

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1157

(Ano XV)

(01/07/2023)

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 1157



**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. 1157 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 446. *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



**Tributação de ativos no exterior – nova medida provisória**  
*Alexsandra Franco de Campos, 09.*

### ARTIGOS

**Pequeno produtor rural e o fomento à produção agroindustrial**

*Abianne Rosa Gonçalves Ribeiro e Carlos Antônio Barcelos, 12.*

**O sistema carcerário brasileiro e os direitos humanos e fundamentais**

*Tábata Rizzato Silveira Fiusa, 26.*

**Violência doméstica contra a mulher e suas diferentes manifestações**

*Rosimaire Silva Carvalho, 39.*

**O auto de prisão em flagrante por meio de videoconferência**

*Huender de Almeida Santos Marcelino, 54.*

**Proposta de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da grande BH: considerações técnicas e operacionais sobre o Terminal Sarzedo, MG**

*Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 73.*

**O crime organizado e o direito penal de emergência**

*Alixandre Barroso Vieira, 95.*

**Proposta de inserção de um quesito direcionado ao conselho de sentença no caso do reconhecimento do crime tentado com lesão efetiva ao bem jurídico**

*Douglas Andrade, 110.*

**Livramento condicional: conceitos, condições, consequências da prática de falta grave durante a sua vigência**

*Elisa Silva de Moraes, 133.*

**As fragilidades da prova testemunhal: as falsas memórias**

*Rafael Alves Ferreira de Ázara, 141.*

**Crimes cibernéticos e a investigação policial**

*Lincoln Henrique Borges Ribeiro da Silva, 152.*

**O direito trabalhista e sua visão sobre a “uberização” do trabalho**

*Geovana Rocha Ferreira da Silva, 164.*

**A criminalização das infrações tributárias e a ineficácia do direito penal aplicado a cobrança de ICMS**

*Marianny Bazílio Calheiros, 181.*

**A efetividade do valor da indenização ocasionada por erro judicial**

*Fabiane Juvenal de Lima Rodrigues e Carlieson Silva Rodrigues, 198.*

**As práticas “environmental, social and governance (esg)” e o racismo nas relações jurídicas de consumo**

*Sara Alves Branco, 213.*

**Eutanásia no Brasil: implicações jurídicas, éticas e constitucionais em busca de uma morte digna**

*Edilson Parreiras da Fonseca, 235.*

**Imunidade de Jurisdição de Estados Estrangeiros na Prática de Atos Ilícitos em Violação a Direitos Humanos**

*Daniele Castanharo, 246.*

**A teoria do porte de armas na sociedade**

*Alisson Marangoni Rodrigues, 262.*

**A possibilidade da concessão de isenção do imposto de renda por motivo de doença grave com base na Lei 7.713/88 para os servidores e trabalhadores da ativa**

*Diego Ramon Omena Firmino, 277.*

**A vulnerabilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro**

*Armando de Oliveira Freitas Neto, 298.*

**É preciso avançar: considerações sobre a MP 1167/2023**

*Jandeson da Costa Barbosa et al, 318.*

**A figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro**

*Maidson Oliveira dos Santos, 324.*

**O Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise sobre as exceções preliminares apresentadas pelo Estado brasileiro**

*Leonardo Seefeldt Cuoghi, 338.*

**O abandono digital de crianças e adolescentes no Brasil: as consequências da falta de vigilância por parte dos responsáveis**

*Gabrielle Camargo Matias Gomes, 366.*

**Nova Lei de Licitações: poema de sete prazos**

*Janderson da Costa Barbosa et al, 379.*

**Direitos humanos e a realidade vivenciada dentro do sistema prisional brasileiro**

*Thallia Nunes Braga, 385.*

**Oversharenting e suas implicações legais**

*Bárbara Diniz Rosa e Marina Palhares, 401*

**Dano moral e o mero aborrecimento**

*Kelly Ester Ribeiro de Castro, 420.*

**Adicional de insalubridade: a base de cálculo para a sua incidência e os seus reflexos nas relações de trabalho**

*Diego Ramon Omena Firmino, 431.*

## **TRIBUTAÇÃO DE ATIVOS NO EXTERIOR – NOVA MEDIDA PROVISÓRIA**

### **ALEXSSANDRA FRANCO DE CAMPOS:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG, pós-Graduada pela PUC/SP em Direito Tributário, pós-Graduada em Direito Tributário pela FGV/SP, Pós-graduada pela PUCCAMP em Controladoria, Auditoria e Contabilidade, pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP1.

### **1. MEDIDA PROVISÓRIA 1.171/23**

Quem realiza investimentos no exterior, ou aliena bens e direitos fora do país deve aumentar sua atenção para essas operações que passaram por modificações legislativas através da recente Medida Provisória 1.171/23, que entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2024.

As principais alterações na tributação do imposto de renda para aplicações financeiras, entidades controladas e *trusts* no exterior detidos por pessoas físicas pode variar de acordo com a origem dos recursos, bem como se a aplicação financeira em questão é uma renda passiva, como no caso de dividendos de controlada no exterior, ou se é uma alienação de bens e direitos.

Abaixo seguem as explicitações das modificações, dividindo-se pelos ativos tributados:

### **2. Alienação de bens e direitos no exterior:**

No que se refere à alienação de bens e direitos no exterior, à exceção de aplicações financeiras, os percentuais de tributação, que variam de 15% a 22,5%, permanecem sujeitos às regras específicas de tributação pré-existentes, sem nenhuma alteração de alíquota. Entretanto o valor de apuração dos bens e direitos será convertido em BRL (real).

### **3. Aplicações Financeiras**

---

1 Curso de extensão em Direito Tributário pelo IBDT/SP, Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Autora de artigos e palestras. Participante como autora do livro “Novos Olhares sobre as imigrações internacionais.” Atualmente é sócia do escritório jurídico Campos e Bosque Sociedade de Advogados. E-mail: alexssandrac@hotmail.com

As aplicações financeiras como rendimentos, ganhos de capital e variação cambial serão convertidos em BRL (real) e tributados por ocasião do efetivo resgate, amortização, alienação, liquidação ou vencimento, para rendimentos superiores a R\$ 6.000,00 (seis mil reais) ao ano, cuja alíquota será variável de 15% a 22,5%, dependendo do valor do rendimento anual, a partir de 1º de janeiro de 2024.

#### **4. Dividendos de controlada no exterior**

Com relação aos dividendos de controlada no exterior, a tributação varia de acordo com a data de disponibilização do lucro. Caso sejam disponibilizados até 31/12/2023, a tributação será feita de acordo com a tabela progressiva, com percentual variando entre 0% e 27,5%. Caso sejam pagos após essa data, a tributação segue a mesma lógica da aplicação financeira (15% a 22,5%).

#### **5. Lucro de controlada no exterior**

No caso de lucro de controlada, a tributação é proporcional à participação no capital social e varia de acordo com a localização da empresa e o tipo de renda gerada. Empresas localizadas em paraíso fiscal ou sujeitas a regime fiscal privilegiado já eram tributadas em até 27,5% quando da distribuição do dividendo.

Com a nova medida provisória teremos uma tributação com percentuais iguais às aplicações financeiras, com a diferença que o lucro será tributado quando for disponibilizado, ou apurado (quando a fonte pagadora do lucro estiver em paraíso fiscal, ou tiver renda passiva superior a 20% (vinte por cento).

#### **6. Trusts**

Uma novidade específica que a Medida Provisória traz é a tributação dos *Trusts*, que são estrutura empresarial que passa pela criação de uma entidade jurídica independente, geralmente localizada em paraísos fiscais, e que é gerenciada por um administrador profissional (*trustee*) em prol de seus beneficiários.

Essa forma societária não encontra correspondente no Brasil, existindo lacuna para sua tributação, porquanto não há previsão normativa que estabeleça as hipóteses de incidência e critérios para a tributação.

A MP 1.171/23 contempla a tributação dos rendimentos dos bens afetados ao *Trust* assim como da distribuição desses bens ao beneficiário, ainda que em vida, ou após o falecimento do instituidor.



Deste modo, os ativos detidos pelo Trust serão transferidos para os beneficiários no momento da distribuição ou do falecimento do *settlor*, o que vier primeiro, e, para efeitos fiscais, serão considerados como doação ou sucessão, respectivamente.

## **7. Reavaliação de bens e direitos**

Na hipótese de atualização de bens e direitos, o ganho de capital que hoje é tributado de 15% a 22,5%, com a nova medida, poderá ser pago à alíquota definitiva de 10% na hipótese da atualização ser realizada (em data a ser fixada) e paga até 30/11/2023, tratando-se de evidente estratégia da União em incentivar atualizações ainda este ano.

## **8. Revogação de benefícios**

Por fim, é importante destacar que ocorreram revogações de benefícios importantes na legislação, como a hipótese de não incidência de IR na alienação de bens no exterior adquiridos por contribuinte não residente, que agora passará a ser tributada.

E ainda, a MP em análise revogou a possibilidade de excluir a variação cambial da tributação na apuração de ganho de capital em moeda estrangeira na alienação de bens adquiridos com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, tributando-se o ganho da variação cambial.

Ainda há que se analisar caso a caso a tributação do contribuinte, tendo em vista que o Brasil é signatário de vários Tratados de não dupla tributação que contém métodos e critérios visando estabelecer regras para que uma mesma riqueza não seja tributada duas vezes.

## PEQUENO PRODUTOR RURAL E O FOMENTO À PRODUÇÃO AGROINDUSTRIAL

**ABIANNE ROSA GONÇALVES RIBEIRO:**  
graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Goiatuba/GO – UniCerrado

CARLOS ANTÔNIO BARCELOS<sup>2</sup>

(coautor)

**RESUMO:** Este artigo analisa como o fomento ao pequeno produtor rural pode promover o desenvolvimento sustentável, considerando os aspectos sociais, econômicos e ambientais. Os objetivos incluem a análise da produção rural, o papel do crédito rural e como o fomento à produção contribui para o desenvolvimento social, econômico e ambiental. O estudo busca fortalecer o setor agrícola, melhorando a vida dos pequenos produtores e promovendo um desenvolvimento equilibrado. Apesar dos impactos negativos da indústria rural, como desmatamento e desigualdades sociais, o apoio aos pequenos produtores é uma solução. A produção agroindustrial dos pequenos produtores impulsiona a economia local, estimula a inovação tecnológica e contribui para a sustentabilidade agrícola e segurança alimentar. É um tema relevante no âmbito do Direito, pois promove o desenvolvimento sustentável e a inclusão econômica e social dos agricultores familiares. Este artigo utiliza uma abordagem de pesquisa qualitativa, por meio de revisão bibliográfica e documental, juntamente com o método dedutivo, para compreender profundamente o fomento à produção agroindustrial do pequeno produtor rural e seu impacto no desenvolvimento. O objetivo é estabelecer relações lógicas e propor recomendações embasadas para melhorar o apoio ao pequeno produtor rural na produção agroindustrial. O fomento promove desenvolvimento equilibrado, considerando aspectos econômicos, ambientais e sociais. O fortalecimento da produção agroindustrial gera emprego, reduz desigualdades e preserva meio ambiente. Desafios como falta de garantias, burocracia e juros elevados dificultam acesso a financiamentos agrícolas. Superar obstáculos é essencial para garantir sucesso dos financiamentos e impulsionar desenvolvimento do pequeno produtor.

**Palavras-chave:** Produção rural; Pequeno produtor; Agroindústria; Crédito rural; Garantias.

### INTRODUÇÃO

O fomento à produção agroindustrial do pequeno produtor rural é uma abordagem essencial para impulsionar o desenvolvimento socioeconômico nas áreas rurais. Ao promover a diversificação das atividades agrícolas, a agregação de valor aos produtos e a

---

<sup>2</sup> graduando em Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba/GO – UniCerrado

geração de emprego e renda, essa estratégia contribui para melhorar as condições de vida das famílias rurais, reduzir a pobreza e fortalecer as economias locais.

Além disso, a agroindustrialização proporciona benefícios ambientais, como o uso eficiente dos recursos naturais e a adoção de práticas sustentáveis. Ao investir no fomento à produção agroindustrial, os pequenos produtores rurais têm a oportunidade de expandir suas atividades, alcançar mercados mais exigentes e, assim, promover um desenvolvimento sustentável e inclusivo.

A indústria rural é uma importante fonte de divisas monetárias para muitos países, incluindo o Brasil. A produção agrícola e pecuária é responsável por uma parcela significativa das exportações brasileiras, gerando empregos e renda para muitas famílias. No entanto, essa indústria também pode causar impactos ambientais e sociais negativos.

Por exemplo, a expansão da agropecuária pode levar ao desmatamento de áreas florestais importantes, o que representa uma ameaça à biodiversidade e contribui para o aquecimento global. Além disso, o uso excessivo de agrotóxicos e fertilizantes químicos pode contaminar o solo e a água, prejudicando a saúde pública e o meio ambiente.

Do ponto de vista social, a concentração de terras nas mãos de grandes empresas e proprietários pode excluir os pequenos produtores rurais do mercado, limitando suas oportunidades e resultando em desigualdades socioeconômicas. A falta de proteção trabalhista e condições precárias de trabalho também podem ser problemas significativos na indústria rural.

Diante disso, é fundamental buscar um equilíbrio entre a produção agrícola e pecuária e a preservação ambiental e social. Assim sendo, seria o fomento ao pequeno produtor rural uma forma de trazer um desenvolvimento com mais equidade econômica, social e ambiental?

O fomento ao pequeno produtor rural pode ser um caminho para alcançar um desenvolvimento mais equilibrado, abrangendo aspectos econômicos, ambientais e sociais. Diversas hipóteses podem ser levantadas em relação a essa questão, trazendo benefícios para as regiões rurais e para a sociedade como um todo.

O fortalecimento da produção agroindustrial dos pequenos produtores rurais pode gerar emprego e renda nas áreas rurais, reduzindo a migração para as cidades e diminuindo as desigualdades sociais entre campo e cidade. Além disso, a produção agrícola sustentável desses produtores pode contribuir para a preservação do meio ambiente, por meio da adoção de técnicas de agricultura de baixo impacto, reduzindo a emissão de gases de efeito estufa e a degradação do solo e dos recursos naturais.

Para que o fomento ao pequeno produtor rural seja efetivo, é importante garantir o acesso a custeio e financiamentos agrícolas que possibilitem investimentos em tecnologia, equipamentos, insumos e mão de obra qualificada. Entre as opções de custeio disponíveis para os pequenos produtores rurais estão os programas do governo, como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), que oferece crédito para produção, investimento e comercialização de produtos agropecuários, além de contar com juros e prazos favoráveis. Para o financiamento de investimentos, o Pronaf também disponibiliza linhas de crédito específicas para a aquisição de máquinas, equipamentos, veículos e infraestrutura para a produção rural.

Além das opções oferecidas pelo governo, existem também bancos e cooperativas de crédito que atendem às demandas dos pequenos produtores rurais, com opções de financiamento adequadas ao perfil e necessidades de cada produtor. Porém, para que essas opções sejam efetivas, é importante que haja capacitação e orientação técnica para os produtores, visando a utilização consciente dos recursos financeiros e a adoção de práticas sustentáveis de produção.

Entretanto, há diversos problemas para que os mesmos obtenham financiamentos agrícolas, entre eles estão: falta de garantias, excesso de burocracia, acesso limitado às informações, dificuldade em comprovar renda e os juros elevados.

