODUZIDO NO ÂMBITO DO TERRITÓRIO NACIONAL. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇO. DESCARACTERIZAÇÃO. 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016). 2. O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em

seu julgado acerca de questão relevante para a solução do litígio, o que não ocorreu na espécie. 3. Não incide ISS sobre serviços exportados, assim considerados aqueles cujos resultados não ocorrem no âmbito do território nacional. Inteligência do art. 2º, I e parágrafo único, da LC n. 116/2003. **4. O resultado do serviço prestado por empresa sediada no Brasil de gestão de carteira de fundo de investimento, ainda que constituído no exterior, realiza-se no lugar onde está situado seu estabelecimento prestador, pois é nele que são apurados os rendimentos (ou prejuízos) decorrentes das ordens de compra e venda de ativos tomadas pelo gestor e que, desde logo, refletem materialmente na variação patrimonial do fundo.** 5. Hipótese em que deve ser mantida a conclusão adotada pela Corte estadual, de que, no caso concreto, a atividade exercida pela recorrente não caracteriza exportação de serviço, de modo que é exigível o ISS sobre os valores que recebe do fundo estrangeiro para gerir os seus ativos. 6. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (AREsp 1150353/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 13/05/2021)

Vemos que o entendimento acerca de resultado é o local aonde estiver sendo percebida a vantagem econômica, o que em nosso entendimento no caso da corretagem é na sede da empresa contratante, da prestação de serviços, porque é lá que se dará a venda.

O STJ traz como entendimento resultado-utilidade, e a relação jurídica civil que desencadeia a relação jurídica tributária é que determina a utilidade, ou seja, a utilidade é para aquele que contrata, sendo o resultado a ser perseguido por este.

Quando uma relação jurídica de direito privado ocorre, devemos observar a utilidade para aquele que realiza a contratação de serviço, o que na relação da representação comercial vemos a utilidade para a empresa contratante no local em que está situada.

A busca pela empresa é a venda de seu produto, venda essa que ocorre em sua sede e assim resta devidamente verificado o resultado que é objeto da lei brasileira.

## **V – CONCLUSÃO**

Na análise do tema tivemos contato com elementos da lógica que nos auxiliaram determinando forma ao método de estudo. A lógica não é tudo, mas é uma ferramenta importante para o percurso do conhecimento.

A norma isenção do ISS para a exportação de serviços nos deixa clara a intenção do legislador em privilegiar e determinar a competitividade dos serviços prestados pelos nacionais, quando isenta a prestação de serviços.

É uma isenção heterônoma como ensina o Professor Paulo de Barros Carvalho, porque se trata de uma política nacional, da mesma forma como ocorre com a política empregada para o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, estes constitucionalmente elencados.

O elemento que contorna e determina a incidência da isenção ou não, está devidamente atrelado ao resultado, resultado este que devemos levar em consideração a relação jurídica civil e não a relação jurídica tributária.

Para a relação jurídica de representação comercial, em nosso entendimento concluímos que a prestação de serviços está intimamente ligada à venda realizada pela tomadora dos serviços, onde sua ocorrência se dá fora dos limites nacionais.

O resultado-utilidade esperado pela empresa é vender seus produtos em qualquer localidade, e, este está ligado à venda e não à compra, donde sua configuração ocorre pela venda realizada no exterior.

Em nosso entendimento não há diferenciação para a venda ocorrida para empresas nacionais ou empresar estrangeiras, mas tão somente a relação de venda realizada pela empresa em favor da contratante.

## **BIBLIOGRAFIA**

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o Constructivismo Lógico-Semântico*. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e Positivção no Direito Tributário*. Volume II, 1ª ed., São Paulo: Noeses, 2013

HARDY-VALLÉE, Benoit. *Que é um conceito?* Tradução de Marcos Bagno, São Paulo: Parábola, 2013, pp.104-105.

## **A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, IGUALDADE E ESSENCIALIDADE**

**DENISE MOREIRA NEVES:**

Graduada do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)<sup>57</sup>

VERA LÚCIA PONTES<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho evidencia que os produtos essenciais para a vida da mulher possuem uma alta carga tributária, e, neste sentido, objetiva analisar a desigualdade de gênero no Sistema Tributário Brasileiro à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade. Pondera a tributação pelo imposto de renda e de consumo e sua relação com o gênero. Demonstra as contribuições e reflexos do mercado de trabalho da mulher junto ao Sistema Tributário Nacional. A partir dos métodos dedutivo e dialético são realizados estudos de leis, doutrinas e artigos para a compreensão da temática. Os resultados obtidos elucidam existir uma distância entre a teoria e a realidade. Desse modo, revela a carência de políticas públicas que visem uma maior igualdade de gênero na tributação, sob aspectos econômicos, políticos e sociais, buscando uma maior inserção da mulher na sociedade, dando-a melhores oportunidades. Conclui-se pela necessidade de reparação dos conceitos de produtos essenciais na atualidade, e a valorização dos princípios quando da propositura de meios para sanar quaisquer desigualdades que descompassem o gênero feminino.

**Palavras Chaves:** Desigualdade; Gênero; Tributação; Princípios.

**ABSTRAC:** This present work shows that essential products for women's lives have a high tax burden, and, in this sense, it aims to analyse gender inequality in the Brazilian Tax System in light of the principles of human dignity, equality and essentiality. It weights taxation by income tax and consumption and its relationship to gender. It proves the contributions and reflexes of the women's labor market with the National Tax System. From the deductive and dialectical methods, studies of laws, doctrines and articles are carried out to understand the theme. The results obtained elucidate that there is a distance between theory and reality. Thereby, it reveals the lack of public policies aimed at greater gender equality in taxation, under economic, political and social aspects, seeking a greater insertion of women in society, giving them better opportunities. It is concluded

---

<sup>57</sup> E-mail: denisemoreira17@hotmail.com

that there is a need to repair the concepts of essential products at present time, and the appreciation of principles when proposing means to reedy any inequalities that mismatch the female gender.

**Key words:** Inequality; Gender; Taxation; Principles.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos primórdios dos tempos a sociedade brasileira foi desenvolvida sob forte preconceito contra a mulher, em que era considerada a única responsável pelas atividades domésticas e educação dos filhos.

Após diversos enfrentamentos sociais a mulher conquistou seu espaço na sociedade, sendo o direito ao voto, à educação e a ter uma profissão exercida fora do lar, exemplos de grandes conquistas. No entanto, ainda na atualidade, inúmeros outros desafios são considerados objetos de reivindicações.

Contudo, mesmo após as disposições expressas da Constituição Federal de 1988 quanto ao princípio da Igualdade, ainda é possível observar episódios que inferem neste princípio, como por exemplo, o fato de o homem ser mais bem remunerado no exercício da mesma função e carga horária que a mulher.

Os episódios de lutas da mulher seguem existindo em diversos setores da sociedade, inclusive, com referência ao sistema tributário aplicado no Brasil. Logo, diante das diferentes formas de incidência dos tributos, pode-se questionar se o gênero feminino paga mais tributos que o gênero masculino.

Assim sendo, o presente artigo pretende responder à seguinte indagação: na incidência dos tributos, o sistema tributário brasileiro respeita os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade?

O tema se faz pertinente vez que, produtos essenciais para a vida da mulher, como por exemplo, absorventes, contraceptivos e fraldas, são considerados supérfluos e com grande carga tributária. Isto contribui com a desigualdade entre gêneros, visto que, produtos destinados somente ao uso da mulher possui valores diversos de produtos destinados aos homens.

Faz-se imprescindível compreender de que forma se dá a tributação no Estado Brasileiro e de qual maneira isso afeta a sociedade em termos de igualdade, enquanto direito constante da Carta Magna. É necessário observar se esse acontecimento contribui ainda mais para o distanciamento social entre homens e mulheres em termos econômicos, sociais, profissionais, e de caráter da vida de modo geral.

O objetivo geral é compreender a desigualdade de gênero na tributação brasileira, por meio da análise dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade, este também do Código Tributário Nacional.

Desta forma, inicialmente será analisado o sistema tributário e suas intercorrências na desigualdade entre os gêneros que dispõe a cerca das diferenças da tributação em itens semelhantes destinados a homens e as mulheres, porém com certa diferença de tributação apenas por possuírem cor e design diferente, como também a cerca dos absorventes. Na sequência as contribuições e reflexos do mercado de trabalho da mulher junto ao sistema tributário nacional que trata acerca do gênero feminino no mercado de trabalho, bem como sobre o PIS e o Imposto de Renda.

E por fim, a relação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da essencialidade com a tributação de gênero que esclarece tais princípios e demonstra sua relação com as desigualdades existentes entre os gêneros, bem como o descuido e a negligência por parte do Estado com relação as mulheres.

Assim, como fundamento de tais questões tem-se como referência doutrinária o livro Manual de Direito Tributário de Alexandre Mazza, 7ª edição/2021 e Direito Constitucional Esquemático, Pedro Lenza, 25ª edição/2021.

Para esse fim serão realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com aplicação dos métodos dedutivo e dialético.

## **2.0 SISTEMA TRIBUTÁRIO E SUAS INTERCORRÊNCIAS NA DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS**

O termo gênero foi utilizado no decorrer da história como distinção dos grupos de pessoas, baseados nas distinções sexuais, nas diferenças existentes entre homens e mulheres. Dessa forma, até hoje baseia-se as sociedades nessas diferenças existentes entre os gêneros, nos papéis exercidos e da maneira simbólica sobre quais são tratados.

No meio político, acadêmico, familiar e social, ainda se fazem distinções dos gêneros, e, desta forma, o termo gênero encontra-se bastante presente nos discursos feministas que surgiram, na busca de enfatizar as distinções sociais baseadas no sexo, os mesmos direitos dados a um grupo da sociedade e não a um todo, a participação nas decisões sociais e variações dos papéis na sociedade.

Dessa forma, há alguns anos vem sendo difundido o movimento Pink Tax ou Taxa Rosa, que se referem, também, aos tributos incidentes nos produtos rosa. O movimento parte-se dos produtos destinados ao consumo feminino, quando os mesmos são ofertados por preços mais altos em comparação com produtos direcionados ao público masculino, o que pode gerar em longo prazo mais encargos à mulher.



No Brasil, o Pink Tax é conhecido como Taxa Rosa e ocorre quando produtos femininos são ofertados com preços mais elevados que produtos idênticos/similares aos masculinos, o que muitas vezes apenas apresentam diferença de cor e design diferente, sendo produtos com as mesmas características e finalidades, apenas com públicos alvos diferentes.

Esses produtos são tributados, o que passa a representar uma prestação pecuniária compulsória e legal que muitas vezes são embutidos no valor do produto e assim possui a finalidade de arrecadar e intervir em situações sociais e econômicas. Portanto, comprar e vender são situações corriqueiras do nosso cotidiano, e por trás delas existem diversos encargos, como, por exemplo, os tributos que os consumidores finais arcam com eles.

Nesta compreensão, importante destacar, a guisa de reflexão, o inc. II, do art. 155, da Constituição Federal, o qual determina que durante as operações de circulação mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que nas operações e prestações que se iniciem no exterior, são considerados impostos estaduais. Ou seja, cada Estado tem a possibilidade para instituir impostos sobre as mercadorias em circulação.

Desta forma, é possível selecionar produtos que incidem uma carga tributária menor ou maior, como por exemplo, para os itens da cesta básica em que pode ser direcionada baixa tributação, enquanto para outros nem tanto. Para a autora Neris (2020, p.748),

[...] a tributação do ICMS em cima de produtos cosméticos chega à alíquota de 25%, enquanto o IPI está na faixa de 22 a 12%, a depender do bem em questão. São alíquotas altas para os padrões nacionais. Além disso, a justificativa é de que esses produtos cosméticos são supérfluos e, portanto, deveriam ser mais tributados pela técnica da seletividade. (NERIS, 2020, p.748)

Todavia, essa caracterização de produtos supérfluos, por ser considerado cosmético, em geral, de uso da mulher, não reflete a verdade social, o que acaba proporcionando uma alargue nas escalas de desigualdades entre o homem e a mulher.

Sobre outros aspectos, faz-se necessário destacar que no Brasil ainda existem deficiências na discussão das políticas públicas, carecendo a sociedade de maior atenção por parte do Estado. Nota-se que, parcela da população apresenta repúdio quando o assunto é o aborto. No entanto, pouco ou quase nada é discutido nas escolas sobre educação sexual, o que pode levar a mulher a vislumbrar cenários de violência,

perseguição, feminicídios e abusos, sem perspectivas de soluções; inclusive, absorvendo responsabilidades que entende culturalmente ser de sua exclusiva responsabilidade.

Assim, pode-se destacar a questão dos anticoncepcionais que possuem expressiva carga tributária sobre eles. O que apenas evidencia que a mulher para se manter precisa de muito, e às vezes não se alcança em virtude de suas baixas condições sociais. Desse modo a mesma acaba sendo responsável por se manter em um ambiente onde ainda há muita discriminação e desvalorização.

Segundo um estudo realizado pela prefeitura de Nova York (EUA) em parceria com o Departamento de Consumo de Nova York Consumer Affairs, as mulheres pagam, em média, 7% a mais nos produtos femininos em relação aos mesmos produtos destinados ao público masculino. Quando se trata de higiene pessoal chega a 12,3%. (BRITO, 2020).

Com a ampliação da discussão dessa temática, alguns Estados já buscam adotar medidas para minimizar a situação que aflige as mulheres, especialmente da classe mais necessitada. Como exemplo, o Estado do Ceará que editou o Decreto nº 34178, de 02 de agosto de 2021, isentando o ICMS nas operações internas para absorventes íntimos femininos, internos (tampões) e externos (pensos), inclusive coletores e discos menstruais, calcinhas absorventes e panos absorventes íntimos.

Sabe-se que o uso de absorventes pelas mulheres é algo intrínseco a sua natureza humana, e que ela precisa deles não por algo destinado a beleza e sim por questões de higiene. Contudo, apesar desse fato, a menstruação ainda é um tabu nos dias atuais, corroborando para a pobreza menstrual.

Para vislumbrar tal situação, a seguir tem-se parte de uma matéria publicada no site da UNICEF, por Costa (2021, p. 0-0),

No Dia Internacional da Dignidade Menstrual, celebrado nesta sexta-feira

(28), o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) lançam o relatório “Pobreza Menstrual no Brasil: desigualdade e violações de direitos”, que traça um panorama da realidade menstrual vivida por meninas brasileiras. Os resultados demonstram negligência e falta de acesso a direitos. De acordo com o estudo, 713 mil meninas vivem sem acesso a banheiro ou chuveiro em seu domicílio e faltam

a mais de 4 milhões itens mínimos de cuidados menstruais nas escolas.

Ainda segundo a matéria, consta que:

A menstruação é uma condição perfeitamente natural que deve ser mais seriamente encarada pelo poder público e as políticas de saúde. Quando não permitimos que uma menina possa passar por esse período de forma adequada, estamos violando sua dignidade. É urgente discutir meios de garantir a saúde menstrual, com a construção de políticas públicas eficazes, com a distribuição gratuita de absorventes, com uma educação abrangente para que as meninas também conheçam seu corpo e o que acontece com ele durante o ciclo menstrual. É o básico a ser feito para que ninguém fique para trás”, observa a representante do Fundo de População da ONU no Brasil.

Portanto, em suma, o citado apenas reforça o que foi dito anteriormente, refletindo o atual cenário não apenas brasileiro, mas mundial, onde se vê necessidade de maior concentração das políticas públicas destinadas às mulheres e a igualdade de gênero.

### **3.CONTRIBUIÇÕES E REFLEXOS DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER JUNTO AO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL**

O gravoso preconceito sofrido pelas mulheres nos primórdios dos tempos tem seus reflexos presentes até os dias atuais. Mesmo após a sociedade passar por grandes transformações ainda existem aqueles que defendem o modelo antigo da sociedade, época em que a mulher era responsável pelas atividades domésticas e criação dos filhos; em que as mulheres não podiam trabalhar e tinham de viver sob os sustentos do marido.

Muito se tem superado, porém, ainda existe forte preconceito sobre as atividades exercidas pelas mulheres, principalmente decorrente do fato de serem procriadoras, o que as fazem encontrar empregadores que pouco querem investir ou dar oportunidades às mulheres, por receio da aplicabilidade das garantias trabalhistas para as mulheres gestantes.

Neste prisma, existem diversos dispositivos que buscam a igualdade de gênero para que não recebam tratamento diferenciado, tal como o art. 373-A da Consolidação das Leis Trabalhistas. Este dispositivo legal contém expresso em vários subitens o respeito e igualdade, como por exemplo, é vedado considerar sexo, a idade, a cor ou situação

familiar como variável determinante para fins de remuneração (art.373-A, inc. III, CLT), ou até mesmo recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível (art.373-A, inc. II, CLT).

Porém mesmo com estes dispositivos, muitas empresas quando buscam profissionais para trabalhar acabam desqualificando mulheres com condições de gerar filhos.

Dessa forma, visando sanar essas possíveis situações o §6º, do art. 461, da CLT, dispõe que se for comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Contudo, apesar de existir varias normas que buscam a igualdade de gênero e não a discriminação, vê-se no contexto social inúmeras situações que contradizem os diplomas legais, fazendo com que seja necessária maior participação do Estado, por meio de políticas públicas para estimular os cumprimentos das normas já existentes.

A intervenção do Estado para gerir o meio social é necessária para manter a ordem social, para que não se instale o caos e a sociedade possa viver em paz. Portanto, para chegar a tais finalidades foram criadas leis e dispositivos visando regulamentar o cenário político, econômico e social.

Dessa forma, visando compreender melhor o tema aqui exposto, em se tratando das diferenças salariais Barros (2020, p.0-0) descreve,

Os homens tiveram rendimento médio mensal 28,7% maior do que das mulheres em 2019, considerando os ganhos de todos os trabalhos. Enquanto eles receberam R\$ 2.555, acima da média nacional (R\$ 2.308), elas ganharam R\$ 1.985, segundo o módulo Rendimento de Todas as Fontes, da PNAD Contínua, divulgado hoje (6) pelo IBGE. No ano passado, havia no mercado de trabalho brasileiro 92,5 milhões de pessoas ocupadas com 14 anos ou mais, uma alta de 2,6% em relação a 2018. Mais da metade da população em idade de trabalhar era formada por mulheres (52,4%), no entanto, os homens representavam 56,8% da parcela da população que efetivamente trabalhava. Parte das mulheres não podem trabalhar porque não contam com creche para deixar os filhos.

Assim, observa-se, que há um número muito elevado de mulheres que fazem jus ao abono salarial, em decorrência dos baixos salários recebido. Os homens, por sua vez, receberam R\$ 2.555 (dois mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais) por mês, no mesmo ano de 2019. Assim, sua média mensal superava em R\$ 559,00 (quinhentos e cinquenta e nove reais) o valor máximo previsto na Constituição Federal para recebimento do abono salarial.

Neste prisma, importa salientar que as mulheres correspondiam a 52,4% dos postos de trabalho no ano de 2019, mas que sua média salarial não atingia o correspondente a dois salários mínimos (R\$ 1.996,00), embora estivesse bastante próxima a esse valor (R\$ 1.985,00). Como consequência, um eventual aumento do salário das mulheres não apenas melhoraria sua situação, mas também reduziria os gastos estatais para seu custeio, já que não seria preciso pagar o abono salarial àquelas que superassem o limite de dois salários mínimos.

Isto com observação ao crescimento significativo dos beneficiários do abono, que a cada dia exigem mais recursos estatais para financiá-lo.

Dessa forma, de acordo com informações anteriores, uma possível isenção parcial ou integral, do pagamento do PIS, se comprovada salários iguais entre homens e mulheres na mesma empresa, seria algo eficiente e que poderia influenciar de forma positiva, aqui, apenas como uma forma teórica e argumentativa. Isto porque, a mencionada exoneração tributária estaria em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 14, em que a eventual redução de arrecadação seria compensada pelos atuais gastos com o abono salarial.

Seguindo o raciocínio teórico em se tratando de arrecadação por parte do Estado, é importante destacar sobre o Imposto sobre a Renda (IR).

De acordo com o art. 153, inc. III, da Constituição Federal, compete a União instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Mazza (2021, p.

1147) explica que, “a função do imposto sobre a Renda é fiscal, ou seja, meramente arrecadatória, na medida em que sua finalidade consiste na pura obtenção de recursos para custeio dos gastos gerais do Estado.”

Dessa forma, o Imposto de Renda (IR) possui sistema de alíquotas progressivas, isto é, devem ser graduadas harmoniosamente segundo a capacidade econômica do contribuinte.

“Assim, pode-se dizer, em síntese, que o fato gerador do IR é qualquer acréscimo patrimonial observado em determinado período de tempo.” (MAZZA, 2021, p.1152).

Atualmente, pela Lei nº 13.149, de 21 de julho de 2015, a tabela progressiva do Imposto sobre a Renda para pessoas físicas contempla cinco faixas distintas de tributação: para base de cálculo mensal até 1.903,98, alíquota – 0%; de 1903,99 até 2.826,65 alíquota 7,5%; de 2.826,66 até 3.751,05 alíquota 15,0%; de 3.751,06 até 4.664,68 alíquota 22,5%; acima de 4.664,688 alíquota 27,5%.

Conforme disposto, ressalta-se que o imposto sobre a renda de pessoa físicas se dá de forma progressiva enquanto que nas pessoas jurídicas é proporcional.

Ademais, Neto e Feriato (2018, p.426) apontam que,

[...] as mulheres representam, ainda hoje, menos de um terço dos cargos gerenciais que figuram no topo da hierarquia empresarial ou em algum nível de gestão. As dificuldades para o crescimento da mulher dentro da estrutura empresarial se mostram bastante evidente quando se verifica que a participação feminina se limita a apenas 5% dos cargos de CEO das empresas com capital aberto ao redor do globo.

Ou seja, visto que as mulheres representam uma porcentagem mais baixa em cargos de liderança, ou como pode-se dizer, cargos que possuem maiores valores de remuneração, enquanto os homens possuem uma maior participação em cargos de chefia, resta demonstrado que a porcentagem de homens que ganham mais que as mulheres possui um número altamente elevado.

Se tratando do imposto de renda de pessoas jurídicas, Sebrae (2019), demonstra que a conversão de empreendedores em donas de negócios é 40% mais baixa em relação aos homens, há uma desistência maior.

Para saber como está o desenvolvimento do País é necessário realizar estudos buscando dados sociais, econômicos e políticos, para tal fim existem sistemas de pesquisas que coletam esses dados. O PNAD- Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, busca informações para estudo sobre o desenvolvimento socioeconômico do País, enquanto o GEM- Global Entrepreneurship Monitor, dispendo de abrangência mundial, avalia o nível nacional da atividade empreendedora.

Dessa forma, GEM (2018 *apud* SEBRAE, 2019) e PNAD- IBGE (2018, *apud* SEBRAE, 2019) dispõe que 28 milhões de empreendedores homens 18,1 milhões se tornam donos de negócio, assim em cada 10 empreendedores 6,5 viram donos de negócios, enquanto

que 24 milhões de mulheres empreendedoras, apenas 9,3 milhões se tornam donas de negócios, assim em cada 10 empreendedoras 3,9 viram donas de negócio.

Logo, com base na lei nº 9.249/95, que trata sobre a alíquota do imposto de renda para pessoas jurídicas e que dispõe de alíquotas baixas para os maiores faturadores, resta demonstrado que devido ao número de homens empreendedores ser bem maior que o das mulheres e por conseguinte a maioria dos donos de empresas, os homens são os contribuintes com maiores rendimentos e com as mais baixas alíquotas.

Desse modo, para o contribuinte mais rico tem-se menores impactos de alíquotas do imposto de renda. De acordo com Piscitelli, Castilhos, Camara e Castro (2020, p.6):

Assim, como consequência, os 10% mais ricos do Brasil apenas são impactados na sua renda no percentual de 21% com o pagamento de tributos, enquanto os 10% mais pobres são afetados em 32%, conforme os dados do IPEA /2011, referenciado no próprio documento da Oxfam Brasil.

Para que seja compreensível a atual situação reforça entendimento de Piscitelli, *et al.* (2020, p.6-7):

Um rápido olhar para as propostas de reforma tributária em andamento no Congresso Nacional evidencia que elas apresentam um cenário preocupante: o centro do debate está voltado para a tributação do consumo, sem qualquer consideração relativa à redistribuição mais equânime da carga tributária. Ao contrário. A PEC nº 45/2019 reforça a regressividade do sistema atual pela eliminação absoluta de todo e qualquer incentivo fiscal, inclusive aqueles relacionados aos bens da cesta básica. O PL nº 3887/2020, ao aumentar a carga tributária sobre o setor de serviços, dificulta o acesso bens essenciais, como saúde e educação, reforçando também a regressividade do sistema. No que se refere à PEC nº 110/2019, suas disposições estão mais alinhadas com a mitigação da regressividade, ao menos na previsão da possibilidade de atribuição de benefícios fiscais a bens e serviços de primeira necessidade.

Dessa forma, uma tributação que seguisse os parâmetros do princípio da equidade, reconhecendo que a igualdade não é dar a todos as mesmas coisas, mas observar na medida da desigualdade medidas públicas e sociais para combater o

preconceito e dar oportunidades ao gênero feminino, apenas estaria respeitando princípios constitucionais e tributários.

Ademais, mesmo que algumas garantias celetistas proporcionem melhor colocação das mulheres no mercado de trabalho, melhorando suas rendas, as políticas públicas, também, devem estar atentas as necessidades de produtos essenciais para o gênero, incluindo, assim, as decorrentes de incentivos junto ao sistema tributário.

#### **4.A RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA ESSENCIALIDADE COM A TRIBUTAÇÃO DE GÊNEROS**

A Constituição Federal de 1988 é a base de todas as leis e normas reguladoras da sociedade brasileira, dispõe em si princípios, direitos e garantias fundamentais do indivíduo, ou seja, a partir do momento em que se está ferindo algum desses, está ferindo toda uma sociedade e seus valores.

A desigualdade de gênero está principalmente denotada na concentração masculina sobre a feminina, estruturada na concepção de espaço, lugar, status social, papéis exercidos pelo gênero masculino e feminino na sociedade, assim, cada vez que não cumpre seu papel acaba sendo marginalizada. É possível ver-se que com o crescente número de mulheres que vem alcançando altos níveis de estudos, empregos bem remunerados e altos padrões, também está crescendo o número de feminicídio e violência contra a mulher.

Dessa forma, faz-se necessário políticas públicas realmente efetivas para combater a desigualdade e discriminação, que não esteja baseada somente em leis e princípios, que ficam em abstrato, mas que também possam ser vistas na prática. Desse modo, faz-se de suma importância compreender os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da essencialidade tributária, para que assim, seja possível chegar a meios para sanar as desigualdades de gênero e contribuir para um País que respeite e lute por aquilo que está expresso em sua Lei Maior.

Analisando os efeitos do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito tributário, Costa (2021, p.129-130) analisa que,

Portanto, embora, à primeira vista, tal princípio não pareça projetar seus efeitos no âmbito tributário, dada sua condição de *sobreprincípio*, volta-se a garantia de direitos fundamentais em geral e, assim, irradia sua eficácia, também, sobre a tributação. [...] Consequência de sua aplicação, por exemplo, é a observância da



capacidade contributiva da pessoa física, quanto ao aspecto de vedação da tributação do mínimo vital.

Dessa forma, é importante a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, quando buscar-se meios para tributar de forma mais eficiente, considerando a capacidade de todos contribuintes e suas características intrínsecas a sua natureza humana, também.

A essencialidade tributária tratada aqui diz respeito ao princípio da seletividade aplicada ao âmbito tributário, essa dispõe que os produtos essenciais a sobrevivência humana possuam uma menor tributação ou incentivos fiscais, enquanto produtos considerados supérfluos possuam uma maior tributação.

“Pelo princípio da seletividade se atinge quem tem mais poder aquisitivo, na medida em que se pode tributar com mais carga produtos supérfluos, que não são essenciais à sobrevivência humana.” (BUENO, 2014, p.235).

O princípio da seletividade destaca-se nos art. 153, §3º que dispõe sobre o IPI e art. 155, §2º que trata sobre o ICMS, da Constituição Federal, portanto esses dois são seletivos por excelência.

Costa (2021, p.131) ressalta que,

O princípio da igualdade autoriza o estabelecimento de discriminações, por meio das quais se viabiliza seu atendimento, em busca da realização de justiça. Em sendo assim, tal diretriz impacta intensamente o âmbito tributário, porquanto o legislador e o aplicador da lei não devem atentar às diferenças entre os sujeitos, procedendo às necessárias discriminações na modulação das exigências fiscais.

Portanto, como já mencionado anteriormente o art. 5º, caput, da CF expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim, deve-se buscar não somente uma igualdade formal, mas principalmente uma igualdade material, isso porque imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em lei (LENZA, 2021).

A igualdade formal e material fica assim esclarecida pelas palavras de Mitidiero, Sarlert e Marinoni (2021, p.1496-1500):

A igualdade perante a lei, que corresponde à igualdade formal, habitualmente veiculada pela expressão “todos são iguais perante a

lei”, é, de acordo com Pontes de Miranda, em primeira linha destinada ao legislador, estabelecendo uma proibição de tratamentos diferenciados, o que, todavia, embora sirva para coibir desigualdades no futuro, não é suficiente para “destruir as causas” da desigualdade numa sociedade. [...] A compreensão material da igualdade, por sua vez, na terceira fase que caracteriza a evolução do princípio no âmbito do constitucionalismo moderno, passou a ser referida a um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, no sentido do que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato, embora também tais termos nem sempre sejam compreendidos da mesma forma.

Em diversos artigos da Constituição Federal, como por exemplo, art.19, inc. III e art. 226, §5º, aprofunda-se a ideia da igualdade material, é perceptível que o legislador no momento em que escrevia tais normas teve o cuidado de tentar amparar certos grupos que ao seu entender necessitavam de tratamento diferenciado, tendo em vista o histórico social de marginalização social, hipossuficiência, características ligadas a gêneros e outros aspectos.

Contudo, mesmo apesar de dispor sobre determinados tratamentos diferenciados restou-se muitas dúvidas quanto a outras necessidades. Todos os direitos adquiridos pelas mulheres demandaram tempo, luta e viabilidade para então serem aceitos. A Lei n.11.340/2006 (Lei Maria da Penha), por exemplo, precisou-se de uma mulher ser quase morta para que então se olhasse para um cenário que já se existia a muito tempo.

Ocorre que faltam meios para constatar tais discriminações na prática, pois ainda hoje é visível as diferenças salariais existentes entre homens e mulheres no exercício das mesmas funções. Outrossim, é o fato de a desigualdade não estar presente apenas entre homens e mulheres, mas também nas diferentes classes do gênero feminino.

Sucedem que, nas classes sociais mais baixas os homens ao não conseguirem sustentar a casa sozinho, a mulher ingressa no ambiente de trabalho para ajudar no sustento familiar, muitas vezes com crianças menores; e, nesse sentido, exercem uma vida dupla, a qual tem de conciliar as atividades domésticas, o cuidado com os filhos e trabalho externo.

Desse modo, Chies (2010, p.510) afirma que:

[...] a mulher nos padrões de identidade feminina definidos pela estrutura social brasileira – filha, mãe, dona de casa – assume papéis de subordinação: na casa dos pais é subordinada ao pai e depois do

casamento é subordinada ao marido. Quando trabalhadora assalariada, acumula duas jornadas de trabalho – em casa e no emprego, além disso, recebe um salário menor ao do homem para a realização das mesmas tarefas. Homens e mulheres podem ser subordinados no campo econômico pela exploração de sua força de trabalho, no entanto, a mulher é subordinada nas duas dimensões, tanto no “sistema de exploração” como no “sistema de dominação”.

Portanto, apesar das normas já existentes faz-se necessário maior proteção da mulher no mercado de trabalho, observando também as desigualdades já existentes no próprio meio. É importante a aceitação das mulheres na vida política, social e financeira, passo que colaboraria com o desenvolvimento econômico e social.

Nesse sentido as palavras de Treviso (2008, p.28) dá continuidade a explanação do assunto:

E, para que isso possa ocorrer, é necessário levar adiante um profundo debate político sobre as instituições que socializam os indivíduos, para despoja - lós dos estereótipos “masculino” e “feminino”, ainda presentes (principalmente, perante a família); precisamos aprofundar, ainda, o desenvolvimento do princípio da igualdade de oportunidades, que leva a cabo acorreta distribuição dos bens materiais e imateriais necessários para a obtenção de uma vida digna, em tempo de intervir sobre os méritos, regras e procedimentos que determinam a seleção de pessoas para funções de direção e liderança. Devemos desenvolver, ainda, a chamada “democracia paritária”, ou seja, buscar acriação de um modelo político que permita a representação igualitária e equitativa de todos aqueles que fazem parte da sociedade: os homens e as mulheres.

Desse modo, o povo deve cobrar do Estado novos espaços políticos e sociais, onde haja a participação de todos, sem qualquer distinção entre gênero, raça ou cor, onde possa ser promovidos políticos que contribuam com a redução da violência e promovam a democracia.

Nesse contexto de igualdade também prevalece o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que perpassa o tempo e espaço, simboliza valor que está impresso nas culturas e suas experiências. Assim, no sistema constitucional brasileiro esse

princípio é uma base de todo o sistema, regendo todos os direitos fundamentais ao indivíduo.

Conforme dispõe Soares (2010, p.319), “a dignidade da pessoa humana figura-se como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna”, a mesma serve de parâmetro para entendimento dos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais. Assim, esse princípio se desdobra em inúmeros outros e regras constitucionais, formando inúmeros valores e finalidades a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana é algo que está intrínseco a cada ser humano, seus valores e ao que esse entende que é fundamental a si, de certa forma, esse princípio se torna vago ao confrontar seus dois lados, pois dessa forma cada pessoa interpretaria o que é fundamental a si mesmo, e por muitas vezes apenas o princípio não delimita o que deve ser feito em determinadas situações e assim fica nas mãos, como por exemplo, de juízes decidirem por algumas questões.

Ao analisar a dignidade da pessoa humana é possível ver um valor que vai além do ser humano em si, engloba todos os direitos fundamentais, e dessa forma existem muitos indivíduos que vivem indignos na sociedade, os que passam fome, os que não possui uma oportunidade de trabalho, os que são marginalizados, e dessa forma a pobreza menstrual no Brasil também reflete essa situação.

Ao ser analisados os produtos essenciais ao ser humano, não deve ser levado em consideração apenas alimentos básicos, mas também os de higiene pessoal e aqueles decorrentes desses que viabilizam escolhas e cuidados íntimos com o próprio corpo, como os absorventes, anticoncepcionais e aqueles destinados a manutenção da reprodução, como exemplo as fraldas.

Dessa forma, ao elencar preceitos básicos da dignidade tem-se que enxergar a realidade e não apenas algo em abstrato ou uma utopia, quais são as reais necessidades da sociedade, quais os grupos mais marginalizados, qual o gênero precisa mais de amparo e várias outras questões inerentes aos direitos fundamentais e o mínimo existencial.

Portanto, para que isso também ocorra de forma efetiva tem-se de considerar todos os tributos e de qual modo esses influenciam diretamente na vida das pessoas. Segundo Mazza (2021, p.64), “o sistema tributário deve permitir ao governo arrecadar a receita necessária e, ao mesmo tempo, atingir objetivos distributivos, com a menor perda possível de eficiência econômica.”

No que permeia o sistema tributário o mesmo é regido por princípios que direcionam as normas estabelecidas nele. Nesse âmbito, consoante disposto no art.5º da CF, todos tem direito a um tratamento idêntico pela lei, observando cada um a medida da sua desigualdade, dessa forma, foi disposta no art. 150, II, da Constituição Federal, que é vedado a União, Estados e Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Assim, esse princípio da igualdade perante a lei tributaria faz com que todos aqueles que estejam em situação equivalente sejam todos atingidos pelas normas e não apenas alguns contribuintes. Dessa forma, todos serão atingidos pelos tributos estabelecidos em lei de acordo com sua capacidade contributiva.

A capacidade contributiva está elencada no §1º do artigo 145, da Constituição Federal, essa foi uma forma que o legislador encontrou para limitar, adaptar a tributação a cada contribuinte, de tal forma que cada um possa contribuir de acordo com sua capacidade financeira. Desse jeito, poderá alcançar os que dispõe de maior patrimônio e não ser excessivas aos que menos tem.

Nesse sentido, a capacidade contributiva do indivíduo começaria a partir do momento que resguardado o mínimo existencial o mesmo pudesse colaborar para manutenção do Estado. Neste aspecto, ensina Rosane Beatriz Danilevicz:

Porém, é sabido que o princípio da capacidade contributiva melhor se aplica aos impostos diretos. Nos impostos indiretos, a capacidade contributiva nem sempre acontece, uma vez que a carga econômica do imposto não é suportada pelo produtor, industrial ou comerciante que realiza a operação, mas pelo consumidor final, cuja mensuração da capacidade econômica é difícil. Isso ocorre por não ser possível, antecipadamente, conhecer quem será e quais as condições econômicas do destinatário final do produto, mercadoria ou serviço. (DANILEVICZ, 2009, p.237).

Nesse contexto, vale destacar o mínimo existencial, esse se refere aos direitos fundamentais básicos, como também interligado com o princípio da dignidade da pessoa humana que a própria Lei Maior elenca para que a pessoa possa ter uma vida digna, como saúde, alimentação, vestuário, educação, entre outras que atendam às necessidades básicas familiar e individual. Desse modo, ao se tratar da capacidade contributiva do contribuinte, entende-se que apenas a parcela extra excedente ao mínimo existencial teria de ser levada em conta para tributar.

Por isso, para que um indivíduo sendo livre possa alcançar a plenitude advinha da Carta Magna é indispensável a atenção aos requisitos que contribuam para isso, diante disso o mínimo existencial deve ser observado tanto na tributação dos impostos diretos e indiretos.

A fim de que possa se ter uma melhor compreensão acerca dos impostos diretos e indiretos, Costa (2021, p. 252) explana:

Assim, imposto direto é aquele em que o contribuinte absorve o impacto econômico da exigência fiscal, como ocorre no Imposto sobre a Renda, por exemplo. Já no imposto indireto observa-se o fenômeno da repercussão tributária ou translação econômica do tributo, segundo o qual o contribuinte de direito não é aquele que absorve o impacto econômico da imposição tributária, pois o repassa ao contribuinte de fato, o consumidor final. Ilustram a hipótese o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS.

Para que possa ser observada a graduação da incidência tributária nos impostos indiretos faz-se essencial o princípio da seletividade, esse princípio faz com que o legislador escalone a incidência tributária sobre os produtos, mercadorias ou serviços de acordo com sua essencialidade.

Os produtos considerados essenciais, por exemplo, recebem uma baixa tributação e aqueles considerados supérfluos, portanto, recebem uma alta tributação. Nesse sentido a essencialidade serve para manutenção do mínimo existencial e também da dignidade da pessoa humana. Essa diferenciação de essências e supérfluos serve para entender aquilo que é necessário ou não.

Entretanto, distinguir aquilo que é essencial ou não, não é uma tarefa muito fácil tendo em vista que a Constituição Federal não traz expressamente quais produtos, mercadorias ou serviços devem ser considerados essências. Porém, ao se fazer uma interpretação do dispositivo constitucional pode-se constatar que a saúde, alimentação, moradia, vestuário, trabalho, cultura, lazer, cuidados de higiene, energia elétrica e entre outros podem ser considerados de necessidade indispensáveis.

Dessa forma, ao muitas vezes elencar apenas os produtos da cesta básica como produtos essenciais faz com que não sejam atendidas todas as necessidades básicas da população. Desse modo, em se tratando dos impostos indiretos vale constatar que tanto os menos favorecidos quanto os mais favorecidos pagaram uma mesma tributação nos produtos, mercadorias e serviços considerados essenciais e com baixa ou nenhuma

tributação, nessa mesma linha, tanto os indivíduos menos favorecidos quanto aqueles que dispõem de uma renda maior arcará com o mesmo ônus tributário incidente nos que são considerados supérfluos.

“A realidade revela que o imposto incidente sobre o consumo tem efeito regressivo, isto é, quem possui menor poder aquisitivo, proporcionalmente à sua renda, termina por pagar mais imposto do que aquele com maior poder aquisitivo.” (DANILEVICZ, 2009, p.242).

Desse modo, deve-se atentar-se em uma totalidade se os produtos que realmente se constituem indispensáveis às necessidades humanas estão recebendo o encargo tributário correto, tendo em vista que a essencialidade tem sido tratada restrita apenas aos bens e serviços de primeira necessidade, e no que muito se refere a um número bem restritivo de itens, portanto carece que seja ampliado tal conceito de modo que viabilize a sobrevivência com um mínimo de dignidade.

Para que isso ocorra a caracterização da essencialidade deve ser baseada juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo uma análise de todos direitos, garantias e princípios fundamentais elencados pela Carta Magna para que se faça jus ao verdadeiro significado de uma vida digna, algo que vai muito além de apenas a sobrevivência, tem-se também que a caracterização de produtos essenciais tem sua variação no tempo, o que é hoje pode não ser amanhã e vice versa, portanto de tempos em tempos deve-se ser feita uma análise da condição social para que possa trazer melhorias.

Nesse contexto, atualmente, produtos como absorventes, anticoncepcionais, produtos relacionados à maternidade de modo geral, produtos de higiene pessoal, considerados como cosméticos, materiais escolares, como também serviços de energia elétrica, combustíveis, entre outros, devem sofrer uma tributação mais equilibrada ou até mesmo nenhuma, em razão do seu elevado nível de essencialidade.

Atualmente, no dia 07 de outubro 2021 foi publicada a Lei 14.214, de 6 de outubro de 2021, que instituiu o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual que determinou que as cestas básicas entregues no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar deverão conter como item essencial o absorvente higiênico feminino, no entanto, o chefe do poder executivo vetou a previsão da distribuição gratuita desses às estudantes de baixa renda e mulheres em situação de rua, a qual era a principal medida determinada pelo programa.

Em face deste ato, vê-se que os direitos adquiridos pelas mulheres se constituem de pequenos e vagarosos passos, os quais devem, no cenário atual, de mudanças mais eficientes e fugaz.

Diante de todo o exposto, vale ressaltar as propostas de alteração a legislação tributária, de acordo com Piscitelli *et al* (2020, p.8-17),

Concessão de isenção de PIS/COFINS e IPI sobre absorventes íntimos femininos e assemelhados (calcinhas absorventes e coletores menstruais) e fraldas higiênicas infantil e adulto, além da inclusão, no Anexo I - Produtos Integrantes da Cesta Básica, do PL 3887/2020, concessão de isenção de

PIS/COFINS e IPI sobreanticoncepcionais, além da inclusão, no Anexo I - Produtos Integrantes da Cesta Básica, do PL 3887/2020, Manutenção da desoneração dos itens da cesta básica,Assegurar a isenção de PIS/COFINS e IPI sobre medicamentos utilizados em reposição hormonal por conta da menopausa, e na redesignação sexual, além da previsão de isenção no PL 3887/2020, que cria a CBS, contribuição sobre bens e serviços, de competência da União.

Portanto, com certas reformas no sistema tributário nacional e com políticas públicas adequadas, tendo por base o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da essencialidade, as mulheres brasileiras poderão ter uma vida mais digna, tendo acesso aos itens de higiene básicos.

## **2 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto no presente artigo, nota-se que os princípios são fundamentais para devida compreensão do que se está disposto na Constituição Federal, como também das outras normas norteadoras da sociedade. Esses possuem uma história interligada com as origens históricas e culturais da sociedade. Possuem valores intrínsecos ao indivíduo.

Desse modo, para que haja uma igualdade efetiva de gêneros é preciso que se faça por meio de princípios, mudanças na tributação com auxílio de políticas públicas eficientes, visando estabelecer medidas de forma a combater a desigualdade de gênero no país, desde os itens de necessidade básica quanto a uma isonomia no âmbito do trabalho e de renda.

Como observado a atual tributação não coopera com os menos favorecidos ou aquelas que precisam de maior apoio por parte do Estado, essas de certa formar acabam por arcar com um maior ônus tributário.



Assim, se faz imprescindível que a tributação reflita sobre a real situação da sociedade brasileira, utilizando-se dos princípios da dignidade da pessoa humana através da essencialidade dos produtos indispensáveis, para disponibilizar uma vida digna a todos; bem como para amparar as mulheres, com a implantação de políticas públicas eficientes, maiores oportunidades de trabalho, renda igual ao gênero masculino, tudo com vista à igualdade de gênero.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 07/10/2021.

BRASIL. **Decreto- Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 07/10/2021

BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm). Acesso em: 07/10/2021.

BRASIL. **Lei n.11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 07/10/2021.

BRASIL. **Lei n.13.149, de 21 de julho de 2015**. Dispõe sobre valores da mensal do IRPF. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13149.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13149.htm)

BRITO, Máira Konrad de. Tax women: a desigualdade de gênero na tributação.

**JOTA**. São Paulo, p. 0-0. 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/women-in-tax-brazil/tax-women-a-desigualdade-de-genero-na-tributacao-20032020>. Acesso em: 14/10/2021.

BUENO, Júlio Anderson Alves. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

COSTA, Elias. No Brasil, milhões de meninas carecem de infraestrutura e itens básicos para cuidados menstruais. **UNICEF**, Brasília, 2021. não paginado. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/no-brasil-milhoes-demeninas-carecem-de-infraestrutura-e-itens-basicos-para-cuidados-menstruais>. Acesso em: 14/10/2021.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

DANILEVICZ, Rosane Beatriz J. O princípio da Essencialidade na Tributação. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n.3, p.229-245, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://fesdt.org.br/docs/revistas/3/artigos/13.pdf>. Acesso em: 07/10/2021.

FALEIROS, Eva. Violência de gênero. **Violência**, Rio de Janeiro p. 61-62, 2007. ISBN 978-85-7511-107-9. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3936438/violencia-genero.pdf>. Acesso em: 06/10/2021.

FEDERAL, Caixa Econômica. **Pis- Programa Integração Social**. 2020. não paginado. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/beneficiostrabalhador/pis/Paginas/default.aspx/DVWA>. Acesso em: 26/09/2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

NERIS, Brenda Borba dos Santos. Políticas Fiscais e Desigualdade de Gênero: análise da tributação incidente nos absorventes femininos. **Revista Fides**, Natal, v.11, n.2, ago./dez.2020. Disponível em: <https://academic.microsoft.com/paper/3132579899/related>. Acesso em: 26/09/2021.

NETO, Orlando Fernandes Dias; FERIATO, Juliana Marteli Fais. A Tributação como Instrumento para Promoção da Igualdade de Gênero no Mercado de Trabalho.

**Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol.6, no. 2, 2018, p.

420-444. Disponível em: file:///C:/Users/Denise/AppData/Local/Temp/504-1634-1-PB-1.pdf. Acesso em: 14/10/2021

PISTELLI, Tathiane *et al.* Reforma Tributária e Desigualdade de Gênero. **Fundação Getúlio Vargas Direito**, São Paulo, nov. 2020. Disponível em: [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/reforma\\_e\\_genero\\_\\_sumario\\_executivo.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/reforma_e_genero__sumario_executivo.pdf). Acesso em: 07/10/2021.

PUGLIESI, Fabio et al. Tributação e Igualdade de gênero: um olhar sobre os direitos humanos. **Revista Direito UFMS**, v. 2, n. 1, 2017. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/242>.

SEBRAE. **Empreendedorismo Feminino no Brasil**. Março. 2019. Disponível em: [https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/GO/Sebrae%20de%20A%200a%20Z/Empreendedorismo%20Feminino%20no%20Brasil%202019\\_v5.pdf](https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/GO/Sebrae%20de%20A%200a%20Z/Empreendedorismo%20Feminino%20no%20Brasil%202019_v5.pdf). Acesso em: 14/10/2021

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. A discriminação de gênero e a proteção à mulher. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 28-29, jun. 2008. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27308>. Acesso em: 07/10/2021.

UNIÃO, Diário Oficial. **Lei n.14.214, de 6 de outubro de 2021**. Institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual; e altera a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Diário Oficial da União: Brasília, DF, edição: 191, seção: 1, página: 3, 6 outubro 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n14.214-de-6-de-outubro-de-2021-350926301>. Acesso em: 07/10/2021.

---

[1] Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins(FCJP).

## **CRIME DE ABANDONO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA NEGLIGÊNCIA A POPULAÇÃO DE ANIMAIS DE RUA EM MANAUS**

**NATHÁLIA DUARTE DIAS:**  
Bacharel em Direito<sup>58</sup>

**RESUMO:** Os animais são dotados de proteção jurídica, e por este motivo, objeto juridicamente tutelado de alguns crimes, sendo protegidos pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988. O artigo 164 do Código Penal, caracteriza a conduta do abandono em terreno alheio causando prejuízo ao proprietário, e mais voltado ao bem estar dos animais, o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/1998), pune com detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano quem pratica maus tratos contra animais. Se caracterizando como uma forma de maus tratos, o abandono se enquadra neste tipo penal. Portanto, o objetivo geral deste artigo é apresentar os efeitos penais que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, bem como, mostrar o contexto social do abandono na cidade de Manaus. Por fim, expor ainda a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores e projetos de lei em andamento que tem como medida frear esta problemática que afeta não exclusivamente os animais domésticos que são abandonados, como também, a população que se expõe a doenças que estes podem transmitir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Animais. Crimes. Abandono. Manaus.

**ABSTRACT:** Animals are endowed with legal protection, and for this reason, they are legally protected object of some crimes, being protected by article 225 of the Federal Constitution of 1988. Article 164 of the Penal Code characterizes the conduct of abandonment on foreign land causing damage to the owner, and more focused on the welfare of animals, article 32 of the Environmental Crimes Law (Law n. 9.605/1998), punishes with detention from 3 (three) months to 1 (one) year those who practice mistreatment of animals. Characterized as a form of ill-treatment, abandonment falls under this penal type. Therefore, the general objective of this article is to present the criminal effects that the Brazilian legal system provides, as well as to show the social context of abandonment in the city of Manaus. Finally, also expose the doctrine and jurisprudence of the higher courts and ongoing bills of law that have as a measure to curb this problem that affects not only the domestic animals that are abandoned, but also the population that is exposed to diseases that they can to transmit.

**KEYWORDS:** Animals. Crimes. Abandonment. Manaus.

---

58 E-mail: [nathalia7dias@gmail.com](mailto:nathalia7dias@gmail.com)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Animal para o Direito Penal. 3. Abandono de Animais domésticos; 3.1 Causas do abandono de animais domésticos; 3.2 Impacto do abandono de animais domésticos a saúde pública; 3.3 Ações no combate ao abandono de animais domésticos; 4. Aplicações penais na legislação brasileira; 4.1 Jurisprudência acerca do abandono de animal doméstico; 4.2 Projetos de Lei; 5. Conclusão; 6. Referências.

## **1.INTRODUÇÃO**

A sociedade divide espaço no meio ambiente com os animais, sendo vários destes em residências manauaras, como animais domésticos. Recebendo cuidado e afeto, existem aqueles que são considerados como se fossem indivíduos da família, e o empenho para com o animal são tantos que o mercado pet cresce a cada ano que se passa.

Os animais estão protegidos pela legislação e, para uma parte da população, merecem ter os mesmos tratamentos disponíveis ao demais seres vivos. Situações de maus tratos, quando noticiados, geram sentimento de revolta nos defensores dos direitos dos animais, que exigem a aplicação de sanções penais mais severas para esses casos.

O direito penal brasileiro dispõe de princípios fundamentais, os quais dois deles, o da legalidade e da reserva legal fazem parte, regulamentando que somente será considerado crime a conduta anterior prevista na lei, com uma sanção antecipadamente indicada. No momento, a legislação penal obtém alguns mecanismos que punem práticas de maus tratos e abandono aos animais, sendo os objetos deste artigo, que irá discorrer sobre as aplicações penais do abandono de animais e seu contexto social.

Por mais que existam efeitos penais a séculos no Brasil, são frequentes os questionamentos acerca da eficácia da lei. Neste sentido, o artigo aborda os mecanismos que protegem os animais no Brasil e em que se define e caracteriza o ato do abandono de um animal. Destaca ainda as causas, as consequências geradas e a atual situação do abandono de animais domésticos na cidade de Manaus. Por fim, a jurisprudência acerca do assunto e Projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional e na Câmara Municipal da cidade, apresentando ainda as medidas de solução para este problema social e ecológico.

## **2.ANIMAL PARA O DIREITO PENAL**

A primeira legislação penal de âmbito nacional que tratou sobre os animais, foi o Decreto nº 24.645/1934, dentro do governo de Getúlio Vargas, possuindo 19 artigos contendo medidas específicas de proteção aos animais. O conceito jurídico de animal pode ser notado no texto legal do artigo 17, que o definia para fins de medida de

proteção, a palavra animal todo ser irracional, possuindo dois ou quatro pés, selvagem ou doméstico, exceto os daninhos (BRASIL, 1934).

Neto (2017, p.53), discorre que analisando estruturalmente este dispositivo, podemos notar que o conceito utilizado não está reduzido a uma extensão jurídica, mas, sim, no campo das ciências biológicas (quadrupede ou bípede), bem como, filosófico quando há menção do critério de "irracionalidade". Ao conceituar animal, conclui-se que, apesar de os animais não apresentarem o mesmo complemento de habilidades intelectuais do ser humano, notamos que eles dispõem da capacidade de sentir emoções.

Neste pensamento, Duarte (1944, p.573) dispôs que a lei define animal um ser dotado de alma e de vida. O autor ainda destaca que o homem é um animal, e o mais perfeito da criação, complementando que o animal a que se refere a lei, é o irracional, aquele que não tem alma, nem inteligência, apenas o instinto, mas, é um ser animado, que tem emoção e sofre.

Na visão de Nunes Júnior (2019, p. 865), apesar de o STF ter reconhecido o status de coisas aos animais, ainda se ponderou que os animais de companhia são seres que possuem natureza especial, como viventes que tem a capacidade de sentir, dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais e que também devem ter o seu bem estar considerado.

Reale (1994, p. 514) definia que o direito é fato, valor e norma, havendo apenas uma variação do ângulo, sendo assim, há uma correlação direta entre elas. Tal teoria foi denominada tridimensional ou trivalente. Para interpretar e aplicar uma norma ou regra, os juristas devem pensar que fato, valor e norma existem em conjunto.

Começou-se a afirmar que existe o direito dos animais a partir da teoria tridimensional, e para se concluir isto, somente é necessário observar que deve haver um fato, podendo citar o abandono, que se tipifica na legislação como maus tratos, um valor, como a solidificação da ideia da justiça, e uma norma, como a Lei de Crimes Ambientais.

Ao tratar do reconhecimento dos direitos dos animais, Zaffaroni (2017, p. 59), afirmou que embora o animal tenha menor discernimento do que o ser humano, inegável que existam humanos sem inteligência ou com inteligência inferior do que a do animal, e nada autoriza a tratar os animais com crueldade.

No âmbito do direito público, os animais encontram resguardo em normas que nos mostram que pertencem ao meio ambiente e que, muito embora sejam objetos de propriedade, são tutelados pelo Estado. Com normas administrativas e penais sobre o assunto, tem seus direitos indisponíveis, não podendo esses serem diminuídos ou divididos em favor de uma outra esfera.

Em alcance internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, sendo o Brasil assinante desde o ano de 1978, se tem disposto especificamente sobre a proteção dos animais e a vedação de atitudes como o abandono:

“ARTIGO 2:

- a) Cada animal tem direito ao respeito.
- b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.
- c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

ARTIGO 3:

- a) Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis.
- b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia

[..]

ARTIGO 6:

- a) Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural
- b) O abandono de um animal é um ato cruel e degradante.”  
(UNESCO, 1978).

### **3.ABANDONO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS**

O animal é um ser senciente, como já definido, dispõe de sensações como prazer, alegria, tristeza, saudade, ansiedade, dor, dentre outros sentimentos. Como é notado, para muitas pessoas o animal doméstico é um ser especial, em alguns casos é até considerado um membro da instituição familiar. Ele pode ajudar em várias situações, chegando a despertar em alguns tutores o sentimento de amor.

A relação do homem com animais de estimação vem de cerca de 10 mil anos atrás, quando cães e gatos começaram a ser domesticados. A importância dos animais tornou-se notória nos mais variados aspectos da vida dos seres humanos, como físicos e emocionais. Contudo, essa relação sempre foi norteada pela ideia de domínio.

Armstrong (2008) destaca que, acostumado com a proposta de exploração da natureza e dos próprios animais, o homem age, em determinadas situações, com irresponsabilidade no que se atribui aos cuidados com animais domésticos. O abandono é um problema que afeta cada vez mais os centros urbanos ao redor do mundo, e com o agravamento da crise sanitária da COVID-19, os casos e a falta de interesse com a situação de animais de rua não parou de aumentar.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil possui mais de 30 milhões de animais abandonados, incluindo aproximadamente 20 milhões de cães e 10 milhões de gatos. Nas grandes cidades, há um cachorro para cada cinco moradores, sendo 10% deles abandonados.

O ato de abandonar um animal atinge todos os princípios básicos da guarda responsável, conceito que se constitui em um conjunto de medidas para o tratamento adequado dos animais de companhia. Isso inclui oferecer acomodação em espaço limpo e confortável, vacinação anual, alimentação adequada e que o animal nunca fique desabrigado ou desassistido, bem como, assistência médica veterinária periódica sempre que o ele assim necessitar.

Outro problema evidenciado com o abandono, é a redução da expectativa de vida do animal, que pode ser medida pelos seus cuidados e peso. Um cão limpo pesando 10 kg pode viver até 20 anos, de 10 kg a 25 kg, a idade média é de 14 anos, com mais de 25 kg é estimado 12 anos. Para cães de rua, a expectativa de vida é geralmente a metade de um cão com um lar.

As consequências dessa exposição de cães e gatos à situação de rua incentivaram o começo da campanha “Dezembro Verde”, que tem obtido apoio de diferentes tipos de instituições e torna o último mês do ano um período de educação e conscientização sobre a guarda responsável dos animais domésticos.

### **3.1 Causas do abandono de animais domésticos**

A Delegacia Especializada em Crimes contra o Meio Ambiente (DEMA), registrou um aumento no número de casos de abandono de animais domésticos em Manaus no decorrer da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Segundo a Polícia Civil, a média mensal varia de dez a 15 denúncias e, no mês de março de 2020, foram registradas um total de 50.



Apesar de termos uma lei federal recente sobre abandono e maus tratos de animais, que aumentou a pena de detenção para o crime, muitas pessoas ainda tem a ideia de que cães e gatos são como brinquedos, que você escolhe ter e, depois, desiste facilmente sem ter responsabilidade sobre ele.

O abandono vem como consequência de diversos motivos como: o acometimento de doenças, a velhice, o nascimento indesejado de filhotes, o crescimento do animal para um porte indesejado, viagem ou mudança de residência, etc. (NATALINO, 2016).

Ter animais de estimação sempre foi uma tradição para a população manauara, os encontrados hoje nas ruas provavelmente nasceram com um lar, mas acabaram sendo abandonados por vários fatores, entre eles, econômicos, problemas de adaptação, falta de interesse pelo animal ou do controle de natalidade.

O abandono muitas vezes ocorre também pela falta de conhecimento do responsável quanto aos cuidados indispensáveis para com o animal, como alimentá-lo, ter o espaço e a atenção às necessidades psicológicas e fisiológicas do mesmo, o que consome um certo planejamento, que quando não realizado antecipadamente e de maneira adequada pelo tutor, uma das alternativas é o “descarte” do animal.

Silva (2018), destaca que mesmo antes do período de isolamento social, ONGs e protetores de animais já não conseguiam abrigar todos os que foram deixados nas ruas da cidade. Antes e durante a COVID-19, um fenômeno comum pode ter exacerbado 70% do abandono de animais domésticos: a adoção impulsiva. Após essa iniciativa, diante do sofrimento causado pela pandemia, em tempos de escassez, fragilidade, incerteza e solidão, muitas pessoas se surpreendem com as responsabilidades de possuir um animal doméstico.

A maioria destes decidiu que não havia mais espaço para acomodar animais adotados em suas casas e vidas, e a taxa de abandono aumentou de maneira drástica. Animais comprados em canis ou em criadores raramente são abandonados, quando o dono desiste de cuidar do animal, ele costuma ser doado a interessados, ou revendido em alguns casos por serem de raça.

Os animais sem qualquer característica física que seja definida atraente para os possíveis adotantes e os sem raça, formam a grande quantidade dos largados à própria sorte nas ruas da capital amazonense. Segundo a Ampara Animal, cachorros com pelo preto, curto, de porte médio e sem raça definida, os famosos vira-latas, são os mais preteridos na hora da adoção (AZEVEDO, 2020).

### **3.2 Impacto do abandono de animais domésticos a saúde pública**

Os casos de abandono de animais constituem em um enorme problema, prejudicando não somente o bem estar animal, mas também a economia e a ecologia. Como já mencionado, enquanto existem animais que são amados por seus tutores, outros animais são considerados inúteis por seus donos. Eles podem sofrer com parasitas, doenças, fome, desnutrição e envenenamento, dentre outras formas de abuso em decorrência do abandono.

O abandono é uma realidade comum no dia a dia das ONGs em Manaus, os descartes acontecem em estradas, praças, feiras e portas de pet shops, existem casos de indivíduos que internam animais doentes e não voltam mais. É um problema que atinge a população em generalidade, porque além de dificultar a qualidade de vida do animal, a comunidade igualmente acaba ficando exposta ao risco.

Pode se caracterizar o abandono como uma questão de saúde pública, considerando que inúmeros animais que andam pelas ruas sem vacinação ou qualquer controle populacional podem se infectar com doenças e, assim, espalha-las para nós, humanos. Os cães abandonados podem estar portando doenças fatais, como a doença transmitida quando um animal inala ou ingere as fezes de outro cão adoentado, a parvovirose, e a cinomose, que atinge na maioria dos casos os filhotes, sendo transmitida pelo ar contaminado ou contato direto com animais infectados.

Para os humanos, os animais ainda podem transmitir doenças como sarna, micose e brucelose, em casos mais graves, essas enfermidades podem afetar órgãos importantes como o coração e o sistema digestivo. A mais preocupante dessas doenças é a leishmaniose, que causa tumores e úlceras na área do aparelho respiratório.

Dados divulgados por organizações de defesas não governamentais destacam que mais 300 mil animais domésticos estão abandonados pelas ruas da capital. A prática de deixar animais em feiras se tornou frequente, eles são deixados em caixas e sacolas, em grande maioria, ainda filhotes. A presença de animais de rua nas feiras mobiliza que os comerciantes atentem a maiores cuidados com os alimentos vendidos, tendo gatos e cães invadindo constantemente os boxes.

Nas feiras do Centro da cidade, a situação se agrava ainda mais, na Feira da Manaus Moderna, a permanência de filhotes que acabaram de ser abandonados tem se tornado cada vez mais natural. Muitos abandonam nas proximidades porque deduzem que os animais terão oportunidade de obter comida nas mediações da feira.

### **3.3 Ações no combate ao abandono de animais domésticos**

Constata-se que o número de cães e gatos nas ruas ou em abrigos na cidade de Manaus é maior que a velocidade com que acontecem as adoções, tendo em vista que os

lares temporários e abrigos estão constantemente acima da capacidade de alojamento ou no limite. Iniciativas tem sido elaboradas como prevenção ao abandono dos animais, dentre elas, a educação da população sobre as obrigações para com o novo membro da casa, promovendo a posse responsável, consistindo em conscientizar os possíveis adotantes quanto a tudo que envolve a adoção, para que seja tomada uma decisão com segurança.

A educação nivelada a informação é um bom instrumento para amenizar o abandono de animais em lugares públicos ou propriedade privada, esta conscientização pode começar nas escolas e em propagandas na mídia, afinal, o Estado é responsável também pelos animais de companhia, não apenas os tutores, é preciso uma reeducação sobre os cuidados em se ter um animal de estimação. (NASCIMENTO, 2019).

Os cuidados com um animal doméstico que envolvem a posse responsável, não são somente voltados a higiene e alimentação. Para evitar o abandono, é importante considerar todos os aspectos da vida do animal, o espaço onde vão conviver, os medicamentos utilizados para prevenir e tratar problemas de saúde, a realização de atividades que promovam o bem estar geral, o abrigo da chuva e do sol em excesso, e também, carinho e afeto pelo ser.

Outra iniciativa necessária no combate ao abandono de animais é a castração. Várias fêmeas são jogadas na rua quando ficam prenhas e o responsável não quer, ou não pode, arcar com os valores envolvidos nos cuidados com os filhotes. Sendo um procedimento totalmente seguro para o animal, a castração evita diversas doenças no aparelho reprodutivo que podem se tornar fatais, assim como, reproduções que não são programadas.

De acordo com a Lei Federal 9.605/98, a mencionada Lei dos Crimes Ambientais, que incluem animais domésticos, dentre eles cães e gatos, é crime desamparar animais. Em Manaus, indivíduos que cometem maus tratos que resultem na morte de animais são multados em 39 UFMs (Unidades Fiscais do Município), que atualmente correspondem a R\$ 4,1 mil. Em casos de abandono, a multa aplicada aos responsáveis aplica-se no valor de R\$ 2,5 mil (29 UFMs), seguindo o disposto na Lei nº 160/2018.

A Secretaria Municipal de Saúde, trabalha somente com o Centro de Controle de Zoonoses. A principal função dele é a castração cirúrgica animal, vacinação antirrábica e microchipagem que se realiza com o agendamento de forma online, e eutanásia para animais em sofrimento ou com doenças de risco à saúde pública.