Diante disto, o fomento à produção agroindustrial dos pequenos produtores rurais pode fortalecer a economia local, gerando empregos e renda e aumentando a oferta de produtos agrícolas locais, que podem ter maior valor agregado em mercados regionais e internacionais. Porém, uma outra hipótese que se vislumbra é que o excesso de obstáculos atrapalhe o desenvolvimento do pequeno produtor rural para o êxito dos financiamentos, que são primordiais para o começo de suas produções agrícolas.

O fomento à produção agroindustrial do pequeno produtor rural é uma estratégia essencial para promover o desenvolvimento econômico e social de regiões rurais em todo o mundo. Os pequenos produtores rurais enfrentam desafios constantes para manter suas atividades produtivas, como a falta de acesso a recursos financeiros e tecnológicos, além de pouca assistência técnica.

Para superar esses obstáculos, os governos de vários países têm investido em políticas públicas de incentivo à produção agroindustrial dos pequenos produtores rurais, com o objetivo de impulsionar o desenvolvimento econômico das regiões rurais e gerar emprego e renda. Essas políticas incluem programas de crédito e financiamento, assistência técnica, treinamento e capacitação, além de acesso a mercados locais e internacionais.

Além disso, a produção agroindustrial do pequeno produtor rural tem um grande potencial para promover a inovação tecnológica, contribuindo para uma agricultura mais eficiente e sustentável. É possível, por exemplo, utilizar técnicas de agricultura de precisão, que permitem o uso mais eficiente da água e dos insumos agrícolas, reduzindo o impacto ambiental.

Outro benefício importante do fomento à produção agroindustrial do pequeno produtor rural é a melhoria da segurança alimentar e nutricional das populações locais. Os pequenos produtores rurais produzem alimentos frescos e saudáveis, que são fundamentais para uma alimentação equilibrada e diversificada.

Desta forma, o fomento à produção agroindustrial do pequeno produtor rural é uma estratégia fundamental para promover o desenvolvimento sustentável das regiões rurais, garantindo a inclusão econômica e social dos agricultores familiares. As políticas públicas de incentivo a essa atividade são essenciais para gerar emprego e renda, além de contribuir para a proteção do meio ambiente e o fortalecimento da segurança alimentar e nutricional. Por isso, essa é uma temática de grande importância para a sociedade como um todo e para o Direito.

Como objetivo geral deste artigo, visa-se analisar como o fomento ao pequeno produtor rural pode promover desenvolvimento, sem afetar, negativamente, o social, o econômico e o ambiental do País. E, portanto, os objetivos específicos serão: analisar a produção rural e quais são os tipos de desenvolvimento; verificar as modalidades de crédito rural e como esse pode auxiliar o pequeno produtor; estudar como o fomento à produção rural pode promover desenvolvimento social, econômico e ambiental na sociedade.

Este artigo tem como abordagem metodológica a pesquisa qualitativa, utilizando-se de pesquisas bibliográficas e documentais, bem como adotando o método dedutivo. A pesquisa qualitativa é adequada para explorar fenômenos complexos e compreender as percepções, experiências e contextos dos sujeitos envolvidos. Nesse sentido, busca-se uma compreensão aprofundada sobre o fomento à produção agroindustrial e seu papel no desenvolvimento do pequeno produtor rural.

A pesquisa bibliográfica será realizada por meio da revisão sistemática da literatura especializada, com a busca e análise crítica de artigos científicos, livros, teses, dissertações e relatórios técnicos relacionados ao tema. Essa revisão permitirá uma compreensão aprofundada dos conceitos, teorias e práticas associadas ao fomento à produção agroindustrial do pequeno produtor rural.

A pesquisa documental envolverá a coleta e análise de documentos oficiais, como políticas governamentais, programas de fomento, relatórios de organizações internacionais e estudos de caso. Esses documentos fornecerão informações sobre as estratégias e iniciativas adotadas para promover a agroindustrialização, assim como dados relevantes sobre os impactos econômicos, sociais e ambientais alcançados.

O método dedutivo será utilizado para inferir conclusões gerais a partir de premissas e informações específicas. Partiremos de teorias e conceitos consolidados sobre o fomento à produção agroindustrial e o desenvolvimento rural para analisar e interpretar os dados coletados. Essa abordagem permitirá estabelecer relações lógicas e propor recomendações embasadas para aprimorar as estratégias de apoio ao pequeno produtor rural.

O fomento ao pequeno produtor rural pode ser um caminho para alcançar um desenvolvimento mais equilibrado, abrangendo aspectos econômicos, ambientais e sociais. Diversas hipóteses podem ser levantadas em relação a essa questão, trazendo benefícios para as regiões rurais e para a sociedade como um todo.

O fortalecimento da produção agroindustrial dos pequenos produtores rurais pode gerar emprego e renda nas áreas rurais, reduzindo a migração para as cidades e diminuindo as desigualdades sociais entre campo e cidade. Além disso, a produção agrícola sustentável desses produtores pode contribuir para a preservação do meio ambiente, por meio da adoção de técnicas de agricultura de baixo impacto, reduzindo a emissão de gases de efeito estufa e a degradação do solo e dos recursos naturais.

Para que o fomento ao pequeno produtor rural seja efetivo, é importante garantir o acesso a custeio e financiamentos agrícolas que possibilitem investimentos em tecnologia, equipamentos, insumos e mão de obra qualificada. Entre as opções de custeio disponíveis para os pequenos produtores rurais estão os programas do governo, como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), que oferece crédito para produção, investimento e comercialização de produtos agropecuários, além de contar com juros e prazos favoráveis. Para o financiamento de investimentos, o Pronaf também disponibiliza linhas de crédito específicas para a aquisição de máquinas, equipamentos, veículos e infraestrutura para a produção rural.

Além das opções oferecidas pelo governo, existem também bancos e cooperativas de crédito que atendem às demandas dos pequenos produtores rurais, com opções de financiamento adequadas ao perfil e necessidades de cada produtor. Porém, para que essas opções sejam efetivas, é importante que haja capacitação e orientação técnica para os produtores, visando a utilização consciente dos recursos financeiros e a adoção de práticas sustentáveis de produção.



Entretanto, há diversos problemas para que os mesmos obtenham financiamentos agrícolas, entre eles estão: falta de garantias, excesso de burocracia, acesso limitado às informações, dificuldade em comprovar renda e os juros elevados.

Diante disto, o fomento à produção agroindustrial dos pequenos produtores rurais pode fortalecer a economia local, gerando empregos e renda e aumentando a oferta de produtos agrícolas locais, que podem ter maior valor agregado em mercados regionais e internacionais. Porém, uma outra hipótese que se vislumbra é que o excesso de obstáculos atrapalhe o desenvolvimento do pequeno produtor rural para o êxito dos financiamentos, que são primordiais para o começo de suas produções agrícolas.

## **1 DA PRODUÇÃO RURAL E DO DESENVOLVIMENTO**

O termo "pequeno produtor rural" refere-se a agricultores ou produtores agrícolas que possuem áreas de cultivo limitadas e recursos financeiros e tecnológicos reduzidos em comparação com as grandes propriedades rurais. Esses produtores muitas vezes enfrentam desafios significativos, como acesso limitado a mercados, crédito e tecnologias, além de questões relacionadas à infraestrutura e serviços básicos. Segundo Silva (2019), "o pequeno produtor rural é caracterizado por ter como principal fonte de subsistência a atividade agrícola, sendo sua produção voltada principalmente para o consumo familiar e para a venda em pequena escala".<sup>3</sup>

O fomento à produção agroindustrial refere-se a um conjunto de políticas, programas e estratégias implementadas para impulsionar o desenvolvimento da agroindústria em áreas rurais, especialmente entre os pequenos produtores. Essa abordagem visa integrar a produção agrícola com atividades agroindustriais, como processamento, armazenamento, embalagem e comercialização, com o objetivo de agregar valor aos produtos, aumentar a renda dos produtores e promover o desenvolvimento local. Conforme mencionado por Oliveira (2020), "o fomento à produção agroindustrial é uma estratégia que busca fortalecer a articulação entre a produção agrícola e a agroindústria, estimulando a criação de cadeias produtivas sustentáveis e o acesso a mercados diferenciados".<sup>4</sup>

O fomento à produção agroindustrial pode trazer uma série de benefícios para os pequenos produtores rurais. Além de permitir a diversificação de suas atividades, a agregação de valor aos produtos agrícolas pode gerar maior rentabilidade e fortalecer sua

---

<sup>3</sup> Silva, C. A. (2019). O pequeno produtor rural e sua importância na produção agrícola familiar. *Revista Agrária Acadêmica*, 2(3), 56-71.

<sup>4</sup> Oliveira, A. C. (2020). O fomento à produção agroindustrial como estratégia de desenvolvimento rural sustentável. *Revista de Estudos Sociais*, 22(44), 64-82.

posição no mercado. Além disso, a adoção de práticas agroindustriais pode melhorar a qualidade dos produtos, aumentar sua vida útil e facilitar o acesso a novos mercados. De acordo com Santos (2018), "o fomento à produção agroindustrial possibilita ao pequeno produtor rural o acesso a tecnologias de processamento, armazenamento e embalagem, agregando valor aos produtos e aumentando a competitividade no mercado".<sup>5</sup>

Diversos países têm implementado políticas e programas para fomentar a produção agroindustrial entre os pequenos produtores rurais. Essas iniciativas visam fornecer suporte técnico, capacitação, acesso a crédito, infraestrutura adequada e incentivos financeiros para estimular a adoção de práticas agroindustriais. Segundo Sousa et al. (2020), "as políticas de fomento à produção agroindustrial devem contemplar ações voltadas para a melhoria da infraestrutura, assistência técnica e extensão rural, acesso a crédito e investimentos em pesquisa e inovação, com o objetivo de promover a modernização e o fortalecimento da produção agroindustrial dos pequenos produtores".<sup>6</sup>

O desenvolvimento da produção rural é fundamental para garantir a segurança alimentar e o desenvolvimento socioeconômico das comunidades rurais. Diversos autores destacam a importância da produção agropecuária para o crescimento econômico do país e o bem-estar social dos agricultores.

De acordo com José Graziano da Silva, ex-diretor geral da FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) e autor de diversas obras sobre desenvolvimento rural e segurança alimentar, incluindo a obra 'O que é questão agrária', onde Graziano (1980) destaca que: "a importância dos pequenos produtores para a garantia de oferta de alimentos e a necessidade de políticas públicas voltadas para a valorização desses produtores".

Nesse sentido, políticas públicas podem ser criadas com o objetivo de promover o desenvolvimento da produção rural. Uma dessas políticas é a oferta de crédito rural e assistência técnica, que podem ajudar os pequenos produtores a aumentar a produtividade e melhorar a qualidade de seus produtos. Outra medida importante é a valorização da agricultura familiar, que pode gerar impactos positivos nas economias locais, na preservação ambiental e no desenvolvimento social das comunidades rurais.

### **1.1 Da classificação da produção rural: do pequeno produtor à agroindústria**

---

<sup>5</sup> Santos, J. M. (2018). A importância do fomento à produção agroindustrial para o desenvolvimento rural. Revista Eletrônica de Administração e Turismo, 10(1), 39-54.

<sup>6</sup> Sousa, D. F., et al. (2020). O fomento à produção agroindustrial como estratégia de desenvolvimento rural: um estudo de caso no estado do Ceará. Revista de Economia Agrícola, 67(3), 177-197.



A produção rural pode ser classificada em diferentes níveis de acordo com o tamanho e a capacidade produtiva. Entre eles, destacam-se:

**Pequeno produtor:** aquele que possui uma área de até quatro módulos rurais, ou seja, até 240 hectares (no caso do Brasil). Geralmente, utiliza mão de obra familiar e produz para subsistência e venda no mercado local.

**Médio produtor:** aquele que possui uma área de quatro a quinze módulos rurais, ou seja, de 240 a 1.500 hectares. Normalmente, emprega mão de obra contratada e produz para comercialização em mercados regionais ou nacionais.

**Grande produtor:** aquele que possui uma área superior a quinze módulos rurais, ou seja, mais de 1.500 hectares. Emprega mão de obra especializada e utiliza tecnologia avançada na produção. Geralmente, exporta para mercados internacionais.

**Agroindústria:** conjunto de empresas que realizam o processamento industrial de produtos agrícolas, transformando-os em alimentos, bebidas, cosméticos, combustíveis, entre outros. São geralmente grandes empresas com alto investimento em tecnologia e inovação.

## **1.2 Das formas de desenvolvimento: ambiental, econômico e social**

O desenvolvimento da produção rural pode ser dividido em três dimensões principais: ambiental, econômica e social.

**Desenvolvimento ambiental:** o desenvolvimento sustentável é um dos principais desafios da produção rural. Para isso, é necessário implementar práticas agrícolas que preservem a qualidade do solo, da água e do ar, além de evitar o uso intensivo de agrotóxicos e outros produtos químicos prejudiciais ao meio ambiente. O objetivo é garantir a conservação dos recursos naturais para as gerações futuras.

**Desenvolvimento econômico:** o fortalecimento da produção rural pode trazer benefícios econômicos para os produtores e para as regiões onde estão localizados. O aumento da produtividade e da rentabilidade pode gerar empregos e renda, além de contribuir para o crescimento das exportações e do PIB do país. É importante, no entanto, que esse desenvolvimento seja equilibrado e justo, garantindo uma distribuição mais igualitária das riquezas geradas.

**Desenvolvimento social:** o desenvolvimento rural também tem um impacto significativo no bem-estar social das comunidades rurais. É necessário promover políticas públicas que incentivem a inclusão social, a melhoria das condições de vida e de trabalho dos agricultores e suas famílias, além do acesso à educação, saúde e infraestrutura básica.

Isso contribui para reduzir a desigualdade social e promover uma sociedade mais justa e equitativa.

## **2 O CRÉDITO RURAL COMO POLÍTICA FOMENTADORA DA PRODUÇÃO AGROINDUSTRIAL**

O crédito rural é uma política pública de fomento à produção agroindustrial que consiste na concessão de empréstimos e financiamentos para os produtores rurais. Esses recursos são disponibilizados por instituições financeiras públicas e privadas, com juros subsidiados e prazos mais longos do que os oferecidos pelo mercado financeiro convencional.

Essa política tem como objetivo principal incentivar o desenvolvimento da agricultura e da agroindústria, por meio da oferta de recursos para a aquisição de insumos, equipamentos, maquinários, construção de instalações e infraestrutura, entre outros investimentos necessários para a produção rural. Além disso, o crédito rural também tem um papel importante na redução da desigualdade social e regional, na medida em que é destinado a grupos vulneráveis e a regiões menos favorecidas economicamente.

Cabe ressaltar que o crédito rural deve ser utilizado de forma responsável pelos produtores, de modo a garantir o pagamento das parcelas dos empréstimos e evitar o endividamento excessivo. Para isso, é fundamental que o produtor faça uma análise criteriosa do seu crédito, levando em conta seus custos de produção e sua capacidade de pagamento.

### **2.1 Das modalidades de crédito rural e políticas fomentadoras à produção rural**

Existem diversas modalidades de crédito rural e políticas fomentadoras à produção rural, sendo as principais:

Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf): é um programa do governo federal que oferece crédito para pequenos produtores rurais, com juros mais baixos e prazos mais longos. A modalidade também inclui assistência técnica e extensão rural para o fortalecimento da agricultura familiar.