O animal recebe uma numeração que contém o nome do seu tutor, CPF e o endereço, assim, se obtém um controle de quantos estão nas ruas. Para os responsáveis

pelo Centro, a conduta irresponsável do abandono pode ser evitada com leis mais eficazes e severas. Importante ressaltar que somente animais de interesse epidemiológico, os que estão com suspeitas de doenças, são retirados das ruas.

#### **4.APLICAÇÕES PENAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Abandonar animais é crime de acordo com a nova Lei Federal nº 14.064/20, que alterou a Lei nº 9.605/1998, aumentando a pena de detenção em até 5 (cinco) anos para crimes de maus tratos a cães e gatos. O abandono se classifica como uma forma de maus tratos, sendo aplicada a referida lei para tal conduta. O artigo 32 do dispositivo citado dispõe que:

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal” (BRASIL,1998).

A Lei nº. 14.064/20, incluiu no artigo o parágrafo 1ª-A, aumentando a pena de maus tratos quando os vitimados são animais domésticos. Sendo assim, o indivíduo que abandona um animal deverá ser processado pelo previsto na Lei de Crimes Ambientais.

O Código Penal ainda discorre sobre a conduta de abandono em propriedade alheia, dispondo:

“Art. 164 – Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa” (BRASIL, 1940).

No entanto, esse tipo penal acaba por não se enquadrar em muitas situações de abandono, haja vista que se destina a responsabilizar mais em efeito do agravo causado ao proprietário do lugar em que o animal foi deixado, do que precisamente ao prejuízo causado ao ser vivo (CANAL CIENCIAS CRIMINAIS, 2019).

O jurista Manoel Franklin Fonseca Carneiro, leciona que entre as práticas de maus tratos, se enquadram os casos de abandono de animais:

“Uma das formas mais comuns e cruéis de crime de maus tratos contra animais consiste no abandono daqueles seres vulneráveis em locais ermos, muitas vezes amarrados, amordaçados e às vezes até enterrados vivos, e equivocadamente têm surgido comparações com a pena do crime de abandono de incapaz, e ainda na sua forma simples, esquecendo-se as formas qualificadas de resultado lesão corporal grave e morte, ficando desde já esclarecido que condutas que tais, se praticadas contra humanos, atrairiam a incidência do crime de homicídio pelo menos duplamente qualificado, por emprego de meio insidioso e cruel e recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima (Código Penal, artigo 121, §2º, incisos III e IV), cuja pena máxima é de 30 anos de reclusão, portanto bem superior à pena máxima do mesmo crime cometido contra animal, que, mesmo com a causa de aumento de pena pelo resultado morte, seria de apenas seis anos e oito meses” (CARNEIRO, 2021).

Com base nos dispositivos mencionados, existem correntes que justificam a importância de se fortalecer as leis referentes a proteção de animais no Brasil em meio ao descaso sobre o assunto. No Congresso Nacional, projetos de lei estão em tramite tendo como objetivo a majoração da punibilidade dos indivíduos que praticam o abandono.

#### **4.1 Jurisprudência acerca do abandono de animais**

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, condenou recentemente um acusado que abandonou o seu cão na porta de um bar, com as patas traseiras quebradas, e com lesões infestadas de parasitas no ânus e pênis, para a prova da ocorrência, foi destacada as provas testemunhais e também periciais:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. MAUS TRATOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E

MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. TIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Cuida-se de Apelação Criminal interposta contra sentença que condenou o recorrente pela prática do crime previsto no art. 32, caput, da Lei 9.605/98, à pena definitiva de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, fixados à razão legal mínima. 2. O recorrente pugna por sua absolvição do crime de maus tratos de animais, ao argumento de não ter sido suficientemente demonstrado ser o responsável pelas lesões sofridas pelo animal ou seu abandono. Contudo, a autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas. Com efeito, as testemunhas Ana Paula e Tatiana (ID16234860) foram uníssonas no sentido de que o autor abandonou o cachorro na porta de um bar, com as patas traseiras quebradas, e com lesões infestadas de parasitas no ânus e pênis do animal. A primeira testemunha esclareceu que não foi a primeira vez em que socorreu animais vítimas de maus tratos praticados pelo acusado. Revelou, ainda, que o cachorro foi encontrado em estado grave, tendo sido realizado procedimento cirúrgico para evitar seu óbito. 3. A dosimetria, tampouco merece censura, haja vista ter sido aplicada no mínimo legal para a espécie, considerando a presença da agravante da reincidência (ID14174119), que foi compensada com a atenuante prevista no art. 14, I, da Lei 9.605/98, culminando em uma pena final de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, fixados à menor razão legal. 4. RECURSO CONHECIDO e NÃO PROVIDO. Sentença mantida, por seus próprios fundamentos. 5. A ementa servirá de acórdão, conforme artigo 82, § 5º, da Lei 9.099/95. (TJ-DF 00017353920188070011 DF 0001735-39.2018.8.07.0011, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Data de Julgamento: 14/08/2020, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 16/09/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

#### 4.2 Projetos de lei

O Projeto de Lei nº. 122/2021 dispõe sobre colocação, em áreas públicas, de placas, cartazes e materiais instrutivos, sobre as penalidades empregadas a quem comete o crime de abandono de animais, estando aprovado pela Câmara Municipal (CMM) e seguindo para a sanção do atual prefeito de Manaus, David Almeida.

O parlamentar Jander Lobato, define que o projeto sugere que o Poder Público e particulares, façam a afixação de avisos constando a Lei sobre o crime de abandono de animais, sobretudo, de cães e gatos, uma realidade muito comum nas ruas da capital amazonense.

As placas e cartazes necessitam incluir conteúdos de advertência destacando a Lei 14.064/2020, em relação às penas previstas de reclusão e multas, assim como, os telefones e demais canais digitais dos órgãos para receber denúncias e notícias sobre o abandono de animais. A colagem dos cartazes deve ser feita tanto pela administração pública como por particulares.

O Projeto de Lei 574/2021, apresentado pelo vereador Marcio Tavares, desenvolve a Semana Municipal de Combate ao Abandono de Animais em Manaus. De acordo com o projeto, as ações serão realizadas anualmente sempre na última semana do mês de setembro. Durante a data, os poderes Legislativo e Executivo deverão realizar campanhas para conscientizar acerca das consequências do abandono de animais.

## **5 CONCLUSÃO**

Quanto as medidas no combate ao abandono, observa-se que os Países Baixos se tornaram o primeiro país do mundo livre de animais de rua, para isso, foram instituídas uma série de ações para evitar o abandono e punir essa prática. Não temos como comparar um país pequeno e desenvolvido como os Países Baixos com o Brasil, porém, já temos uma experiência no mundo provando que é possível eliminar esse problema com políticas públicas mais eficazes.

Constata-se a necessidade de avaliar as aplicações penais da conduta de abandono perante o ordenamento jurídico, tendo em vista o grande aumento de casos e da falta de conscientização. Conforme o disposto na doutrina, o ato do abandono não se define apenas pelo material, mas também no estado emocional do animal, com isso, o descrito no artigo 164 do Código Penal, o delito de abandono em terreno alheio, é pouco utilizado para casos concretos.

O abandono se encaixa no que se dispõe no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, como uma forma de maus tratos. A pena prevista na Lei 9.605/1998, determina a detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, o que leva o seguimento do feito de acordo com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, sendo favorável ao acusado. Com a aprovação da Lei nº. 14.064/2020, a pena para quando se tratar de ato contra cães e gatos, aumenta para reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Apesar do demonstrado, ainda fica o inconformismo quanto a pena do caput do artigo 32, estando em tramitação no Congresso Nacional Projetos de Lei para modificar este texto penal, assim como, determinar a responsabilização de estabelecimentos comerciais que de certa forma favoreçam os atos de maus tratos a animais.

Os animais não obtêm de formas para se defender, não sendo capazes de procurar os seus direitos. A sociedade deve conviver de acordo com o que diz respeito aos direitos dos animais, tendo em vista que necessitam de nossa dedicação e respeito, em especial os animais domésticos, levando em consideração que são ameaçados dia após dia, no que tange as crueldades que o ser humano pratica.

Uma das formas para que este cenário seja mudado, é o empenho da população, que não deve aceitar tamanha crueldade, impedindo antecipadamente sua ocorrência e, caso que não seja possível, é necessário que se denuncie, pois é inadmissível a negligência da sociedade, que em sua grande maioria, apenas assiste a covardia dos que cometem esses delitos contra seres indefesos.

## REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, S.J.; BOTZLER, R.G. *The Animal Ethics Reader*. 3. ed. Londres: Editora Routledge, 2018.

AZEVEDO, Samuel Viana. *De A Problemática do Abandono de Animais Domésticos frente à Pandemia do Coronavírus no Brasil*, 2020. 26 f., Trabalho de Conclusão de Curso, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei Nº 11.340, de 7 de agosto De 2006: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004\\_2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004_2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso: 10 de setembro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >. Acesso em 23 maio de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 24.645 de 10 de julho de 1934. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm) >. Acesso em 10 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm) >. Acesso em 23 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm) >. Acesso em 23 de maio de 2021.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação criminal nº 0001735-39.2018.8.07.0011. Apelante: Elias Ribeiro Melo. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: juíza Sonéria Rocha Campos D'assunção, Primeira Turma Recursal, Brasília: 14 agosto de 2020. Disponível em < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928124607/17353920188070011-df-0001735-3920188070011/inteiro-teor-928125369?ref=juris-tabs> >. Acesso em 30 de setembro de 2021.

Câmara Municipal de Manaus: CMM. Marcio Tavares apresenta Projeto de Lei que cria Semana de Combate ao Abandono de Animais, 2021. Disponível em : < <https://www.cmm.am.gov.br/marcio-tavares-apresenta-projeto-de-lei-que-cria-semana-de-combate-ao-abandono-de-animais/> >. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Câmara Municipal de Manaus: CMM. PL de lei de Jander Lobato que alerta sobre crime de abandono de animais avança na Câmara, 2021. Disponível em: < <https://www.cmm.am.gov.br/pl-de-lei-de-jander-lobato-que-alerta-sobre-crime-de-abandono-de-animais-avanca-na-camara/> >. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Canal Ciências Criminais. O crime de abandono de animais possui previsão legal no Brasil?, Jusbrasil, 2019. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/698743313/o-crime-de-abandono-de-animais-possui-previsao-legal-no-brasil> >. Acesso em 17 de setembro 2021.

CARNEIRO, Manoel Franklin Fonseca. A constitucionalidade da lei que aumentou a pena de maus tratos contra cães e gatos, Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-07/opiniao-lei-maus-tratos-caes-gatos> >. Acesso em 20 de outubro de 2021.

DUARTE, José. Comentários às leis de contravenções penais, 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1944.

G1, Manaus tem aumento nas denúncias por abandono de animais, alerta polícia, Amazonas, 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/03/31/manaus-tem-aumento-nas-denuncias-por-abandono-de-animais-alerta-policia.ghtml> >. Acesso em 22 de outubro de 2021.

NASCIMENTO, Ana Paula da Silva. Abandono de Animais de Companhia. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54000/abandono-de-animais-de-companhia> >. Acesso em 18 de junho de 2021.

NATALINO, Alex. Abandonar animais é crime previsto em lei, Jusbrasil, 2016. Disponível em: < <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/395206911/abandonar-animais-e-crime-previsto-em-lei> >. Acesso em 20 de agosto de 2021.

NETO, João Alvez Teixeira. Tutela penal de animais: uma compreensão ontoantropológica, 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flavio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional, 3. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Portal A Crítica. CMM aprova lei que prevê multa de até 4 mil para autores de maus tratos a animais, 2019. Disponível em: < <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/cmm-aprova-lei-que-preve-multa-de-ate-r-4-mil-para-autores-de-maus-tratos-a-animais> > Acesso em 15 de outubro de 2021.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito, 5. ed., Saraiva Educação, 1994.

SILVA, Luiz Fabio da; HAMMOUD, Eliane Maria Almeida Teles. Maus-tratos e Abandono de Animais, 2018. Disponível em: < [https://www.nativanews.com.br/artigos/id-747408/maus\\_tratos\\_e\\_abandono\\_de\\_animais](https://www.nativanews.com.br/artigos/id-747408/maus_tratos_e_abandono_de_animais) >. Acesso em 22 de outubro de 2021.

SOUZA, Ludmilla. Dezembro Verde alerta sobre maus tratos e abandono de animais, Agência Brasil, 2020. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/dezembro-verde-alerta-sobre-maus-tratos-e-abandono-de-animais> >. Acesso em 10 de novembro de 2021.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas, 1978. Disponível em: < <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf> >. Acesso em 23 outubro de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A pachamama e o ser humano, Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.

## **A SOCIEDADE DE RISCO DENTRO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO - UMA VISÃO FILOSÓFICA DAS MUDANÇAS DE PARADIGMAS E A CRIAÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE TRABALHO**

**LUIZ GUSTAVO MENDES DE PAULA FALLEIROS:**

Advogado, pós-graduado em Direito e Processo do trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP<sup>59</sup>.

**Resumo:** A sociedade, como um todo, está em constante transformação, dentro das relações de trabalho não é diferente, com isso, o presente artigo tem o escopo de localizar e analisar as mudanças das relações de trabalho clássicas a partir das constantes mudanças de paradigmas que vem se desenvolvendo ao longo dos anos.

**Palavras-chaves:** Trabalho – modernidade – pós modernidade – direito do trabalho – relação de emprego – novas perspectivas – sociedade de risco.

**Abstract:** Society, as a whole, is constantly changing, within labor relations it is no different. Therefore, the present article aims to identify and analyze the changes of classic labor relations considering the constant new paradigms that have been being developed over the years.

**Keywords:** Work - modernity – postmodernity – labor law – labor relations– new perspectives – risk society.

**Sumário.** 1. Introdução. 2. A modernidade sob a perspectiva clássica. 3. A pós modernidade e o surgimento da teoria do risco. 4. O trabalho em sua concepção clássica. 4. As novas formas de trabalho sob a ótica da despadronização do trabalho assalariado. 5. Conclusão.

### **1.INTRODUÇÃO**

A sociedade está em constante evolução, e não é diferente quando se trata das relações de trabalho. A concepção clássica de trabalho teve seus paradigmas superados e, como consequência, houve uma evolução do antigo conceito de trabalho.

Essa transformação é clara para a nossa sociedade atual, pois aquela visão da modernidade sólida, caracterizada pela rigidez das relações sociais, em especial no que tange às relações de trabalho com características duradouras, já não existe mais. Assim,

---

<sup>59</sup> E-mail: luizgustavofalleiros@gmail.com

casos em que um trabalhador cria uma identidade com seu emprego a ponto de desenvolver uma carreira longa e sólida dentro da mesma instituição empregadora foram, aos poucos, sendo substituídos pelo conceito de modernidade líquida<sup>[1]</sup>. Em outras palavras, houve a fragilização das relações sociais de modo que elas se tornaram mais maleáveis, a ponto de, na perspectiva das relações de trabalho, serem desregulamentadas para que se adaptem ao novo paradigma do sistema social. Como consequência, os conceitos de segurança e a estabilidade do emprego foram superados e os trabalhadores submetidos a subempregos.

O que entendemos por relações de trabalho clássicas foram criadas, estudadas, desenvolvidas e enraizadas na modernidade, tendo como grande ponto de partida a Revolução Industrial. Conforme explica o sociólogo Anthony Giddens<sup>[2]</sup>, as influências moderna e pós-moderna trouxeram consequências que se escoram em três características: a descontinuidade da ordem social, as mudanças trazidas de forma rápida pela globalização e as transformações trazidas pela modernidade dentro do âmbito social, como o trabalho assalariado. Para esse ensaio, a metodologia adotada foi pesquisa teórica, valendo-se de métodos dedutivos e da pesquisa bibliográfica.

## **2.A MODERNIDADE SOB A PERSPECTIVA CLÁSSICA**

Em um primeiro plano, é preciso conceituar o que é a modernidade e suas bases. Podemos definir a modernidade como a evolução do entendimento de sociedade criando a figura da autonomia da razão, renunciando ao antigo paradigma medieval de influência escolástica. Essa transformação na sociedade teve impacto em pontos chaves, como a economia, a política e a organização da nação, tudo isso sob uma perspectiva antropocêntrica.

A partir dessa nova concepção de sociedade, muitos hábitos foram alterados de forma que a sociedade passou por mudanças ideológicas e estruturais, um grande exemplo dessas mudanças foi a privatização de terras, que deslocou parte da sociedade para os centros urbanos. Nos centros urbanos, as pessoas passaram a vender sua força de trabalho, momento no qual surgiram as fábricas, e conseqüentemente, houve o ápice da Revolução Industrial, marco inicial da era moderna.

Essa nova construção social foi objeto de estudo por pensadores como Marx, que analisava essa nova estrutura social como um passo para alcançar a harmonia social, fazendo referência, é claro, à turbulenta transição entre a idade média e a era moderna.

Enfim, a concepção de trabalho, como hoje a conhecemos, surgiu nesse período histórico em que, após várias revoluções e pleitos, estruturou-se o conceito de trabalho. Essa característica da era moderna se enraizou tão fundo na sociedade que passamos a entender o trabalho como parte da identidade do indivíduo.

### 3.A PÓS MODERNIDADE E O SURGIMENTO DA TEORIA DO RISCO

O pensamento moderno imperou por muito tempo, tinha como finalidade a busca da harmonia social. No entanto, esse pensamento sofreu mudanças em meados do século XX, em decorrência dos conflitos vividos naquela época. Em vista disso, muitos autores começaram a criticar a ideia trazida pela modernidade de que o crescimento econômico ofereceria benefícios e, conquanto, traria a ordem social almejada. Beck foi um dos pensadores que rechaçou essa ideia:

*"(...) o mito de que a sociedade industrial desenvolvia, com a sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade inteiramente moderna, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe que possa sequer ser mencionado."<sup>[3]</sup>*

Nesse momento, segundo o autor supracitado, extingue-se o conceito de modernidade e dá-se início ao novo paradigma social, a pós-modernidade, que tem como base as vontades de liberdades individuais, o antônimo do que acontece no conceito de modernidade, ou da modernidade sólida.<sup>[4]</sup>

Como consequência do fim da modernidade, vários paradigmas foram alterados durante o início da pós-modernidade, em especial o conceito de trabalho assalariado. A ideia de trabalho também sofreu mudanças, assim explica Ulrich Beck em sua obra.

*"A excentricidade com que assume até hoje na pesquisa em ciências sociais que na sociedade industrial tudo se transforma – família, profissão fábrica, classe, trabalho assalariado, ciência – e que ao mesmo tempo nada de essencial muda – família, profissão, fábrica, trabalho assalariado, ciência – é só mais uma evidência disso"<sup>[5]</sup>*

Observemos que Beck tenta trazer a ideia de que a sociedade industrial estará sempre em evolução, no entanto, sempre será balizada pelos mesmos conceitos. Em outras palavras, ainda que o conceito de trabalho assalariado passe por transformações e ganhe uma nova acepção, o instituto trabalho sempre estará presente no corpo social, pois ele é parte estrutural das sociedades moderna e pós-moderna.

Seguindo a mesma linha do autor supramencionado, ousou afirmar que a transição entre a modernidade e a pós-modernidade já ocorreu sem que ao menos tenha existido grandes revoluções impactantes, de forma que a sociedade transacionasse entre

os paradigmas que sustentam a ideia da sociedade moderna e os paradigmas que hoje são levantados como base para a sociedade denominada de pós-moderna, que também pode ser chamada de sociedade de risco<sup>[6]</sup>.

A partir desse ponto, surge a teoria da sociedade de risco, criada pelo já citado autor, Ulrich Beck, que, em breve síntese, corresponde à adaptação na qual a sociedade pós-moderna se organiza para, de algum modo, defender-se ou absorver o risco que pode sair do controle da sociedade. Ou seja, o risco pode ser entendido, em uma observância ao conceito trazido por Beck, como uma intermediação entre as relações sociais que apresentam segurança em relação à destruição, e a sociedade ou indivíduo que percebe esse risco acaba por se adaptar a essa nova realidade.<sup>[7]</sup>

Beck traz então a ideia de que a pós-modernidade, ou modernidade tardia, sempre acompanhará o binômio riqueza e produção social do risco.

*“Na modernidade tardia, a produção de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente aos problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos cientificamente produzidos.”<sup>[8]</sup>*

Por fim, a teoria do risco surge com o escopo de desmistificar e apresentar um contraponto à modernidade sólida, em especial no que se refere ao trabalho assalariado. A sociedade de risco, pós-moderna, desmembra o antigo conceito estabilizado e conseqüentemente cria novas modalidades de trabalho, o que será abordado nos próximos tópicos.

#### **4.0 TRABALHO EM SUA CONCEPÇÃO CLÁSSICA**

A construção do conceito clássico de trabalho foi longa e árdua e buscou uma estabilidade social, e até mesmo criou a ideia de que o emprego era a identidade do ser humano, de modo que o trabalho assalariado era tido como um cartão de visitas pessoal, vinculando uma pessoa à sua profissão.

A inserção da produção em massa e o aumento da mão de obra foram determinantes para a regulamentação do trabalho assalariado, que passou por diversos momentos históricos até sua estabilização, momentos como o manifesto comunista de Marx e Engels, a Encíclica católica *Rerum novarum*, criação da OIT, e os movimentos constitucionalistas modernos como a Constituição Alemã de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917.

A ideia de trabalho assalariado, enfim se solidificou dentro da sociedade moderna, como um conceito de uma atividade realizada por um ser humano onde se

vende sua força de trabalho com uma contraprestação em pecúnia, sendo esse trabalho físico ou intelectual.

Enfim, partindo dessa premissa, podemos perceber que o trabalho assalariado, em sua concepção clássica, tem grande importância dentro da sociedade industrial, uma vez que a figura do trabalhador assalariado é fundamental para a manutenção desse tipo de sociedade.

Desse modo, podemos perceber que a influência do trabalho no meio social cria uma identidade entre o trabalhador e a sociedade, e tem como ápice um objetivo, muito observado por sociólogos como Marx e Durkheim, a busca da harmonia social.

No entanto, as perspectivas de alcance da harmonia social previstas pelos autores supramencionados não foram realizadas no trabalho assalariado. Nesse ponto, é possível conectar a concepção clássica de trabalho ao conceito de sociedade de risco, uma vez que ante as modernizações, o rápido avanço da tecnologia, a necessidade de mão de obra especializada e, principalmente o desemprego, os antigos paradigmas de trabalho foram esgotados e, portanto, novos foram criados. Desse modo, os trabalhadores não buscam mais uma estrutura sólida de trabalho, em que eles criarão raízes, muitos buscam apenas o emprego que, em muitos casos, vem em forma de subemprego.

Em outros termos, o trabalho assalariado já não é mais considerado uma identidade do ser humano e, por consequência, um requisito de harmonização social, mas apenas uma das estruturas da pós-modernidade.

## **5.AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO SOB A ÓTICA DA DESPADRONIZAÇÃO DO TRABALHO ASSALARIADO**

Antes de tratarmos a respeito da despadroneização do trabalho assalariado, é necessário entender o conceito de flexibilização do trabalho, que podemos, em breve síntese, conceituar como a renúncia de determinados costumes e de adaptação a novas situações.

Sobre isso, ensina o Professor Amauri Mascaro do Nascimento:

*“Flexibilização do Direito do Trabalho é a corrente de pensamento a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização de acordo com interesse unilateral da*

*empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador”<sup>191</sup>*

Analisando o que já foi estudado no presente artigo, é importante mencionar que o trabalho assalariado possuía um padrão de forma que o trabalhador mantinha uma cultura no seu local de emprego, criava raízes e, principalmente, criava uma identidade. Desse modo, a atividade profissional não era apenas uma forma de subsistência, e sim uma forma de se declarar como cidadão parte de um sistema social.

Na sociedade industrial, a inserção do risco (o aumento do desemprego, a modernização dos postos de trabalho e a necessidade de mão de obra mais especializada) foi determinante para a evolução, estudo e superação dos antigos paradigmas e a consequente criação de uma concepção menos sólida e mais flexível de trabalho. Dessa forma, o conceito do pleno emprego entra em um embate, uma dualidade, com o desemprego crescente na sociedade pós moderna, ou seja, o risco foi criado e a sociedade, de modo a diminuir esse risco, adaptou-se.

Assim explica Beck em sua obra, Sociedade de Risco:

*“Sob as condições do sistema padronizado de pleno emprego – isto já se vislumbra como consequência -, a redução do trabalho assalariado conduz inevitavelmente a uma exclusão em massa dos desempregados. Consequentemente aumenta a demanda por uma flexibilização das relações trabalhistas (...)”<sup>1101</sup>*

Ainda sobre os riscos criados pela sociedade pós-moderna, não somente o desemprego, mas alguns outros fatores fizeram com que o trabalho assalariado mudasse de paradigma, tais como a modernização do mercado de trabalho, a partir da automatização da produção que suprimiu postos de trabalho e do desenvolvimento tecnológico que alterou a antiga produção fabril, e teve como consequência a necessidade de mão de obra mais qualificada.

Nesse diapasão, surgem as novas formas de trabalho que, diferentes das clássicas concepções fabris, podem ser denominadas como “subempregos”, como é o exemplo do teletrabalho, do trabalho “uberizado” e outros tipos de “novos trabalhos assalariados” que fogem da concepção clássica fordista<sup>111</sup>. Vale salientar que o trabalho “uberizado” consiste na prestação de serviços sob a máscara da prestação autônoma. Em outras palavras, ele não é considerado como uma relação de emprego clássica, ao contrário, é tido como um subemprego ao qual o cidadão se dispõe a realizar atividades em busca de sua subsistência.



Enfim, essa mudança de paradigma sob o trabalho assalariado criou postos de trabalho mais dinâmicos, que encontrarão mais dificuldades para se prolongar, ou seja, um trabalho assalariado mais líquido, explica Beck.

*“Diante dos interesses investidos no atual sistema trabalhista e do seu poder de mobilização de organizações políticas e sindicais, não é tão difícil prever essa transformação da sociedade do trabalho encontrará consideráveis resistências e acabará por se prolongar por um longo período”<sup>[12]</sup>*

Finalmente, podemos concluir que os riscos criados pela sociedade pós-moderna trouxeram e fixaram novas formas de absorver e amenizar esses riscos, criando uma nova forma de subemprego que poderão, inclusive, aumentar a produção.

## **6. CONCLUSÃO**

O presente artigo trouxe alguns conceitos como o período da modernidade e da pós-modernidade, que em um primeiro momento ajudou a construir conceitos como o trabalho assalariado em sua concepção clássica, bem como foi apresentado o conceito de pós-modernidade e a sua fase de transição.

Após a exposição a respeito da transição da modernidade para a pós-modernidade foi apresentado o conceito de risco, tomando como referência a obra de Ulrich Beck, *A Sociedade de Risco*, termo que se refere, em uma breve síntese, ao fato de que a sociedade industrial (moderna e pós-moderna), ante a sua constante evolução, sempre apresenta algum risco que faz com que o grupo social desenvolva novas técnicas para superá-lo.

No tocante ao trabalho assalariado, a sociedade de risco se apresenta de forma contumaz, explorando a problemática criada pela transição de paradigmas, sendo que em um primeiro momento o trabalho assalariado era tido como um pilar de sustentação da sociedade moderna, pois garantia qualidade de vida e a longevidade dos trabalhadores dentro de seus postos de emprego e, principalmente, o antigo conceito de trabalho assalariado fazia com que o indivíduo criasse uma identidade pessoal com aquele trabalho.

Sobreveio assim o risco, originado de diversos fatores, tais como a modernização dos postos de trabalho ante a necessidade de aumento da produção, a melhora tecnológica, que por muitas vezes substituía o trabalhador assalariado, o teletrabalho sem um controle exato de jornada de trabalho e, principalmente, o desemprego foram alicerces para a superação do antigo paradigma de trabalho

assalariado e a concepção do novo paradigma de trabalho, que veio acompanhado dos subempregos.

Esses chamados subempregos distorcem completamente o conceito de trabalho assalariado que foi construído dentro da sociedade moderna, pois são mais maleáveis, líquidas e flexíveis, muito pela falta de qualificação para a manutenção desses postos de trabalho. Atualmente, essa forma de trabalho também é conhecida como uberização, onde há a exploração do trabalho por parte de empresas, normalmente de tecnologia, que tem como principal característica a ausência na subordinação, ou seja, não há o clássico vínculo empregatício.

Por fim, conclui-se que houve impacto do risco dentro do trabalho assalariado, o que fez com que a sociedade mudasse os paradigmas do trabalho e criasse esse novo conceito de trabalho, que já não necessita de mão de obra especializada, é mais imediatista. Essa foi, portanto, a saída apresentada pela sociedade industrial para nos adaptarmos ao novo risco apresentado.

## **7. Bibliografia**

BAUMAN, Zygmunt – Modernidade Líquida. Rio de Janeiro. Ed ZAHAR. 2001

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. ED. 34.

GIDDENS, Anthony – As Consequências da modernidade. Ed. UNESP. 1991

MENDES. José Manoel. Matéria do Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra. 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do (1989). *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva.

[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0003-25732015000100012](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732015000100012) acessado em 23/11/2020 as 18:33.

NOTAS:

<sup>[1]</sup> BAUMAN, Zygmunt – Modernidade Líquida. Rio de Janeiro. Ed ZAHAR. 2001 – P. 7. a 22

<sup>[2]</sup> GIDDENS, Antony – As Consequências da modernidade. Ed. UNESP. 1991

<sup>[3]</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. ED. 34. pág. 7

<sup>[4]</sup> Nesse contexto, cita-se, novamente, a teoria da modernidade líquida de Zygmunt Bauman, na qual o mencionado autor a classifica como a busca de uma sociedade estável

em todos seus aspectos, tais como família, economia e trabalho assalariado, este último objeto do presente artigo.

<sup>[5]</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. ED. 34. pág. 14

<sup>[6]</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade. ED. 34. Pag. 12

<sup>[7]</sup> MENDES. José Manoel. Matéria do Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra. 2015.

<sup>[8]</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade. ED. 34. Pag. 23

<sup>[9]</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do (1989). *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva.

<sup>[10]</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. ED. 34. Pag. 212

<sup>[11]</sup> Sistema de produção industrial criado pelo norte americano Henry Ford, fundador da Ford Motor Company, em 1914. Esse sistema foi utilizado em indústrias do mundo todo no século XX.

<sup>[12]</sup> BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. ED. 34. Pag. 216/217

## O COMPLIANCE TRABALHISTA E O BEM-ESTAR NO AMBIENTE AGRÁRIO

**GEISIANI SANTANA CERRI:**

Bacharela em Direito pela  
Universidade de Gurupi -  
UnirG<sup>60</sup>

PAULO IZÍDIO DA SILVA REZENDE:

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar as possibilidades de produtores rurais enquanto pessoas físicas utilizarem o *compliance* trabalhista, como meio de prevenção a futuras ações judiciais, no ambiente agrário, especialmente nas fazendas produtoras de soja no Estado do Tocantins. Para tanto, analisar-se-á os principais problemas enfrentados nas relações de trabalho dentro do ambiente agrário, pontuando-se as razões que levam a maior parte dos agricultores a não se adaptar como deveriam às exigências das leis trabalhistas e expor as principais dificuldades enfrentadas tanto por empregadores quanto por empregados, buscando, à luz da CLT (consolidação das leis trabalhistas) e com o auxílio do *Compliance* trabalhista, o bem-estar no ambiente agrário, com relações de trabalho cada vez mais pacíficas e a consequente melhora na produtividade. O método dedutivo será utilizado, partindo-se de uma análise geral para extrair conclusões particulares, com a utilização de pesquisas bibliográficas em sites, revistas, doutrinas, jurisprudências e legislação. Para tanto, em um primeiro momento, buscar-se-á traçar o perfil desses agricultores tocantinenses visando definir as problemáticas trabalhistas no ambiente agrário; em seguida, apresentar-se-á o *compliance* em suas diversas formas, aprofundando-se nessa temática e, por fim, buscar-se-á analisar a possibilidade de que esse agricultor, enquanto pessoa física se vala do *compliance* para traçar caminhos menos onerosos e juridicamente possíveis, como forma de prevenção, trazendo melhorias ao ambiente agrário.

**Palavras-chave:** *Compliance* trabalhista. Relação de trabalho. Agricultores. Empregado rural. Produtividade.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the possibilities of rural producers as individuals using labor compliance as a means of preventing future lawsuits in the agrarian environment, especially in soybean producing farms in the State of Tocantins. For such, the main problems faced in labor relations within the agrarian environment will be analyzed, pointing out the reasons that lead most farmers not to adapt as they should to the requirements of the labor laws and expose the main difficulties faced by

---

<sup>60</sup> E-mail: geisianiscerri@unirg.edu.br

both employers and employees, seeking, in light of the CLT (consolidation of the labor laws) and with the help of Labor Compliance, the well-being in the agrarian environment, with increasingly peaceful labor relations and the consequent improvement in productivity. The method to be used is deductive, starting from a general analysis to extract particular conclusions, with the use of bibliographical research in sites, magazines, doctrines, jurisprudence, and legislation. For this, at a first moment, it will be sought to outline the profile of these farmers from Tocantins aiming at defining the labor problems in the agrarian environment; afterwards, compliance in its various forms will be presented, deepening in this theme and, finally, it will be sought to analyze the possibility that this farmer, as an individual, avails himself of compliance to trace less onerous and legally possible paths, as a form of prevention, bringing improvements to the agrarian environment.

**Keywords:** Labor compliance. Labor relations. Farmers. Rural employee. Productivity.

## INTRODUÇÃO

O uso do *compliance* trabalhista no ambiente agrário é o principal ponto abordado no presente artigo, cujo objetivo é estudar e apresentar que o programa gera melhores condições de trabalho do empregado rural. Nessa vertente, analisa a importância de o agricultor adaptar sua fazenda a fim de receber os trabalhadores que serão os verdadeiros responsáveis pelo sucesso de sua produção.

As conquistas trabalhistas alcançadas ao longo da história advêm de uma luta árdua e tendem a ser desvalorizadas pelos agricultores que também são empregadores. Assim tornam-se imprescindíveis os esclarecimentos que demonstrem a importância de se fazer melhorias exigidas em lei, e ter a certeza de que estas serão refletidos diretamente em ganhos futuros.

As adaptações necessárias como a construção de alojamentos que respeitem o distanciamento mínimo entre camas, banheiro com portas que garantam a intimidade do trabalhador, área de alimento limpa e arejada, fornecimento de copos individuais, filtro com água purificada, banheiros em todos os pontos onde houver trabalhador em atividade, entre outras, garantem que o trabalhador tenha condições básicas de saúde e que possa se dedicar de forma plena a seu trabalho (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, NR 31).

Destarte, a necessidade de conscientizar os agricultores sobre o registro de seus funcionários garantindo a eles o recebimento de todos os direitos estabelecidos pela legislação vigente. As modificações e adaptações garantem ao empregador que uma futura fiscalização, que se faz indispensável frente às necessidades básicas dos

trabalhadores, o quais são a parte fraca da relação, não gerará gastos indevidos e não contabilizados da safra, bem como, não trarão outros problemas como a configuração de trabalho escravo, por exemplo, que geraria problemas muito maiores como o impedimento de crédito rural cedido pelos bancos e até mesmo a perda da propriedade.

Assim, o *compliance* trabalhista, que normalmente é utilizado por grandes empresas que, mesmo com todo o aparato, muitas vezes tem dificuldades de cumprir a legislação, será aqui apresentado como possibilidade de ser utilizado também pelo agricultor enquanto pessoa física, que por diversos motivos não se adapta à legislação trabalhista e que, por óbvio, tem muito mais dificuldade e menos recursos para cumprir a lei diante das necessidades intrínsecas da atividade que promovem.

## **MATERIAL E MÉTODOS**

A pesquisa utilizar-se-á de doutrinas, legislações, jurisprudências, artigos científicos e sites governamentais e de revistas, como meio de se verificar as possibilidades de aplicação do *compliance* trabalhista na realidade do agricultor.

O método utilizado é a pesquisa bibliográfica e teórica, com revisão da literatura desenvolvida pela pesquisa dedutiva, a partir de postulados gerais uso do *compliance* trabalhista como possível ferramenta a ser utilizada por agricultores com o intuito de melhorar as relações de trabalho no ambiente agrário e prevenir ações judiciais, conforme publicações sobre as atividades agrárias, relações de trabalho dentro do ambiente agrário, e o *compliance* aplicado a pessoas físicas.

### **1 DO COMPLIANCE: CONCEITO E HISTÓRIA**

O termo *Compliance* se origina do inglês "*to comply*", o qual significa conformidade, ou seja, desenvolver práticas que estejam em conformidade com a lei e com as diretrizes éticas e profissionais, minimizando riscos e guiando as empresas no mercado em que atuam. Trata-se de uma técnica que está focada não em obter ganhos, mas em criar mecanismos que previnam perdas futuras.

Conforme descrito por Hugo do Amaral:

A origem das primeiras noções de *compliance* data de 1913, quando os Estados Unidos criaram o Federal Reserve, o Banco Central norte-americano. O objetivo seria construir um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável, de sorte que dentre esses elementos, a busca pela segurança é o que está mais intimamente ligado à adoção de práticas de *compliance*. Assim, em que pese a necessidade do cumprimento de um conjunto mínimo de regras ser pressuposto básico da vida em sociedade, alguns subsetores

sociais, entre eles, em especial, as instituições financeiras, perceberam a necessidade de redefinir a legitimidade de determinadas regras, reforçando a sua eficácia. Nesse sentido, buscou-se a instituição de uma reunião de regras, padrões e princípios de forma mais específica e restrita, aplicada a determinados cenários e contextos, de forma a contribuir para a autoexecutoriedade dessas normas, bem como a criar mecanismos de prevenção de riscos e desvios e punição de infrações. Avançando no contexto histórico, no que se refere à evolução do *compliance*, tem-se como outro marco referencial o ano de 1930, quando teve lugar a Conferência de Haia, na qual fundou-se o BIS – *Bank of International Settlements*, sediado em Basileia, Suíça, cujo principal objetivo foi buscar a cooperação entre os bancos centrais ao redor do mundo. Em seguida, emerge a década de 1960, por muito chamadas de “a era do *compliance*”, haja vista a norte-americana SEC – *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários americana) iniciou uma campanha para pressionar as empresas norte-americanas a contratar “*Compliance Officers*”, a fim de criar procedimentos internos de controles, treinar funcionários e monitorar o cumprimento de regras internas, com o objetivo de auxiliar a efetiva supervisão da área de negócios. A partir de então, o crescimento do *compliance* passou a apresentar uma constante evolução, em um rito cada vez mais crescente. Nesse contexto, avança-se até 1974, quando surge a figura do Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, criado pelos Bancos Centrais dos países membros do G-10 com objetivo discutir questões relacionadas à indústria bancária, visando a melhorar a qualidade da supervisão bancária e fortalecer a segurança do sistema bancário internacional. Posteriormente, os Estados Unidos foram surpreendidos pelo mundialmente famoso escândalo de Watergate, um dos mais emblemáticos casos de corrupção da história recente. Assim, diante da conjuntura que se instalou a partir das investigações e consequentes revelações do caso, o Congresso norte-americano aprovou o já citado FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*, importantíssimo marco na história do desenvolvimento do *compliance* e tido, até os dias atuais, como uma das principais bases normativas dos programas de integridade, bem como a principal representação legislativa desse tipo de programa. (TRAPP, 2015, p.1).

O *compliance* iniciou no Brasil a partir da introdução de leis de combate à lavagem de dinheiro e a introdução do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), um órgão fiscalizador do Ministério da Fazenda. Através dessas medidas, os bancos e empresas adotaram métodos que colaborassem na prevenção e combate de atos ilícitos como a criação de cartilhas e o treinamento de funcionários (FRANÇA, 2018).

Segundo exemplificado por Geovana Donella:

[...] *compliance* é o conjunto de medidas e procedimentos com o objetivo de evitar, detectar e remediar a ocorrência de irregularidades, fraudes e corrupção. Adotar posturas éticas está entre as principais preocupações de uma corporação que almeja o sucesso, seja uma empresa privada, de capital aberto ou até mesmo instituições associativas. Nos últimos anos, temos visto até mesmo partidos políticos preocupados com a questão de *compliance*. (DONELLA, 2019, p.01).

Compreende-se a importância da utilização de práticas do *compliance* para que a empresa consiga, além da obtenção de sucesso em termos de lucratividade, como também o bem-estar interno entre seus gestores e funcionários. O *compliance* tem o objetivo de reduzir a corrupção e auxiliar na proteção, incluindo ações eletrônicas, pessoas, documentos, negócios, sistemas e processos. Para verificar sua eficácia, o programa de *compliance* conta com estruturas denominadas de pilares.

1. Suporte da alta administração: Antes de tudo, é importante destacar que não adianta tentar implantar um programa de *compliance* sem a adesão total dos diretores da empresa. **A alta administração deve apoiar e se envolver no planejamento e na execução das ações.** Da mesma forma, é preciso contar com um profissional especializado em *compliance*, que será o responsável pela implantação de todo o projeto.

**2. Avaliação de riscos: A avaliação de riscos, também chamada de Mapeamento de Riscos de Compliance (Compliance Risk Assessment – CRA), é uma das etapas mais importantes da implantação de um programa de integridade.** Isso porque é nela que se conhece todos os riscos potenciais e seus impactos para que a organização alcance seus objetivos. Afinal, cada empresa está sujeita a problemas diferentes, de acordo com seu tamanho, mercado de atuação e cultura organizacional.



**3. Código de conduta e políticas de *compliance*:** Outro dos pilares de um programa de *compliance* é a adoção de um código de conduta ética. **Ele traz todas as políticas a serem adotadas na empresa**, não apenas para manter a conformidade com as leis, como também garantir uma cultura de integridade e valorização de comportamentos éticos.

**4. Controles internos:** A empresa deve criar mecanismos de controle para assegurar que os riscos sejam minimizados, tanto no nível interno quanto no externo. **Os próprios registros contábeis e financeiros são usados para transparecer a realidade do negócio.**

**5. Treinamento e comunicação:** O programa de *compliance* deve fazer parte da cultura de toda a empresa. Para isso, além da adesão da alta administração, **os colaboradores precisam entender os objetivos, as regras e o papel de cada um para que ele seja bem-sucedido**. Para isso, é fundamental investir em treinamentos e na comunicação interna.

**6. Canais de denúncia:** Uma vez que estejam conscientes sobre a importância do *compliance*, os colaboradores precisam de canais de denúncia ativos para alertar sobre violações ao Código de conduta. **Ou seja, deve-se manter e-mails, telefones e outras formas de comunicação à disposição dos colaboradores.**

**7. Investigações internas:** Feita uma denúncia, a empresa precisa investigar qualquer indício de comportamento antiético e ilícito que tenha sido noticiado. Em seguida, deve-se tomar as providências necessárias, com as devidas correções e, conforme o caso, punições.

**8. Due diligence:** O programa de *compliance* não pode ficar restrito ao comportamento da organização. **Fornecedores, representantes, distribuidores e outros parceiros devem ser submetidos a uma rigorosa due diligence**. Ou seja, é importante avaliar o histórico de cada um deles antes de se estabelecer uma relação contratual.

**9. Auditoria e monitoramento:** O penúltimo dos pilares de um programa de *compliance* trata, exatamente de sua manutenção. **Ele**

**deve ser contínuo, avaliando sempre se está sendo bem executado e se as pessoas estão, de fato, comprometidas com as normas,** se cada um dos pilares está funcionando como o esperado.

**10. Diversidade e Inclusão:** Após mais de 7 anos ensinando *compliance* de acordo com uma metodologia exclusiva baseada em 9 Pilares do Programa de *Compliance*, a LEC passa agora a tratar também de **diversidade e inclusão como o seu 10º Pilar**, como uma forma de prestigiar um tema tão importante e capaz de transformar positivamente o ambiente corporativo no Brasil. **Não há *compliance* sem respeito e igualdade. (SIBILLE, 2020, p.3-16).**

Entende-se que o *compliance* contribui para a prevenção, identificação e resposta a eventuais desvios entre as normas estabelecidas e as práticas corporativas ou organizacionais de conduta, portanto atuar no cumprimento de regras. O *Compliance* é atividade de garantir que uma empresa cumpra rigorosamente todos os requisitos regulatórios e atue de acordo com todos os padrões exigidos por seu segmento, pode ser considerado também, como um sistema inteligente que ajuda no controle do trabalho fiscal e contábil.

### 1.1 DO *COMPLIANCE* TRABALHISTA

O *compliance* trabalhista é apontado como uma ferramenta utilizada pelas empresas para minimizar perdas com passivos trabalhistas. O objetivo de criar práticas que estejam em conformidade com a lei e com as diretrizes éticas e que tenham o condão de evitar futuras ações trabalhistas, respeitando a legislação além de colaborar com o melhor desenvolvimento da empresa.

Uma vez dentro da empresa, o funcionário deve passar por avaliações periódicas, isso sem caracterizar eventuais pressões de caráter pessoal que podem se enquadrar em assédio moral. A corporação deve instituir políticas e procedimentos de controle que assegurem que o funcionário não está cometendo ilícitos que podem comprometer a imagem da empresa que representa. Assim, treinamentos contínuos, palestras, políticas de boas-vindas, participação nos lucros, por exemplo, fazem com que o comprometimento do funcionário com a empresa seja muito maior (BLOK, 2017, p. 165).

A partir da análise do que leciona Marcella Block (online, 2021), percebemos que o *compliance* trabalhista vai muito além de prevenir passivos trabalhistas, ele age diretamente na produtividade da empresa uma vez que quanto mais acolhido e envolvido estiver o empregado com seu trabalho, mais ele se dedicará e contribuirá para o sucesso da empresa, sucesso esse que dependerá também do comprometimento da empresa em agir dentro das normas legais e da ética profissional.

O *compliance* trabalhista deve ser adotado nas empresas, independente do ramo de atuação, para uma correta gestão de pessoas através da adoção dos preceitos, direitos e deveres individuais e coletivos, normativamente previstos, devendo ser aplicado com o indispensável engajamento dos seus dirigentes e empregados. (RABELO, 2018, p.01).

A inserção das práticas de *compliance* trabalhista, utilizam-se de códigos de conduta que devem ser aplicados por seus colaboradores, promovem conferências interpretativas organizadas por profissionais especializados, fiscalizando o cumprimento das normas instituídas pela empresa, criando incentivo para que seus empregados tenham melhor desempenho no trabalho, acabam reduzindo os conflitos internos, reduzindo também a possibilidade de gastos com passivos trabalhistas e ampliando os lucros (FRANÇA, 2018, p.163).

*Pode ser utilizado para se evitarem ou se minimizarem, em especial (mas não somente): riscos da empresa tomadora de serviços em relações com empresas terceirizadas (ajudando a certificar que as terceirizadas também irão cumprir as normas que devem ser observadas); problemas com assédios moral e sexual, com questões de saúde e de segurança no trabalho, brigas entre funcionários, comportamentos inusitados, punições disciplinares (corretos meios de aplicações de advertências, suspensões e dispensas por justa causa), o uso inadequado da Internet e de e-mails corporativos, a implementação de técnicas de gestão consideradas abusivas pela Justiça do Trabalho e, até mesmo, mais amplamente, para reduzir-se a geração de passivos trabalhistas mais típicos, como horas extras não registradas e, conseqüentemente, não pagas, desvios ou acúmulos indevidos de funções situações de equiparação salarial, por exemplo. Além disso, como mencionado, evita-se, em especial, o cometimento dos crimes contra a Organização do Trabalho". (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 77).*

Nesse diapasão, verifica-se que além da empresa contratante, também ocorre a fiscalização das prestadoras de serviço terceirizadas. O *compliance* trabalhista funciona como um programa que trabalha principalmente com o departamento jurídico corporativo, de recursos humanos e de gestão e segue a lógica dos programas gerais de integridade, cujo objetivo é cumprir as leis trabalhistas, contratos de trabalho, acordos coletivos, bem como as regras da empresa e outras normas internacionais de proteção ao trabalhador.

## **2 APLICAÇÃO PRÁTICA DO COMPLIANCE COMO MEIO DE EVITAR AÇÕES JUDICIAIS**

O programa de *compliance* trabalhista é uma ferramenta que visa, prevenir riscos comerciais exclusivamente no âmbito das relações laborais, principalmente para prevenir processos judiciais. A CLT e a Constituição Federal são leis que regem as relações de trabalho, as quais não forem respeitados, eles criam uma infinidade de direitos para trabalhadores ou prestadores de serviços, verifica-se, portanto, a importância de que os empresários sigam os direitos e obrigações consagrados nas disposições da lei.

A análise preliminar dos riscos do negócio e o cumprimento das legislações aplicáveis fazem parte deste processo de *compliance*, a exemplo das medidas adotadas na área de *compliance* trabalhista, encontra-se a fiscalização, ouvidoria, canais de denúncia e auditoria. As ações judiciais são frequentemente tomadas por funcionários que reivindicam danos sofridos, ou o pagamento de indenizações e despesas por trabalho não realizado ou de baixo desempenho. A falta de pagamento de horas extras, quebras de turnos e suplementos por trabalho perigoso ou insalubre e reivindicações de igualdade de remuneração por violação de dever são frequentemente levadas à justiça do trabalho.

Disso decorre a importância da introdução de um eficaz programa de *compliance* no âmbito trabalhista, o qual seja capaz de detectar eventuais inconformidades, prevenir descumprimentos e, estes acontecendo, solucioná-los de forma ágil e eficiente, evitando, conseqüentemente, o ajuizamento de ações judiciais, mas, principalmente, promovendo um ambiente de trabalho sadio para os trabalhadores. (REIS; BORGES; NETO, 2019, p. 50).

Por outro lado, importa referir que a gestão da empresa, quando mal representada, pode influenciar o surgimento de conflitos com os colaboradores, razão pela qual deve ser adotada a formulação de regimentos internos e demais medidas regulatórias, fazendo com seja possível monitorar funcionários e possíveis ilegalidades que antes não eram detectadas.

A lei 13.429/2017 regulamentou a terceirização no Brasil e determina em seu artigo 3º que é a contratante a responsável por garantir condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores. Logo se um empregado de uma empresa prestadora de serviços sofrer algum acidente no ambiente laboral poderá ingressar com ação também contra a tomadora de serviços, é a denominada responsabilidade solidária. E o artigo 5º da mesma lei, determina que a contratante dos serviços responde subsidiariamente à contratada, pelas obrigações trabalhistas decorrentes do período em que foi tomadora de serviços, portanto, se um funcionário da empresa terceirizada não receber suas verbas trabalhistas e ingressar com ação judicial, caso a empresa prestadora não tenha condições financeiras, nem patrimônio para arcar com a dívida, essa responsabilidade passará a ser da contratante. Por isso é de extrema importância a aplicação do compliance *know your customer*, pois se a contratante faz uma prévia avaliação de todo histórico financeiro, patrimonial e estrutural da contratada, certamente não contratará empresas que não tenham condições de se manterem no mercado de trabalho, sem capital e bens; e nem aquelas que não se adequem as normas de segurança, higiene e salubridade exigidas pelas regras trabalhistas, Já a outra técnica que pode ser utilizada no programa de compliance é a *know your employee* que facilita o conhecimento dos funcionários antes da contratação e evita que um empregado que não se encaixe nos valores e códigos de conduta e ética da empresa seja inserido no ambiente laborativo, prevenindo, assim, diversos conflitos com outros funcionários, ações judiciais e o prejuízo à imagem da empresa. (FRANÇA, 2018, p.161-162).

As ferramentas do programa de *compliance*, como o desenvolvimento de regulamentos internos, trazem muitos benefícios para a empresa, reduzindo drasticamente os conflitos entre empregadores e empregados, evitando assim a legalização. No período de pandemia relacionado ao COVID-19, a necessidade de as empresas considerarem que as relações de emprego se tornaram ainda mais evidente, proporcionando aos funcionários um tratamento humano, o que levará à redução das responsabilidades corporativas.

Sob esse prisma, o desenvolvimento de regulamentos internos, que correspondem a um conjunto de regras claras de direitos e obrigações, que devem ser observadas dentro da empresa, tanto para os funcionários, quanto para os gestores e

a entidade, criam ramificações e considerações mais extensas das estabelecidas pela Consolidação de Leis Trabalhistas oferece, desde que não entre em conflito com os direitos expressos em lei.

Vale ressaltar, que muitos assuntos não são claramente regulados por lei e os regulamentos internos serão uma ferramenta para promover a transparência na empresa. Os padrões fornecidos pela empresa são benéficos, pois, criam confiabilidade para os funcionários, aumentam a produtividade e, portanto, a receita. Também é importante investigar e prevenir a corrupção corporativa, que é generalizada e causa sérios prejuízos à empresa.

### **3 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO COMPLIANCE POR PESSOAS FÍSICAS**

O uso dos meios de comunicação por telefone e computador mudou profundamente as relações pessoais e profissionais e a comunicação na sociedade atual. O compartilhamento de informações pessoais em sites, redes sociais e e-mails tornou-se uma atividade rotineira e o uso comercial desses dados é de grande relevância e valor econômico. Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados em 20 de fevereiro, a maneira como todas as empresas recebem e gerenciam os dados das pessoas mudou drasticamente, dando aos proprietários mais controle sobre os dados e priorizando a privacidade.

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei Federal nº 13.709 / 2018, é o marco regulatório para a proteção e transferência de dados pessoais no Brasil. Por exemplo, isso requer consentimento explícito para a coleta e uso de dados e requer opções para os usuários visualizar, corrigir e excluir esses dados. O LGPD é o resultado da crescente evolução do processamento de dados. Nesse caso, também temos o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia. Um passo importante que exige que empresas de todo o mundo com sedes, filiais, escritórios, escritórios de representação ou mesmo servidores na Europa alterem o tratamento de seus dados pessoais.

Outros fatores também se relacionam com a adoção de práticas de *Compliance*, por exemplo, a segurança psicológica, uma vez que angaria a liberdade dos indivíduos de se expor segundo suas diretrizes e especulações pessoais. Nesse diapasão, estratégias de *Compliance* se torna um modo de ação benéfico a todos, visto que a perpetuação da política de *Compliance* dentre as organizações profere caminhos e instruções seguras. (GABRIELLE, 2020, p.1).

Além disso, também tem impacto sobre a coleta ou processamento de informações pessoais nas transações de bens ou serviços por indivíduos. Talvez uma das mudanças mais importantes e um dos pilares da lei geral de proteção de dados seja a permissão dos cidadãos para divulgar e fornecer seus dados. Isso acontece por meio da declaração do proprietário, de forma consciente e explícita.

A aplicação da LGPD nas relações de trabalho traz impactos práticos no dia a dia dos trabalhadores e exigirá a adaptação das empresas. É indispensável que haja treinamento dos empregados que ficarão responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores, especialmente nos setores de recursos humanos (RH) das empresas. Além da previsão de confidencialidade, é preciso estabelecer as consequências da utilização incorreta dos dados pelo empregado responsável. Nesse sentido, as empresas podem se valer de técnicas de "*compliance*" com o treinamento dos empregados no correto tratamento de dados pessoais. (BOLDRIN e CORREIA, 2020, p.1).

O LGPD fornece que dados protegidos são dados identificados como pessoais. Não apenas RGs e CPFs, mas também aqueles que se identificam com sua origem, raça ou etnia, saúde, religião e também em relação à opinião pública de um indivíduo. Por conseguinte, verifica-se que o programa *compliance* colabora com a proteção de informações das pessoas físicas, dessa forma pode ser considerado como uso indireto, pois, previne contra possíveis práticas criminosas, além de auxiliar na privacidade individual.

#### **4 DO PERFIL DO AGRICULTOR TOCANTINENSE E DAS PROBLEMÁTICAS TRABALHISTAS NO AMBIENTE AGRÁRIO**

De acordo com o último censo agrário realizado em 2017, o total de área plantada no Tocantins, na safra 2017/2018 foi de aproximadamente 1,3 milhões de hectares. As principais culturas plantadas foram a soja, com mais de 3 mil toneladas colhidas, o milho, sorgo, feijão, arroz, mandioca e cana-de-açúcar. Isso nos mostra o quanto o Estado tem crescido na agricultura que tem se tornado uma das principais atividades econômicas do Estado que tinha, até pouco tempo, como principal atividade a pecuária. (IBGE, 2017).

Esse crescimento da agricultura no Estado gera um aumento nas contratações de empregados rurais bem como um aumento nas fiscalizações desses ambientes, o que se faz necessário frente a um cenário de bem estar do trabalhador dentro dos moldes

dos Direitos Humanos. Isso gera um consequente aumento, ou pelo menos deveria gerar, na preocupação do empregador em cumprir as exigências legislativas.

Quando uma pequena empresa ou pequeno agricultor está com os seus negócios em expansão, ele irá adaptar a sua empresa às novas leis e às diretrizes por meio da *compliance*. Assim, as atividades estarão em conformidade com a legislação em todos os seus setores. A aplicação da *compliance* em pequenos negócios que estão em expansão é fundamental para evitar problemas burocráticos futuros que podem trazer prejuízos financeiros e patrimoniais no segmento em que a empresa atua, entre outros problemas. As diretrizes de *compliance* podem ser aplicadas dentro dos pequenos negócios em expansão ou nas novas políticas implantadas na empresa para expandir seus negócios. De preferência, esse processo deve ser coordenado por uma equipe responsável por organizar as políticas e as diretrizes da empresa e deixá-las alinhadas com os objetivos e com o planejamento da organização. Uma das vantagens da *compliance* dentro das empresas é a possibilidade de atrair novos investidores para a organização porque por meio dela os investidores terão mais segurança para realizar o investimento. (SILVA, 2021, p.1).

Diante dessa nova realidade, percebe-se que o agricultor tocantinense de uma maneira geral é um agricultor que inicia com pequenas propriedades e a cada safra amplia suas áreas aumentando cada vez mais sua produção, mas sem criar a pessoa jurídica, ou seja, em sua maioria, os agricultores tocantinenses não criam empresas agrárias. E dispensando aqui as discussões empresariais, o agricultor enquanto pessoa física tem mais dificuldade de entender e se preocupar com as exigências legislativas relacionadas ao direito do trabalho (IBGE, 2017).

Nesse sentido, surge a necessidade de criação de meios para que o agricultor, o qual emprega cada vez mais funcionários e que é tão importante para a economia não só do Estado como também do país, possa continuar suas atividades, com todos os percalços que a lavoura pode trazer, cumprindo de maneira íntegra e ética as normas legais. Nesse diapasão, em razão do desenvolvimento na agricultura tocantinense o sistema de *compliance* é essencial em relação a competitividade do setor e para a manutenção de relacionamentos saudáveis entre as partes interessadas, como reguladores, produção rural, clientes e parceiros operacionais, com mais transparência em todas as atividades.

## **5 DA APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NA REALIDADE DO AGRICULTOR TOCANTINENSE**



De acordo com o último censo agrícola realizado em 2017, a área total plantada no Estado do Tocantins, na safra 2017/2018, era de cerca de 1,3 milhão de hectares. As principais culturas são a soja, com safra superior a 3.000 toneladas, milho, sorgo, feijão, arroz, mandioca e cana de açúcar. Isso nos mostra o quanto o Estado tem crescido na agricultura que tem se tornado uma das principais atividades econômicas do Estado que tinha, até pouco tempo, como principal atividade a pecuária (IBGE, 2017). O desenvolvimento da agricultura no Estado produz um aumento da contratação da mão-de-obra rural e também um maior escrutínio desses ambientes, o que é necessário do ponto de vista de um cenário assistencialista. Isso gera um consequente aumento, ou pelo menos deveria gerar, na preocupação do empregador em cumprir as exigências legislativas.

Diante dessa nova realidade, percebe-se que o agricultor tocantinense de uma maneira geral é um agricultor que inicia com pequenas propriedades e a cada safra amplia suas áreas aumentando cada vez mais sua produção, mas sem criar a pessoa jurídica, ou seja, em sua maioria, os agricultores tocantinenses não criam empresas agrárias. E dispensando aqui as discussões empresariais, o agricultor enquanto pessoa física tem mais dificuldade de entender e se preocupar com as exigências legislativas relacionadas ao direito do trabalho. (IBGE, 2017).

De 1995 (ano em que o Brasil reconheceu como crime o trabalho análogo ao escravo) a 2020, o Tocantins contabilizava 2.997 trabalhadores em condições análogas à de escravos encontrados pela Inspeção do Trabalho e libertados. O ano com maior número de casos registrados foi em 2004, com 529 libertações no Tocantins, seguido por 455 em 2006, 353 em 2009 e 323 em 2012. Cabe destacar que de 2014 a 2019, os números de libertações foram caindo consideravelmente: em 2014 foram 96, em 2015, 33; em 2016, 19; em 2017, 19; em 2018, 9; em 2019, 4, e em 2020, 5. Nos demais anos com registros disponíveis pelo Radar da Inspeção do Trabalho, os números ficavam entre 80 e 110 casos. (SANTOS, 2021, p.1).

Nesse sentido, surge a necessidade de criação de meios para que esse agricultor, que emprega cada vez mais funcionários e que é tão importante para a economia não só do Estado como também do país, possa continuar suas atividades, com todos os percalços que a lavoura pode trazer, cumprindo de maneira íntegra e ética as normas legais.

Nesse diapasão, em razão do desenvolvimento na agricultura tocantinense o sistema de compliance é essencial em relação a competitividade do setor e para a manutenção de relacionamentos saudáveis entre as partes interessadas, como reguladores, produção rural, clientes e parceiros operacionais, com mais transparência em todas as atividades. Mesmo com leis que protegem os trabalhadores e lhes proporcionam trabalho decente, o trabalho escravo continua a ocorrer, e no Estado do Tocantins ocorre por implicação. Indivíduos submetidos a trabalhos forçados por horas extenuantes sem possibilidade de saída do local, com limitação de suas liberdades, sem vínculo empregatício ou ingresso na CTPS.

O trabalho forçado hoje pode ter uma série de características reconhecíveis, tais como: falta de emprego relacional, jornada exaustiva de trabalho, falta de regulamentação, trabalho forçado, condições degradadas, endividamento, habitação insalubre (falta de saneamento básico, água potável, pobreza, alimentação, desrespeito pelos direitos humanos e falta de higiene).

De acordo com o levantamento da cartilha "O Tocantins Contra o Trabalho Escravo – CPT & Parceiros da Comissão Estadual 'De Olho Aberto' só em 2001, foram registradas 199 denúncias. A cartilha divulga que, entre os denunciados na lista suja, de 2002 a outubro de 2010, um dos listados já foi ministro da agricultura, cinco já passaram pelo senado e também um desembargador. Nesse período 0,76% relacionavam-se com a atividade pecuária (serviços de limpeza de pasto, construção de cercas etc.) 10% com lavoura de grão (soja, cana), 8% com carvoaria, 6% com outros serviços. O Plano Estadual Para A Erradicação Do Trabalho Escravo No Tocantins – PEETE/TO, e um aliado ao combate desta prática no Estado. Assinado pelo então governador, Marcelo Miranda, são propostas para erradicar o trabalho forçado que veio com o objetivo de prevenção, proibindo o elo entre Estado e empresas que realizam a prática do trabalho escravo junto à lei n.1.726, de 11 de setembro de 2006. (CALVACANTE e BARBOSA, 2018, p.1).

À medida que uma pequena empresa ou agricultor desenvolve seus negócios, eles os alinham com as novas leis e diretrizes por meio da conformidade. A adoção de *compliance* entre as pequenas empresas em crescimento é fundamental para evitar problemas burocráticos futuros que podem levar a perdas financeiras e imobiliárias no segmento em que a empresa atua.

Os princípios de conformidade podem ser aplicados a pequenas empresas em crescimento ou a novas políticas implementadas dentro de uma empresa para expandir seus negócios. Preferencialmente, esse processo deve ser coordenado por

uma equipe responsável pela organização das políticas e diretrizes da empresa e pelo alinhamento com os objetivos e planos da organização.

Um dos benefícios do *compliance* é a capacidade de atrair novos investidores para a instituição, pois proporciona aos investidores maior segurança em seus investimentos. É imprescindível sublinhar o propósito do *compliance* trabalhista para as empresas agroalimentares, pois, agindo em conformidade com a lei, a ética e a integridade, garantem que sejam recompensadas em momentos distintos, como no caso de requerimento de licença ambiental, nos documentos necessários para a produção e exportação do produto, em suma, certificação e financiamento; as análises dessas empresas, em linha com a agenda anticorrupção, serão abrangentes e benéficas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao analisar a importância do *compliance* verifica-se, que é imprescindível a conscientização e a apresentação do programa para aqueles que desconhecem a sua finalidade. Entende-se, portanto, a contribuição com melhorias nas relações de trabalho, verificando a possibilidade do uso do *compliance* trabalhista como meio de reduzir demandas judiciais e trazer bem-estar ao ambiente agrário, gerando mais segurança a empregadores e empregados, viabilizando a contratação de funcionários com carteira assinada e ampliando as contratações de safra.

Para tanto, faz-se necessário analisar a possibilidade de aplicação do *compliance* trabalhista a empregadores enquanto pessoas físicas, uma vez que este é o perfil do agricultor tocantinense, produtores que crescem e ampliam cada vez mais sua produção, mas que, por diversas razões, não configuram empresas. Observa-se, a possibilidade de aplicação do *compliance* trabalhista no ambiente rural, por empregadores enquanto pessoas físicas, tendo em vista as problemáticas nas relações de trabalho quer seja por falta de adaptação das fazendas para recepcionar os trabalhadores, seja por falta de realização de contratos e registros nas CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social).