Programa de Modernização da Agricultura e Conservação de Recursos Naturais (Moderagro): tem como objetivo apoiar investimentos em infraestrutura, maquinário e tecnologia visando à modernização e aumento da produtividade da agroindústria. O crédito é oferecido a empresas que atuam no setor.

Programa de Construção e Ampliação de Armazéns (PCA): oferece crédito para a construção e ampliação de armazéns de grãos, visando à melhoria da logística na cadeia produtiva do agronegócio.

Programa de Incentivo à Irrigação e à Produção em Ambiente Protegido (Moderinfra): oferece crédito para investimentos em irrigação e produção em estufas e outros ambientes protegidos, visando à melhoria da produção e das condições de trabalho dos produtores.

Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (Pnater): visa à oferta de assistência técnica e extensão rural para o desenvolvimento da produção rural, por meio de orientação e capacitação dos produtores.

Essas são algumas das modalidades de crédito rural e políticas fomentadoras à produção rural, que visam incentivar o desenvolvimento sustentável da agricultura e agroindústria no país, promovendo inclusão social e reduzindo as desigualdades regionais.

## **2.2 Das dificuldades para obtenção de crédito rural ao pequeno produtor**

Um dos principais desafios enfrentados pelo pequeno produtor rural é a dificuldade de acesso ao crédito rural. Isso ocorre por diversos motivos, como a falta de garantias financeiras suficientes para obter empréstimos bancários convencionais, além da burocracia e da falta de informação sobre as opções de financiamento disponíveis.

Muitas vezes, os pequenos produtores não têm acesso a programas de crédito específicos para a agricultura familiar, como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), que oferece condições mais favoráveis de juros e prazos para pagamento. Além disso, a falta de assistência técnica e de capacitação pode dificultar a obtenção do crédito, já que o pequeno produtor muitas vezes não possui todo o conhecimento necessário para estruturar um plano de negócio e apresentá-lo às instituições financeiras.

Para superar essas dificuldades, é importante que haja um esforço conjunto entre governos, instituições financeiras e organizações que atuam no campo para a criação de políticas públicas e programas de incentivo à agricultura familiar, além de ações de capacitação e assistência técnica que possam auxiliar o pequeno produtor na elaboração de projetos e na gestão financeira de sua atividade agrícola.

## **3 O FOMENTO A PRODUÇÃO AGROINDUSTRIAL COMO FORMA DE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO**

O fomento à produção agroindustrial é uma das principais formas de promover o desenvolvimento econômico e social de um país. Isso porque a agroindústria é responsável por uma grande parcela do PIB (Produto Interno Bruto) nacional, gerando empregos e oportunidades para milhões de pessoas.

Além disto, a agroindústria pode ser uma alavanca crucial para a melhoria da qualidade de vida no campo, proporcionando melhores condições de trabalho e renda para os produtores rurais. Com o aumento da produtividade e a adoção de tecnologias mais avançadas, é possível produzir mais alimentos com menor impacto ambiental, contribuindo para a sustentabilidade da atividade agropecuária.

Nesse sentido, é fundamental que haja políticas públicas de fomento à produção agroindustrial, como o crédito rural e os programas de incentivo à modernização da agricultura e à irrigação, por exemplo. Além disso, é necessário investir em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias para aprimorar a produtividade e a eficiência no campo.

Com essas medidas, é possível consolidar a agroindústria como um setor estratégico para o desenvolvimento econômico e social do país, oferecendo oportunidades para os produtores rurais e garantindo o abastecimento interno e a exportação de produtos agrícolas de qualidade.

### **3.1 A importância da agricultura familiar para segurança alimentar**

A agricultura familiar é responsável por uma parcela significativa da produção de alimentos no Brasil e no mundo, sendo fundamental para a segurança alimentar e nutricional da população. Esses agricultores produzem principalmente alimentos básicos, como arroz, feijão, milho, mandioca e hortaliças, que são a base da alimentação da maioria das pessoas.

Além disso, a agricultura familiar tem grande importância social e econômica, gerando empregos e renda para milhões de famílias em todo o país. Esses produtores rurais geralmente vivem em áreas rurais mais afastadas e têm menor acesso a infraestrutura e recursos, o que torna o apoio do governo e de outras instituições uma importante forma de incentivar a produção e a comercialização dos seus produtos.

Por isso, é de suma importância que existam políticas públicas voltadas para o fortalecimento da agricultura familiar, como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), que oferece crédito com juros baixos e prazos mais longos, além de assistência técnica e extensão rural, promovendo a sustentabilidade da atividade e o aumento da produtividade desses agricultores.

Dessa forma, a valorização da agricultura familiar é essencial para garantir a segurança alimentar da população e promover o desenvolvimento rural sustentável, gerando emprego, renda e qualidade de vida para as famílias que dependem da atividade agrícola.

### **3.2 O desenvolvimento econômico, social e ambiental através do pequeno produtor rural**

O desenvolvimento econômico, social e ambiental está diretamente relacionado à atuação do pequeno produtor rural. Isso porque esses produtores são responsáveis por uma parcela significativa da produção de alimentos no país, além de gerarem empregos e renda para as famílias que dependem da atividade agrícola.

Ao incentivarmos o desenvolvimento desses pequenos produtores, estamos contribuindo para a geração de riquezas em áreas mais afastadas, promovendo a inclusão social e a melhoria da qualidade de vida no campo. Além disso, é possível garantir a segurança alimentar da população, uma vez que esses produtores fornecem alimentos de qualidade e diversificados.

A atividade agropecuária também pode contribuir para a preservação do meio ambiente, desde que seja realizada de forma sustentável. Com a adoção de técnicas agroecológicas, como a agricultura orgânica e a conservação do solo, é possível reduzir os impactos ambientais da atividade e promover a recuperação de áreas degradadas.

Assim, o incentivo à produção dos pequenos produtores rurais deve ser visto como uma forma de promover o desenvolvimento sustentável do país, aliando o crescimento econômico à preservação ambiental e à inclusão social, garantindo um futuro mais próspero e equilibrado para todos.

#### **CONCLUSÃO**

O fomento ao pequeno produtor rural na produção agroindustrial busca alcançar um desenvolvimento equilibrado, considerando aspectos econômicos, ambientais e sociais. É essencial garantir o acesso a financiamentos e custeio agrícolas, promover a capacitação e orientação técnica para os produtores e incentivar práticas sustentáveis de produção. Superar desafios como a falta de garantias, burocracia e acesso limitado à informação é fundamental para o sucesso dessa abordagem.

O crédito rural desempenha um papel crucial na fomentação da produção agroindustrial. No entanto, os pequenos produtores enfrentam dificuldades para obter crédito devido à falta de garantias, burocracia e acesso limitado à informação. É necessário criar políticas públicas efetivas, oferecer assistência técnica e capacitação adequadas para superar esses desafios e garantir que os produtores tenham acesso ao financiamento necessário.

O fomento à produção agroindustrial é uma estratégia-chave para impulsionar o desenvolvimento econômico e social. Investimentos em tecnologia, inovação e políticas públicas de fomento são essenciais para fortalecer o setor agrícola, garantir o abastecimento interno de alimentos e promover a exportação de produtos de qualidade. Valorizar a agricultura familiar e apoiar os pequenos produtores são passos fundamentais para garantir o suprimento de alimentos de forma sustentável e promover um desenvolvimento justo e sustentável no setor rural.

## REFERÊNCIAS

Cervi, F. L., et al. (2019). Fomento e desenvolvimento da agroindústria como estratégia de fortalecimento da agricultura familiar. *Revista Extensão Rural*, 26(1), 33-48.

Costa, L. C., & Macedo, R. M. (Eds.). (2018). *Agroindústria e desenvolvimento rural sustentável*. Editora UFLA.

Figueiredo, L. A., et al. (2020). A importância do fomento à produção agroindustrial para o desenvolvimento local. *Revista Brasileira de Extensão Rural*, 15(1), 30-46.

Freitas, C. S., et al. (2017). A produção agroindustrial como estratégia de desenvolvimento rural: o caso da agricultura familiar em Minas Gerais. *Revista de Desenvolvimento Econômico e Social*, 1(1), 80-93.

Gomes, C. F., & Casimiro Filho, F. (2017). *Agroindústria: uma abordagem estratégica*. Atlas.

Oliveira, A. C. (2020). O fomento à produção agroindustrial como estratégia de desenvolvimento rural sustentável. *Revista de Estudos Sociais*, 22(44), 64-82.

Santos, J. M. (2018). A importância do fomento à produção agroindustrial para o desenvolvimento rural. *Revista Eletrônica de Administração e Turismo*, 10(1), 39-54.

Schneider, S., & Sasso, S. (2016). *Agroindústria familiar: realidade, desafios e perspectivas*. Editora Fi.

Silva, C. A. (2019). O pequeno produtor rural e sua importância na produção agrícola familiar. *Revista Agrária Acadêmica*, 2(3), 56-71.

Sousa, D. F., et al. (2020). O fomento à produção agroindustrial como estratégia de desenvolvimento rural: um estudo de caso no estado do Ceará. *Revista de Economia Agrícola*, 67(3), 177-197.

Talau, D. M. M. ., Feitosa, E. C. ., Persch, H. C. A. ., & Ramos, L. S. . (2021). PISCICULTURA NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL: UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DA AGROINDÚSTRIA PESQUEIRA COMO FONTE DE RENDA FAMILIAR. *Revista Científica Da*



Faculdade De Educação E Meio Ambiente, 12(edispdir), 1–18. Recuperado de <https://revista.unifaema.edu.br/index.php/Revista-FAEMA/article/view/937>

THEODORO, Suzi Maria de Cordova Huff. A fertilização da terra pela terra: uma alternativa para a sustentabilidade do pequeno produtor rural. 2000.

MENDES, Luciano; ICHIKAWA, Elisa Yoshie. O desenvolvimento tecnológico e o pequeno produtor rural: construção, desconstrução ou manutenção da sua identidade?. Cadernos Ebape. BR, v. 8, p. 166-183, 2010.

VINCIGUERA, Ana Paula. Agricultura Familiar–Uma Análise do Pequeno Produtor Rural no Município de Assis-SP. Fundação Educacional do Município de Assis–FEMA-Assis, 2014.

AMORIM, Luci Suzana Bedin; STADUTO, Jefferson Andronio Ramundo. Desenvolvimento territorial rural: a agroindústria familiar no oeste do Paraná. Revista de Economia Agrícola, São Paulo, v. 55, n. 1, p. 15-29, 2008.

ALVES, ER de A. A agroindústria e os agricultores. 1988.

ZUIN, Luís Fernando Soares; ZUIN, Poliana Bruno. Produção de alimentos tradicionais contribuindo para o desenvolvimento local/regional e dos pequenos produtores rurais. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, v. 4, n. 1, 2008.

## O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

**TÁBATA RIZZATO SILVEIRA FIUSA:**

Graduanda em Direito na Universidade  
Brasil - Campus de Fernandópolis/SP

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

**Resumo:** Este trabalho tem o objetivo de analisar o sistema penitenciário brasileiro e todos seus ramos, entre suas crises e sua violação aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, tanto quanto ao princípio da dignidade humana, que visa garantir a segurança, direitos, vida digna e entre outros conceitos assegurados ao homem através da Constituição, incluindo o objetivo de ressocializar o detento, meta praticamente impossível frente aos desafios que os mesmos passam dentro da prisão. Posto isto, não é nem necessário uma análise tão aprofundada para chegar à conclusão de que o atual sistema carcerário brasileiro infringe não uma lei, e não um princípio, mas grande parte dos direitos assegurados ao ser humano, contrariando todo o esperado da redação das normas. O presente texto elucidava situações desumanas impostas aos egressos, de que forma eles têm seus direitos infringidos e como a lei é inaplicada.

**Palavras-chave:** sistema penitenciário; violação; direitos fundamentais; constituição federal; crise.

**Abstract:** This work aims to analyze the Brazilian penitentiary system and all its branches, between its crises and its violation of the fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution, as well as the principle of human dignity, which aims to guarantee security, rights, dignified life and among others. other concepts assured to man through the Constitution, including the objective of re-socializing the detainee, a practically impossible goal in the face of the challenges they face in prison. That said, it is not even necessary to carry out such an in-depth analysis to reach the conclusion that the current Brazilian prison system violates not a law, and not a principle, but a large part of the rights guaranteed to human beings, contrary to everything expected from the wording of the norms. . This text elucidates inhuman situations imposed on egresses, how their rights are infringed and how the law is not applied.

**Keywords:** penitentiary system; violation; fundamental rights; federal constitution; crisis.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Conceito de aplicação da pena até os dias atuais 2.1 aplicação da pena na antiguidade 2.2 Regimes de aplicação de pena 3. Divisão de detentos por grau de periculosidade 4. Correlação dos Direitos Humanos Com o Sistema Penitenciário Brasileiro e a Consolidação dos Direitos Humanos 4.1 Quais são os direitos humanos e



fundamentais 5. Como as unidades prisionais violam diretamente os Direitos Humanos e Fundamentais 6. Comparação das cadeias brasileiras às de outros países 7. Conclusão e Referências.

## **1. Introdução**

O debate sobre a atual situação do sistema carcerário brasileiro não é recente, sendo objeto de discussão em jornais, artigos, congressos, palestras, entre outros lugares que possam chamar a atenção do poder executivo brasileiro, já que o grande erro se encontra na execução da legislação, que prevê algo no qual não acontece no plano prático. Ele tem enfrentado uma grave crise há décadas, com superlotação, condições insalubres e violações dos direitos humanos sendo as principais características deste sistema.

A superlotação é um dos principais problemas, com muitas prisões operando em capacidade muito acima do limite, levando a problemas como a falta de espaço para as pessoas dormirem, além de limitar o acesso a serviços básicos, como saneamento, assistência médica e educação.

Além disso, as condições das prisões brasileiras são frequentemente desumanas e insalubres, com relatos de falta de higiene e de infestações de pragas, como baratas e ratos. Há também relatos de abuso policial e de outros tipos de violência, além de denúncias de negligência médica.

A crise é alimentada por diversos fatores, incluindo a criminalização excessiva de drogas, a falta de recursos para investimento em políticas de segurança pública e o uso excessivo da prisão preventiva, que é usada com frequência para manter suspeitos de crimes atrás das grades sem julgamento.

Ademais, a falta de investimento em políticas de ressocialização e a falta de oportunidades de trabalho e educação para detentos também contribuem para a crise. Muitos presos são liberados sem ter tido a oportunidade de aprender uma habilidade ou obter uma educação, o que aumenta as chances de reincidência.

Para enfrentar a crise do sistema carcerário, é necessária uma abordagem multifacetada que aborde tanto as causas quanto às consequências do problema. Isso inclui o fortalecimento das políticas de segurança pública, o investimento em políticas de ressocialização, a revisão das leis de drogas e a redução do uso excessivo da prisão preventiva. Além disso, é preciso melhorar as condições das prisões existentes e construir novas instalações que atendam aos padrões de direitos humanos básicos.

O presente texto busca refletir a atual política dentro das prisões brasileiras, desde a autuação policial e o tratamento com o réu até sua efetiva prisão e retorno à sociedade; analisar se realmente reprimir o detento e puni-lo como se o mesmo não fosse digno do básico previsto na Constituição Federal seria o melhor caminho.

## **2. Conceito de aplicação da pena até os dias atuais e regimes penais**

O conceito de aplicação da pena refere-se ao processo pelo qual um sistema legal impõe sanções ou punições a indivíduos condenados por cometerem crimes. A pena é uma medida imposta pelo Estado com o objetivo de punir o infrator, retribuir o dano causado pela conduta criminosa, dissuadir a pessoa condenada e outros potenciais infratores, além de proteger a sociedade.