Percebe-se, com o aumento da produção e o crescimento da busca por terras produtivas no Estado do Tocantins, crescem também as fiscalizações no ambiente rural, e o produtor que não se adapta às exigências legislativas por achar caro ou desnecessário, acaba arcando com prejuízos muito maiores. O Programa de *Compliance*, entendido como um conjunto de boas práticas para garantir o cumprimento das normas regulamentares, com organismos de certificação de produtos e sobretudo uma plataforma comercial estratégica baseada em princípios de ética e transparência, minimizando situações de exposição ao risco e reduzindo as

perdas que ocorrem com os danos por fraude interna, nos termos da Lei Anticorrupção, além de manter a estratégia corporativa, conduzem seus negócios segundo os princípios da ética e da transparência.

Portanto, este estudo busca explorar o descompasso entre as exigências legislativas e o andamento da produção, dentro do ambiente agrário, e demonstrar a importância de o agricultor se prevenir fazendo as adaptações necessárias com o auxílio do compliance trabalhista oportunizando ao trabalhador rural melhores condições de trabalho e ao empregador uma segurança que permitirá que todas as atividades sejam realizadas, garantindo um aumento na produção, sem que se tenham prejuízos com demandas jurídicas ou multas em fiscalizações.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro. FERREIRA, Isadora Costa. *Compliance* trabalhista: Compreendendo a Prevenção de Risco trabalhista por Meio de Programa de Integridade. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, nº 331, janeiro, 2017.

ARAÚJO, Cristiane Carvalho Andrade. CALCINI, Ricardo. O impacto da LGPD nas relações de trabalho. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-17/lgpd-impactos-trabalhistas>>. Acesso em: 30 set. 2021.

BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa: atualizada de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 83421/2015**. 1º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

BOBSIN, Arthur. Entenda o que é *compliance* e como colocar em prática. **Portal da Aurum**, dez. 2020, atualizado set. 2021. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/#1>>. Acesso em: 31/05/2021.

BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. CORREIA, Henrique. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho. **Meu Site Jurídico**, set. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>>. Acesso em: 30 set.2021.

BRASIL. MISTÉRIO DO TRABALHO (TEM). NR 31 - segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde. **Portaria MTE n.º 485, de 11 de nov.** 2005 (DOU de 16/11/05 – Seção 1). Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr31.htm>. Acesso em: 21 mai 2021.

CAVALCANTE, Alanna Rodrigues. BARBOSA, Igor de Andrade. Uma análise do trabalho escravo no Estado do Tocantins. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 30, nº 1570.

Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direitos-humanos/4195/uma-analise-trabalho-escravo-estado-tocantins>>. Acesso em: 27 set. 2021.

CORREIA, Henrique. *Compliance* e sua aplicação no direito do trabalho. **Portal Migalhas**, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/291012/compliance-e-sua-aplicacao-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 27 set. 2021.

DONELLA, Geovana. Compliance, descubra o significado desse conceito e por que sua aplicação é crucial dentro das empresas. **Capital Aberto**, mai. 2019. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/o-que-e-compliance/>>. Acesso em: 01jun2021.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O *Compliance* Trabalhista Como Ferramenta Para Evitar Ações Judiciais. **Revive - Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v.3, n.1, p. 147-169, jan./jul. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/revive/article/download/5090/3148/15865>>. Acesso em: 29 set.2021.

GABRIELLE, Nathália. O *Compliance* como instrumento de prevenção e combate à corrupção. **Instituto de Direito Real**, jan. 2020. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/o-compliance-como-instrumento-de-prevencao-e-combate-a-corrupcao>>. Acesso em: 30 set. 2021.

GABRIELLE, Nathália. O que é *Compliance* Trabalhista?. **Instituto de Direito Real**, dez. 2019. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/compliance-trabalhista>>. Acesso em: 27 set. 2021.

IBGE-Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Agropecuário 2017. **Tocantins: IBGE**, 2017. Disponível em: <[https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/templates/censo\\_agro/resultadosagro/index.html](https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/templates/censo_agro/resultadosagro/index.html)>. Acesso em: 10 maio 2021.

LOPES, Alberto Pereira. NASCIMENTO, Juliana Lopes. O Estado do Tocantins no Ranking da Escravidão por Dívida. **Revista Tocantinense de Geografia**, Araguaína (TO), Ano 04, n.01, nº2317-9430, jan-jul. de 2015. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/geografia/article/download/1702/14891/>>Acesso em: 02 out. 2021.

MACHADO, Tainara. O *Compliance* Trabalhista como Ferramenta para Evitar Ações Judiciais Futuras em Decorrente da COVID. **Pitadas de Direito**, 2020. Disponível em: <<https://www.pitadasdedireito.com/single-post/o-compliance-trabalhista-como-ferramenta-para-evitar-a%C3%A7%C3%B5es-judiciais-futuras-em-decorr%C3%Aancia-da-covid>>. Acesso em: 29 set.2021.

MORAES, Vanessa. *Compliance* Trabalhista: o que é, como funciona e como se preparar?. **Portal da Aurum**, jan. 2020, atualizado set. 2021. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/compliance-trabalhista/>>. Acesso em: 29 set. 2021.

RABELO, Felipe Cunha Pinto. A importância do *Compliance* trabalhista nas empresas. **Revista Jus Navigandi**, 2018, p.1. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69188/a-importancia-do-compliance-trabalhista-nas-empresas>>. Acesso em: 17 maio 2021.

REIS, Beatriz de Fellipe. BORGES, Gustavo Silveira. SILVA NETO, Nelson. Soares. Mediação de Conflitos e *Compliance* Trabalhista: Medidas para Prevenção, Gestão e Resolução Consensual de Conflitos. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 29, n. 53, p. 40–54, 2020. DOI: 10.21527/2176-6622.2020.53.40-54. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/9524>>. Acesso em: 29 set. 2021.

SANTOS, Luane. Mais de três mil tocaninenses foram resgatados de trabalhos análogos à escravidão. **Secretaria da Cidadania e Justiça/Governo do Tocantins**, 2021. Disponível em: <<https://www.to.gov.br/cidadaniaejustica/noticias/mais-de-tres-mil-tocantineses-foram-resgatados-de-trabalhos-analogos-a-escravidao/6ynunzc9ipnv>>. Acesso em: 27 set. 2021.

SIBILLE, Daniel.; et al. **Os Pilares do Programa de Compliance**. São Paulo: Editora LEC. 2020. Disponível em: <<https://conteudo.lec.com.br/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>>. Acesso em: 22. set. 2021.

SILVA, Wellington Belisario. A importância do *Compliance* para os pequenos agricultores e empreendedores em expansão dos negócios. **Elevagro**, ago.2021. Disponível em: <<https://elevagro.com/materiais-didaticos/a-importancia-do-compliance-para-os-pequenos-agricultores-e-empreendedores-em-expansao-dos-negocios/>>. Data de acesso: 3 de outubro de 2021.

STRAPASSON, Andrea Wiezbicki. SOUZA, Melissa Adriana Gonçalves. *Compliance* e o Agronegócio. **Instituto Compliance Brasil**, out. 2018. Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/compliance-e-o-agronegocio/>>. Acesso: 28 set. 2021.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. *Compliance* Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 23, nº 1237. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhos-academicos/3421/compliance-lei-anticorruptao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013->>. Acesso em: 29 set. 2021.

VERSIANI, Marcel. MACHADO, Rita. *Compliance* e agronegócio. **Correio Brasiliense**, jul. 2020. Disponível em: <[https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/opiniaao/2020/07/02/internas\\_opiniaao,868669/compliance-e-agronegocio.shtml](https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/opiniaao/2020/07/02/internas_opiniaao,868669/compliance-e-agronegocio.shtml)>. Acesso em: 27 set. 2021.

## CESSÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

**MARCELA PEDROSA BARROS:**

Advogada. Pós-graduada em Direito Público. Pós-graduada em Direito Administrativo e Gestão Pública. Autora dos livros - "Audiência de Custódia: Alternativa à Cultura do Encarceramento Enraizada no Sistema Penitenciário Brasileiro" (2019); e - "A (Im)prescritibilidade das Ações de Ressarcimento por Dano Causado ao Erário: Interpretando o art. 37, § 5º, da CF, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal" (2019). Professora no Conteúdos PGE<sup>61</sup>.

**Resumo:** O presente artigo visa discorrer sobre a (im)possibilidade de cessão de crédito oriundo de contrato administrativo. Para tanto, considerando que o tema não é pacífico, serão abordadas as argumentações desenvolvidas a favor e contra o instituto.

**Palavras-Chave:** Cessão de crédito. Contrato Administrativo. Administração Pública.

### 1. INTRODUÇÃO

A cessão de crédito é regulada, especialmente, pelos arts. 286 a 298 do Código Civil. Trata-se de um negócio jurídico bilateral pelo qual o credor de uma obrigação (cedente) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário), independentemente do consenso do devedor (cedido), sua posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário, sem que se opere a extinção do vínculo obrigacional original.

O devedor cedido, portanto, não é parte no negócio da cessão, mas, certamente, deve ser notificado do ato para tomar ciência a quem deve efetuar o pagamento. Com efeito, reza o art. 290 do CC que a *"cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita"*. Enquanto não tiver conhecimento da cessão, pagando ao credor primitivo, o devedor estará pagando bem (art. 292).

---

<sup>61</sup> E-mail: marcelapedrosab@gmail.com



Ademais, é importante que o devedor seja comunicado para que tenha a oportunidade de opor ao cessionário as eventuais exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente (art. 294 do CC). Sendo assim, poderá o devedor opor contra o cessionário todas as alegações de defesa de que dispunha contra o cedente à época da cessão, a exemplo da prescrição ou alguma causa de anulabilidade ou nulidade da dívida (erro, incapacidade do agente, ilicitude do objeto, etc.).

Acontece que a aplicação do instituto da cessão de crédito no âmbito do Direito Público é controvertida, especialmente quando se trata de contratos administrativos. A seguir serão apresentados entendimentos pela possibilidade e pela impossibilidade da aplicação do instituto aos contratos administrativos.

## **2. DA IMPOSSIBILIDADE DE CESSÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO**

De saída, convém trazer à baila o que dispõe o art. 286 do Código Civil:

Art. 286. O credor pode ceder seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Como se vê, o ordenamento jurídico admite o afastamento da cessão em determinadas hipóteses. De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, a cessão de crédito não é admitida em qualquer circunstância, vedando-se a sua realização diante da natureza da obrigação, por lei ou por determinada convenção.

Os contratos administrativos se encontram na exceção mencionada pelo art. 286 do Código Civil em razão de: (i) a ausência de previsão legal específica sobre a cessão de crédito no regime de direito público; (ii) o fato de possuírem caráter personalíssimo e, ainda, (iii) à impossibilidade de liquidar a obrigação em favor de outrem por força do art. 63 da Lei nº 4.320/64.[1]

Como cediço, o princípio da legalidade tem diferentes acepções. Nos termos do art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, referido princípio estabelece que o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, podendo atuar, portanto, nos seus espaços livres (ideia de vinculação negativa à lei).

Por outro lado, diante dos interesses a serem tutelados, a Administração Pública somente pode atuar de acordo com a lei - compreendida esta em sentido amplo para

abranger qualquer norma prevista no ordenamento jurídico, seja explícita ou implícita, em razão da evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade.

Os contratos administrativos submetem-se ao regime de direito público, nos termos da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/93. Não há previsão nesta espécie normativa permitindo a cessão de crédito nos contratos administrativos. E tal não poderia ser diferente, pois o cessionário é investido da condição de credor em toda a sua amplitude, sendo-lhe permitindo buscar a realização do seu crédito por todos os meios, o que não se adequa aos contratos administrativos.

Vislumbra-se aqui a característica *intuito personae* do contrato administrativo por outro ângulo. A pessoalidade não é apenas meio de assegurar que o contratado será de fato o responsável pela prestação da obrigação, mas também de condicionar seu direito ao crédito ao adimplemento da prestação. Se um terceiro passa a ter direito sobre o crédito de forma desvinculada da prestação, o contrato passa a servir pretensões econômicas alheias ao interesse público que se quer satisfazer.

Nesse sentido, as lições de Jessé Torres Pereira:

"Transplantando a hipótese (de cessão de crédito) para o regime jurídico dos contratos públicos, constata-se que à cessão do contrato opõem-se a natureza 'intuito personae' dele, a lei e o contrato, este se, no caso concreto, não contiver cláusula que a autorize (e lá inserida pela anuência da Administração, no interesse da adequada execução do contrato)."[2]

Além disso, interpretando-se *a contrário sensu* o art. 77, VI, da Lei nº 8.666/93, verifica-se a possibilidade de cessão do contrato, e não dos créditos decorrentes do contrato. Eis a redação do dispositivo legal:

Art. 77. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

A rigidez que se verifica na norma para a alteração da posição contratual decorre, como dito, da extrema confiança depositada pela Administração no contratado (característica *intuito personae* dos contratos, que pode ser relativizada em situações

pontuais de aquiescência e previsão contratual), a ponto de influenciar a disciplina a ser adotada no contrato administrativo.

Não há como a Administração Pública responsabilizar-se pelo pagamento a uma pessoa jurídica distinta da relação jurídica que foi estabelecida na avença contratual (no caso, uma instituição bancária) se a verificação acerca do adimplemento contratual será feita *a posteriori* de acordo com as medições.

Assim, a cessão do crédito pode implicar significativa alteração nas condições iniciais da contratação, em ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que a contratada passa a oferecer garantia a seus fornecedores não prevista no edital da licitação.

Ademais, o art. 63 da Lei nº 4.320, de 1964, impede a modificação do credor para efeito de liquidação de despesa, pois condiciona a liquidação da despesa ao adimplemento da obrigação (art. 63, § 2º, III). Novamente, deve-se observar o princípio da legalidade, para considerar anômalo o recebimento de crédito por terceiro que não detém qualquer vínculo com a Administração e que não participou da execução do objeto contratado.

Tem-se que a transação pretendida enseja benefício exclusivo para a empresa contratada, mas que gera consequências obrigacionais para o Município de João Pessoa. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado proíbe tal prática.

Em suma, os argumentos que fundamentam a impossibilidade da aplicação da cessão de crédito oriundo do contrato administrativo podem ser resumidos da seguinte forma:

- a) A cessão de crédito não é admitida em qualquer circunstância, vedando-se a sua realização diante da natureza da obrigação, por lei ou por determinada convenção (Art. 286 do Código Civil);
- b) A cessão de crédito estaria vedada pelo inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93;
- c) A cessão de crédito é incompatível com o regime de direito público, sobretudo com a natureza personalíssima (*intuitu personae*) dos contratos administrativos;
- d) Não existe previsão legal específica sobre a cessão de crédito dos contratos administrativos, de sorte que a sua aceitação violaria o princípio da legalidade estrita no sentido de que à Administração somente é lícito fazer aquilo que esteja previsto em lei;

e) O art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e o art. 44 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, proibiriam a cessão de crédito, na medida em que dispõem que os pagamentos realizados pela Administração Pública devem ser feitos em conta bancária do credor; e

f) A cessão de crédito poderia causar prejuízos à execução contratual, à satisfação do interesse público ou, ainda, servir de simulação a negócios escusos praticados em conluio pela empresa contratada e pelo terceiro cessionário (a exemplo de fraude a credores).

Além disso, é importante destacar que há julgados de tribunais administrativos e judiciários indicando a ilegalidade da cessão de crédito de contrato administrativo.

Nesse sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União proferiu o julgado transcrito abaixo, tido como paradigma para a matéria [Acórdão n.º 831/2000 – Plenário]:

“(…)Relativamente à validade da cessão de créditos, entendemos que ocorreu descumprimento do art. 44 do Decreto nº 93.872/86 que dispõe que 'o pagamento de despesa será feito mediante saque contra o agente financeiro, para crédito em conta bancária do credor, no Banco por ele indicado, podendo o agente financeiro fazer o pagamento em espécie, quando autorizado' (grifo nosso).

22.Entendemos que não existe previsão legal que autorize a cessão de créditos decorrentes do adimplemento de contratos administrativos. Conforme preceitua o art. 1.065 do Código Civil, 'o credor pode ceder seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor'. Logo, considerando que a lei veda a cessão de tais créditos, opinamos pela prática de ilegalidade da autoridade que autorizou o levantamento dos créditos da Construtora Ikal Ltda. pela Banco OK.

23.A propósito vale referir que o referido instrumento de cessão de créditos pode ter sido uma forma utilizada para fraudar os credores da Construtora Ikal Ltda. Conforme noticiado nos jornais locais, a Construtora, após a denúncia na mídia quanto às ilegalidades perpetradas na construção do fórum paulista, encerrou suas atividades em Pernambuco deixando de saldar compromissos comerciais e trabalhistas. Às fls. 41 do TC nº Processo 016.411/1999-4 anexo verifica-se diversos mandados de penhora dos créditos da Construtora em decorrência de sua inadimplência generalizada.

(...)25.A partir destas informações não é difícil imaginar que esta cessão de créditos pode, por exemplo, ter servido de simulação para que o Banco OK recebesse os créditos da Construtora, que à época poderia ter seus contas bloqueadas pela Justiça, tanto em decorrência de execuções civis e trabalhistas, como a partir de solicitações de indisponibilidade de bens da empresa e controladores efetuadas pelo Ministério Público Federal, conforme constava em notícias jornalísticas. Pode ser o caso de fraude à execução, capitulada no art. 179 do Código Penal.

(...)

30.Retornando aos pagamentos, entendemos que a natureza das despesas públicas, e seu procedimento próprio de liquidação e pagamento previstos na Lei nº 4.320/64, não autorizam a cessão de crédito nos moldes ajustados pela Construtora e pelo Banco.”

No mesmo sentido, encontram-se os seguintes precedentes do TCU: Decisão n.º 831/2000 - Plenário, Decisão n.º 420/2002 – Plenário e Acórdão n.º 984/2004 – Plenário.

Em julgado mais recente, datado de 24 de junho de 2015, o Plenário da Corte de Contas da União reiterou seu posicionamento acerca da matéria, declarando a impossibilidade de reconhecimento da cessão de crédito [Acórdão n.º 1570/2015 - Plenário]. Confira-se trecho do referido julgado:

“51.6.4. Como é sabido, no direito público, diferentemente do privado, só pode ser feito o que a lei permite. De acordo com o art. 44 do Decreto 93.872/1986 (que também se aplica às entidades da administração indireta, inclusive as empresas estatais como a CBTU, por força do inciso III c/c o caput do art. 50, da Lei Complementar 101/2000), determina que o pagamento de despesa deve ser feito a crédito da conta bancária do credor. Não há previsão para o pagamento a terceiros.

51.6.3. Acerca dessa questão, o TCU já se posicionou pela sua irregularidade, conforme disposto no Acórdão 984/2004-TCU-Plenário, anterior à irregularidade aqui cometida. No Relatório que antecedeu o Acórdão 3812/2012-TCU-Segunda Câmara, foi proposta ciência à unidade jurisdicionada nos seguintes termos:

7.5.5 realização de pagamentos a terceiros para a quitação de débitos de fornecedores ou prestadores de serviços contratados por ela, em virtude de cessão de crédito, identificados no Contrato 027/2000, o que afronta o disposto no art. 44 da do Decreto 93.872/1986 e decisões do Tribunal, como a proferida no Acórdão 984/2004-TCU-Plenário (item 4.15 da instrução de fls. 466-483);

51.6.4. A doutrina também se posiciona nesse sentido, conforme excerto abaixo transcrito, extraído do Relatório que integrou o Acórdão 282/2007-TCU-Plenário:

73. Para argumentar contra a licitude da cessão de crédito em contratos administrativos, transcrevem-se excertos da matéria veiculada na Revista Zênite de Licitações e Contratos ILC nº 143, jan/2006, p. 58, Seção 'Direitos dos Licitantes Contratados', título 'Cessão de Crédito nos Contratos Administrativos', que vão ao encontro do entendimento defendido no tópico 4.3 deste relatório:

Os contratos administrativos se encontram na exceção mencionada pelo art. 286 do Código Civil dados (i) a ausência de previsão legal específica sobre a cessão de crédito no regime de direito público; (ii) o fato de possuírem caráter personalíssimo e, ainda, (iii) à impossibilidade de liquidar a obrigação em favor de outrem por força da Lei nº 4.320/64, art. 63.

(...)De acordo com o regime de cessão de crédito do Código Civil, o cessionário é investido da condição de credor em toda sua amplitude, sendo-lhe permitido buscar a realização do seu crédito por todos meios. Aí reside o receio - caso houvesse previsão legal sobre a matéria - de que a Administração admitisse a cessão de crédito nos seus contratos.

Constatando essa influência do cessionário sobre o contrato, já que investido na qualidade de credor, acatamos o entendimento professado por Marçal Justen Filho de que a cessão de crédito não se aplica aos contratos bilaterais, uma vez que o Código Civil menciona o cessionário do crédito como sendo meramente credor, e não devedor de uma prestação.

Logo, não se verifica vantagem para a satisfação do interesse público. Muito ao contrário, ao permitir que terceiro possa interferir

no andamento do contrato tendo como único objetivo a realização do seu crédito, a autarquia estará colocando em risco este interesse.

(...) Entretanto, quando se trata da contratação administrativa, deve ser considerado que o pagamento do crédito está vinculado a normas restritivas, que inviabilizam a quitação a outro que não o responsável pela prestação, conforme o art. 63 da Lei nº 4.320/64. Em síntese, no regime de direito público vale o dito de que 'o direito de crédito não se confunde com o direito sobre o crédito'.

(...)Justamente por essa razão é que a cessão de crédito não figura na regulamentação dos contratos administrativos; embora sendo obrigação acessória, o cessionário poderá exigir alterações contratuais para a satisfação de seu crédito, interferindo na consecução do interesse público à revelia da empresa contratada e da autarquia contratante.

Os contratos administrativos caracterizam-se pela pessoalidade. Aquele que é contratado deve ser o responsável pela execução e consequente recebimento dos créditos. A cessão de crédito ofenderia este princípio na medida em que um terceiro passa a ter direito sobre o crédito de forma desvinculada da prestação.

51.6.4. No Voto condutor do Acórdão 831/2000-TCU-Plenário, o E. Relator, Walton Alencar Rodrigues, deixou assente como irregularidade a realização de pagamentos, pelo DNER, ao Banco OK Investimentos S.A., mediante cessão de créditos da Construtora Ikal Ltda., em afronta ao art. 44 do Decreto 93.872/86 c/c arts. 64 e 65 da Lei 4.320/64.

51.6.5. Por fim, ainda sobre essa questão, este Tribunal, mediante o Acórdão 1094/2012-TCU-Segunda Câmara, se pronunciou nos seguintes termos:

(...) que se-abstenha de (...) efetuar pagamentos a entidade diferente daquela constante do contrato, vez que essa situação pode caracterizar subcontratação total e constituir motivo para rescisão unilateral do instrumento pela administração, no caso de a minuta do contrato ou a avença original não preverem tal possibilidade, conforme reza o art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993;"

Portanto, o TCU considera ilegal a cessão de créditos decorrentes de contratos administrativos em face da interpretação empregada aos arts. 64 e 65 da Lei 4.320/64 c/c art. 44 do Decreto 93.872/86, cuja essência visa impedir eventuais desvios de preferência creditória que se tornem viáveis a partir da aceitação do pagamento, além de resguardar à necessária comprovação de regularidade fiscal, que haveria de ser verificada em duplicidade.

Nesse prumo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu da seguinte maneira:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE EMPREITADA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS EM RODOVIAS. CESSÃO DE CRÉDITO A EMPRESA ALHEIA AO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DIREITO À CESSIONÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os contratos administrativos se submetem aos preceitos de direito público, devendo se pautar pelos princípios constitucionais norteadores da administração pública, dentre eles o da legalidade, segundo o qual o administrador deve agir conforme a lei. 2. A contraprestação pela execução do contrato administrativo deve ser efetuada à empresa contratada, não havendo previsão legal que autorize a aceitação, pela Administração, da cessão de crédito a empresa alheia ao negócio jurídico, com a liberação do pagamento diretamente à cessionária, mormente quando há discussão, na esfera administrativa, acerca da possibilidade de liberação do crédito em questão, em face da existência de indícios de irregularidades na execução do contrato. 3. Sentença denegatória da segurança, que se confirma. 4. Apelação desprovida. (AMS 0038593-16.2003.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.114 de 09/08/2010)

Destarte, com a devida vênia àqueles que pensam em sentido contrário, entende-se que o caminho mais seguro a ser seguido pela Administração e que melhor resguarda o interesse e o erário público é que se adote postura cautelosa diante do negócio jurídico de cessão de crédito celebrado entre a contratada cedente e o terceiro cessionário.

### **3. DO ENTENDIMENTO DIVERGENTE. COMPATIBILIDADE ENTRE CESSÃO DE CRÉDITO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**



Conforme visto anteriormente, a matéria aqui tratada não é pacífica no âmbito jurídico. Há quem defenda a possibilidade da cessão de crédito decorrente de contrato administrativo.

A Advocacia Geral da União - AGU já enfrentou o tema diversas vezes, sendo possível encontrar posicionamentos daquele órgão em ambos os sentidos - tanto pela possibilidade, quanto pela impossibilidade.

Acontece que, em 27/05/2020, foi publicado um despacho do Presidente da República para aprovar o Parecer nº 31/2019 da AGU[3], que consolida o entendimento do órgão jurídico acerca da cessão de crédito decorrente de contrato administrativo. Eis a ementa do mencionado parecer:

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CESSÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. RESTRIÇÕES, FORMALIDADES E CAUTELAS. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATUAL PELA EMPRESA CONTRATADA.**

I – A cessão de crédito decorrente de contrato administrativo é juridicamente viável, desde que não seja vedada pelo edital ou contrato.

II – A aplicação supletiva do Direito Civil autorizada pelo art. 54 da Lei n.º 8.666/93 possibilita a cessão de crédito na seara pública.

III – Determinadas cautelas e formalidades devem ser observadas na cessão de crédito no âmbito administrativo, sobretudo a celebração de termo aditivo entre a Administração e a contratada, a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista também por parte da cessionária, bem como a certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar e contratar por ter sido punida com fundamento no art. 87, III ou IV, da Lei n.º 8.666/93, no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002 ou no art. 12 da Lei n.º 8.429/92.

IV – O crédito a ser pago à cessionária é exatamente aquele que seria destinado à cedente (contratada) pela execução do objeto contratual, com o desconto de eventuais multas, glosas e prejuízos causados à Administração, sem prejuízo da utilização dos institutos da conta vinculada e do pagamento direto previstos na Instrução Normativa SEGES/MP n.º 5/2017.

V – A cessão de crédito não afeta a execução do objeto contratado, que continuará sob a responsabilidade da empresa contratada.

O Parecer nº 31/2019 da AGU registra que existe posicionamento contrário do TCU acerca da matéria[4], porém conclui pela viabilidade da cessão de crédito decorrente de contrato administrativo, desde que sejam observadas determinadas cautelas e formalidades.

Nesse contexto, importa transcrever trechos do referido opinativo legal em que são elencadas as restrições e cautelas em cessão de crédito de contrato administrativo:

“89. Contudo, não se pode olvidar que o edital ou o contrato pode conter regra proibindo a cessão. Tal fato está amparado no art. 286 do Código Civil ("O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor") e também na posição preponderante conferida à Administração nos contratos administrativos.

(...)

91. Ademais, não se pode aceitar que a cessão de crédito comprometa a boa execução contratual. Isso é essencial. O interesse público não pode ser olvidado.

92. Outro aspecto a ser abordado diz respeito ao momento exato do início da produção dos efeitos da cessão de crédito em sede administrativa.

(...)

94. A interpretação de tal dispositivo é delicada e não recebe tratamento unânime na doutrina. Mas não se pretende aqui aprofundar o estudo do assunto. Por ora, basta reafirmar que a alteração da forma de pagamento em razão de fato superveniente à celebração do contrato administrativo impõe a assinatura de termo aditivo em cumprimento ao art. 65, II, "c", da Lei n.º 8.666/93. E esse termo aditivo firmado entre a Administração e a contratada obedecerá às formalidades previstas no art. 61, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93.

96. Sendo assim, não é a notificação exigida pelo art. 290 do Código Civil que determina a observância da cessão na seara administrativa.

Como visto, é necessário mais para que o negócio celebrado entre particulares determine a alteração da forma de pagamento de um contrato administrativo: a celebração do termo aditivo e a obediência às formalidades constantes do art. 61, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93.

97. Outrossim, julga-se prudente exigir do cessionário certidões de regularidade fiscal e trabalhista ao longo de toda a cessão para que seja dificultada qualquer tentativa de utilizar o instituto da cessão de crédito com finalidade ilícita. Essa medida também parece útil para evitar contratempus na execução contratual.

98. Nesse mesmo sentido, outra providência que deve ser adotada pela Administração se refere à certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar e contratar por ter sido punida com fundamento no art. 87, III ou IV, da Lei n.º 8.666/93, no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002 ou no art. 12 da Lei n.º 8.429/92.

99. Tal comprovação é exigida ordinariamente da empresa contratada e, por tudo o que foi dito até aqui, se sabe que a cessionária não ingressa no contrato administrativo por força da cessão de crédito. No entanto, a exigência se justifica pela dificuldade adicional imposta àqueles que poderiam tentar usar a cessão de crédito como meio de superar as graves penalidades citadas acima. Acredita-se que conluíus e fraudes poderiam ser inviabilizados com a adoção da medida sugerida."

Portanto, para que seja possível a cessão em análise, a AGU entende que alguns requisitos devem ser observados, a saber: a) não haver vedação no edital ou no contrato; b) não pode comprometer a boa execução contratual; c) a celebração de termo aditivo entre a Administração e a contratada; d) a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista também por parte da cessionária; e) a certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar e contratar por ter sido punida com fundamento no art. 87, III ou IV, da Lei n.º 8.666/93, no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002 ou no art. 12 da Lei n.º 8.429/92.

De bom alvitre frisar que, nos termos do entendimento da AGU, o momento do início da produção dos efeitos da cessão de crédito em sede administrativa não se dá com a notificação exigida pelo art. 290 do Código Civil, sendo necessário a celebração de termo aditivo para alterar a forma de pagamento, conforme exigido pelo art. 65, II, "c", da Lei n.º 8.666/93.

O aditamento do contrato, portanto, é uma providência necessária para dar eficácia plena ao negócio jurídico, levando em conta que haverá alteração no procedimento de execução da despesa pública, em especial no empenho inicialmente efetuado.

## 5. CONCLUSÃO

A par de todas essas considerações, entende-se que o caminho mais seguro a ser seguido pela Administração e que melhor resguarda o interesse e o erário público é que se adote postura cautelosa para não admitir a cessão de crédito oriundo de contrato administrativo, sobretudo em razão do entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da ilegalidade do referido negócio jurídico, conforme visto anteriormente.

Não se desconhece, contudo, o posicionamento acerca da viabilidade da cessão de crédito decorrente de contrato administrativo. Caso seja adotado este entendimento, recomenda-se que seja feita uma análise caso a caso, a fim de avaliar se foram cumpridos os requisitos elencados no Parecer Jurídico nº 31/2019 da AGU.

NOTAS:

---

[1] Revista Zênite de Licitações e Contratos ILC nº 143, jan/2006, p. 58, Seção 'Direitos dos Licitantes Contratados', título 'Cessão de Crédito nos Contratos Administrativos'

[2] PEREIRA, Jessé Torres. Comentários a lei das licitações e contratações da administração pública. 4. ed. Rio de Janeiro: renovar. 1997. p.491

[3] Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-01-2020.htm](https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-01-2020.htm)> Acesso em 19.10.2021

[4] "Não se desconhece que o posicionamento aqui sustentado conflita com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Decisão n.º 831/2000 - Plenário, Decisão n.º 420/2002 - Plenário e Acórdão n.º 984/2004 - Plenário). Todavia, acredita-se que as razões e as cautelas apresentadas neste estudo confirmam a juridicidade da cessão de crédito relativo a contrato administrativo." (Trecho do Parecer nº 31/2019 da AGU)

## **CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

**MARIANGELA ALECRIM DOS SANTOS:**  
Bacharela em Direito pelo Centro  
Universitário Fametro<sup>62</sup>.

**RESUMO:** A análise da infiltração de agentes policiais no combate aos crimes cibernéticos é o objetivo deste artigo. Quais os limites de atuação dos agentes policiais no âmbito da infiltração virtual? As investigações policiais tem um prazo a estabelecer que a infiltração virtual possa se desenvolver pelo prazo de 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que não exceda o prazo máximo de 720 dias, (art 190- A, inciso III – Lei nº 13.441/17). Utilizou-se, como método, a documentação indireta, com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.). Como início, destacam-se os modelos no combate aos crimes cibernéticos, tendo como primeiro passo na investigação destes a identificação da origem da comunicação, conseqüentemente, a infiltração virtual dos agentes policiais. As investigações policiais tem um prazo que estabelece que a infiltração virtual possa se desenvolver pelo prazo de 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que não exceda o prazo máximo de 720 dias. Em capítulos seguintes, trata-se da cooperação da infiltração virtual de agentes policiais no combate aos crimes cibernéticos, ratificando, assim, o conteúdo da cooperação de agentes policiais. Destaca-se, ainda, a positivação da cooperação da infiltração virtual de agentes policiais no novo CP.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes Cibernéticos. Agentes. Combate.

**ABSTRACT:** The analysis of the infiltration of police agents in the fight against cyber crimes is the objective of this article. What are the limits of action of police agents within the scope of virtual infiltration? Police investigations have a deadline to establish that the virtual infiltration can develop for a period of 90 days, without prejudice to any renewals, as long as it does not exceed the maximum period of 720 days, (art 190-A, item III - Law No. 13.441 /17). As a method, indirect documentation was used, with systematic observation, including bibliographic research of primary and secondary sources (doctrines in general, scientific articles, master's dissertations, doctoral theses, etc.), in addition to official documentation (projects of law, messages, laws, decrees, summaries, judgments, decisions, etc.). As a beginning, we highlight the models in combating cyber

---

<sup>62</sup> E-mail: maarialecrim@hotmail.com

crimes, having as a first step in their investigation the identification of the origin of the communication, consequently, the virtual infiltration of police agents. Police investigations have a deadline that establishes that the virtual infiltration can take place for a period of 90 days, without prejudice to any renewals, as long as it does not exceed the maximum period of 720 days. In the following chapters, it deals with the cooperation of the virtual infiltration of police agents in the fight against cyber crimes, thus ratifying the content of the cooperation of police agents. Also noteworthy is the positive cooperation of the virtual infiltration of police agents in the new CP.

**KEYWORDS:** Cyber Crimes. Agents. Combat.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS. 2.1 OS CRIMES CIBERNÉTICOS. 2.2 A COOPERAÇÃO DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS. 2.2.1 AS PROVAS. 2.2.2 A COMPETÊNCIA. 2.2.3 TÉCNICAS DE RECRUTAMENTO E INVESTIGAÇÕES. 3. AS DIFICULDADES BRASILEIRAS NO COMBATE AO CRIME CIBERNÉTICO. 3.1 DIREITO DE RESPOSTA E CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Um estudo sobre a infiltração virtual de agentes policiais no combate aos crimes cibernéticos configura objetivo principal deste trabalho.

A qualidade investigativa infiltração de agentes na rede mundial de computadores (Internet) como dito anteriormente é meio subsidiário de investigação, devendo ser observado pelo chefe de Polícia Judiciária (Delegado de Polícia de carreira), à aptidão intelectual dos agentes, não podendo também deixar de verificar as questões técnicas e estruturais para realizar o procedimento investigativo com sucesso.

A *infiltração virtual* por ser variedade nova de investigação e, mais ainda, trata-se de procedimento muito restrito que exige conhecimento técnico específico do policial, domínio das ciências da computação, *softwares*, e outros conhecimentos fundamentais para que a investigação possa ser concluída com sucesso. Destarte, não havendo agentes com aptidão para ocorrer a investigação, o procedimento, *leia-se: infiltração de agentes*, não deverá acontecer, uma vez que dando prosseguimento sem base técnica comprometerá a produção de provas, ficando prejudicado o direito de punir (*jus puniendi*) do Estado.

No deslinde do presente trabalho, apresenta-se como ocorre uma infiltração virtual de agentes policiais no combate aos crimes cibernéticos. Vale trazer à bala que a legislação estabelece a *infiltração de agentes na internet* somente quando esgotados todos os outros meios para obtenção de provas disponíveis no meio policial, concluindo

com isso que a autoridade judiciária (Juiz) só deverá autorizar a medida quando estiver comprovado o exaurimento de todas as outras modalidades investigativas existentes no âmbito policial.

Reiterando-se a delicadeza a ser adotada, bem como a investigação minuciosa ora em andamento no crime cibernético, tem-se que a lei brasileira, ao contrário da francesa, não delimita a atuação do agente infiltrado, o que implica a exigência de o magistrado oferecer os contornos desta atuação, com base no princípio da proporcionalidade. A atuação do agente não poderá descumprir a dignidade da pessoa do acusado ou de terceiros, sendo limitada ao necessário para coleta da prova. A autorização judicial impedirá que a ação do agente seja considerada criminosa, seja por falta de dolo ou por estar ao abrigo de causa excludente de ilicitude, como estrito cumprimento de dever legal.

Trata-se de método de investigação que deve ser usado de forma absolutamente subsidiária. Por pelo menos três razões: trata-se da mais abrupta forma de flexibilização de direitos fundamentais de investigados, e pior, de terceiros que eventualmente sequer estejam sendo investigados. Constitui-se em mecanismo bastante arriscado para os agentes que aceitem esse tipo de missão. E, por fim, não se deve subestimar o potencial de cometimento de crimes por parte do próprio agente.

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a documentação indireta, com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial.

Para tanto, será abordado no capítulo 1 a análise da infiltração virtual de agentes policiais. O capítulo 2 abordará a positivação da cooperação da infiltração virtual de agentes policiais no novo CP, esmiuçando o contraditório judicial e a prática de agentes policiais.

## **2. ANÁLISE DA INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES POLICIAIS**

A infiltração policial é gênero do qual são espécies a presencial (física) e a virtual (cibernética ou eletrônica) (CASTRO, 2017, p. 01). Ademais, a infiltração de agentes é medida absolutamente sigilosa, que ocorre sem o conhecimento da defesa técnica, sendo inviável, pois, sua realização durante a fase judicial (na qual o contraditório já está estabelecido) (ZANELLA, 2020, p. 02).

Pereira (2017, p. 08) afirma que há ausência de proibição na Lei 12.850/2013 para que se aplique a infiltração virtual na investigação de crimes que envolvam organizações

criminosas, haja vista que a infiltração virtual está compreendida pelo gênero infiltração de agentes. Contudo, para Flavio Pereira, a Lei de Organizações Criminosas consegue ser aplicada para preencher eventuais lacunas inerentes à infiltração virtual prevista pela Lei 13.441/2017.

A infiltração de agentes policiais é permitida no crime de organização criminosa, nas investigações de crimes como o tráfico de drogas, ciberterrorismo, pedofilia, entre outros. Observa-se que no ambiente virtual, ocorre um aprimoramento das condutas delituosas, ocasionando a necessidade do aprimoramento da atividade de inteligência policial.

## **2.1 Os crimes cibernéticos**

Jorge e Wendt (2012, p.10) analisam que os crimes virtuais também chamados de crimes digitais, crimes eletrônicos, ciber crimes, crimes cibernéticos, entre outras nomenclaturas, são os nomes dados à atividade onde um computador ou rede destes é usado como base para cometimento de crimes ou facilitação para destes. Podendo se classificar esses crimes de acordo com a sua forma de cometimento: os crimes que são cometidos utilizando o computador como instrumento para que se cometa a infração e aqueles que o crime é cometido contra o aparelho em si, o objeto é quebrado ou violado de alguma forma.

Focalizando-se na Internet, há dois pontos de vista a considerar: crimes ou ações que merecem incriminação praticada por meio da internet e crimes ou ações que merecem enquanto bem jurídico autônomo.

Quanto ao primeiro, cabe observar que os tipos penais, no que importa à sua estrutura, podem ser crimes de resultado de conduta livre, crimes de resultado de conduta vinculada, crimes de mera conduta ou formais (sem querer debater se existe distinção entre estes) e crimes de conduta com fim específico, sem prejuízo da inclusão eventual de elementos normativos. Nos crimes de resultado de conduta livre, à lei adquire apenas o evento modificador da natureza, com, por exemplo, o homicídio. O crime, no caso, é provocador o resultado morte, qualquer que tenha sido o meio ou a ação que o causou (GRECO, 2000, p. 95).

Ainda é possível classificar esses crimes em próprios, que são crimes que só podem ser praticados através dos meios informáticos, não tendo outros meios possíveis, e impróprios, que são crimes que podem ser praticados de qualquer forma, os



computadores são apenas mais um meio para a execução destes crimes. No tocante a essas duas categorias, Marcelo Xavier de Freitas Crespo ressalta que:

Temos que para se consumir delitos classificados como impróprios não se verificam grandes diferenças quanto ao modus operandi. Em outras palavras, embora mude o jeito pelo qual se pratica a ação delitiva, não se vislumbra a necessidade de conhecimentos técnicos. Já quanto ao ilícitos classificados como próprios, estes sim, dependem de conhecimento específicos de computação (CRESPO, 2011, p. 94).

Dentre os principais crimes cibernéticos, estão: a pornografia infantil, pirataria, fraude e golpes, sabotagem informática, difamação, calúnia, injúria, dano, estelionato, crimes contra o sistema financeiro, ameaça, interceptação do fluxo de dados em tráfego por serviço de telecomunicação, apologia de crime ou de criminoso, violação de direito autoral, tráfico de substâncias estupefacientes, rufianismo, entre outros.

A pornografia infantil é caracterizada por fotografar ou publicar cenas de sexo explícito ou pornográfico que contenham crianças e adolescentes de acordo com o art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (DE INELLAS, 2004, p. 27).

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008) (PLANALTO, LEI 8.069/1990)

Os crimes contra a honra estão relacionados nos art. 138, 139 e 140 do Código Penal, e são eles a injúria, difamação e calúnia. Para que se caracterizem os crimes de calúnia e difamação pelo meio da internet, é necessário que a ofensa seja enviada para grande público, não apenas para a vítima, já para que ocorra a injúria, o envio da mensagem é para a própria vítima. Nos dois primeiros casos a ofensa será à sua honra objetiva e no segundo a subjetiva (SANTOS, MATINS, TYBUCSH, 2017, p. 07).

Os crimes de sistema financeiro ocorrem quando, pelo meio da internet, o agente consegue, mediante fraude, financiamento em instituição financeira. Acontece o crime de ameaça através da internet quando, o sujeito ativo envia correio eletrônico a vítima, com a ameaça de mal injusto. Também por modalidade simbólica se caracteriza o crime, como

imagens, pois com o uso de scanners, se torna possível o envio de desenhos e fotos para intimidar a vítima (SANTOS, MATINS, TYBUCSH, 2017, p. 08).

## **2.2. A cooperação da infiltração virtual de agentes policiais no combate aos crimes cibernéticos.**

O agente infiltrado possui várias atribuições, dentre elas destaca-se que a atividade deve ser devidamente autorizada judicialmente, caso venha a cometer infração, esta deve ser realmente necessária para coibir ou evitar abusos, não podendo ainda induzir ou instigar os integrantes da organização criminosa a praticar delitos criminosos (GUERRA, 2019, p. 25).

O agente infiltrado possui requisitos para sua infiltração descritos no art. 10 da Lei 12.850/2013:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerido pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso do inquérito policial, será anteposto de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. § 1º. Na hipótese de atuação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. § 2º. Será aprovada a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser formada por outros meios disponíveis. § 3º. A infiltração será considerado pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem perda de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. § 4º. Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será mostrado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. § 5º. No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração (BRASIL, 2013).

A infiltração policial deverá constar na autorização pelo magistrado outras possíveis medidas investigativas, arroladas na Lei nº 12.850/2013, como por exemplo da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, que será utilizada durante a ação do agente infiltrado na organização criminosa, para que as provas não sejam consideradas ilícitas faz-se necessário devidamente a autorização mencionada (GUERRA, 2019, p. 26).

Outro requisito é acerca do *fumus comisi delicti e periculum in mora*, sendo assim deve haver prévia comprovação de verdadeira existência de crime praticado pela organização criminosa para não infiltrar agente que corre riscos apenas para obtenção de provas que poderiam ser realizadas de maneiras menos invasivas (GUERRA, 2011, p. 12).

### 2.2.1.As provas

Os criminosos descobrem diversas técnicas para se manterem no anonimato na rede, da mesma forma as autoridades conseguem se manter anônimas através de suas técnicas de rastreamento, conseguindo encontrar as vulnerabilidades dos criminosos virtuais e dessa forma coleta provas dos ilícitos causados pelos mesmos.

Prova, originaria do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, examinar e persuadir, todo elemento que possa levar ao conhecimento de um fato, ou de alguém, o código de Processo Penal regulamenta a prova em seu título VII a partir do artigo 155. Dessa forma, entende-se assim, no seu sentido jurídico a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência e veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou ato demonstrado” (PLANALTO, DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941).

Conforme Fernando Capez (2021, p. 143):

Sem dúvida alguma, o tema relacionado à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas confiável e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há impedimento para a utilização de provas eletrônicas. Conforme o artigo 225, do Código Civil, podem ser meios de prova fotografias, registros cinematográficos e fonográficos, reprodução eletrônica de fatos, desde que a parte contrária não lhes impugnar. Além disso, o artigo 332, também do Código Civil, abre margem para outros meios não especificados no referido Código, que sejam legais e legítimos, sejam hábeis para servir como prova:

Art. 225. As repetição fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas

fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor (PLANALTO, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002).

Já no Código de Processo Penal, o artigo 231 e 232 também regulamentam acerca das provas e da possibilidade de se utilizar de documentos públicos e particulares em qualquer fase do processo, não fazendo qualquer ressalva sobre os documentos eletrônicos. Ocorre que, a limitação de prova dos crimes virtuais não está nos meios, mas sim na obtenção das provas, pois em muitas das vezes os criminosos agem de forma anônima e que não deixam o mínimo de suspeitas possíveis, eles têm como aliados vasto arcabouço tecnológico que permite agirem silenciosamente e sem vestígios:

Art. 231. Salvo os casos conclusivos em lei, as partes poderão mostrar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 232. Entende-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original (PLANALTO, DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941).

Em contrapartida, os profissionais responsáveis pela obtenção de provas e competentes para essa função são despreparados, bem como há uma grande deficiência de ferramentas investigativas capazes de desvendar o mundo virtual por trás de tais crimes. Nesse sentido:

É importante que haja um trabalho de aperfeiçoamento de práticas para o combate dos crimes praticados no ambiente virtual, que sejam; desenvolvimento especializado dos profissionais, capacitação de informática, investimentos em tecnologias que aumente as possibilidades de busca dos delitos, treinamento de policiais, criação de mais delegacias com profissionais voltados para a área virtual e a atualização do legislador em meio à criação de novas condutas, para que se possam criar leis que se adequem a situação. Os crimes só tendem a aumentar, a tecnologia a cada dia avança, esses acontecimentos requerem que as autoridades ajam de igual

magnitude (SANTOS, 2021, p. 24 adaptado de FROTA e PAIVA, 2017).

Verifica-se que os avanços que ocorreram em relação aos crimes cibernéticos, são poucos diante do grande mundo virtual e suas nuances, vez que há limitações em várias esferas do direito. Assim como, há muitos casos que não são nem descobertos por falta de denúncia e descrença das vítimas quanto a punição que acarreta esses delitos.

### 2.2.2 A competência

Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 157), conceitua competência como:

Trata-se da demarcação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode estabelecida autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os. O Supremo Tribunal Federal tem capacidade para exercer sua jurisdição em todo o Brasil, embora, quanto à matéria, termine circunscrito a determinados assuntos. Não pode, por exemplo, o Ministro autenticar uma separação consensual de casal proveniente de qualquer parte do país, embora possa, conforme o caso, apreciar um habeas corpus de pessoa presa em qualquer ponto do território brasileiro. O juiz de uma pequena cidade pode tanto homologar a separação consensual de um casal residente no mesmo local, quanto analisar uma prisão ilegal realizada por autoridade policial da sua Comarca. Não pode, no entanto, julgar casos apropriado à Comarca vizinha.

Em regra, de acordo com a nossa atual jurisdição processual penal, nos moldes do art. 70 do Código de Processo Penal, a competência é estabelecida pelo lugar em que a infração for consumada, ou, no caso de tentativa, pelo local em que foi praticado o último ato de execução (ROCHA, 2020, p. 14).

Há de se perceber a primeira problemática, pois nos crimes cometidos na internet, o grau de dificuldade encontrado pelas autoridades policiais é imensurável na identificação do local em que se deu o crime (ROCHA, 2020, p. 14).

Quando ocorre um crime virtual deve-se observar, a princípio, em qual território a ação ocorreu. No entanto, na internet há uma grande dificuldade em determinar um território, vez que trata-se de um ambiente global em que pessoas de um país pode

registrar sites em outros países, assim como, estar em um país realizando uma ação criminosa em outro país (SANTOS, 2021, p. 26).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores já vem comprovado, em alguns julgados, determinadas diretrizes processuais no âmbito cibernético. A este tema, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a competência para processar e julgar crimes de racismo praticado na internet é o do local onde partiram as mensagens de cunho nocivo racista, conforme anuncia o art. 70 do CPP (ROCHA, 2020, p. 14).

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RACISMO APLICADO POR INTERMÉDIO DE MENSAGENS TROCADAS EM REDE SOCIAL DA INTERNET. USUÁRIOS DOMICILIADOS EM LOCALIDADES DISTINTAS. INVESTIGAÇÃO DESMEMBRADA. CONEXÃO INSTRUMENTAL. EXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO EM FAVOR DO JUÍZO ONDE AS INVESTIGAÇÕES TIVERAM INÍCIO. 1. A competência para demandar e julgar o crime de racismo praticado na rede mundial de computadores estabelece-se pelo local de onde partiram as manifestações tidas por racistas. Precedente da Terceira Seção. 2. No caso, o método criminal (quebra de sigilo telemático) teve início na Seção Judiciária de São Paulo e culminou na identificação de alguns usuários que, embora domiciliados em localidades distintas, trocavam mensagens em comunhão virtuais específicas, supostamente racistas. O feito foi desagregar em outros treze procedimentos, distribuídos a outras seções judiciárias, sob o fundamento de que cada manifestação constituía crime autônomo. 3. Não impeditivo cada mensagem em si configure crime único, há conexão probatória entre as condutas sob apuração, pois a circunstância em que os crimes foram praticados - troca de mensagens em comunidade virtual - provoca o estabelecimento de uma relação de confiança, mesmo que precária, cujo viés pode facilitar a identificação da autoria. 4. Caracterizada a conexão instrumental, firma-se a capacidade pela prevenção, no caso, em favor do Juízo Federal de São Paulo - SJ/SP, onde as investigações tiveram início. Cabendo a este comunicar o efeito do julgamento aos demais juízes federais para onde os feitos desmembrados foram remetidos, a fim de que restituam os autos, ressalvada a existência de eventual sentença proferida (art. 82 do CPP). 5. Confronto conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª

Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante. (CC 116926 SP 2011/0091691-2 Relator(a): Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, DJe 15/02/2013) (ROCHA, 2020, p. 15).

É válido mencionar aqui a capacidade da Justiça Federal, nas situações de crimes fronteiriços ou demais crimes federais. É correto que a nossa Constituição Federal, em seu art. 109, inciso IV, afirmar competência aos juízes federais julgar as infrações praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim, capacitado é a Justiça Federal para julgar os crimes cibernéticos contra a Administração Pública, a exemplo do art. 313-A do Código Penal (inserção de dados falsos em sistema de informação) (ROCHA, 2020, p. 15).

A infiltração virtual do agente policial deve ser bastante analisada antes de ser adotada, de modo que deve ser provado que nenhum outro método deu os resultados esperados. Em vista da infiltração do agente no ambiente criminoso presencial, a infiltração virtual prevista na Lei 13.441/17, esses riscos são bastante abrandados é um método que não proporciona um desgaste físico ao agente (SANTOS, 2021, p. 28 adaptado de WOLFF, 2017).

O artigo 190-A, incisos I e II, da Lei nº 13.441/17, estabelece expressamente que a infiltração deverá ser requerida pela autoridade policial ou por membro do Ministério Público e autorizada por juiz competente e devidamente fundamentada por ele, estabelecendo ainda os limites da operação. A norma em estudo determina também o prazo de 90 dias para a conclusão do procedimento, sem prejuízo de eventuais renovações pelo prazo máximo de 720 dias, demonstrada a sua necessidade.

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de apurar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D disto Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B da Prescrição-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , obedecerá às seguintes regras:

I – será precedida de autorização judicial adequadamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público;

II – dar-se-á através requerimento do Ministério Público ou desempenho de delegado de polícia e conterà a

demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; (PLANALTO, LEI Nº 13.441, DE 8 DE MAIO DE 2017).

Ferronato (2017, p. 36) reitera que diante da subsidiariedade e da excepcionalidade da infiltração de agentes, os crimes elencados anteriormente fazem parte de um rol taxativo, ou seja, o meio de investigação em estudo não pode ser utilizado em outros atos delituosos que não sejam aqueles mencionados.

Silva (2017, p. 61) enfatiza:

O sigilo da autorização judicial e o desconhecimento da operação de infiltração por parte do investigado mitigam o princípio constitucional da publicidade, uma vez que a própria Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, inciso LX que a lei só poderá limitar a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem.

Observa-se, portanto, que a ocultação da verdadeira identidade do policial é fundamental para o bom andamento da investigação, sendo imprescindível para obter a confiança do investigado.

### 2.2.3 Técnicas de recrutamento e investigações

A operação de infiltração policial deve respeitar um plano operacional, uma vez que se trata de uma técnica de alta complexidade. Portanto, o agente policial deve estar apto à tarefa, mas deve haver, também, uma movimentação operacional e um aparato efetivo para que a empreitada obtenha os resultados esperados, com uma equipe experiente e com o devido suporte ao agente (GUERRA, 2019, p. 27).

O recrutamento começa com a busca de um agente que supere as características estabelecidas para a missão, surgindo assim um candidato que se enquadra nas necessidades haverá uma proposta onde o agente escolhido tomará conhecimento e riscos da missão abordada (GUERRA, 2019, p. 28).

É certo que a operação de infiltração policial deve respeitar um plano operacional, uma vez que se trata de uma técnica de alta complexidade. Portanto, o agente policial deve estar apto à tarefa, mas deve haver, também, uma movimentação operacional e um aparato efetivo para que a empreitada obtenha os resultados esperados, com uma equipe experiente e com o devido suporte ao agente (SILVA, 2017, p. 35).



De acordo com Pereira (2012, p. 380), o recrutamento é dividido em duas etapas, a captação e a seleção:

La primera fase sería la de reclutamiento, o sea, el instante en que se decide quién, cómo encontrar y cuál es el perfil debe presentar la persona que va infiltrarse en una banda criminal. Se suele afirmar que existen dos procedimientos básicos en esta fase: la captación y la selección. La primera, llamada "captación", sería un procedimiento en sentido abajo-arriba, que sitúa su eje en las peculiaridades de un sujeto (abajo) para sustanciar las necesidades institucionales (arriba). Esta opción suele partir de la existencia de un perfil prototípico del candidato, que una vez encontrado en un sujeto particular acciona iniciativas institucionales de contacto y propuesta a esta persona específica.

É certo que a operação de infiltração policial deve respeitar um plano operacional, uma vez que se trata de uma técnica de alta complexidade. Portanto, o agente policial deve estar apto à tarefa, mas deve haver, também, uma movimentação operacional e um aparato efetivo para que a empreitada obtenha os resultados esperados, com uma equipe experiente e com o devido suporte ao agente (GUERRA, 2019, p. 27).

### **3 AS DIFICULDADES BRASILEIRAS NO COMBATE AO CRIME CIBERNÉTICO**

As novas tecnologias trouxeram inúmeros benefícios aos adeptos do ambiente virtual, contudo, essa era tecnológica também veio acompanhada de malefícios, como a criação de uma nova modalidade criminosa, surgindo, assim, os crimes cibernéticos. Além dos bens jurídicos individuais, a criminalidade informática passou a atingir, ainda, os bens jurídicos difusos, causando um crescente dano à sociedade (FOGLIATTO, 2019, p. 03).

O número de usuários da internet cresce paralelamente ao seu contínuo avanço. Atualmente, a internet é considerada o maior sistema de comunicabilidade global, isso se dá pelos vastos recursos que a mesma dispõe aos seus usuários (SANCHES e ANGELO, 2018, p. 04).

Atualmente o Brasil ocupa o quarto lugar no ranking dos países com o maior número de usuários da internet, segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. Importante destacar que a criminalidade cibernética se expande proporcionalmente à quantidade de usuários dessa rede virtual (SANCHES e ANGELO, 2018, p. 05).

A Lei 12.737/2012 é a principal lei brasileira quando se trata de crimes informáticos. Antes de a referida lei ser aprovada, já havia há algum tempo um debate sobre a necessidade de aprovação de alguma lei que regulamentasse esses crimes (RIBEIRO, 2017, p. 36).

Em uma análise dos artigos da Lei 12.737/2012 é necessário se fazer alguns questionamentos. O caput do art. 154-A, que trata da invasão de dispositivos informáticos, dispõe o seguinte (RIBEIRO, 2017, p. 37):

Art. 154-A. Adentrar 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 exterioriza ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (PLANALTO, LEI 12.737/2012)

A expressão “invadir” repassa uma ideia de força e violência, ou seja, nem toda aproximação que o agente tiver com o sistema informático será considerado invasão, mas, muitas vezes, um mero acesso. Dessa forma, se for levar em consideração o termo utilizado, só seria considerado crime se a invasão ao dispositivo fosse feita através do uso da força. Por pressupor uma ação de agressividade, o termo “invasão” não é o tecnicamente mais correto (RIBEIRO, 2017, p. 37).

Considerando os ensinamentos de ROSSINI (2004, p. 110):

[...] o conceito de “delito informático” conseguiria ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que afronte, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.

A legislação brasileira tem grande dificuldade de acompanhar e manter-se junto a evolução tecnológica, pois com o decorrer dos dias surge no âmbito digital algo novo e o legislador não é capaz de caminhar simultaneamente com tais mudanças, e consequentemente os crimes virtuais são praticados diariamente não sendo punidos devidamente, hora esta que a morosidade na mutação legislativa se torna aparente. A essencialidade de tipificação de alguns crimes cibernéticos é clara, mas carece de observar que a formulação de novas leis deve ser feita com acatamento, pois são inúmeras as leis que foram criadas e não foram postas em prática, pois no contexto penal

se cria leis para tudo, sem pensar nas outras áreas para a resolução do problema (LIMA, 2020, p. 28).

Assevera Crespo (2011, p. 161):

Em tempos onde tudo se torna alvo de leis incriminadoras é preciso ter bom senso e cuidado ao se pretender criar novos crimes. Todos estão exauridos de verificar a enxurrada de tipos penais em nosso ordenamento sem que tragam efetiva contribuição para o convívio em harmonia, para que haja paz social. Isso se dá pela incriminação indistinta de condutas que, no mais das vezes, deveriam ser objeto de políticas sociais mais cuidadosas e de áreas Civil e Administrativa, deixando no ramo Penal como a última *ratio*, sempre tão discutida cientificamente, mas que, na prática, não é observada.

O legislativo Brasileiro explorou a ameaça de forma morosa, e para agir em razão ao combate dos crimes cibernéticos, não ousou utilizar da mesma velocidade a qual o crescimento virtual se desenvolveu, acostando a criação de leis e alterando algumas normas já existentes. Pela falta de atualização na legislação vigente, estes crimes são praticados rotineiramente e em sua maioria encontram-se impunes, transmitindo a imagem de que na internet tudo pode ser feito e que os atos ilegais cometidos não serão vistos, criando assim uma metáfora conhecida como "internet uma terra sem lei" (LIMA, 2020, p. 28).

As poucas normas penais existentes tratando sobre a criminalidade virtual, em sua maioria, são vagas e imprecisas, levando a interpretações dúbias e à necessidade de complementação por outras normas (SILVA, 2020, p. 95).

## **CONCLUSÃO**

Na esteira posta em desfile, observou-se o quanto a tecnologia avançou muito nas últimas décadas, tornando-se, em sua maioria, essencial para o dia a dia das pessoas. Infelizmente, como uma forma mais prática para as pessoas desenvolverem seus afazeres, abriu margem para criminosos atuarem.

Titulados crimes cibernéticos, ou informáticos, deram aos agentes policiais mais uma árdua tarefa para combater a ação dos bandidos, criminosos.

Leis foram criadas no intuito de moralizar o combate aos crimes cibernéticos, porém, ainda que esmiuçadas contenham em seus artigos a tentativa de “combater”, não é o suficiente para diminuir ou mesmo acabar com o crime em comento.

As Leis nº 12.737/12, 12.850/13, 13.441/17, consideram-se importantes avanços no combate aos crimes cibernéticos, as quais constituem-se em adaptações, modificações, melhorias aos Códigos Penal, Processo Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, e demais leis pertinentes ao que se refere crime cibernético e/ou informático.

O intuito do legislador, ainda que muito desejado, teve sua finalização com inúmeras falhas, deixando assim a eficácia das leis a desejar.

De todo o exposto, foi possível observar que os agentes policiais que se infiltram no combate ao crime cibernético precisam estar preparados, o contrário é o que muito se observa em alguns combates ora iniciados e não finalizados como objetivo inicialmente lançado. O legislador deve, de todo o modo, persistir para que a legislação brasileira tenha eficácia a combater os crimes cibernéticos, para que assim as pessoas, num todo, possam ter segurança em suas tramitações eletrônicas, sem que haja risco de ter invadido o meio ora utilizado.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 12 de agosto de 2013**, Diário Oficial da União de 05 de agosto de 2013, Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20define%20organiza%C3%A7%C3%A3o,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Pena%20%2D%20reclus%C3%A3o%2C%20de%203%20\(%C3%A0s%20demais%20infra%C3%A7%C3%B5es%20penais%20praticadas.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20define%20organiza%C3%A7%C3%A3o,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Pena%20%2D%20reclus%C3%A3o%2C%20de%203%20(%C3%A0s%20demais%20infra%C3%A7%C3%B5es%20penais%20praticadas.)> Acesso em: 15 de setembro de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 143.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Lei 13.441/2017 instituiu a infiltração policial virtual**. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiuinfiltracao-policial-virtual>>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

CRESPO, Xavier de Freitas. **Diretivas Internacionais e Direito Estrangeiro. Crimes Digitais.** São Paulo: Saraiva, 2011. P. 161.

DE INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. **Crimes na Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 27.

FERRONATO, Mayza. **INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES À LUZ DA LEI 13.441/2017.** Disponível em: < <https://acervo.digital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57579/MAYZA%20FERRONATO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

FOGLIATTO, Juliana. **Os crimes cibernéticos e os meios que a polícia utiliza para a identificação dos criminosos.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/77225/os-crimes-ciberneticos-e-os-meios-quea-policia-utiliza-para-a-identificacao-dos-criminosos>>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

FROTA, Jéssica Olivia Dias; PAIVA, Maria de Fátima Sampaio. **Crimes Virtuais e a dificuldade para combatê-los.** 2017. Disponível em: <[https://flucianofejao.com.br/novo/wp-content/uploads/2018/11/ARTIGO\\_CRIMES\\_VIRTUAIS\\_E\\_AS\\_DIFICULDADES\\_PARA\\_COMBATE\\_LOS.pdf](https://flucianofejao.com.br/novo/wp-content/uploads/2018/11/ARTIGO_CRIMES_VIRTUAIS_E_AS_DIFICULDADES_PARA_COMBATE_LOS.pdf)>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Algumas observações sobre o direito penal e a internet.** Boletim IBCCRIM, v. 8, 2000, p. 95.

GUERRA, Aline Ferreira. **AGENTE INFILTRADO EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:**

**PUNIBILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE INFILTRADO.** 2011. p. 12. Disponível em: < <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974734779136.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

GUERRA, Gustavo Gabriel Alves. **INFILTRAÇÃO VIRTUAL DOS AGENTES POLICIAIS: como meio de investigação de prova na persecução penal.** 2019. p. 25, 27. Disponível em: < <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8621/1/TCC%20VERS%C3%83O%20FINAL%20-%20Gustavo%20principal%5B1258%5D.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

LIMA, Isaac de Araújo. **CIBERCRIMINALIDADE: DISCUSSÕES SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIFICULDADE PUNITIVA.** 2020. Disponível em: <[http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/561/1/ISAAC%20DE%20ARA%C3%9AJO%20LIMA\\_TCC.pdf](http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/561/1/ISAAC%20DE%20ARA%C3%9AJO%20LIMA_TCC.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. – p.157. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente infiltrado virtual: primeiras impressões da Lei 13.441/2017**. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_12/8-ArtigoFlavio\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf)>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos**. 2012. 551 f. Tesis (Doctado em Derecho Administrativo, Financiero y Procesal) – Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca, Salamanca.

PLANALTO. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO 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: 29 de setembro de 2021.

PLANALTO. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

PLANALTO. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. 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: 29 de setembro de 2021.

PLANALTO. **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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

PLANALTO. **LEI Nº 13.441, DE 8 DE MAIO DE 2017**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm)>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

RIBEIRO, Natália Lima. **DESAFIOS ENFRENTADOS NA REPRESSÃO DOS CRIMES INFORMÁTICOS À LUZ DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS**. 2017. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/15993/1/NAT%20LIMA%20RIBEIRO%20-%20TCC%20DIREITO%202017.pdf>>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

ROCHA, Carolina Borges. **A evolução criminológica do Direito Penal: aspectos gerais sobre os crimes cibernéticos e a Lei 12. 737/2012.** 2020. Disponível em: <[https://amab.websiteseuro.com/wp/wpcontent/uploads/2020/01/A\\_evolucao\\_criminologica\\_do\\_Direito\\_Penal.pdf](https://amab.websiteseuro.com/wp/wpcontent/uploads/2020/01/A_evolucao_criminologica_do_Direito_Penal.pdf)>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 110.