Existem diferentes teorias e abordagens sobre a aplicação da pena. Alguns dos principais conceitos e princípios incluem:

**Retribuição:** A pena é vista como uma forma de retribuir o mal causado pelo crime, proporcionando uma resposta proporcional à gravidade da conduta criminosa. A ideia subjacente é que o infrator merece ser punido pelo dano causado.

**Prevenção geral:** A pena tem como objetivo dissuadir a sociedade como um todo de cometer crimes, transmitindo uma mensagem clara de que a conduta criminosa não será tolerada e resultará em consequências negativas.

**Prevenção especial:** A pena busca dissuadir o infrator específico de cometer novos crimes, através de medidas como a reabilitação e a ressocialização. A ideia é que o infrator possa ser reintegrado à sociedade como um cidadão responsável e produtivo.

**Deterrence (intimidação):** A pena tem como objetivo desencorajar o infrator individual de cometer futuros crimes, através da experiência negativa associada à punição. Acredita-se que a ameaça de punição atue como um fator de dissuasão.

**Proporcionalidade:** A pena deve ser proporcional à gravidade do crime cometido. Isso significa que a natureza e a extensão da punição devem estar em equilíbrio com a gravidade do delito, levando em consideração fatores como a culpa do infrator e as circunstâncias específicas do caso.

É importante destacar que diferentes sistemas jurídicos e países adotam abordagens diferentes para a aplicação da pena. Além disso, há debates contínuos sobre a eficácia e a justiça das diferentes teorias e práticas de punição.

### **2.1 Aplicação da pena na antiguidade**

A aplicação da pena, seja restringindo direitos ou até mesmo corporais, vem da antiguidade desde o homem primitivo, no qual quando havia desobediência das regras (como anteriormente não havia-se leis), aplicavam-se “punições”, com caráter preventivo e punitivo. Entretanto, não existia o respeito aos princípios hoje existentes como da dignidade humana ou direito à saúde, por exemplo, logo, as punições eram severas e violentas, controlando o povo na base do medo.

A vingança se tornou uma pena, como por exemplo no Código de Hamurabi, no qual se baseava no conceito absoluto e extremista do “olho por olho, dente por dente”, até mesmo para crimes de furto, por exemplo, quando achavam que o correto era furtar o indivíduo que cometeu o delito, e também mata-lo.

Com o passar do tempo e com a evolução histórica, passou-se a aplicar as penas não de forma vingativa, mas com o propósito de agradar as divindades, com princípios teológicos e fazendo então, sacrifícios.

Em alguns lugares, como o Egito e a China, era muito comum utilizarem punições que englobavam mutilações, amputações, trabalho escravo entre outros meios.

Após o século VII até o século VI a.C, surgiu uma brecha para as questões políticas, no qual surgiram leis, como por exemplo o código de Dracon, feito em Atenas, que buscou o equilíbrio entre o poder maior, que era do Estado, e o povo, no caso, a liberdade dos indivíduos.

Na idade média, surgiu o direito germânico dos bárbaros que teve uma enorme influência, mas infelizmente sem a presença de direitos humanos. O indivíduo teria que mergulhar em água fervente para provar sua inocência, não sobrando muitas opções.

Ainda há de se mencionar o direito penal canônico, que teve sua influencia das igrejas católicas predominantes no século em questão, essa, por sua vez, tinha um resquício de intenção retributiva, pensando também um pouco na mudança a ser gerada nos indivíduos, no qual ao cumprir a pena, teria sua alma salva por Deus, que era a base de tudo naquela época.

Como o direito, a sociedade veio evoluindo com o passar do tempo, e as formas de aplicação das penas e seus tipos vieram à serem atualizadas, assim surgiu a ideia de enxergar o criminoso como um inimigo da sociedade, época no qual surgiu o livro **DOS DELITOS E DAS PENAS**, de Cessare Beccaria, onde citou:

*“Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de*

*conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. [...] Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. **Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis**" (P.9, grifo meu)*

O mesmo criticava a tortura, que também era muito presente antigamente, e foi abolida pela Carta Magna, no qual de forma expressa, trouxe o princípio da presunção de inocência, individualização, legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Levando em conta os princípios acima descritos, é de suma importância verbalizar o conceito do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, já que leva em conta a forma de aplicação e intensidade da pena, que deve ser justa e razoável, não ofendendo a constituição federal e o código penal brasileiro, logo, entendido aí o por que não é aceita a pena de morte no Brasil.

O princípio mais importante a ser tratado é o da Dignidade da Pessoa humana, que prioriza condições mínimas saudáveis que todo indivíduo merece e deve ter em sociedade.

## **2.2 Regimes de aplicação de pena**

O Código Penal atual estipula diversos regimes de pena, regime fechado, aberto, e semi-aberto, levando em conta critérios pessoais e circunstanciais. O princípio regulador das penas está na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, que aduz a individualização da pena, levando em conta qual sanção a vir ser aplicada para o caso concreto, levando em conta a gravidade do delito praticado.

Vale lembrar que entre os maiores critérios para definir o regime inicial da pena, destacam-se a quantidade de pena a ser aplicada de acordo com o artigo 33 parágrafo 2º do Código Penal, a reincidência ou não do réu, a detração penal, e a avaliação das circunstâncias do artigo 59 do código penal, que levam em conta comportamento da vítima, circunstâncias do crime, entre outros.

## **3. Divisão de detentos por grau de periculosidade**

Em 2015, a presidenta Dilma Rousseff sancionou a lei 13.167/2015, que determinava quais critérios a serem seguidos na separação dos detentos dentro das unidades prisionais.

A lei determinava que os presos provisórios que estavam sendo acusados por crimes hediondos e equiparados, com grave ameaça, violência e entre outros crimes citados, deveriam ser separados dos demais. E os que já haviam sido sentenciados, seriam divididos em condenados por crimes hediondos, os primários e reincidentes, os condenados por crimes de grave ameaça entre outros. A lei sancionada também advertia que o preso que tivesse possível ameaça à sua integridade física, moral ou psicológica, deveria ficar em local diverso, longe do perigo:

*LEI Nº 13.167, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015*

*Altera o disposto no art. 84 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais.*

*A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:*

*Art. 1º O art. 84 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*"Art. 84*

*§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:*

*I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;*

*II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;*

*III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.*

*§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:*

*I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;*

*II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;*

*III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;*

*IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.*

*§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio." (NR)*

*Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Brasília, 6 de outubro de 2015; 194º da Independência e 127º da República.*

*DILMA ROUSSEFF*

Entretanto, não é o que as unidades de prisão seguem atualmente, hoje, encontra-se no mesmo presídio e até na mesma cela, um condenado por latrocínio, por exemplo, e um por simples furto.

Segundo dados coletados no levantamento do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), essa falta de critério na divisão dos detentos ocorre em pelo menos 68% das unidades prisionais, entre as 1.598 existentes no país, em 2013. Além disso, mistura-se, na mesma cela, presos de periculosidade extremamente maior do que outros, em 77% dos estabelecimentos, inclusive, mistura de presos primários com reincidentes, totalmente o contrário do disposto na lei.

Tudo isso, além de piorar a situação dentro das celas, incentiva o maior número de detentos por unidade prisional, que ao tempo da pesquisa, somava-se 548 mil detentos, num estabelecimento de lotação máxima para 310 mil pessoas, conforme dados do Ministério da Justiça. Isso dá espaço para rebeliões e homicídios dentro dos estabelecimentos, que no mesmo período do levantamento acima, foram registrados 121 rebeliões e 110 homicídios.

Segundo o desembargador Guilherme Calmon, o referido descumprimento da lei gera uma violação direta às normas constitucionais e seus princípios, tanto que, o ministro da justiça José Eduardo Cardozo afirmou que preferia morrer do que passar algum tempo em penitenciárias brasileiras.

#### **4. Correlação dos Direitos Humanos Com o Sistema Penitenciário Brasileiro e a Consolidação dos Direitos Humanos**

O Brasil tem uma legislação penal e penitenciária que busca garantir os direitos humanos dos detentos, como a Lei de Execução Penal. No entanto, a implementação dessas leis e a efetiva proteção dos direitos humanos enfrentam desafios significativos,



como a falta de investimentos adequados, a corrupção, a impunidade e a falta de prioridade política.

A melhoria do sistema penitenciário brasileiro em consonância com os direitos humanos requer uma abordagem abrangente que envolva medidas como a redução da superlotação, a melhoria das condições de vida nas prisões, o acesso à justiça e a promoção de alternativas à prisão para crimes não violentos. Além disso, é necessário investir em programas de ressocialização e reintegração dos detentos à sociedade, a fim de romper o ciclo de reincidência criminal.

Em resumo, a correlação entre os direitos humanos e o sistema penitenciário brasileiro revela uma série de desafios e violações aos princípios fundamentais dos direitos humanos. A superlotação, as condições precárias, a seletividade penal, a violência e a impunidade são questões urgentes que precisam ser abordadas para garantir um sistema penitenciário mais justo, humano e em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos.

Os direitos humanos foram consolidados em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e foi distribuído em 30 artigos que visam proteger a vida humana para todos e todas as pessoas.

#### **4.1 Quais são os direitos humanos e fundamentais**

Os direitos humanos incluem o direito à vida, à liberdade tanto de locomoção quanto de expressão e opinião, direito ao trabalho, educação, saúde, entre outros.

Junto à isso, ele se correlaciona aos direitos fundamentais, que tem as mesmas "regras" dos direitos humanos, aplicáveis à todos, e juntamente visa a proteção e asseguarção de uma vida digna à todos.

Os direitos fundamentais vêm estipulados na Constituição Federal de 1988, No Título II- Dos direitos e garantias fundamentais, dividido em cinco capítulos, sendo eles: Direitos individuais e coletivos: insere os direitos conectados ao conceito da pessoa humana, sua dignidade e personalidade, como segurança, honra, direito a vida e igualdade; Direitos Sociais: visa que o Estado assegure ao povo suas liberdades positivas, insere direitos como saúde, trabalho, proteção, lazer, visando melhorar a condição de vida pessoal de cada um; Direitos de Nacionalidade: a nacionalidade cria um vínculo jurídico entre o indivíduo e o estado, fazendo com que o indivíduo torne-se membro do povo e dando direito ao mesmo de exigir que o Estado cumpra seu dever de protege-lo e entre outros; Direitos Políticos: permitem que o indivíduo exerça sua cidadania; Direitos relacionados à

existência, organização e participação em partidos políticos: garante a autonomia e liberdade dos partidos políticos no Estado democrático de direito.

## **5. Como as unidades prisionais violam diretamente os direitos humanos e fundamentais**

Um dos aspectos mais importantes dos direitos fundamentais é a inviolabilidade, já que os mesmos não podem ser violados por nenhuma autoridade e nenhuma lei infraconstitucional, logo, as unidades prisionais e o Código Penal não possuem legalidade para retirar dos detentos, como por exemplo, o direito à saúde.

O direito a saúde não engloba somente o estado físico conservado do detento, mas sim o direito de saneamento básico, psicomental, dentre outros. Atualmente, devido o grande acúmulo de pessoas dentro da mesma cela, os presos muitas vezes não possuem nem mesmo uma cama para dormir, ou espaço pra poder deitar. A superlotação exige que caibam muito mais do que o permitido dentro dos metros quadrados existentes na cela.

Ainda no quesito saúde, os detentos possuem péssimo atendimento hospitalar, tanto em caso de emergências, quanto em caso de check-ups, então muitas vezes morrem acometidos por doenças que nem mesmo sabiam que possuíam. Isso está muito longe de ser uma vida digna, ainda que cumprindo pena por um erro cometido.

Inclusive, a proliferação de doenças dentro das unidades prisionais está cada vez maior, já que a limpeza das celas são praticamente inexistentes, e os detentos vivem em constante contato um com os outros devido o pequeno espaço existente.

Segundo a Dra. Natália Madureira Ferreira, a superlotação das cadeias é uma das maiores fontes de proliferação de doenças infectocontagiosas. Inclusive, na era do ápice do COVID-19, muitos foram acometidos pela falta de equipamentos de proteção necessários.

## **6. Comparação das cadeias brasileiras às de outros países**

As cadeias internacionais variam muito de país para país e de sistema para sistema, mas de modo geral, a maioria dos países desenvolvidos possui um sistema prisional que busca garantir condições humanas e dignas para os detentos. Em geral, esses sistemas são caracterizados por um menor índice de superlotação, instalações adequadas de saneamento e higiene, assistência médica e psicológica para os presos, oportunidades de trabalho e educação, e ênfase na reabilitação dos presos. Alguns países de primeiro mundo, como Noruega ou Áustria, possuem unidades prisionais respeitáveis com o mínimo básico aos detentos.



A prisão Halden, na Noruega, possui quartos individuais com cama, janela, e infraestrutura de qualidade ao preso. Além disso, possuem programas de atividades com os detentos para que os mesmos adquiram hobbies, como escalar, praticar tocar piano, entre outros tipos de lazer, que aliás, é outro direito garantido nos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Atualmente, quando se fala em proporcionar ao preso uma vida digna, surgem à tona muitos pensamentos de beneficiar os criminosos, proporciona-los mordomia ou até "mamata". Mas os mesmos que possuem essas falas preconceituosas, esquecem que os indivíduos que cumprirem pena, são os mesmos que amanhã estarão em convívio na sociedade, e as vezes do seu lado numa fila de mercado.

Visa-se sempre, a punição pelos erros cometidos, e nunca a ressocialização do detento. É humanamente impossível um indivíduo ficar preso nas condições atuais das penitenciárias brasileiras e sair de lá ressocializado, até por que dentro das unidades prisionais encontram-se muito mais crimes do que aqui fora.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o sistema prisional é notório pela sua alta taxa de encarceramento e pela superlotação de muitas de suas prisões. No entanto, há uma grande variedade de instituições prisionais, incluindo prisões estaduais e federais, e muitas são gerenciadas por empresas privadas. Algumas dessas prisões são bem mantidas e fornecem serviços básicos adequados para os detentos, enquanto outras são notoriamente insalubres e violentas.

Em comparação com esses países desenvolvidos, o sistema carcerário brasileiro está entre os piores do mundo. O país possui uma das maiores populações carcerárias do mundo e sofre com a superlotação crônica em suas prisões. As condições nas prisões brasileiras são frequentemente desumanas e insalubres, com relatos de falta de higiene e de infestações de pragas, como baratas e ratos. Há também relatos de abuso policial e de outros tipos de violência, além de denúncias de negligência médica.

Em resumo, os sistemas prisionais internacionais variam muito, mas em geral, os sistemas de países desenvolvidos são caracterizados por uma abordagem mais humanitária em relação aos detentos, enquanto o sistema carcerário brasileiro ainda enfrenta graves problemas, como a superlotação, a falta de condições adequadas e a violação dos direitos humanos.

## **7. Conclusão**

Pelo presente artigo consegue-se extrair a dificuldade carcerária que o Brasil enfrenta, com diversos problemas desde a infraestrutura até o tratamento dos presos.

Deveria o poder executivo realizar iniciativas e projetos ou até mesmo cursos de preparação do corpo de funcionários das penitenciárias para que se estimule cada vez mais o bom tratamento dos detentos, levando sempre em conta os princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, desde o princípio da igualdade e da dignidade humana que englobam também os direitos básicos quanto à infraestrutura, saneamento, e principalmente uma vida digna. Ademais, políticas de arrecadação de dinheiro para melhorias na infraestrutura carcerária seriam extremamente bem-vindas, mesmo que não haja hoje uma deficiência monetária por parte do Estado, o Poder Executivo não destina as verbas necessárias para os sistemas penitenciários e, arrecadando dinheiro através das políticas destinadas à esta finalidade, seria inviável ao poder público redestinar essas verbas sem explicações aos cidadãos. Conclui-se que os direitos humanos e fundamentais, como a própria Constituição Federal prevê, é aplicável a todos indistintamente, não devendo prevalecer repressões ou distinções quanto aos condenados e, deve-se visar e priorizar sempre a aplicação deles junto ao intuito de ressocialização, proporção de uma vida melhor e livre dos crimes, o que atualmente não se faz na realidade brasileira. O caráter punitivo e ressocializador resta prejudicado quando, ao adentrar o estabelecimento prisional, o detento se vê num local hostil, perigoso, sem condições humanas de vida e ainda, basicamente uma "escola do crime" já que não respeitada a divisão de detentos por grau de periculosidade, também previsto em lei.

A constituição Federal é a "mãe" de todo o ordenamento jurídico brasileiro e a base de todos os direitos dos cidadãos e habitantes do Brasil, desrespeitar o disposto no seu corpo não é só uma violação do dispositivo legal, mas sim de uma premissa que, em tese, é garantida à todos. Desrespeitar a maior base do direito influencia não só na vida de quem está, de fato, dentro dos estabelecimentos prisionais, mas também de quem vê por fora tudo isso.

O problema nasce na falta de respeito e obediência à Constituição Federal proporcionando uma vida indigna, e se enraíza em todas as consequências que se ramificam à partir disso. O aumento do cometimento de crimes e consequentemente a superlotação prisional, a debilidade da segurança pública junto à falta de projetos ressocializadores, a instabilidade da justiça, o medo da população frente ao descontentamento diante de toda a situação e à infração das normas bases do poder judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÂMBITO JURÍDICO, Equipe. **Pena: Origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena.** 2016.- Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e->

[políticas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/](#). Acessado em 01/11/2022.

BECCARIA, Cesare **Dos Delitos E Das Penas**. Edição Ridendo Castigat Mores. Livro de Domínio Público. 1764.

BERNARDES, José Eduardo. **Superlotação dos presídios facilita a proliferação de doenças, afirma médica**. 2017. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/08/15/superlotacao-dos-presidios-facilita-proliferacao-de-doencas-afirma-medica>. Acessado em 07/11/2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html).

DEL PRETI, Bruno e LÉPORE, Paulo. **Manuel de Direitos Humanos**. 2ª Edição. Editora Juspodivm. 2022.

MARTINS ANDRÉ DA SILVA, Flávia. **Direitos Fundamentais**. 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acessado em 05/11/2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 17. Ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023.

MIGALHAS. **Lei determina separação de presos conforme a gravidade do crime**. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/228078/lei-determina-separacao-de-presos-conforme-a-gravidade-do-crime>. Acessado em 07/11/2022.

PAN, Jovem. **Presos devem ser divididos por periculosidade e não de acordo com facções, defende ministro**. 2017. Disponível em: <https://jovempan.com.br/programas/presos-devem-ser-divididos-por-periculosidade-e-nao-de-acordo-com-faccoes-defende-ministro.html>. Acessado em 07/11/2022.

QUEIROZ, Vinícius. **Quais são os critérios para a fixação do regime inicial da pena**. 2018. Disponível em: <https://vinicius40557.jusbrasil.com.br/artigos/704303063/quais-sao-os-criterios-para-a-fixacao-do-regime-inicial-de-pena>. Acessado em 29/10/2022.

RIO DE JANEIRO, Código Penal, Título V, Capítulo I, Seção I, artigo 33. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.html). Acesso em: 01/03/2023

RIO DE JANEIRO, Lei de Execução Penal, Título IV, Capítulo I, artigo 84. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.html). Acesso em: 01/03/2023

SEM AUTOR, **Prisão Halden na Noruega a prisão que realmente parece uma colônia de férias**. 2014. Disponível em: <http://marteeparaosfracos.blogspot.com/2014/05/prisao-halden-na-noruega-prisao-que.html>. Acessado em 07/03/2023

SIEVERS, THIAGO. **Sem título**. 2022. Disponível em: <https://www.elhombre.com.br/7-melhores-prisoas-mundo/>. Acessado em 07/11/2022.

RODRIGUES, Karine. **Presídios descumprem a lei e não separam detentos por tipo de delito**. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/presidios-descumprem-lei-nao-separam-detentos-por-tipo-de-delito-10347874>. Acessado em 07/11/2022

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SUAS DIFERENTES MANIFESTAÇÕES**

**ROSIMAIRE SILVA CARVALHO:**

Graduada em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(Orientadora).

**RESUMO:** O trabalho busca enfatizar os atos de violência doméstica contra as mulheres brasileiras. Sendo comprovado por meios de conhecimentos obtidos e pesquisa através da Lei Maria Penha, Constituição Federal, também realizado com outros meios de informações. O trabalho realizado nos demonstra como a violência doméstica cada vez mais está presente no cotidiano familiar, sendo manifesta de várias formas física, sexual, moral, psicológica e patrimonial. Este estudo teve por finalidade abordar como a violência doméstica vem afetando a nossa sociedade. A análise nos trouxe como o número de mulheres afetadas pela violência tem crescido, das mulheres que sofrem ou sofreram algum tipo de violência de seus companheiros, verificando os principais prejuízos nas esferas psicológicas, ocupacionais e sociais dessas mulheres. A metodologia conduzida trata-se de um estudo qualitativo, com a utilização da entrevista semiestruturada como instrumento de coleta de dados. De acordo com as informações aqui trazidas podemos perceber que viver uma relação violenta traz grandes danos à saúde mental da mulher.

**Palavras-chave:** Violência Doméstica; Características das vítimas; Consequências de suas Manifestações.

**ABSTRACT:** The work seeks to emphasize the acts of domestic violence against Brazilian women. Being proven by means of knowledge obtained and research through the Maria Penha Law, Federal Constitution, also carried out with other means of information. The work carried out shows us how domestic violence is increasingly present in the family's daily life, being manifested in various physical, sexual, moral, psychological and patrimonial ways. This study aimed to address how domestic violence has affected our society. The analysis brought us how the number of women affected by violence has grown, of women who suffer or have suffered some type of violence from their partners., verifying the main damages in the social, psychological and occupational spheres of these women. The methodology conducted is a qualitative study, using the semi-structured interview as a data collection instrument. According to the information presented here, we can see that living in a violent relationship brings great damage to a woman's mental health.

**Palavras-chave:** Domestic Violence, Characteristics of Victims and Consequences of its Manifestations.

Sumário: 1. Introdução. 2 Pressupostos Teóricos – Conceito. 2.1 Natureza Jurídica. 2.2 Evolução Histórica. 2.3 Tipificação Lega. 2.4 Direito Comparado. 3 Violência. 3.1 Características Das Vítimas. 3.2 Lei Maria Da Pena. 4 Diversas Manifestações De Violência. 4.1 Violência Física. 4.2 Violência Sexual. 4.3 Violência Psicológica. 4.4 Violência Moral. 4.5 Violência Patrimonial. 5. Eficácia Da Lei Maria Da Pena E Sua Aplicação. 6 Pesquisa De Campo – Entrevista. 7 Considerações Finais e Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Com finalidade de analisar as diversas manifestações de violência doméstica contra a mulher, o presente trabalho traz a real situação dessas agressões. A pesquisa trará análises de cada tipo de violência, apresentando desde as visíveis e violentas até as imateriais menos danosas.

Presente no art. 7<sup>a</sup> da Lei 11.340/2006 da Lei Maria da Pena, as diversificadas formas de violência são tipificadas em: a) violência física; b) violência psicológica; c) violência sexual; d) violência patrimonial; e) violência moral;

Essa diversidade nos cobra atenção em cada uma de suas particularidades e características, para que não ocorra uma equidade de proteção entre as mesmas, para que, caso seja necessário, haja uma certa proteção maior em determinados tipos.

O Data Senado da Agência Senado, revelou através de uma pesquisa, o crescimento de 4% na percepção das mulheres sobre a violência na edição anterior, do ano de 2019 (AGÊNCIA SENADO, 2019). Com este aumento, será que algum dos tipos de violência presente no art. 7<sup>o</sup> desta Lei, foi mais significativo?

## 2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS - CONCEITO

A Violência Doméstica contra a mulher é uma importante pauta presente na sociedade brasileira. Ao longo dos anos as mulheres vêm buscando direitos e espaços, através de reivindicações.

São diversas as formas de atos violentos que podem ser cometidos contra as mulheres.

Em seu âmbito familiar não há um modelo certo de violência, podendo surgir de diversas formas, inclusive até sendo difícil a sua identificação. Devido a essa dificuldade, é significativo o número de mulheres que foram violentadas, por isso não identificam os atos



violentos, devido a contextualização social e financeira que vem prejudicando a vida de inúmeras mulheres brasileiras.

A Lei Maria da Penha no Brasil é o maior instrumento de prevenção, combate, assistência e garantia dos Direitos das Mulheres. Porém, mesmo com a aplicação desta Lei, é considerável o aumento de mortes contra as mulheres, inclusive o aumento do feminicídio brasileiro.

## **2.1 NATUREZA JURÍDICA**

Decorre do Direito Penal e também da área cível.

Lei Maria da Penha 11.340/2006: (art. 1º ao art. 46) faz parte do método de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Constituição Federal: (art. 226, § 8º, CF) inspiração da criação da Lei Maria da Penha, passou a tratar a violência doméstica como uma questão de Estado.

As formas, e diferentes manifestações de violência doméstica e familiar contra as mulheres são apresentadas no Art. 7º da Lei 11.340/2006 no qual prevê como formas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

## **2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A violência doméstica infelizmente não é algo novo, sempre esteve presente nas famílias brasileiras, uma herança que vem desde o Século XVI, com a colonização Portuguesa.

Acreditava-se que a mulher adúltera feria o “direito” dos maridos, onde o homem com sua honra ferida poderia matar sua esposa e o amante caso o fosse surpreendido no ato. Segundo o professor Rogério Sanches Cunha, era previsto que o homem traído, onde sua honra manchada só se lavava com o sangue da adúltera.

Na década de 1960, foi se destacando o movimento feminista ao redor mundo, inclusive no Brasil. Através desses movimentos, o poder da mulher tornou-se destaque nas mídias e no cotidiano brasileiro. Foi então que em 1983, a história de Maria da Penha Maia Fernandes teve evidência, uma mulher violentada pelo marido que tentou matá-la duas vezes, a primeira vez com um tiro e na segunda por eletrocussão e afogamento. Maria da Penha ficou paraplégica devido ao tiro que levou, mesmo assim, não mediu esforços para reivindicar proteção e o direito das mulheres brasileiras.

Em 7 de agosto de 2006, após 19 anos da história de Maria da Penha, foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva a Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de punir com mais rigor agressores contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

A Lei Maria da Penha (11.340/06) completou 11 anos, sendo assim umas das principais ferramentas para a defesa dos direitos das mulheres brasileiras. De certa forma é algo recente no Brasil.

### **2.3 TIPIFICAÇÃO LEGAL**

Primeiramente, faremos uma breve revisão da Lei Maria da Penha, com foco na história do nascimento da Lei 11.340/2006, a fim de compreender seu poder de proteção à mulher (CANTO, 2021).

Em primeiro lugar, a Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006 é popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, o nome que deu origem a esta lei foi em homenagem a uma mulher que foi abusada pelo marido. Além disso, como resultado dos ataques, ela ficou paraplégica devido a um tiro nas costas enquanto dormia.

O atirador foi o marido dela, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveiros. Como se isso não bastasse, duas semanas depois ele tentou matá-la novamente, desta vez por eletrocussão e afogamento durante o banho. Sobrevivente do caos, Maria da Penha Fernandes lutou bravamente por justiça quando apresentou uma queixa pública. O marido foi preso em 2002, embora tenha cometido o crime há 19 anos, cumpriu apenas dois anos e venceu o regime aberto.

Maria da Penha chegou a escrever um livro sobre sua jornada para punir o marido e assim se tornou um símbolo da luta contra a violência doméstica em todo o Brasil. Como resultado, esta lei introduziu uma grande mudança na abordagem dos crimes relacionados à violência doméstica e familiar.

### **2.4 DIREITO COMPARADO**

Não ocorrendo apenas no Brasil, a violência doméstica está presente em diversos países de diferentes culturas.

Mesmo os países considerados desenvolvidos e seguros, apresentam altos índices de violência doméstica. Infelizmente, ao redor do mundo, existem mais de quarenta países sem legislação contra a violência doméstica, sendo estes o Iraque, Catar, República do Congo, Costa do Marfim, entre outros. Nem mesmo existe uma proteção.

Considerado como um “problema de família” no país do Quênia, não há investigações policiais.



O Banco Mundial, nos últimos 25 anos, apesar do grande número de países sem regulamentação que protege as mulheres, apresentou 118 localidades que saíram da lista de países sem legislação de anteparo a violência contra a mulher. Passando a ter de alguma forma, uma lei de proteção.

### **3 VIOLÊNCIA**

Violência, ação ou efeito de empregar força física ou intimidação moral contras, este é um significado que é dado a esta palavra. Do latim, *violentia*, o que age pela força, a palavra violência vincula ao desconforto, trazendo consigo uma carga de agressão. Podendo distinguir-se em diversificadas formas.

O conceito de violência é ambíguo, complexo, implica vários elementos e posições teóricas e variadas maneiras de solução ou eliminação. As formas de violência são tão numerosas, que é difícil elencá-las de modo satisfatório. Diversos profissionais, especialmente na mídia, manifestam-se sobre ela, oferecem alternativas de solução; todavia, a violência surge na sociedade sempre de modo novo e ninguém consegue evitá-la por completo. Nesse panorama, cabe à filosofia, de modo especial à ética, refletir sobre suas origens, a natureza e as consequências morais e materiais. (MODENA, 2016, p. 8).

A Violência é o exercício desproporcional do poder ou força que se sobrepõem ao princípio da integridade (física, emocional, moral, religiosa, étnica, laboral, familiar, doméstica, empresarial, etc.).

Características presentes na violência variam sobre o aspecto social, temporal e do espaço. Em contexto social, enquanto alguns países preveem a pena de morte para pessoa LGBTQIA+ e dispõe de uma alta taxa de violência contra os mesmos, outros autorizam o casamento gay, possuem leis de proteção e combate à discriminação.

#### **3.1 CARACTERÍSTICAS DAS VÍTIMAS**

O problema A faixa etária, escolaridade, religiosidade, a violência moral, são as principais características presentes nos casos específicos de violência doméstica contra as mulheres.

Constatou-se que as vítimas são mulheres jovens, em idade reprodutiva, com nível de escolaridade baixo e que se encontram imersas em um contingente de desigualdade social e de falta de um

emprego melhor remunerado. A violência mais perpetrada foi à psicológica, a violência física e a violência moral, respectivamente. (ZART; SCORTEGAGNA; 2015).

A presença de baixa escolaridade mostra a importância da informação na estruturação de mulheres que possam lidar com situações de violência. A formação também se relaciona com a circunstâncias econômicas, no qual torna a mulher dependente financeiramente do homem, seu agressor.