SANCHES, Ademir Gasques. ANGELO, Ana Elisa de. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/66527/insuficiencia-das-leis-emrelacao-aos-crimes-ciberneticos-no-brasil>>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

SANTOS, Daianne Alves dos. **CRIMES VIRTUAIS: tratamento legal e limitações no combate aos crimes cibernéticos.** 2021. p. 24. Disponível de: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18227/1/Gabrielly%20Daianne.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

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. p. 08. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-7.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

SILVA, Danni Sales. **DA VALIDADE PROCESSUAL PENAL DAS PROVAS OBTIDAS NO FACEBOOK.** GOIÁS: Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, 2016. p. 203-235. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2016;1001128393>>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

SILVA, Debora Cristina da. **CIBERCRIMINALIDADE E A (IN) SUFICIÊNCIA LEGISLATIVA PÁTRIA PARA A REPRESSÃO DOS CRIMES COMETIDOS POR MEIO DA INTERNET.** 2020. Disponível em: <[https://repositorio .ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218882/TCC%20-%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218882/TCC%20-%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.

SILVA, Ingrid Martins. **A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO TÉCNICA ESPECIAL DE INVESTIGAÇÃO NO AMBIENTE CIBERNÉTICO.** 2017. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4955/1/%C3%9ALTIMA%20VERS%C3%83O%20-%20TCC%20-%20INGRYD%20-%20INFILTRA%C3%87%C3%83O%20POLICIAL%20CRIMES%20CIBERNETICOS.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

ZANELLA, Everton Luiz. **INFILTRAÇÃO DE AGENTES**. 2020. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. **Crimes cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação**. Rio de Janeiro: Brasport, 2012. p. 10.

WOLFF, R. **Infiltração de agentes por meio virtual**. In SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). Crimes Cibernéticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017.



## A GARANTIA DA AMPLA DEFESA COMO DIREITO HUMANO

**JOSENIRA ILZE DA SILVA NASCIMENTO:**  
Mestranda em Teoria do Direito e Justiça no Programa de Pós Graduação em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE - 2016).<sup>63</sup>.

**Resumo:** O presente trabalho explora a garantia constitucional da ampla defesa a partir da perspectiva de defesa dos Direitos Humanos. Para isso, discorri brevemente sobre a referida garantia, as principais normativas internacionais e nacionais sobre Direitos Humanos e propus, por fim, com a ajuda de teóricos sobre a ampla defesa e sobre os Direitos Humanos, uma interação entre esses dois grandes arcabouços políticos, legais e teóricos, especialmente no que diz respeito à garantia da ampla defesa para populações socialmente vulnerabilizadas socialmente pelo racismo, machismo, capacitismo, patriarcado, LGBTQIAPN+fobia, desigualdades regionais e pelos próprios estados. Concluí que a garantia da ampla defesa não apenas fortalece o sistema de justiça, mas também contribui para a promoção e proteção dos Direitos Humanos em sua totalidade.

**Palavras-chave:** Ampla defesa; Direitos Humanos; enfrentamento às desigualdades; judiciário.

**Abstract:** This paper explores the constitutional guarantee of ample defense from a human rights perspective. To do this, I briefly discussed this guarantee, the main international and national regulations on Human Rights and finally proposed, with the help of theorists on the ample defense and Human Rights, an interaction between these two great political, legal and theoretical frameworks, especially with regard to the guarantee of the ample defense for socially vulnerable populations by racism, machismo, ableism, patriarchy, LGBTQIAPN+phobia, regional inequalities and by the states themselves. I concluded that the guarantee of a broad defense not only strengthens the justice system, but also contributes to the promotion and protection of human rights in their entirety.

**Keywords:** Broad defense; human rights; confronting inequalities; judiciary.

---

<sup>63</sup> Pesquisa Direitos Humanos, Justiça de Transição, Decolonialidade e processos constitucionais latino-americanos. É Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça de Pernambuco e reúne experiência profissional em advocacia cível, processo legislativo e assessoria jurídica feminista, antirracista, anticapitalista e popular. E-mail: [joseniran2018@gmail.com](mailto:joseniran2018@gmail.com)

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Considerações acerca da garantia constitucional da ampla defesa; 3. Ampla defesa e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 4. Ampla defesa e Direitos Humanos; 5. Conclusão. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. Introdução

Este artigo começou a ser gestado em uma aula da disciplina Garantias Constitucionais do Processo, ministrada pelo professor Sérgio Torres Teixeira, no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), em que um grupo de mulheres, do qual fiz parte, apresentou um seminário, no primeiro semestre de 2023 com reflexões sobre os princípios do contraditório, ampla defesa, igualdade processual e também acerca do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

A parte que me coube no trabalho foi a de apresentar considerações acerca da garantia constitucional da ampla defesa. Durante meus estudos para a apresentação do seminário, acabei, sem nenhuma intenção, pelo menos consciente, conectando esta garantia constitucional, aos meus estudos em Direitos Humanos. Não consigo pesquisar sem este norte, pois, as minhas vivências pessoais e profissionais me levaram por este caminho. Não por acaso, a linha de pesquisa a qual estou vinculada no PPGD da UFPE é a 3.1, Justiça e Direitos Humanos na América Latina.

Dito isso, na minha apresentação do seminário narrado, fiz reflexões que ligavam o princípio da ampla defesa aos Direitos Humanos.

Além disso, a partir de uma reflexão feita por Guilherme César Pinheiro, que observei nos estudos para a apresentação, compartilhei a dificuldade em coletar materiais de estudo sobre a ampla defesa sem que estivessem atrelados ao contraditório, ou seja, tendo ela como o centro de debates e reflexões, com o aprofundamento que lhe é devido

Ao final da apresentação, e a partir destas reflexões, lancei um convite para a turma, de que escrevessem sobre a ampla defesa porque há um vasto espaço para debatê-la, doravante a constatação de que ela está sendo subutilizada pelos estudos acadêmicos.

Até o momento da finalização deste trabalho, agosto de 2023, não sei se meus colegas de turma aceitaram meu convite, até porque cada um(a) tem seus interesses particulares no campo das garantias constitucionais processuais, mas, como visto aqui, eu aceitei o desafio lançado por mim. Provavelmente, o objetivo da minha fala na apresentação do trabalho era esse mesmo.

No texto artigo aqui elaborado, aliei a necessidade de debruçar-me sobre a ampla defesa, a partir da percepção do potencial dessa garantia e a escassa literatura sobre o tema, à reflexões sobre os Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que traz em suas garantias judiciais vários dispositivos que podem ser atrelados à ampla defesa.

Para isso, discorri brevemente sobre a garantia constitucional da ampla defesa, com a ajuda de professores que formularam conceitos clássicos sobre o princípio e identifiquei o cerne da ampla defesa, a fim de verificar se haveria conexão com os Direitos Humanos.

Nessa discussão trouxe também a perspectiva constitucional da ampla defesa, a partir do disposto na Constituição de 1988, marco nacional dos Direitos Humanos no Brasil, acerca do princípio e verifiquei que ela está garantida em outras importantes normativas infraconstitucionais brasileiras, como os códigos de processo civil e penal, e nas leis de Execução Penal e Estatuto da Advocacia.

Depois, utilizei o marco internacional dos Direitos humanos, qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos para verificar se o seu texto trazia o direito à ampla defesa como um direito inerente às pessoas desde o seu nascimento, independente de sua nacionalidade, religião, cor, raça, etnia etc.

Em seguida, observei outra normativa internacional de extrema importância, qual seja a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), aprovada em 1969 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos e ratificada pelo Brasil em 1992, que coloca os Direitos Humanos no centro dos debates políticos e institucionais da região, para verificar se se a ampla defesa estava ali como Direito Humano.

A partir dos elementos que foram coletados e trazidos ao texto, visualizei uma importante conexão entre a garantia da ampla defesa e os Direitos Humanos e discorri sobre essa interação e possibilidades de trabalhar com esses dois marcos teóricos, em conjunto. Trouxe exemplos de que ampla defesa precisa estar conectada aos Direitos Humanos

Também trouxe um apontamento feito pelo filósofo Sílvio Almeida de que o racismo, e podemos verificar que outras desigualdades são estruturantes na nossa sociedade e que o Direito precisa enfrentar essas questões.

Por fim, trouxe considerações finais pautadas nos debates formulados ao longo do artigo, especialmente da verificação da garantia da ampla defesa com um Direito Humano que, por assim o ser, é indivisível conectada aos demais direitos trazidos pela

Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Convenção sobre Direitos Humanos<sup>0</sup> e pela nossa Constituição Federal.

## 2. Considerações acerca da garantia constitucional da ampla defesa

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe em seu Art. 5º, inciso LV, que está incluído no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais E Coletivos que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes.

Após essa menção, a nossa carta política, trata da ampla defesa, de forma solitária, sem o contraditório precedendo-lhe, em uma dezena de vezes, todas essas em relação à garantia, de que em processos administrativos contra servidores públicos, deputados ou juízes, seja ela assegurada.

Isso não retira ou diminui a importância da ampla defesa para o seio constitucional, pelo contrário, o fato de ela estar inserida no rol das Garantias e Direitos Fundamentais já lhe concede prestígio o suficiente para que seja largamente conhecida, citada e reivindicada, mas, normalmente como uma dupla com o contraditório.

Como já anunciado no capítulo introdutório deste artigo, Guilherme César Pinheiro, apontou uma importante reflexão, da qual, transcrevo e faço destaques em itálico:

A literatura jurídica especializada no assunto centrou estudos sobre o direito ao contraditório, *preterindo a importância à ampla defesa*. Delfino e Rossi (2013, p. 229) alertam que *o contraditório adquiriu prevalência* sobre as outras garantias processuais. De fato, muito se escreve a respeito da teoria do processo como procedimento em contraditório e das garantias decorrentes de sua compreensão dinâmica. Talvez isso tenha ocorrido porque tais estudos marcaram a virada democrático-constitucional do processo, sedimentando as bases teóricas necessárias à superação da ideia autoritária de processo como relação jurídica entre pessoas: – autor, réu e juiz (BÜLOW, 2008, p. 9-12) –, e instrumento de exercício da jurisdição (PINHEIRO, 2022, p. 100).

Nesse sentido vale conceituar essas duas garantias, a fim de diferenciá-las. Segundo o ministro Alexandre de Moraes,

ampla defesa é a garantia é dada ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, já o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela

acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2013, p. 109).

Além disso, assevera Jorge que, como no contraditório, a ampla defesa carrega em si prerrogativas, que vão desde a defesa pessoal e a defesa técnica, passando pela acusação clara e precisa, a concessão de tempo e meios adequados para a preparação da defesa, até o direito de não ser obrigado a depor contra si. (JORGE, 2007, p.41).

Importante apontamento faz o renomado processualista brasileiro Fredie Didier Jr. Em seu livro "Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito processual Civil, Parte Geral e de Conhecimento" acerca do princípio da ampla defesa. Segundo ele, a ampla defesa garante o próprio exercício do contraditório (DIDIER JR, 2015, pág. 85).

Desse modo, a ampla defesa dá ao indivíduo não apenas o direito de se defender, mas também de participar ativamente do processo, assegurando-lhe uma oportunidade justa e equitativa de contraditar as acusações e argumentações apresentadas contra si.

O ordenamento jurídico brasileiro precisa seguir o princípio da ampla defesa porque ele está garantido na Constituição Federal. Desse modo, outras importantes legislações do país assim a seguem, como por exemplo, o Código de Processo Civil<sup>64</sup> (Lei 13,105 de 16 de Março de 2015) em seus artigos 7º e seguintes, que estabelece os princípios fundamentais do processo civil, incluindo o princípio da ampla defesa. É ele quem regula o procedimento nos processos judiciais cíveis.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal<sup>65</sup> (Decreto-lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941), em seus artigos 261 e seguintes, estabelece as regras e garantias processuais no âmbito criminal, incluindo o direito à ampla defesa para os acusados em processos penais.

A Lei de Execução Penal<sup>66</sup> (Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984) regula a execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança no Brasil,

---

64 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 10/04/2024.

65 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 12/04/2024.

66 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em 14/04/2024.

estabelecendo os direitos e garantias dos presos, incluindo o direito à ampla defesa em processos administrativos e judiciais relacionados à execução penal.

O Estatuto da Advocacia e da OAB<sup>67</sup> (Lei 8.906 de 4 de Julho de 1994) dispõe sobre o exercício da advocacia no Brasil e estabelece as prerrogativas dos advogados e advogadas, incluindo o direito de exercer a ampla defesa em favor das pessoas a quem eles e elas representam.

Vimos neste capítulo que a ampla defesa é um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecido tanto na Constituição Federal quanto em diversas leis do país, uma vez que, porque além de estar presente no texto constitucional, foi esculpido nas principais legislações brasileiras acerca de procedimentos judiciais.

Para a Constituição Brasileira e todas as leis do Brasil, a ampla defesa é essencial para garantir a justiça e a equidade nos processos legais. Ela está intimamente ligada ao princípio do devido processo legal, que visa garantir que todas as partes envolvidas em um processo tenham direitos iguais perante a lei e sejam tratadas de forma justa e imparcial.

Desse modo, já é de se perceber que a garantia da ampla defesa está intrinsecamente ligada à defesa da liberdade, dignidade, é uma defesa da cidadania e da condição de ser humano, questões essas que também são muito caras aos Direitos Humanos.

### **3. Ampla defesa e as principais normativas nacionais e internacionais sobre os Direitos Humanos**

Vimos que a ampla defesa é um importante princípio constitucional que garante a um indivíduo a busca por justiça através de uma participação processual ativa. Agora, veremos que este mesmo princípio que está esculpido em nossa Constituição Federal já estava escrito em importantes mecanismos de Direitos Humanos antes mesmo de 1988.

Há um consenso entre os estudiosos e estudiosos dos Direitos Humanos que, no plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um marco teórico, político e legal no tema. Proclamada em 10 de dezembro de 1948, no pós-segunda guerra mundial e regimes liberticidas e totalitários, essa normativa surgiu com a tarefa de que novas guerras e horrores desumanos fossem evitados (TOSI, 2005, pág. 14).

Leonardo Jun Ferreira Hidaka afirma que a Declaração citada é considerada o "marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e conseqüentemente, da

---

<sup>67</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em 14/04/2024.

tutela universal dos direitos humanos, que visa à proteção de todos os seres humanos, independente de quaisquer distinções” (HIDAKA, 2002, pág. 8).

A garantia da ampla defesa aparece na declaração Universal dos Direitos Humanos relacionada à garantia de um julgamento justo. O artigo 10 da referida Declaração, por exemplo, estabelece que

“Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”<sup>68</sup>.

Este artigo destaca a importância de um julgamento justo, no qual todas as partes envolvidas tenham a oportunidade de ser ouvidas e de apresentar sua defesa perante um tribunal competente e imparcial.

Além disso, o dispositivo 1 do 11 da Declaração afirma que

"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*. (grifei)

Aqui, vemos a garantia da presunção de inocência no início do dispositivo, e, em seguida, mais explicitamente, a garantia à ampla defesa. Mesmo sem a expressão “ampla”, o contexto nos permite dizer que a garantia está presente na Declaração se trata deste princípio, uma vez que a expressão “todas as garantias necessárias à sua defesa” tem o mesmo dispositivo do princípio aqui estudado.

Importante dizer que os direitos citados na Declaração Universal dos Direitos Humanos são indivisíveis, interconexos, e indissociáveis uns dos outros, como bem nos alertou Giuseppe Tosi (TOSI, 2005, pág. 23), o que nos faz concluir que a ampla defesa é um princípio extremamente importante para a condição de ser humano, oposto a todos e todas, inclusive ao estado.

Dessa forma, os dispositivos, princípios e o próprio texto da Declaração dos Direitos Humanos nos fornecem uma base sólida para a proteção do direito de defesa

---

<sup>68</sup> Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 13/04/2024.

em diversos contextos, tanto no âmbito criminal quanto em outras esferas da justiça. Assim, a DUDH serve como um documento fundamental na promoção dos direitos humanos e na garantia de um julgamento justo para todas as pessoas.

Outro importante marco para os Direitos Humanos na região brasileira é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) aprovada em 22 de novembro de 1969 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos e ratificada pelo Estado brasileiro em 1992, através do Decreto nº 678/1992 que reafirma o propósito de consolidar no continente um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do ser humano.

O documento instituiu o denominado Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), composto por dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O Brasil reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte IDH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 através do Decreto n. 4.463/2002 (BRASIL, 2022).

Nesse sentido, é importante destacar que a referida Convenção traz em seu Artigo 8, diversas garantias judiciais, das quais destaco em *itálico*, palavras do texto que conectam o dispositivo à ampla defesa. Seguem abaixo:

#### Artigo 8. Garantias judiciais

1. 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.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes *garantias mínimas*:
  - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por *tradutor ou intérprete*, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
  - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;



- c. concessão ao acusado do *tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa*;
  - d. direito do acusado de *defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha* e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - e. direito irrenunciável de *ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado*, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f. direito da *defesa* de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
  - e
  - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita *sem coação* de nenhuma natureza.
  4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
  5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Interessante notar que o Artigo 8 da Convenção em análise menciona o “direito a ser ouvida”, uma vez que, de nada adianta a melhor defesa, provas de inocência se não há a disposição de que a pessoa seja escutada e seus argumentos levados em consideração. Essa interpretação da garantia de ser ouvida, a partir da perspectiva da ampla defesa, leva-nos a reforçar a necessidade de visualizarmos as garantias judiciais ou processuais, em consonância com os Direitos Humanos.

Após caminhar pela presunção de inocência, o Artigo 8 apresenta o que chamou de garantias mínimas de todas as pessoas acusadas de um delito. Logo de início, mais uma vez, de nada adianta ampla defesa, se ela não é escutada, ou ainda, não há ampla

defesa sem que os argumentos da pessoa acusada sejam compreendidos. Nesse sentido, a língua, comunicação da pessoa precisa ser entendida, seja ela qual for, logo, a Convenção acertou neste dispositivo.

O tempo também é necessário para uma ampla defesa. A produção de provas através de qualquer meio, escrito, mídia, testemunhas pedem um intervalo razoável para a sua confecção. Junto ao tempo, a Convenção destaca como garantia mínima judicial, a informação dos meios adequados para a defesa.

Além disso, o Artigo 8 também é categórico ao dizer que o Estado precisa garantir um defensor às pessoas acusadas que não têm condições materiais para contratar um profissional de sua escolha para defender-lhes. Aqui há espaço para a defesa do fortalecimento da Defensoria Pública.

A Convenção traz como garantia mínima, o direito a inquirir testemunhas presentes no tribunal que, além da obtenção de prova para a ampla defesa, também pode configurar um direito à possibilidade de resignificação dos fatos apresentados por quem acusa, para que possam ser confrontados a partir de outras vozes, a fim de que a defesa seja ampla.

Percebemos também no trecho do artigo em tela, a afirmação categórica de que "a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza". Esse compromisso, extravasa a esfera judicial da ampla defesa. Ele foi reafirmado pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada pelo Estado brasileiro através do Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989. Mais um momento em que garantias judiciais são fortalecidas em consonância com os Direitos Humanos.

Pelo exposto, verificamos a expressão da ampla defesa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em uma significativa variedade, a partir da perspectiva dos Direitos Humanos.

Um exemplo emblemático da aplicação desse princípio é o caso "Ximenes Lopes vs. Brasil"<sup>69</sup>, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana. Nesse caso, a Corte condenou o Estado brasileiro por violações aos direitos humanos de pacientes psiquiátricos, incluindo a falta de acesso efetivo à defesa e à assistência jurídica adequada durante os processos de internação compulsória. A decisão da Corte ressaltou a importância da ampla defesa como um elemento essencial para garantir a proteção dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade.

---

<sup>69</sup> Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em 04/04/2024.

No âmbito nacional, o marco dos Direitos Humanos do Brasil é a Constituição Federal de 1988 que surgiu após o fim da ditadura militar no país, cujo fim ocorreu em 1985. A carta política refletiu em seu texto os debates acerca dos Direitos Humanos que já estavam consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O tratamento pela Constituição Federal de 1988 à ampla defesa foi tratado também no tópico anterior. Verificar que a ampla defesa está nesta carta que, como pontuado, segue as principais normativas internacionais de Direitos Humanos é um indício da conexão da ampla defesa com os Direitos Humanos no âmbito internacional e nacional.

#### **4. Ampla defesa e Direitos Humanos**

Diante dos elementos trazidos nos tópicos anteriores, verifiquei a existência de uma importante conexão entre a garantia da ampla defesa com os Direitos Humanos. Para que haja uma participação ativa, justa e equitativa no processo, como defendem a Constituição e a doutrina ao invocarem a ampla defesa, é necessário que o procedimento judicial garanta, através de seus atores e de suas previsões legais, o enfrentamento às desigualdades que possam existir na vida das suas partes. Isso, nada mais é do que atenção humanista do processo judicial.

Vale ressaltar a importância da igualdade de armas entre as partes no processo. Como dito, em uma sociedade marcada por desigualdades sociais e econômicas, é imprescindível que o sistema judiciário assegure que todas as partes envolvidas tenham acesso equitativo aos recursos e oportunidades necessários para exercerem plenamente seus direitos.

Isso implica, por exemplo, na disponibilização de tradutores e intérpretes para pessoas que não falam o idioma oficial do tribunal, ou na garantia de um ambiente seguro e livre de coação para testemunhas e partes vulneráveis, uma maneira de garantir a ampla defesa para as pessoas com deficiência auditiva, por exemplo, que tem, além da garantia deste princípio, a previsão nesse mesmo sentido prevista no Estatuto da Pessoa com deficiência, Lei 13.146, de 6 de Julho de 2015.

Outro exemplo da atenção aos Direitos Humanos ao lado da ampla defesa é, no enfrentamento à violência de gênero, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero<sup>70</sup>. O referido protocolo surgiu a partir da Resolução nº 492 de 17 de março de

---

<sup>70</sup> Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 01/04/2024.

2023 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro que estabelece as diretrizes para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário através de um protocolo cujo objetivo é o de enfrentar as desigualdades de gênero e suas repercussões e consequências jurídicas.

No que diz respeito ao princípio da ampla defesa, por exemplo, o protocolo trás um exemplo de como este princípio deve ser utilizado em casos em que esteja se investigando a prática do tráfico transnacional, por exemplo, já que não raro, envolve estrangeiros(as) sem laços no território brasileiro e que enfrentam a barreira da língua, assegurando-se, entre outras coisas, a atuação de tradutores e intérpretes que garantam a plena compreensão de todo o processado.

O protocolo reconhece uma desigualdade de gênero para com as mulheres, percebida nos mais diversos âmbitos da vida e visa garantir que os julgamentos considerem adequadamente as questões de gênero, reconhecendo as diferentes formas como mulheres e homens podem experimentar e ser afetados pelo crime, pela justiça criminal e pelo processo judicial.

Uma das principais preocupações do protocolo é assegurar a ampla defesa para as mulheres envolvidas no sistema de justiça. Isso significa garantir que as mulheres tenham acesso a uma defesa robusta e eficaz, que respeite seus direitos e considere suas experiências específicas como mulheres.

O protocolo afirma estar alinhado aos objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 5 e 16 da Agenda 2030 da ONU, o primeiro visa a igualdade de gênero e este último, paz, justiça e instituições eficazes. Os ODS's estão em consonância com os Direitos Humanos em nível internacional.

Nessa mesma perspectiva, o filósofo e jurista Silvio Almeida (2020, pág. 35) afirma que o racismo é estruturante no Brasil e que pessoas negras, indígenas, ciganas, atravessam o racismo no judiciário e, por consequência, devem ter sua ampla defesa afetada por esse mesmo estruturante da sociedade do país.

Silvio Almeida refere-se a uma forma de discriminação racial que está enraizada nas estruturas sociais, políticas e econômicas de uma sociedade. Em sua análise, Almeida argumenta que o racismo não se limita a atos individuais de preconceito ou discriminação, mas é também perpetuado e mantido por instituições e sistemas que reproduzem desigualdades raciais de forma sistemática (ALMEIDA, 2020, pág. 35).

O autor também faz uma importante consideração acerca de figuras importantes que utilizaram o Direito numa perspectiva antirracista, como a mulher escravizada Esperança Garcia que endereçava cartas às autoridades brasileiras, no século XVIII contra

o sofrimento e a desumanidade causada pela escravização de pessoas negras (ALMEIDA, 2020, pág. 149.). Ou seja, o direito reproduz o racismo e precisa estar atento para enfrenta-lo, especialmente numa garantia essencial para pessoas negras como a ampla defesa.

Da mesma forma, percebemos como a ampla defesa precisa estar preparada para a garantia de que pessoas com deficiências variadas, como de locomoção, visão, audição, possam apresentar seus argumentos em processos em que porventura estejam como partes. Uma rápida observação no cotidiano do judiciário brasileiro é fácil contatar que não há um número suficiente de intérpretes da língua brasileira de sinais (LIBRAS) nem um grande treinamento no atendimento de pessoas com deficiência, o que pode ser uma mácula nesta garantia para essas pessoas.

Nesse sentido, também verificamos dificuldades na ampla defesa de pessoas hipossuficientes que não podem pagar seus(uas) defensores(as). Aqui o fortalecimento da Defensoria Pública está aliado à garantia da ampla defesa.

No mesmo sentido, as pessoas LGBTQIAPN+ não estão imunes aos preconceitos relacionados à orientação sexual que podem estar refletidos no judiciário. Esse poder precisa garantir que os Direitos Humanos dessas pessoas, aqui especialmente o da ampla defesa, seja garantido a partir das especificidades das vivências de cada uma delas.

## **5. Conclusão**

A partir da análise realizada, é possível concluir que a garantia da ampla defesa está intrinsecamente ligada aos Direitos Humanos, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Através de uma abordagem interdisciplinar que combina os princípios processuais com as normativas de Direitos Humanos, este trabalho demonstrou a importância de assegurar a todos os envolvidos em processos judiciais uma participação ativa, justa e equitativa. A ampla defesa não é apenas um direito processual, mas também uma defesa da liberdade, dignidade e condição de ser humano, estando diretamente relacionada à igualdade de armas entre as partes, à presunção de inocência e ao direito a um julgamento justo.

Pelo tratado neste artigo, vimos que a ampla defesa é um Direito Humano garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e um Direito fundamental esculpido na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, ela precisa estar aliada à defesa dos Direitos Humanos, caso contrário, não será garantida para todas as pessoas, principalmente aquelas em condições de vulnerabilidade social.

A ampla defesa é um direito garantido pela Declaração que inaugura o Direito Internacional dos Direitos Humanos, qual seja a Universal de Direitos Humanos, nesse sentido, violar esta garantia é uma agressão direta a um direito considerado inerente à própria garantia de ser humano.

Na mesma perspectiva seguem a Convenção Americana de Direitos Humanos e a constituição Federal de 1988 ao garantirem a ampla defesa como direitos fundamentais à existência. A referida Convenção, por exemplo, traz detalhes enriquecedores para esta garantia, como a necessidade de meios adequados para esta defesa, defensores(as) públicos disponíveis a quem necessita etc.

Dessa maneira, essa importante garantia constitucional estará em ordem também com os mandamentos da carta política brasileira que, além de trazê-la como uma garantia fundamental, incorporou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico do país. A ampla defesa de tão importante ao ser humano foi garantidas nas principais legislações brasileiras em matéria de direito processual, inclusive no Estatuto da Advocacia.

Verificamos que o princípio da ampla defesa tem terreno fértil para ser efetivado em conjunto com os Direitos Humanos no processo judicial e no judiciário, com exemplos exitosos como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

No entanto, apesar dos avanços na proteção dos direitos humanos e da garantia da ampla defesa, ainda enfrentamos desafios significativos, especialmente no que diz respeito à efetivação desses direitos na prática. A falta de acesso à justiça, a morosidade dos processos judiciais e a falta de recursos adequados para a defesa são apenas algumas das questões que continuam a desafiar o pleno exercício da ampla defesa e dos direitos humanos em nossa sociedade.

Portanto, é fundamental que o Estado e a sociedade civil trabalhem em conjunto para promover a conscientização sobre a importância da ampla defesa e dos direitos humanos, bem como para fortalecer as instituições e os mecanismos de proteção desses direitos. Somente assim poderemos garantir que todas as pessoas tenham acesso igualitário à justiça e sejam tratadas com dignidade e respeito em todos os aspectos de suas vidas.

Em suma, a garantia da ampla defesa não apenas fortalece o sistema de justiça, mas também contribui para a promoção e proteção dos Direitos Humanos em sua totalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro / Jandaíra, 2020. 255 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico]**: anotada com a jurisprudência do supremo tribunal federal e da corte interamericana de direitos humanos. 2. ed. Brasília: F, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. 470 p. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF\\_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos\\_SegundaEdicao.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf). Acesso em: 05 ago. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 1 v.

JORGE, André Guilherme Lemos. **A efetividade dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Civil**. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp041079.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. **Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos**. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Manual de Direitos Humanos Internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Loyola, 2002. p. 4-16. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2313424>. Acesso em: 13 abr. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 940 p.

OLIVEIRA, L. A. DE. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa nas medidas de proteção à luz do estatuto da criança e do adolescente**. *Virtuajus*, v. 5, n. 9, p. 310-325, 14 mar. 2021. Disponível em: Acesso em 15 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 ago. 2023.

PINHEIRO, Guilherme César. **Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 99-115, jan./mar. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril\\_v59\\_n233\\_p99](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p99).

Acesso em: 05 ago. 2023.

TOSI, Giuseppe. **Os Direitos Humanos**: reflexões iniciais. In: TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos: história, teoria e prática. João Pessoa: Universitária, 2005. p. 18-46. Disponível em: [https://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/2005.DH\\_-historia-teoria-pr%C3%A1tica.pdf](https://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/2005.DH_-historia-teoria-pr%C3%A1tica.pdf). Acesso em: 13 abr. 2024.



## **BIOTECNOLOGIA E A SELEÇÃO NATURAL: COMO A BIOTECNOLOGIA PODE AFETAR O PROCESSO DE SELEÇÃO NATURAL E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS PARA A EVOLUÇÃO DA ESPÉCIE HUMANA**

**LETICIA REGINA ANÉZIO:**  
Professora de Direito; Assessora Jurídica na Prefeitura Municipal de Toledo –Mg; Bacharela em Direito, Especialista em Direito Público, Mestranda em Direito<sup>71</sup>.

**Resumo:** A interação das biotecnologias com o processo de seleção natural pode ter efeitos significativos na diversidade genética, na adaptabilidade e na resposta evolutiva da espécie humana. A capacidade de manipular geneticamente os seres humanos traz consigo promessas e desafios éticos significativos. É essencial considerar cuidadosamente as implicações dessa interação, buscando um equilíbrio entre o avanço científico e tecnológico, a responsabilidade ética e a preservação da diversidade e capacidade adaptativa da espécie humana. O debate ético contínuo e a supervisão regulatória adequada são fundamentais para assegurar que princípios éticos sejam seguidos e que a edição de genes humanos seja conduzida de forma responsável.

**Palavras-chave:** Biotecnologia, seleção natural, espécie humana, evolução, genes.

**Abstract:** The interaction of biotechnologies with the process of natural selection can have significant effects on the genetic diversity, adaptability and evolutionary response of the human species. The ability to genetically manipulate humans holds significant promise and ethical challenges. It is essential to carefully consider the implications of this interaction, seeking a balance between scientific and technological advancement, ethical responsibility and the preservation of the diversity and adaptive capacity of the human species. Ongoing ethical debate and adequate regulatory oversight are critical to ensuring that ethical principles are followed and that human gene editing is conducted responsibly.

**Keywords:** Biotechnology, natural selection, human species, evolution, genes.

### **Introdução**

A biotecnologia é um campo fascinante que tem revolucionado diversos aspectos da vida moderna, desde a produção de alimentos e medicamentos até a

---

<sup>71</sup> E-mail: leticiaanezio.adv@gmail.com

conservação de espécies ameaçadas. Em paralelo, a seleção natural tem desempenhado um papel fundamental na evolução das espécies ao longo de milhões de anos. Embora essas duas áreas de estudo pareçam distintas, a interseção entre a biotecnologia e a seleção natural está se tornando cada vez mais evidente e promissora.

A seleção natural, proposta por Charles Darwin, é um mecanismo essencial que molda a diversidade biológica ao longo do tempo. Por meio da pressão seletiva, os organismos com características mais vantajosas para sobreviver e se reproduzir têm maior probabilidade de passar seus genes para as gerações futuras. Esse processo lento, mas contínuo, resultou na grande variedade de formas de vida que vemos ao nosso redor.

No entanto, com o avanço da biotecnologia, os cientistas estão agora capacitados a manipular e alterar geneticamente organismos vivos de maneiras sem precedentes.

Neste artigo, exploraremos a interação entre a biotecnologia e a seleção natural considerando as preocupações éticas associadas a essa tecnologia.