### **3.2 LEI MARIA DA PENHA**

A Lei Maria da Penha, veio de origem de uma farmacêutica cearense, que era agredida constantemente pelo marido. No ano de 1983, sofreu um atentado de um tiro de espingarda pelo seu esposo. Maria veio a ficar paraplégica, escapando da morte. Após vários tratamentos e internações, sofre novamente outra tentativa de assassinato pelo marido; ele tenta eletrocutá-la.

Maria só criou coragem depois de muito tempo sofrendo, conseguiu denunciar seu agressor. Daí Maria se depara com uma cena em que muitas mulheres sofrem casos de violências. Sem apoio legal da justiça brasileira, a defesa encontra margem para o agressor ficar em liberdade, enquanto espera o julgamento.

Mesmo com o processo em andamento Maria se dedica a escrever um livro sobre os acontecimentos, livro no qual foi publicado em 1994, com o título "Sobrevivi...posso contar", onde narra as violências sofridas por ela e pelas três filhas.

O caso de Maria só veio ter solução com o apoio com a divulgação do livro, isso ocorreu em 2002 quando o Estado brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com o apoio do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, o Brasil teve um compromisso de reescrever as leis e políticas contra violências domésticas.

### **4 DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DE VIOLÊNCIA**

Na lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sobre sua proteção, especificamente no art. 7º, está presente as diversas formas de violência doméstica contra a mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006)

#### **4.1 VIOLÊNCIA FÍSICA**

A mais manifesta violência doméstica e mais sórdida é a específica violência física. Como positivado no código, a violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal. Trazendo consigo suas marcas, a violência física é intitulada qualquer tipo de agressão física, como por exemplo, chutes, socos e empurrões.

Este tipo de violência é um ponto de alerta dentro das relações: quando há uma tensão muito grande entre duas pessoas a ponto de haver uma explosão desta por meio da violência física, entendemos que o respeito foi completamente descartado e que o sentimento de posse de um homem sobre uma mulher está imperando. (BIANCHINI, FERREIRA, p.18).

Este tipo de violência está relacionado ao título de posse que os homens se qualificam, reflexo de uma cultura machista e misógina. Os agressores provem esta vida violenta, submissa, no qual retira toda liberdade feminina.

#### **4.2 VIOLÊNCIA SEXUAL**

Presentes nas formas de relação sexual ou atos sexuais, a manifestação de violência doméstica possui também diversas exposições. Manter relação sexual enquanto a mulher estiver dormindo ou inconsciente, é um exemplo de violência sexual. Inconsciente se enquadra quando a mulher estiver embriagada, medicada, ou sob efeito de drogas (TJDFT, 2017).

Miseravelmente, as crianças do sexo feminino é maior porcentagem das crianças e adolescente que sofrem violência sexual. Este índice, resulta no alerta de que as ferocidades contra as mulheres vêm desde sua infância.

A falta de consentimento da mulher é um principal fator dentro deste tipo de violação. A relação sexual é um acordo entre as partes, o termo "Começou, agora aguenta!" não traz nada de uma relação saudável. O começo de uma relação sexual não impede que uma das partes mude de ideia durante o ato.

Atravancar o uso de métodos contraceptivos também se enquadra como violência sexual. Proibir o uso de métodos contraceptivos durante a relação, como por exemplo o uso de camisinha, ou uso de pílulas, titulam a violência (TJDFT, 2017).

#### **4.3 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA**

Forma de violação com marcas invisíveis, violência psicológica apresenta também seus diversos moldes. Tentar controlar as atividades da mulher, controlar as amizades, agredi-la verbalmente, perseguir, diminuir, intimidar, acanhar, são exemplos desta violência (TJDFT, 2017).

Sinais deste tipo de violência é quando a vítima tem o costume de sempre desculpar, constantemente apresenta-se confusa, não entende o motivo de estar infeliz, entre outros indicativos.

Entendida como "qualquer conduta que cause danos emocionais e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação", como definido na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

#### **4.4 VIOLÊNCIA MORAL**

Este tipo de violência define no ato que configure calúnia, difamação ou injúria. Tem como característica, xingamentos ou atribuição de fatos que não são verdadeiros (TJDFT, 2017).

A moral nos vincula às leis da honestidade e do pudor. Definida como um conjunto de convicções e costumes que determinam a conduta de um indivíduo ou de um grupo social.

Também invisível e sem marcas, a violência moral torna-se uma agressão interna, aos ideais da mulher, é quando o agressor ou a agressora atribui à mulher fatos que prejudicam sua reputação, ou injúria, que degrada a mulher perante a sociedade, ofende a dignidade da mulher. Podendo ocorrer este tipo de violência virtualmente, através da internet.

#### **4.5 VIOLÊNCIA PATRIMONIAL**

Vinculado ao pecúlio, a violência patrimonial é um tipo de agressão visual materialmente, tendo como característica qualquer ato que configure a contenção, subtração, deterioramento parcial ou integral dos bens que pertencem à mulher (TJDFT, 2017).

O patrimônio trata-se de bens, direitos e obrigações de valor econômico e pertencentes a certa pessoa ou empresa.

No contexto de violência doméstica, o tipo patrimonial se enquadra no controle do dinheiro da mulher, privando bens, valores e recursos econômicos, destruição de documentos pessoais, entre outros.

### **5. EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO**

Eficácia é a qualidade daquilo que alcança os resultados planejados, características do que produz os efeitos esperados, do que é eficaz. A eficácia mede a relação entre os efeitos da ação, e os objetivos pretendidos.

A Lei Maria da Penha incorporou o avanço legislativo internacional e se transformou no principal instrumento legal de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil (ALMEIDA, 2015).

Os benefícios trazidos pela lei são significativos para o combate à violência doméstica, levando em consideração avanço da criação dos Juizados de Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher, trazendo sua referência de competência no âmbito cível e criminal como prevê o artigo 14:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser 29 criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária. (BRASIL, 2006).

Dentre os aspectos positivos da “Lei Maria da Penha”, um dos mais relevantes foi tipificar e definir a violência doméstica e familiar contra a mulher como crime. O Plenário do Senado aprovou no dia 8 de março de 2022, um projeto de lei que garante, para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, atendimento prioritário em delegacias, hospitais e centros de assistência social.

Artigo 41 da Lei Maria da Penha proíbe a aplicação da Lei n. 9.099/95 apenas para os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, a regra deste artigo se aplica tanto aos crimes quanto às contravenções penais praticadas contra mulheres no âmbito doméstico e familiar (VILLAR, 2015).

O artigo 17, da Lei nº 11.340/2006, estabelece que: “é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa” (VILLAR, 2015).

A lei 11.340/06 mesmo não sendo perfeita, apresenta-se como uma evolução na história do combate à violência doméstica no Brasil.

O dispositivo tem um caráter educacional e de promoção de políticas públicas e assistenciais para alcançar a vítima e também o agressor.

A Lei Maria da Penha é inovadora em quase todos os seus dispositivos, produzindo uma verdadeira revolução na forma de impedir a violência doméstica, estabelecendo ações de assistência às vítimas e empregando medidas repressoras em relação ao agressor.

A hipótese de prisão preventiva trouxe o Art. 42 inciso IV ao Art. 313 do CPP): Quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, com a nova lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.



Com essa possibilidade prisão preventiva não fica mais restringida aos crimes punidos com reclusão. A prisão pode ser decretada por iniciativa do Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, conforme previsto no art. 20:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (BRASIL, 2006).

## **6 PESQUISA DE CAMPO – ENTREVISTA**

Foi realizada uma entrevista da qual foram abordadas as seguintes perguntas para uma advogada:

Dentre as manifestações previstas no art. 7º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), qual o tipo de violência doméstica que ocorre com a maior frequência?

A advogada entrevistada enfatizou a prática da violência física, sendo ela com maior visibilidade das lesões provocadas na vítima, seja pelo atendimento médico hospitalar imediato, seja pela realização do exame do corpo de delito.

Das manifestações citadas na questão anterior, qual delas tem mais proteção e qual possui menos?

A advogada alegou que a proteção à mulher no âmbito da violência doméstica é integral, sendo que a própria Lei foi criada com objetivo específico. Ainda expôs que o que difere é a conduta da vítima em busca da proteção integrada perante os órgãos competentes. Por vezes, prefere a vítima, na condição de subjugada no relacionamento familiar em que é dependente, calar-se, seja pelo receio de retaliações, seja pela conveniência em continuar naquele tipo de relacionamento. Passando neste contexto, é irrelevante a legítima defesa da vítima, ou se sua conduta foi a primeira de ataque em relação ao agressor. Este não se ampara legalmente, a priori, em argumentação defensiva, porém, durante a instrução criminal poderá estar atento ao conjunto probatório de sua argumentação. Esta perfuração se dá pela proteção específica da legislação quando enfatiza que a palavra da vítima se sobrepõe ao conjunto de provas carregadas aos autos para estabelecer o limite de livre convencimento do julgador.

Qual dessas manifestações, é a mais agressiva?

A entrevistada enunciou que toda e qualquer violência praticada contra a mulher no contexto de relacionamento familiar e doméstico é agressiva. No entanto, a mulher somente se dá conta, quando a violência lhe provoca lesões físicas, pois a partir de então, deve procurar ajuda médica, ou qualquer outro tipo de ajuda. E ressaltou que um grande impulsionamento na opção da vítima em frear as agressões sofridas, seja pela reação em defesa como empoderamento na condição defensiva, seja pela busca de apoio da rede integralizada de atendimento da Assistência Social ou Autoridade Policial, por vezes esquecendo-se da própria condição de também vítima, mas quando o instinto de proteção da prole prevalece.

Acredita na eficácia das medidas protetiva estabelecidas na Lei Maria da Penha?

A advogada fala que acredita piamente na eficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, que acredita no preparo de todos os setores da rede integral de prevenção, assistência e proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar, inclusive na Delegacias de Polícia, mesmo em cidades que ainda não contam com Delegacia de Defesa da Mulher. A entrevista também ressalta que corre que a própria vítima se descuida de seus direitos. Nesse descuido, quando atendida por uma medida protetiva judicial, sucumbe aos apelos daquele agressor, seja para uma reconciliação, seja para visitação a si ou aos filhos, prejudicando o cumprimento em benefício do próprio agressor. A isso exemplifica-se o fato de o agressor não poder relacionar-se com a vítima sob qualquer pretexto ou meio de comunicação, além de manter distância determinada na decisão judicial. Porém, na primeira dificuldade financeira ou carência amorosa, a própria vítima toma a iniciativa de reatar o contato. Com isso, a reincidência agressiva é fato.

Entende-se por violência moral qualquer conduta que importe em calúnia, difamação; quando o agressor atribui à mulher fatos que maculem a sua reputação, ou injúria, ofende a dignidade da mulher. Acredita que esta violência também pode ocorrer na internet e que a tecnologia atual colabora com este tipo de violência virtual?

A entrevistada apresenta que qualquer crime contra a honra é punível. Diz que será considerado crime quando o autor atribuir à Vítima autoria de um crime, sabendo da sua inocência, ou um fato que ofenda sua reputação ou boa fama, denegrindo-a no seio familiar ou no contexto social, independentemente se fato verídico ou não, pois assume conduta antijurídica e culpável. A defensora acredita que todo ato de publicidade de conteúdos tem responsabilidades e autoria. Que a sensação de anonimato incentiva a publicação e compartilhamento de conteúdo difamatório. Afirmando que essa liberdade de expressão deve ser freada pela identificação e responsabilização do autor.

Na sua opinião e com base na sua experiência profissional, por quê há grande números de retratação das vítimas de violência doméstica?

A Advogada acredita que existem várias circunstâncias que levam muitas vítimas de violência doméstica e familiar a optar pela retração diante da denúncia registrada, se tratando do princípio do duplo vínculo. Com a violência se concretizam vários distúrbios familiares, sociais e psíquicos em que vive a vítima, optando essa, na maioria das vezes, no drama de consciência em se retratar para não ver o agressor preso, por exemplo.

A entrevistada alega que desta forma, a vítima é impulsionada a escolher a alternativa que mais se adegue ao seu meio familiar, aceitando a condição de subjugação feminina, expectativa de que o fato não se repetirá ante as juras e pedidos de perdão, da vergonha no contexto familiar de se ver divorciada, da necessidade de ir à busca do próprio sustento ou dos seus, pela aceitação de que é um comportamento próprio do homem, e, assim continua sofrendo as agressões e lesões rotineiras, que mesmo no caso de prisão de seu agressor, são impelidas para continuidade daquele relacionamento, fornecendo mantimentos ou visitas íntimas ao encarcerado. Ela acredita que há uma aceitação pela dupla vitimização, que pela dependência emocional ou financeira, não arcam com a responsabilidade da própria proteção e não se desvinculam do algoz.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A diversificação presente na violência doméstica contra mulher apresenta suas características individuais. Algumas destas manifestações violência necessitam de atenção específica.

Este presente trabalho, tem como finalidade apresentar as presentes formas de violência contra a mulher, prontamente com sua gravidade e periculosidade. Foi questionada a manifestação mais grave e a menos grave, as formas que necessitam de uma atenção maior. As medidas protetivas, uma presente forma de proteção contra as vítimas, foram alvos de questionamento quanto sua eficácia dentro da sociedade brasileira.

A pesquisa com a expert nos mostra que toda forma de violência independente de qual seja, deve ser repudiada e punida. Trouxemos uma atenção maior na pesquisa à violência moral devido à grande número de casos cometidos através da internet, concluímos que os agressores acreditam que a internet seja uma terra sem lei, utilizando-se com muita facilidade, sendo este um ato covarde e que deve ser um crime contra à honra punível e deve trazer suas responsabilidades.

O assunto debatido nesta pesquisa mostra a violência física como a forma mais violenta dentre elas, devido a suas marcas visíveis, lesões físicas, hematomas, dores que este tipo de agressão trás.

De certa forma, novas formas de violência contra a mulher podem surgir com o passar dos anos. O Estado tem como obrigação aprimorar sua proteção contra essas manifestações conforme seus surgimentos. Que no futuro ser mulher deixe de ser um perigo, que deixem de ser índices de violência no país, que possamos ser uma sociedade mais pacífica.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Violência contra a mulher aumentou no último ano, revela pesquisa do Data Senado.** Senado Notícias, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/09/violencia-contr-a-mulher-aumentou-no-ultimo-ano-revela-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em: 06 mai. 2023.

ALMEIDA, L. P. **Um debate acerta da constitucionalidade da Lei Maria da Penha.** Jus.com.br, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40080/um-debate-acerca-da-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BIANCHINI, A. **Objetivo e Objeto da Lei Maria da Penha – Arts. 1º e 5º da lei 11.340/2006.** JusBrasil, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/objetivo-e-objeto-da-lei-maria-da-penha-arts-1-e-5-da-lei-11340-2006/121814322>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRASIL, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha.** 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: 06 mai. 2023.

CAMPOS, A. A. S. **A Lei Maria da Penha e a sua Efetividade.**

Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wpcontent/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2023.

CANTO, G. B. **Resumo da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006.** Estratégia, 2021. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/resumo-da-lei-maria-da-penha-lei-no-11-340-2006/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

ESSY, D. B. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos.** Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em:

<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>. Acesso em 06 mai. 2023.

GOMES, S. N. **A aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na lei maria da penha em casais homossexuais, transexuais e namorados em coabitação.** Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/837/1/TC%20II%20-%20Sabrina%20Netto%20Gomes.pdf>. Acesso em 06 mai. 2023.