## **1. Biotecnologia e a seleção natural**

A seleção natural e a biotecnologia são dois conceitos intrinsecamente relacionados, embora pertençam a campos de estudo diferentes. A seleção natural, proposta por Charles Darwin, é um princípio fundamental da teoria da evolução. É um processo natural que ocorre ao longo da evolução das espécies.

A seleção natural atua como um mecanismo de filtro, onde organismos com características adaptativas têm maior probabilidade de sobreviver e transmitir seus genes para a próxima geração. Esse processo é responsável pela diversidade biológica presente em nosso planeta. Por outro lado, a biotecnologia permite aos cientistas alterar o material genético de organismos, inserindo genes específicos para conferir características desejáveis. Já a biotecnologia envolve a manipulação genética de organismos vivos para obter características desejáveis.

A interseção entre a seleção natural e a biotecnologia ocorre quando organismos geneticamente modificados são introduzidos no ambiente natural. Esses OGMs possuem características que foram selecionadas artificialmente e podem afetar a dinâmica das populações naturais.

A biotecnologia também desempenha um papel significativo na seleção natural dos seres humanos, ou seja, na evolução da nossa própria espécie, *Homo sapiens*. Embora a seleção natural tenha sido um processo lento ao longo de milhares de anos, a

biotecnologia moderna está acelerando a capacidade de modificar características genéticas em seres humanos.

Com avanços como a edição de genes, os cientistas têm a capacidade de modificar características genéticas em embriões humanos, o que pode ter implicações profundas na evolução futura da espécie.

A seleção natural nos seres humanos sempre ocorreu naturalmente, com características que conferem vantagens adaptativas sendo selecionadas ao longo do tempo.

No entanto, a biotecnologia está abrindo portas para a seleção direta de características específicas em seres humanos, como a resistência a doenças genéticas ou o aumento da inteligência.

Embora a ideia de "aperfeiçoar" os seres humanos geneticamente possa parecer tentadora, é importante considerar as implicações éticas e sociais dessa abordagem. A seleção artificial de características pode levar a desigualdades, discriminação e a criação de uma espécie fragmentada, com diferentes grupos humanos se adaptando a diferentes características genéticas.

Além disso, é crucial ponderar sobre as possíveis consequências imprevistas e os efeitos a longo prazo dessas manipulações genéticas em termos de diversidade genética e estabilidade da espécie. A seleção natural ocorre em um contexto muito mais amplo, e as intervenções humanas na evolução dos seres humanos precisam ser cuidadosamente avaliadas e regulamentadas.

Podemos dizer que, a biotecnologia está desafiando os limites da seleção natural nos seres humanos, permitindo a modificação genética direta. Essa interação complexa entre a biotecnologia e a seleção natural humana exige reflexões profundas sobre questões éticas.

## **2. Interações entre biotecnologia e seleção natural**

As biotecnologias têm o potencial de interagir com o processo de seleção natural, alterando as características genéticas transmitidas para as próximas gerações. Essas interações podem ocorrer de várias maneiras, como:

1. Edição de genes: A tecnologia de edição de genes, como a CRISPR-Cas9, permite a modificação direta do DNA humano. Isso abre a possibilidade de corrigir mutações genéticas prejudiciais ou introduzir genes benéficos, potencialmente eliminando ou reduzindo a transmissão de certas condições genéticas.

2. Terapia gênica: A terapia gênica busca tratar doenças genéticas através da introdução de genes funcionais ou da correção de genes defeituosos. Se essa terapia for realizada em células germinativas (óvulos, espermatozoides ou embriões), as alterações genéticas resultantes serão transmitidas para as gerações futuras.

3. Seleção genética em reprodução assistida: Em técnicas de reprodução assistida, como a fertilização in vitro, é possível realizar testes genéticos para identificar embriões com características desejadas ou livres de certas doenças genéticas antes de serem implantados. Isso permite uma seleção mais direcionada das características genéticas transmitidas.

4. Melhoria genética: Através da seleção e cruzamento seletivo de indivíduos com características desejadas, como inteligência, resistência a doenças ou habilidades específicas, é possível influenciar a transmissão de genes associados a essas características, potencialmente alterando a composição genética das próximas gerações.

No entanto, é importante destacar que a influência da biotecnologia no processo de seleção natural humano também levanta preocupações significativas como por exemplo: efeitos imprevistos, efeitos colaterais indesejados, disparidades e desigualdades, além de levantar questões éticas complexas, como a autonomia individual, a identidade pessoal, a igualdade e a justiça. É necessário um debate ético aberto e inclusivo para determinar os limites aceitáveis e estabelecer diretrizes regulatórias adequadas.

Resta claro, portanto, que as biotecnologias podem interagir com o processo de seleção natural, alterando as características genéticas humanas transmitidas.

### **3. Impacto na seleção natural humana**

A interação das biotecnologias com o processo de seleção natural pode ter efeitos significativos na diversidade genética, na adaptabilidade e na resposta evolutiva da espécie humana.

Um exemplo é o de que a manipulação genética direcionada para a eliminação de características indesejadas ou a introdução de características específicas pode levar a uma redução da diversidade genética. Isso ocorre porque certas variantes genéticas podem ser eliminadas ou minimizadas em favor de características selecionadas artificialmente. A diminuição da diversidade genética pode diminuir a capacidade da espécie humana de se adaptar a mudanças ambientais ou enfrentar desafios futuros.

Outro efeito que podemos citar é a possibilidade de Impacto na adaptabilidade, já que a seleção natural age para promover a sobrevivência e a reprodução dos

indivíduos com características adaptativas em um determinado ambiente, pode a manipulação genética alterar as características que são selecionadas naturalmente, interferindo na capacidade da espécie humana de se adaptar a mudanças ambientais ou desafios evolutivos futuros.

Além disso, as intervenções biotecnológicas podem também gerar interações imprevisíveis com o ambiente natural, trazendo consequências inesperadas quando expostas a diferentes ambientes, e os resultados não intencionais podem ser difíceis de prever e controlar. Esses efeitos colaterais podem afetar negativamente a saúde e a adaptabilidade da espécie humana.

É importante reconhecer que a diversidade genética e a capacidade de adaptação têm sido fundamentais para a sobrevivência e o sucesso evolutivo da espécie humana ao longo de sua história. Qualquer manipulação genética que afete esses aspectos deve ser cuidadosamente considerada, levando em conta não apenas os benefícios imediatos, mas também as consequências a longo prazo para a evolução e a sustentabilidade da espécie. Um equilíbrio adequado entre a aplicação da biotecnologia e a preservação da diversidade genética é essencial para garantir a contínua adaptabilidade e resposta evolutiva da espécie humana.

#### **4. Considerações finais**

A interação entre biotecnologia e seleção natural tem o potencial de moldar a evolução futura da espécie humana de maneiras significativas. Enquanto a seleção natural tem sido o principal motor da evolução ao longo de milhões de anos, a biotecnologia introduz uma nova dimensão, permitindo a manipulação direta dos genes e características hereditárias.

Uma das implicações dessa interação é a capacidade de influenciar seletivamente as características transmitidas para as próximas gerações. Por meio da edição de genes, terapia gênica ou seleção genética em reprodução assistida, é possível introduzir ou eliminar características específicas em seres humanos. Isso pode variar desde a eliminação de doenças genéticas hereditárias até a escolha de características desejáveis, como resistência a doenças, maior longevidade ou habilidades cognitivas aprimoradas.

Essa capacidade de moldar a evolução humana levanta questões profundas sobre os rumos que a espécie pode tomar. Por um lado, a biotecnologia oferece a possibilidade de corrigir ou prevenir doenças genéticas e melhorar a qualidade de vida. Pode abrir caminho para uma espécie mais saudável, resistente a doenças e com

maior capacidade cognitiva. Além disso, a capacidade de se adaptar e enfrentar desafios ambientais pode ser aprimorada.

Por outro lado, há preocupações éticas e riscos associados à manipulação genética. O uso indevido ou irresponsável da biotecnologia pode resultar em efeitos indesejados, redução da diversidade genética, aumento de disparidades sociais e ameaça à autonomia individual. Também é necessário considerar as implicações a longo prazo e os efeitos imprevistos que podem surgir com a alteração genética em gerações futuras.

A evolução humana é um processo complexo, moldado por uma variedade de fatores ambientais, genéticos e culturais. A interação entre a biotecnologia e a seleção natural representa uma nova força que pode influenciar a evolução da espécie humana de maneiras inimagináveis no passado. Portanto, é fundamental conduzir discussões éticas e científicas aprofundadas, envolvendo uma ampla gama de perspectivas, para garantir que essas mudanças sejam feitas de forma responsável e em benefício da humanidade como um todo.

No final, o futuro da evolução humana dependerá de como equilibramos o avanço tecnológico e a exploração das possibilidades da biotecnologia com a preservação da diversidade genética, a consideração dos valores éticos e a garantia de que nossa evolução futura seja sustentável e benéfica para a espécie como um todo.

## 5. Referências

HARARI, Yuval Noah. Sapiens: uma breve história da humanidade. São Paulo. Editora Companhia das Letras, 2015.

DARWIN, Charles. Origem das espécies, 1ª. ed. Tradução de Eugênio Amado. BH: Editora Itatiaia, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Clones, gens e imortalidade. Bio Tecnologia : Ciencia & Desenvolvimento, v. jan./fe 2001, n. 18, p. 24-29, 2001 Tradução . . Acesso em: 09 jun. 2023.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Imaculada concepção - Nascendo "in vitro" e morrendo "in machina". São Paulo: Acadêmica, 1993.

## **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA CERTEZA E MUITAS DÚVIDAS**

**ALYSSON VASCONCELOS SILVA COELHO:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado em Direito Administrativo e Licitações e Processo Civil. Servidor efetivo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG).<sup>72</sup>

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação da exceção de imprescritibilidade contida no art. 37, §5º, da Constituição da República de 1988, com especial enfoque nos seus reflexos sobre os processos de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas. Objetiva-se, assim, identificar as balizas para a aplicação do instituto da prescrição sobre a pretensão reparatória das Cortes de Contas.

**Palavras chave:** Tribunais de Contas. Prescrição. Pretensão reparatória. Evolução jurisprudencial. Supremo Tribunal Federal.

### **1 – Introdução**

O princípio da segurança jurídica não é previsto expressamente na Constituição da República de 1988. Sem embargo, a estabilidade das relações sociais é uma das finalidades centrais de todo ordenamento jurídico, em especial de um Estado Democrático de Direito. Daí porque a segurança jurídica é considerada um princípio geral do Direito (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 127).

José Joaquim Gomes Canotilho leciona que há três principais “refrações” do princípio da segurança jurídica (CANOTILHO, 1998, p. 252):

[...] (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.

---

<sup>72</sup> E-mail: alyssonvasconcelos18@yahoo.com.br

Sob essa última perspectiva, os institutos da prescrição e da decadência são corolários da proteção à confiança legítima, buscando impedir a perpetuação de situações jurídicas indefinidas.

A Constituição da República estabelece que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvados as respectivas ações de ressarcimento” (art. 37, §5º). Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a prescritibilidade da pretensão punitiva estatal em face de ilícitos causadores de danos aos cofres públicos. Isto é, transcorrido o prazo prescricional, é incabível a punição dos responsáveis pela violação normativa. Em uma interpretação literal, porém, o texto constitucional ressalva a imprescritibilidade das “ações de ressarcimento”.

Nesse sentido, Raquel Melo Urbano de Carvalho assevera (CARVALHO, 2014, p. 193):

[...] o art. 37, §5º, da CR teve o propósito manifesto de impor a imprescritibilidade diante de ilícito cometido por agente público que tenha causado prejuízo à Administração e, em consequência, de toda a sociedade, evitando que administradores cujas condutas se afastaram das normas do sistema jurídico gozem os frutos dos ilícitos praticados.

Com base nisso, até muito recentemente, entendia-se que a pretensão reparatória dos Tribunais de Contas, destinada a apurar danos ao erário e condenar os responsáveis ao seu ressarcimento, seria imprescritível. Somente submeter-se-iam à prescrição a pretensão das Cortes de Contas de punir ilícitos na sua esfera de atuação (pretensão punitiva) e a de expedir determinações positivas e negativas necessárias ao exato cumprimento da lei (pretensão corretiva) (MOURÃO, 2009).<sup>73</sup>

Não obstante, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) prolatou algumas decisões que modificaram, substancialmente, a interpretação acerca da regra da imprescritibilidade prevista na parte final do art. 37, §5º, da Constituição da República. Tais julgados, embora não tenham sido proferidos em causas versando sobre a atuação

---

<sup>73</sup> A rigor, parece-nos questionável a prescritibilidade da pretensão corretiva dos Tribunais de Contas, haja vista sua natureza prospectiva. Nessa linha de raciocínio, o art. 12 da Resolução TCU nº 344/2022 prevê que “o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa”. Todavia, o aprofundamento do tema não se insere no escopo do presente estudo.



dos Tribunais de Contas, impactam profundamente o entendimento acerca do exercício de sua pretensão reparatória.

A bem dizer, na mesma medida em que lança luzes sobre a matéria, a recente jurisprudência do STF produz sombras igualmente intensas sobre as balizas da competência das Cortes de Contas de apurar danos ao erário e condenar os responsáveis à sua reparação.

## **2 – Evolução jurisprudencial acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário**

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, consolidou-se o entendimento, baseado na literalidade do §5º do seu art. 37, de que seria imprescritível toda e qualquer ação tendente ao ressarcimento ao erário de prejuízos decorrentes de atos ilícitos, independentemente de sua natureza. Portanto, a pretensão reparatória poderia ser veiculada por meio de ações criminais, ações civis públicas, ações cíveis em geral e até mesmo ações de controle externo perante as Cortes de Contas, a despeito do tempo transcorrido desde a prática do ato ilícito que lhe desse causa.

Esse panorama começou a ser revisto por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069 (Tema nº 666 de Repercussão Geral), que versava sobre pretensão de ressarcimento veiculada pela União em face de empresa de transporte, tendo como pano de fundo acidente automobilístico causado por motorista dessa última pessoa jurídica. Por entender que o prejuízo ao erário não decorria de conduta “revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado” tampouco “atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública”, a Corte Suprema afastou a incidência da regra excepcional de imprescritibilidade prevista na parte final do §5º do art. 37 da Constituição da República. Determinou, assim, a aplicação do prazo prescricional comum para as ações de indenização por responsabilidade civil em que a Fazenda Pública figura como autora.

Na oportunidade, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil” (Tema nº 666).

Pouco tempo depois, a matéria foi revisitada na apreciação do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, questionando a alienação fraudulenta de dois veículos do Município de Palmares Paulista por valores abaixo do preço de mercado.

No julgamento, por 6 a 5 votos, o STF fixou a tese de que apenas são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso

tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Tema nº 897). O acórdão foi assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. **5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.** 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

Fixada a tese de repercussão geral, a distinção entre atos de improbidade dolosos e culposos passou a ser criticada por alguns autores, dado que não adotada expressamente no texto constitucional (OLIVEIRA, 2023, p. 980).

Seja como for, a Lei nº 14.230/2021 alterou profundamente a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), de modo que, atualmente, “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade” (art. 17-C, §1º, LIA). Com isso, perdeu importância a ressalva de que somente ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso de improbidade são imprescritíveis, uma vez que, ausente o dolo, não se pode falar conduta ímproba (NOHARA, 2023, 836).

Portanto, o entendimento hoje prevalecente é no sentido de que somente os prejuízos ao erário decorrentes de atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa podem dar ensejo a ações de ressarcimento não sujeitas à prescrição.

### **3 – A imprescritibilidade das ações de ressarcimento e os Tribunais de Contas**

Naturalmente, a evolução jurisprudencial sobre a interpretação da parte final do 5º do art. 37 da Constituição da República, notadamente a tese de repercussão geral fixada no Tema nº 897, também surtiu efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas.

Em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento de que restava preservada a imprescritibilidade da pretensão reparatória das Cortes de Contas, desde que as condutas reprimidas em sede de controle externo também fossem definidas em lei como atos de improbidade e derivassem de dolo.

Entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, o STF fixou nova tese de repercussão geral: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas” (Tema nº 899).

O caso subjacente referia-se a ação de execução de título executivo extrajudicial fundado em decisão do Tribunal de Contas da União, que condenara particular ao ressarcimento de recursos recebidos por meio de convênio, sob o fundamento de que a prestação de contas não fora apresentada em momento oportuno. Ocorre que a Advocacia Geral da União havia ajuizado a ação de execução mais de 5 anos após a decisão do TCU.

Vale reproduzir a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE. 1. A regra de prescribibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado. 2. Analisando detalhadamente o tema da “prescribibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública. 3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. **4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).** 5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: **“É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”**. (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020)

Nitidamente, tal acórdão dizia respeito à fase de execução das decisões dos Tribunais de Contas, e não propriamente à fase de formação desses títulos executivos extrajudiciais (fase de conhecimento) (ver, nesse sentido, MOURÃO *et al.*, 2022). Ainda assim, surgiram controvérsias a respeito do seu impacto sobre o dever de agir dos órgãos de controle externo, notadamente em virtude da provocação de jurisdicionados.

Diante disso, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) expediu a Nota Técnica nº 04/2020, com a seguinte conclusão:

23. Por todo o exposto, a ATRICON, reconhecendo a necessidade de atuação para orientação geral e uniformização de entendimento, em nome da segurança jurídica, em relação à decisão do Supremo

Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 636.886, acerca do tema da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, fundada em decisão de Tribunal de Contas, com base nas razões acima expostas, conclui: 23.1 - **A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899, de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas;** 23.2 – A decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899 restringe-se aos processos de execução relativos à pretensão de ressarcimento (imputação de débito), não tratando da pretensão punitiva (aplicação de sanções); 23.3 - Havendo legislação local que normatize os institutos da prescrição e da decadência, recomenda-se que o seu conteúdo seja observado pelo respectivo Tribunal de Contas. 24. As conclusões desta Nota Técnica prevalecerão até que sobrevenha alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou norma geral que trate do tema. 25. Esta Nota Técnica está acompanhada de análises, pareceres e documentos que embasaram as conclusões ora apresentadas.

Opostos Embargos de Declaração ao acórdão do Recurso Extraordinário nº 636.886, o Min. Relator Alexandre de Moraes afastou a abrangência do Tema nº 899 sobre a fase de constituição das decisões dos Tribunais de Contas:

A pretensão executória de título executivo proveniente de decisão do TCU da qual resulte a imputação de débito ou multa é prescritível, e, portanto, a ela se aplica o prazo prescricional da Lei de Execução Fiscal. **Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do título.** Reitere-se: Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), por enquadrar-se no conceito de dívida ativa não tributária da União, conforme estatui o art. 39, §2º, da Lei

4.320/1964. Assim, são impertinentes as alegações do embargante no sentido de que devem ser esclarecidos o regramento, bem como os marcos inicial, suspensivos e interruptivos do prazo de prescrição, aplicáveis para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU.

Não obstante, posteriormente, o STF passou a decidir que incide o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º da Lei nº 9.873/1999 nas ações de controle externo perante o Tribunal de Contas da União (fase de conhecimento). Essa evolução interpretativa deu-se, sobretudo, pela compreensão de que os órgãos de controle externo não possuem competência constitucional para a aferição do elemento subjetivo das condutas causadoras de danos ao erário. Isto é, como as Cortes de Contas são inaptas a qualificar uma conduta como ato de improbidade doloso, não poderiam invocar a ressalva de imprescritibilidade contida no Tema de Repercussão Geral nº 897.

Contrariamente à lógica processual, a nova interpretação originou-se em decisões monocráticas, sendo que só posteriormente foi consagrada em pronunciamentos colegiados, como no acórdão abaixo:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE VALORES E AO PAGAMENTO DE MULTA. PRESCRIÇÃO. CONSUMAÇÃO. AUSÊNCIA DE MARCO INTERRUPTIVO. 1. A jurisprudência do Supremo consolidou-se no sentido da prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, exceção feita àquela decorrente de atos de improbidade praticados com dolo. 2. Inexistindo norma legal a fixar o prazo prescricional no tocante à formação do débito a ser cobrado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), deve ser aplicado o prazo de 5 (cinco) anos, em interpretação sistemática da legislação infraconstitucional acerca do exercício de ação de ressarcimento pela Administração Pública federal (Lei n. 9.873/1999), da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) e da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980), bem assim em homenagem aos princípios da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 3. A jurisprudência do Supremo é firme no sentido de a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas – imposição da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei Orgânica do TCU – ocorrer em 5

(cinco) anos, presente interpretação sistemática das disposições dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.873/1999, bem assim de ser impertinente considerar o prazo de 10 (dez) anos de que trata o art. 205 do Código Civil (MS 35.940, ministro Luiz Fux, DJe de 14 de junho de 2020; e MS 32.201, ministro Roberto Barroso, DJe de 7 de agosto de 2017), observada a ocorrência de eventuais marcos interruptivos. 4. Ante a regra da prescritibilidade que rege o direito brasileiro, não se afigura razoável concluir que a prática de ato voltado à apuração de fato tido por irregular na aplicação de verba pública, obtida mediante a celebração de convênio, tenha a força de interromper o prazo prescricional independentemente do tempo transcorrido, se a ocorrência não tiver como objeto específico a verificação de ilegalidade ligada especificamente à parte interessada e se a ela não foi dada ciência de tais acontecimentos. 5. Impõe o reconhecimento da prescrição o decurso de prazo superior a 5 (cinco) anos entre as datas apontadas nas informações como sendo o termo inicial da prescrição, – débitos ocorridos em “16/2/2001, 11/6/2002, 16/06/2002 e 9/7/2002” – e a citação do impetrante em 12 de abril de 2011 na TC n. 026.133/2011-3, processo no qual foram rejeitadas as contas, com sua consequente condenação ao ressarcimento de valores e ao pagamento de multa. 6. Agravo interno provido e, em consequência, concedida a segurança, para declarar a ocorrência da prescrição ressarcitória e punitiva. (MS 37940 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 09-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 29-06-2023 PUBLIC 30-06-2023)

Fato é que, atualmente, é incontroversa a prescritibilidade da pretensão reparatória dos Tribunais de Contas. Nesse sentido, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM) expediram a Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM nº 02/2023, recomendando que “os Tribunais de Contas devem reconhecer prescrição e decadência como matérias de ordem pública” e que “tanto a pretensão punitiva quanto a ressarcitória ficam sujeitas à prescrição”. Consta ainda, no documento, que “as pretensões do Tribunal de Contas prescrevem em cinco anos”.

#### **4 – A questão das causas interruptivas e do termo inicial do prazo prescricional**

Se, por um lado, as recentes decisões do STF firmaram a certeza da inaplicabilidade aos processos de controle externo da exceção de imprescritibilidade prevista na parte final do §5º do art. 37 da Constituição da República, por outro, ocasionaram certa perplexidade na aplicação do instituto da prescrição. Isso porque foram proferidas decisões contraditórias no tocante ao termo *a quo* do prazo prescricional.

Ao apreciar a constitucionalidade da Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, a Suprema Corte consignou que “a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência” (ADI nº 5509/CE). Colaciona-se abaixo a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos “atos dolosos de improbidade administrativa”. É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, **a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993.** 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.” (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN,



Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

De acordo com o voto do Min. Relator Edson Fachin, a contagem do prazo prescricional das pretensões das Cortes de Contas deve iniciar-se com a ciência inequívoca da irregularidade “nos casos em que, por iniciativa própria, o Tribunal realiza auditorias ou inspeções, assim como nos casos em que a ele são diretamente levadas as informações necessárias para a instauração de tomada de contas especial”. Já nas hipóteses de imposição normativa de prestação de contas ao órgão de controle externo, o lapso prescricional começa a fluir “na data em que as contas deveriam ter sido entregues”.

De modo diametralmente oposto, na ADI nº 5.384/MG, o STF declarou a constitucionalidade da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar estadual nº 102/2008), cujo art. 110-E prevê a data de ocorrência do fato como termo inicial para contagem do prazo prescricional nos processos de controle externo. Embora a petição inicial não houvesse abordado especificamente a questão do termo *a quo* da contagem do prazo prescricional, mas, sim, questionado a própria prescribibilidade das pretensões do Tribunal de Contas, a matéria era passível de discussão, haja vista que “o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não a causa de pedir” (MORAES, 2023, p. 875).

Diante disso, o Procurador-Geral da República opôs Embargos de Declaração, requerendo que a Suprema Corte se pronunciasse “sobre a aplicação do paradigma firmado na ADI nº 5.509/CE em relação à constitucionalidade da previsão da data de ocorrência do fato como termo inicial para cômputo do prazo prescricional no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais”. Os aclaratórios, porém, foram rejeitados.

Portanto, o STF necessita uniformizar sua jurisprudência sobre o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão reparatória dos Tribunais de Contas, sob pena de permanência de parcela da insegurança jurídica que o instituto visa combater.

Sem prejuízo disso, o entendimento vencedor na ADI nº 5.509/CE parece francamente superior àquele resultante da ADI nº 5.384/MG. Sabe-se que a prescrição fulmina uma pretensão diante da inércia de seu titular. Se os Tribunais de Contas ainda não tomaram ciência da ilicitude, inexistirá inércia estatal a justificar o início do decurso do prazo prescricional. De outra parte, se o termo *a quo* coincidir com a data da ocorrência do fato, prestigiam-se os infratores das normas de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial que consigam ocultar por mais tempo seus ilícitos.

O entendimento consubstanciado na ADI nº 5.509/CE, ademais, harmoniza-se com a jurisprudência consolidada no STF acerca do termo inicial do prazo decadencial para registros de atos concessórios de aposentadorias, reformas e pensões (ver RE nº 636.553, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2020). Isso porque, nesses casos, considera-se que o prazo de cinco anos para registro se inicia com a chegada do processo ao Tribunal de Contas, e não com a publicação do ato de concessão.

Desse modo, revelam-se absolutamente razoáveis os parâmetros constantes na Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM nº 02/2023, que resultam de desdobramento do voto do Min. Relator Edson Fachin na ADI nº 5509/CE:

5. Devem ser considerados como termo inicial para contagem do prazo: I) a data da apresentação da prestação de contas ao Tribunal de Contas competente; II) a data em que as contas deveriam ter sido prestadas, no caso de omissão de prestação de contas; III) a data da apresentação da prestação de contas do exercício em que tiver cessado a irregularidade permanente ou continuada; IV) o recebimento da denúncia ou da representação pelo Tribunal, quanto às apurações decorrentes de processos dessas naturezas; e V) a data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal competente.

5.1. Os marcos iniciais previstos nos incisos IV e V devem ser aplicados quando o conhecimento da irregularidade ou do dano pelo Tribunal de Contas ocorrer em data anterior às disciplinadas nos incisos I, II e III.

Para além disso, ainda há elevada insegurança jurídica quanto às causas interruptivas da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas da União regulamentou a matéria por meio da Resolução TCU nº 344/2022, cujo art. 5º dispõe:

### Seção III

#### Das Causas Interruptivas da Prescrição

Art. 5º A prescrição se interrompe:

I - pela notificação, oitiva, citação ou audiência do responsável, inclusive por edital;

II - **por qualquer ato inequívoco de apuração do fato;**

III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;

IV - pela decisão condenatória recorrível.

**§ 1º A prescrição pode se interromper mais de uma vez por causas distintas ou por uma mesma causa desde que, por sua natureza, essa causa seja repetível no curso do processo.**

§ 2º Interrompida a prescrição, começa a correr novo prazo a partir do ato interruptivo.

§ 3º Não interrompem a prescrição o pedido e concessão de vista dos autos, emissão de certidões, prestação de informações, juntada de procuração ou subestabelecimento e outros atos de instrução processual de mero seguimento do curso das apurações.

§ 4º A interrupção da prescrição em razão da apuração do fato ou da tentativa de solução conciliatória, tal como prevista nos incisos II e III do caput, pode se dar em decorrência da iniciativa do próprio órgão ou entidade da Administração Pública onde ocorrer a irregularidade.

§ 5º A interrupção da prescrição em razão dos atos previstos no inciso I tem efeitos somente em relação aos responsáveis destinatários das respectivas comunicações. (AC)(Resolução-TCU nº 367, de 13/03/2024, BTCU Deliberações nº 42/2024)

De plano, observa-se que as causas interruptivas, nos processos perante o TCU, encontram-se previstas em ato normativo infralegal, o que, por si só, não parece apropriado. Isso porque o próprio órgão cuja inércia conduz à prescrição não pode ter a prerrogativa de estipular as hipóteses em que fica afastada a caracterização de sua indolência.

Ademais, é possível notar que o art. 5º da Resolução TCU nº 344/2022 prevê hipóteses excessivamente elásticas de interrupção da prescrição, a exemplo de “qualquer ato inequívoco de apuração do fato” (inciso II), com a agravante de que seu §1º autoriza sucessivas interrupções, seja por causas distintas, seja pela mesma causa.

Embora o referido ato normativo não explique o significado da expressão, a Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM nº 02/2023 propõe que se considerem atos inequívocos de apuração do fato:

I) o despacho que ordenar a apuração dos fatos; II) a portaria de nomeação de Comissão de Auditoria ou Inspeção; III) a determinação do Tribunal de Contas para que o gestor instaure o processo de Tomada de Contas Especial; IV) a concessão de tutela provisória em qualquer fase processual; V) a conversão dos autos em Tomada de Contas Especial; VI) a expedição de Despacho de Definição de Responsabilidade; e VII) a elaboração de Relatório Técnico em que tenham sido apontadas irregularidades.<sup>74</sup>

Bem se vê, portanto, que a Resolução TCU nº 344/2022 tem o potencial de tornar excessivamente difícil o reconhecimento da prescrição nos processos de controle externo, a depender da forma que for interpretada. Por via de consequência, pode ser esvaziada a própria natureza prescritível das pretensões das Cortes de Contas.

Resta, pois, aguardar o posicionamento do STF sobre as causas interruptivas e o termo inicial da contagem do prazo da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas, a fim de responder às dúvidas que ainda pairam.

#### **4 – Conclusão**

O tema da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos aos cofres públicos foi objeto de importante evolução jurisprudencial do STF nos últimos anos, o que acabou por prestigiar a segurança jurídica (interesse público primário) em detrimento do erário (interesse público secundário). Atualmente, entende-se que a ressalva de imprescritibilidade contida na parte final do §5º do art. 37 da Constituição da República refere-se unicamente às ações de ressarcimento fundadas na prática de atos dolosos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa (Tema nº 897).

Naturalmente, aludida evolução jurisprudencial também surtiu efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas. Não sem percalços, hoje é incontroverso que tanto a pretensão punitiva quanto a ressarcitória das Cortes de Contas estão sujeitas à prescrição.

Sem embargo, ainda persistem dúvidas acerca do termo inicial para a contagem do prazo prescricional nos processos de controle externo, notadamente em virtude da coexistência de julgados da Suprema Corte com entendimentos absolutamente díspares (ADI nº 5.509/CE, julgado em 11/11/2021, e ADI nº 5.384/MG, julgado em 30/05/2022).

---

<sup>74</sup> Vale ressaltar, porém, que a proposta da Nota Recomendatória é que a interrupção da prescrição ocorra uma única vez.

Ademais, o STF ainda necessita debruçar-se sobre a amplitude das causas interruptivas da prescrição nos processos perante o Tribunal de Contas, bem como sobre a constitucionalidade de sua veiculação por meio de atos normativos infralegais.

## REFERÊNCIAS

ATRICON – ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Nota Técnica nº 04, de 23 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2020/12/NT-prescritibilidade-e-seus-anexos.pdf>. Acesso em 21.04.2024.

ATRICON – ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL; IRB – INSTITUTO RUI BARBOSA; CNPTC – CONSELHO NACIONAL DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS; ABRACOM – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM nº 02/2023. Disponível em: <https://atricon.org.br/wp-content/uploads/2023/04/Nota-Recomendatoria-Conjunta-n-022023.pdf>. Acesso em 21.04.2024.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 669.069/MG. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em 03.02.2016. DJe-082 de 28.04.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 852.475/SP. Tribunal Pleno. Relator p/Acórdão: Min. Edson Fachin. Julgamento em 08.08.2018. DJe-058 de 25.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 636.886/AL. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 20.04.2020. DJe-157 de 23.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 37.940/DF. Segunda Turma. Relator p/ Acórdão: Min. Nunes Marques. Julgamento em 09.05.2023. Dje-s/n de 29.06.2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Prescrição. Dano ao erário. Comportamento ilícito e agente público causador do prejuízo. Imprescritibilidade. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 3, n. 7, p. 189-223, jan./abr. 2014. Parecer.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 39ª edição. São Paulo: Atlas, 2023.

MOURÃO, Licurgo. Prescrição e Decadência: emanções do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, v. 71, n. 2, p. 29-62, abr./mai./jun. 2009.

MOURÃO, Licurgo; SHERMAM, Ariane; BUENO, Mariana. Ressarcimento do dano ao erário: a prescrição e a desmistificação do "direito administrativo do medo". Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 22, n. 251, p. 55-79, jan. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Direito Administrativo. 12ª edição. Barueri: Atlas, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 11ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.