H FUNDO BRASIL. **Lei Maria da Penha: história e fatos principais.** Blog H Fundo Brasil. Disponível em: [https://www.fundobrasil.org.br/blog/lei-maria-da-penha-historia-e-fatos-principais/?gclid=EAiaIQobChMIx\\_R0-7v\\_gIVu0BIAB27wAR1EAAYAAEgL2X\\_D\\_BwE](https://www.fundobrasil.org.br/blog/lei-maria-da-penha-historia-e-fatos-principais/?gclid=EAiaIQobChMIx_R0-7v_gIVu0BIAB27wAR1EAAYAAEgL2X_D_BwE). Acesso em 06 mai. 2023.

TEBET, S. **Vida e morte feminina.** Brasília, Senado Federal, 2019, ed. 2, p. 167. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/575971>. Acesso em: 06 mai. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Saiba mais sobre a origem da Lei Maria da Penha 2.** JusBrasil, 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/saiba-mais-sobre-a-origem-da-lei-maria-da-penha-2/973411>. Acesso em 06 mai. 2023.

VILLAR, A. S. **Nova Súmula 536 do STJ: Proibição de benefícios da Lei 9.099/95 aos acusados de delitos sujeitos à Lei Maria da Penha.** JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/nova-sumula-536-do-stj-proibicao-de-beneficios-da-lei-9099-95-aos-acusados-de-delitos-sujeitos-a-lei-maria-da-penha/238994504>. Acesso em: 10 mai. 2023.

## O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA

**HUENDER DE ALMEIDA SANTOS MARCELINO:**  
graduando em Direito pelo Centro Universitário  
de Santa Fé do Sul/SP – UNIFUNEC<sup>7</sup>

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho científico foi realizado com o objetivo de analisar os aspectos positivos da efetiva utilização da tecnologia nos sistemas do poder judiciário e carcerário brasileiro diante do cenário do vírus Covid-19, além de discutir a admissibilidade e validade do uso da videoconferência na elaboração do auto de prisão em flagrante, instituto que merece destaque devido à sua praticidade e celeridade. Recursos tecnológicos que antes eram utilizados de forma alternativa, tornaram-se permanentes após a emergência do vírus Covid-19 e a necessidade de isolamento social, a implementação de novos métodos de comunicação e conferência à distância. Com base no Direito Penal e Processual Penal, realizou-se uma análise do conceito das prisões cautelares. Em seguida, examinou-se a aplicabilidade e validade do uso da videoconferência na prisão em flagrante. A tecnologia tem sido uma grande aliada para a sociedade e, principalmente, no contexto exatamente, tem contribuído para assegurar a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se de literatura especializada em pesquisas bibliográficas, por meio de consulta a sites, doutrinas nacionais e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática tem contribuído para assegurar a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Prisão em Flagrante; Videoconferência; Admissibilidade; Covid-19; Isolamento Social.

### THE ARREST SELF IN FLAGRANT THROUGH VIDEOCONFERENCE

**ABSTRACT:** The present work was carried out with the objective of analyzing the positive aspects in the effective use of technology in the Brazilian judicial and prison systems in the face of the Covid-19 virus scenario, in addition to discussing the admissibility and validity of the use of videoconferencing to the drawing up to the record of arrest in flagrante delicto, an institute that deserves to be highlighted in view of its practicality and speed. Technological resources that were previously used in an alternative way, after the emergence of the Covid-19 virus, from the need for social isolation, new methods had to

---

<sup>7</sup> E-mail: huenderhotma@outlook.com



be implemented as the main means of use. Based on Criminal Law and Criminal Procedure, an analysis was made of the concept of precautionary prisons. Afterwards, the applicability and validity of the use of videoconferencing of the arrest in the act was analyzed. It is noted that in the face of this current scenario, without technology we would not be able to continue trying to live a normal life. Technology has been a great ally for society and, especially, in view of the topic addressed, to continue to ensure protection of the fundamental rights of the human person. The work was developed using a literature review based on bibliographic research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject.

**Keywords:** Arrest in flagrante delicto; Video conference; Admissibility; Covid-19; Social isolation.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 foi avaliada como uma situação crítica de saúde pública internacional, responsável pela maior crise sanitária, social e econômica desde a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, a disseminação da doença não impactou apenas no âmbito sócio-econômico, mas também o sistema judiciário e prisional, permitiu a implementação de mudanças e novos métodos de trabalho em seus diversos setores, a fim de garantir a saúde e o bem-estar de todos os envolvidos.

Mesmo com todas as mudanças e métodos implementados, as restrições para evitar a disseminação da Covid-19 não necessariamente diminuíram a população carcerária.

Nessa perspectiva, o isolamento social se torna o único meio adequado para evitar a disseminação do vírus, o que se aplica a todos os indivíduos, inclusive aqueles que estão cumprindo pena ou foram acusados de cometer algum crime. Surge, portanto, a necessidade de utilizar a tecnologia a nosso favor, por meio da lavratura de prisão por meio digital, sem contato direto entre condenado ou acusado e agentes de segurança pública.

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo discutir a admissibilidade e validade do uso da videoconferência na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF), uma ferramenta que merece destaque devido à sua praticidade e celeridade.

Ao longo deste trabalho científico, serão transitórios as diferentes formas de prisões cautelares e suas psicológicas.

Nesse sentido, a primeira forma de prisão é a prisão preventiva, que consiste em uma medida cautelar restritiva de liberdade que pode ser decretada pelo juiz durante o curso de um processo penal, antes do julgamento final da causa. Seu objetivo é garantir a continuidade da justiça criminal, prevenindo a fuga do acusado, a manipulação de provas ou a prática de novos crimes.

A segunda forma é a prisão temporária, que tem como objetivo garantir o andamento das investigações e a ordem pública, permitindo que a autoridade possa interrogar o suspeito e coletar provas para a elucidação do crime. A prisão temporária só pode ser determinada quando houver justificativas de autoria ou participação do suspeito em um crime que tenha pena máxima superior a 4 anos de prisão, como homicídio, sequestro, estupro, entre outros previstos em lei.

Por último, a prisão em flagrante é uma forma de prisão cautelar realizada no momento em que o suspeito está preso pela autoridade policial ou por outra pessoa no momento em que está cometendo ou acaba de cometer um crime. Essa modalidade de prisão tem como objetivo garantir a perseguição das investigações e a prisão da ordem pública, permitindo que a autoridade policial realize a prisão imediata do suspeito, evitando sua fuga ou a perseguição da prática de delitos.

Cada forma de prisão será abordada em um tópico exclusivo. Inicialmente, serão dissertadas sobre a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante - próprio, impróprio, preparado, esperado, diferido, forjado, facultativo e obrigatório -, com foco em suas características principais e na compreensão da validade da utilização da videoconferência no procedimento policial e na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF).

## **2 PRISÕES CAUTELARES**

Define-se a prisão cautelar, segundo Lima (2019), como uma modalidade de prisão determinada por uma decisão definitiva com trânsito em julgado penal condenatório, com o objetivo de assegurar que as investigações ou o próprio processo alcancem seus objetivos.

Desse modo, pode-se afirmar que as prisões cautelares são prisões processuais, de caráter provisório, decretadas com base na necessidade de segregação cautelar durante a fase investigatória ou o curso da ação penal.

No entanto, é importante ressaltar que a prisão cautelar deve ser aplicada de forma excepcional, não podendo ser utilizada para antecipar o cumprimento da pena pelo investigado antes do trânsito em julgado. Nesse sentido, deve-se analisar a periculosidade do indivíduo e não sua culpabilidade.

Desta forma, garantida-se a liberdade do indivíduo, um preceito fundamental estabelecido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (BRASIL, 1988).

Por interferirem em um direito fundamental, as Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008 foram cuidadosas estabelecidas a apenas três tipos de prisões processuais: a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante.

## 2.1 Prisão Preventiva

Ao que se refere à prisão preventiva, esta não significa aplicar a pena antecipadamente, muito pelo contrário, tem por finalidade evitar que o acusado cometa novas infrações e prejudique o andamento processual.

A figura da prisão preventiva é definida por Capez (2007, p.255) como:

[...] uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. Tratando-se de prisão cautelar, reveste-se do caráter de excepcionalidade, na medida em que somente poderá ser decretada quando necessária, isto é, se ficar demonstrado *o periculum in mora*.

Seu fundamento baseia-se em garantir a eficaz aplicação jurisdicional, desde que estejam presentes os casos de extrema necessidade. Sendo assim, seu caráter é excepcional.

Regulamentada na Constituição Federal, a prisão preventiva é um tipo de prisão cautelar e pode ser determinada pelo juiz em qualquer etapa do inquérito policial ou do processo criminal, não havendo qualquer impedimento para sua decretação antes da conclusão do inquérito, bem como nos casos de ação pública ou privada, sempre que forem atestadas as condições legais e motivos autorizados (TOURINHO, 2013).

Com rigor, a prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, tanto durante a fase de investigação policial como na fase processual, que se inicia com a citação do acusado.

Nesses termos, apenas o juiz pode decretar a medida, sendo necessário um requerimento proveniente do Ministério Público, do querelante (no caso de ação pública privada), do assistente ou da autoridade policial (por meio de representação). O despacho do juiz que acata ou recusa o pedido deve ser fundamentado (BRASIL, 1941).

No entanto, além de existir requerimento ou provocação encaminhada ao juiz competente, é necessário que haja fundamento legal, conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal, que estabelece os seguintes fundamentos para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da ordem econômica ou para assegurar a eficácia da lei, somados a isso, deve haver prova da presença do crime e elementos que possam presumir a autoria e o perigo ocasionado pela liberdade do sujeito (BRASIL, 1941).

A decretação da preventiva, juntamente com os requisitos já mencionados, só será imposta nos crimes que estejam em perfeita harmonia com o artigo 313 do Código de Processo Penal: 1) crime doloso com pena privativa de liberdade superior a 4 anos; 2) condenação transitada em julgado por outro crime doloso; 3) crime de violência familiar ou doméstica contra criança, mulher, idoso, adolescente, pessoa portadora de deficiência ou enfermo, com ânimo de garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência; 4) havendo dúvida sobre a identificação civil do indivíduo (ou quando omitir informações para sua identificação) (BRASIL, 1941).

Cabe observar que a decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) deve seguir as seguintes premissas, de acordo com o artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal:

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 1941, n.p.).

O A prisão preventiva tem duração de 90 dias, devendo o juiz revisar a medida de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Da mesma forma, a prisão preventiva pode ser revogada quando não houver mais motivos que justifiquem sua aplicação, de ofício ou a pedido das partes. Além disso, pode haver nova imposição quando surgirem novos fatos. Vale destacar o seguinte julgado de suma relevância:

"A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o prazo estabelecido na redação do art. 316, parágrafo único, do CPP, para revisão da custódia cautelar a cada 90 dias, não é peremptório, de modo que eventual atraso na execução do ato não implica reconhecimento automático da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade" (STJ: o prazo da revisão da custódia cautelar de 90 dias não é peremptório - (AgRg no HC 697.019/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021)) (BRASIL, 2011).

No entanto, a prisão não pode ser decretada com o intuito de antecipar o cumprimento da pena ou como premissa exclusivamente ligada à investigação policial ou ao envio ou recebimento da denúncia pelo magistrado. Além disso, quando houver provas de que o agente agiu amparado pelas excludentes de ilicitude.

É importante observar que a Lei 13.964/2019, conhecida como o pacote anticrime, alterou todo o Capítulo III do Título IX do CPP, nos artigos 311 a 316. As principais mudanças introduzidas pela referida lei têm como objetivo impedir que o juiz decrete de ofício a prisão preventiva e tornam obrigatória a revisão da prisão preventiva a cada noventa dias, sob pena de revogação (BRASIL, 2019).

A prisão preventiva tem como base garantir a adequada aplicação jurisdicional; no entanto, essa medida só deve ser aplicada em caso de extrema necessidade. Portanto, a fundamentação da imposição da prisão preventiva tem caráter excepcional, uma vez que, se não for realizada, viola-se os direitos fundamentais do acusado.

## **2.2 Prisão Temporária**

Consiste em uma espécie de prisão cautelar de caráter processual destinada exclusivamente à fase investigativa, durante o inquérito policial.

A partir de uma análise do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, que apresenta as possibilidades de recebimento da prisão temporária, podemos presumir duas condições. A primeira diz respeito à exclusividade de aplicação na fase investigativa, ou seja, não se admite sua decretação na fase processual, sendo, portanto, ineficaz caso seja decretada após o oferecimento de denúncia ou queixa (BRASIL, 1989).

Já a segunda hipótese refere-se à imprescindibilidade para as investigações, devendo ser demonstrada a existência do *periculum libertatis*, ou seja, a existência de um risco concreto e visível de que o sujeito, caso não seja preso, irá atrapalhar o andamento das investigações por meio de ações tendentes à destruição de provas ou intimidação de testemunhas.

Além disso, aquele que possui legitimidade para decretar a prisão preventiva é somente o Juiz. No entanto, ele não poderá decretá-la de ofício, sem que haja manifestação nesse sentido por autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público.

A duração desta modalidade de prisão será de cinco dias, adiável por igual tempo em casos excepcionais. No entanto, quando se trata de crimes hediondos, exercício de tortura, tráfico ilegal de drogas e terrorismo, o prazo é de 30 dias, também prorrogável por igual tempo em casos de extrema necessidade (BRASIL, 1989).

Após o esgotamento do prazo, o preso deverá ser prontamente alocado em liberdade, não havendo a necessidade de alvará de soltura. Portanto, o preso só permanecerá em cárcere se a prisão for prorrogada ou convertida em prisão preventiva.

### **2.3 Prisão em Flagrante**

O flagrante denota o evidente, manifesto ou ato que se pode analisar no exato instante de sua ocorrência. Nesse sentido, a prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar, de caráter administrativo, realizada no momento em que se desenvolve ou termina o ilícito penal.

Essa forma de prisão é autorizada conforme prevê a Constituição Federal, art. 5.º, LXI, como um meio excepcional de prisão, independentemente da necessidade de decisão definitiva com trânsito em julgado, e não exige a expedição de mandado de prisão pela autoridade competente (NUCCI, 2020).

Conforme explica Carnelutti (2008, 248, apud JUNIOR, 2020, 563), o conhecimento da flagrância está totalmente baseado na expressão "*la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde*" ("a chama, que denota com certeza a combustão; quando se vê a chama, é indubitável que algo está queimando"). Como resumiu o mestre italiano: "a flagrância não é outra coisa senão a visibilidade do delito".



Na mesma linha, temos o entendimento de Cordero (2000, apud JUNIOR, 2020), segundo o qual o flagrante traz à mente a ideia de coisas alcançadas enquanto estão acontecendo; no partícipio, captura a simultaneidade do fato-percepção, como um atributo do primeiro. Essa visão visual da prática do delito implica a responsabilidade dos órgãos públicos e a faculdade (livre possibilidade) para os particulares de impedir a continuação da ação criminosa, podendo, para tanto, apreender o autor.

Mirabete (2003) afirma que a palavra "flagrante" tem origem no latim como "flagrans" e descreve algo ardente, incandescente. A interpretação é de que "flagrante delito" significa o crime ainda em chamas, a probabilidade de se visualizar o crime, ou seja, o flagrante delito é a posse cabal da prova (evidência), a certeza incontestável do ato que acabou de ser praticado, diante do qual seria impraticável negar a autoria. Portanto, pode-se dizer que a prisão em flagrante é a prova mais eloquente de autoria, especialmente no flagrante próprio.

De acordo com José Frederico Marques (1998, p. 75), "flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penal ilícita".

Conforme sugere o próprio nome, o flagrante ocorre quando o agente da infração é flagrado praticando o crime, ou logo após a sua prática.

Nessa perspectiva, é importante apresentar a posição de Mirabete (1997, p. 370):

Em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, inofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a 'certeza visual do crime'. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante de delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.

Diferentemente da prisão preventiva e temporária, a prisão em flagrante não depende de prévia decisão judicial, ficando sua efetivação encostada à presença de uma das situações de flagrância, ou seja:

- a) evitar a fuga do agente;
- b) auxiliar na colheita de elementos informativos;

c) impedir a consumação do delito, em casos que a infração esteja sendo praticada, ou o seu exaurimento;

d) preservar a integridade física do preso (BRASIL, 1941, n.p.).

Ainda, no que diz respeito à ordenação do Código de Processo Penal brasileiro, o flagrante se divide em quatro períodos específicos, que são a condução coercitiva, a captura, a lavratura do instrumento de prisão em flagrante e o recolhimento ao cárcere (BRASIL, 1941).

Segundo Mirabete (2003, p. 370), "flagrante é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, em mandado, por ser considerado a certeza visual do crime".

No primeiro momento, quando o agente é descoberto em situação de flagrância, ele é capturado com o objetivo de evitar que continue a cometer o ato infracional. Em relação à captura, esta tem a função de resguardar a ordem pública. Em seguida, o agente será conduzido à presença do chefe de polícia, que tomará as providências necessárias. Por sua vez, será elaborado o termo de prisão em flagrante, documento que sustentará os elementos presentes no ato da infração, auxiliando na manutenção dos elementos de prova.

Por fim, o agente será conduzido à detenção, podendo ser liberado nos casos em que for cabível a atribuição de fiança pela autoridade policial, ou seja, nos casos de transgressões penais cuja pena privativa de liberdade (PPL) máxima não seja superior a 4 anos.

Para Delmanto (2002, p. 94), "a prisão em flagrante tem uma forte carga de repressão ao crime [...], por outro lado, a prisão de alguém em flagrante está absolutamente distante do conceito de justiça". Segundo o autor, a prisão em flagrante se distancia da possibilidade de um bom emprego da justiça. Dessa forma, pode-se dizer que a prisão em flagrante é bastante delicada, representando um poderoso mecanismo de coação, que possui duas condições: atualidade e evidência, que devem ser presentes, atuais e inquestionáveis.

O art. 302, caput, do Código de Processo Penal, caracteriza em flagrante delito aquele que:

a) está cometendo a infração penal;

b) acaba de cometê-la;

c) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração;

d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941, n.p.).

Embora ambas, em sentido geral, estejam relacionadas à conduta, período e espaço que cercam a infração e que evidenciam a veracidade da mesma enquanto ainda está em curso, na presença de todos os vestígios do crime, é importante não confundir flagrância com quase-flagrância.

Por essa razão, os doutrinadores diferenciam o flagrante do quase-flagrante, classificando o flagrante em: flagrante próprio, quase-flagrante, flagrante preparado ou forjado, flagrante esperado, flagrante prorrogado ou retardado, flagrante facultativo e flagrante obrigatório.

### **2.3.1 Flagrante próprio**

Narrado nos incisos I e II do artigo 302 do CPP, onde ocorreu o ato infracional devidamente descrito, envolvendo o evento delituoso devidamente descrito, na presente situação, ou seja, o próprio ato infracional é o agente que foi ultrajado pelo evento criminoso flagrado ou quando o cometeu. No entanto, a aplicação deve ser interpretada em sentido estrito, ou seja, absoluto imediatismo, ou seja, o agente precisa ser descoberto imediatamente após a prática da infração, sem nenhum intervalo de tempo.

### **2.3.2 Quase flagrante – Flagrante impróprio e Flagrante ficto**

O flagrante impróprio, nos incisos III e IV do art. 302 do CPP, ocorre quando o sujeito é perseguido logo após cometer o ato ilícito, encontrando-se em uma situação que indica ser o agente da violação, ou quando é surpreendido com instrumentos que sugerem sua participação no delito.

Segundo Capez (2005, p. 234), no flagrante impróprio, "a expressão 'logo após' cometer o ilícito não tem o mesmo rigor do inciso anterior, pois admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição".

A lei não especifica a duração do intervalo de tempo que pode ser considerado "logo após", mas a doutrina interpreta que enquanto existir a perseguição, continua a caracterização do flagrante.

É importante enfatizar a acepção dos termos "logo depois" (inciso IV) e "logo após" (inciso III), pois sempre foram pontos importantes na jurisprudência e na doutrina para

determinar a constância temporal em casos de flagrância ficta e flagrância imprópria. Embora sejam palavras sinônimas, entende-se que o "logo depois" do flagrante presumido permite um intervalo de tempo maior do que o "logo após" do flagrante impróprio, proporcionando ao juiz uma maior margem de análise no flagrante presumido, quando o sujeito é descoberto com objetos relacionados ao crime. Portanto, há uma maior flexibilidade na avaliação do juiz no flagrante presumido quando comparado ao flagrante impróprio (DELMANTO, 2002).

Como mencionado, as situações descritas nos incisos III e IV do art. 302 do CPP são apontamentos doutrinários e forenses relacionados a casos de quase flagrante, sendo considerados flagrantes apenas os casos dos incisos I e II. Os demais incisos são classificados como flagrantes por força exclusiva da lei (BRASIL, 1941).

O flagrante impróprio possui mínimo valor probatório, uma vez que a autoria é presumida. Os indícios e provas de autoria devem ser minuciosamente avaliados. A maioria dos doutrinadores considera o inciso IV como flagrante ficto ou presumido, o inciso III como flagrante impróprio, e os incisos I e II como flagrantes próprios (BRASIL, 1941).

Vale ressaltar que, até um passado recente, a prisão em flagrante, juntamente com a prisão preventiva, era amplamente utilizada no sistema de persecução penal brasileiro, com duração que, em regra, se estendia até a decisão do juiz monocrático.

No entanto, atualmente, com a introdução da audiência de custódia, a prisão em flagrante tornou-se efêmera, com duração limitada a 24 horas. Conforme o artigo 310 do CPP, alterado pelo pacote anticrime (BRASIL, 1941), após receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deve realizar a audiência de custódia dentro do prazo máximo de 24 horas, com a presença do acusado, seu advogado ou defensor público, e o membro do Ministério Público. Nessa audiência, o juiz deverá, de forma fundamentada: "relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança" (BRASIL, 1941, n.p.).

Quanto ao prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia, o STJ decidiu da seguinte forma:

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a não realização de audiência de custódia no prazo de 24 horas não acarreta a automática nulidade do processo criminal, assim como que a conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, ficando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem (BRASIL, 2021, n.p.).

Nesse mesmo sentido, segundo o mesmo tribunal, a não prática de audiência de custódia no limite de 24 horas não ocasiona nulidade do processo (RHC 154.274/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021) (BRASIL, 2021).

Sobre o mesmo tema o STF assim se pronunciou:

A Segunda do (STF) assentou o entendimento de que a não realização de audiência de custódia implica ilegalidade que não pode ser afastada pela posterior realização da audiência de instrução e julgamento e eventual prolação de sentença condenatória. A decisão decorreu da apreciação dos agravos regimentais em Habeas Corpus. (STF decide caso sobre dispensa da audiência de custódia. ([HCs] 202579 e 202700. 28/10/2021) (BRASIL, 2022, n.p.).

O tempo máximo para ocorrer a audiência de custódia é de até 24 horas contado a partir do momento do cárcere, comunicação da prisão ou mandado de prisão, ante o artigo 310 do CPP e as decisões dos tribunais superiores, e suas características específicas.

### **2.3.3 Flagrante preparado ou forjado**

O flagrante preparado, forjado ou, de acordo com a doutrina, crime de ensaio (putativo ou experiência), ocorre quando um sujeito provoca outro a cometer uma conduta ilegal, mas utiliza meios para impedir a consumação do crime. Por exemplo, um agente policial que induz um terceiro a cometer um crime e, no mesmo contexto, efetua a prisão em flagrante pela prática correspondente. Nesse caso, ocorre uma clara manipulação por parte do agente infrator.

Portanto, de acordo com Bonfim (2016), quando alguém premedita situações desconhecidas pelo agente e essas o levam a cometer o crime, essas situações inviabilizam sua relevância. Como esse tipo de conduta é considerado uma forma de crime impossível, não há crime a ser reprimido, tornando o ato flagrantial impotente e inútil.

Conforme a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação" (BRASIL, 2015, n.p.).

### **2.3.4 Flagrante esperado**

Quanto ao flagrante esperado, o ato delituoso ocorre de forma livre e natural. O desejo do agente não é manipulado, instigado ou incitado por outra pessoa. O indivíduo (ou a atividade policial) apenas aguarda o momento em que a ação criminosa será

realizada, sem criar uma situação falsa; o crime é claramente possível. A polícia se limita exclusivamente a esperar o término do delito.

Segundo Delmanto (2002, p. 111), "no flagrante esperado, é possível tanto a consumação do delito quanto a simples tentativa, dependendo da prontidão e eficácia da atuação policial, ou seja, do sucesso de suas diligências e do tipo de infração praticada".

Nunca será permitida a consumação de um homicídio (artigo 121, Código Penal), por exemplo; por outro lado, no caso de tráfico de drogas, não haverá obstáculos em esperar pela consumação. Dessa forma, é possível entender que não se deve confundir o flagrante arranjado, em que a polícia manipula totalmente um terceiro para cometer uma ação criminosa, com o flagrante esperado, em que a prontidão policial decorre do alerta, sem estimular o mecanismo causal da transgressão, falhando na sua realização, pois receberam informações sobre a possível ocorrência do crime ou atenção voltada ao delinquente (BRASIL, 1940).

### **2.3.5 Flagrante prorrogado, retardado ou diferido.**

Ao analisar a Lei 12.850/2013, em seu artigo 3º, III, conhecida como lei das organizações criminosas, encontramos uma nova modalidade investigativa denominada ação controlada. É justamente nesse dispositivo que está contemplado o flagrante prorrogado ou diferido.

Conforme Nucci (2020), o flagrante prorrogado (retardado ou diferido) é a possibilidade de a polícia retardar a efetuação da prisão em flagrante, a fim de obter informações mais detalhadas sobre o funcionamento, os integrantes e as atividades de uma organização criminosa.

A ação controlada é definida no artigo 8º, caput, da própria Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), da seguinte forma:

Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações (BRASIL, 2013).

Portanto, é uma situação onde fica a juízo crítico da autoridade policial estipular o mais perfeita ocasião para executar a prisão em flagrante, levando em apreço o melhor proveito da investigação e da colheita de indícios. Apesar disso, esta é uma condição de flagrante onde a autorização é somente para os crimes organizados, ou seja, aqueles crimes empreendidos por Organizações Criminosas ou outros tipos unidos.



### **2.3.6 Flagrante forjado**

É o flagrante maquiado (ou fabricado). Advém quando qualquer indivíduo – principalmente os agentes envolvidos na atividade policial - cria provas de um delito que, de fato, não ocorreu. É o flagrante produzido pela iniquidade, pela represália, pela aversão, pela simples ambição de prender. Novamente, levando em apreço que não existe delito, não há como analisar novamente o flagrante. Entende-se que, se a análise ainda que sucinto e pouco profundo do auto de prisão em flagrante, levantar assisadas suspeitas quanto à sua licitude, impõem-se o relaxamento.

### **2.3.7 Flagrante facultativo**

Consiste na probabilidade (é uma faculdade, e não uma comprometimento) que a lei confia a qualquer indivíduo de dar chamamento de prisão àquele que é visualizado em circunstância de flagrante delinquência, não apresentando essencialmente de ser autoridade policial ou judiciária.

### **2.3.8 Flagrante obrigatório**

É a essencial que o Código de Processo Penal confira às autoridades policiais de concretizarem a prisão em flagrante do delinquente que for achado praticando uma conduta ilícita. Nesse caso não há a probabilidade de preferência, ou seja, a autoridade é obrigada a alcançar a prisão.

## **3 VALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCEDIMENTO POLICIAL**

Em termos gerais, no que se refere ao procedimento da videoconferência, temos que ela é utilizada para a interação de um grupo de pessoas que se encontram em diferentes lugares, possibilitando a comunicação simultânea por meio de um sistema de vídeo e áudio.

Embora essa tecnologia não seja recente, seu uso passou a ser mais frequente após a crise originada pela pandemia do vírus Covid-19 em 2020, o que levou todas as diferentes áreas e setores a precisarem inovar para continuarem funcionando. As práticas inovadoras e tecnológicas cresceram em grande escala, considerando que suas vantagens são infinitas.

Com a correlação entre a evolução tecnológica e a evolução do vírus, percebeu-se a necessidade de as normas jurídicas procedimentais acompanharem essas mudanças. Como resultado, novas regras foram editadas, especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de permitir não apenas o trabalho remoto, mas também a adaptação do

modelo presencial físico das audiências nos tribunais, passando a ocorrer de forma remota, por videoconferência, conforme estabelecido pela Resolução nº 337/2020.

O grande desafio consiste em conciliar os meios tecnológicos com os valores fundamentais das atividades do sistema penal, o que é evidente, uma vez que isso não se limita apenas à fase judicial, mas alcança necessariamente toda a atuação policial, inclusive na lavratura dos termos de prisão em flagrante.

Com o surgimento da pandemia da Covid-19, que impossibilitou a circulação dos agentes do direito no meio jurídico e urbano, a polícia civil tem se modernizado e realizado o auto de prisão em flagrante por videoconferência.

Com base nisso, é possível investigar a validade que permite a utilização da videoconferência no procedimento policial, contando com o apoio do Código de Processo Penal, que admite o uso da videoconferência durante a fase processual, garantindo a legitimidade da prática dos atos processuais em geral.

#### **4 APLICABILIDADE DE VIDEOCONFERÊNCIA À LAVRATURA DO APF**

Como visto, a prisão em flagrante é um instrumento de suma importância para a sociedade, uma vez que proporciona a imediata proteção de uma norma penal incriminadora, evitando a consumação da conduta criminosa.

O modelo colocado em prática acerca da aplicabilidade deste instituto tem como exemplo o estado de Goiás, que por intermédio da Portaria do Delegado Geral nº 420/2017, com fundamento no art. 19, incisos X e XI, da Lei Orgânica da PC do Estado de Goiás nº 16.901/10, regulamentou o exercício da administração, autorizando o emprego da videoconferência ou de outro meio eletrônico hábil no âmbito da Polícia Judiciária.

A partir disso, pode-se notar que, relacionando o instituto da prisão em flagrante com o uso da tecnologia, presume-se que não atenderia somente aos objetivos de celeridade, economia e desburocratização da justiça, mas também à segurança da sociedade, das vítimas e das testemunhas.

Desse modo, apesar das divergências doutrinárias, pautado pelo fato de que o uso da videoconferência em procedimentos judiciais estaria ferindo princípios constitucionais, é importante ter em mente as vantagens trazidas. Os modelos virtuais têm servido para o Poder Judiciário como a peça que faltava, proporcionando significativa redução de custos com deslocamento e celeridade nos julgamentos.

Nesse sentido, entre as diversas posições acerca da utilização da videoconferência na prisão em flagrante, no que se refere à sua legalidade no âmbito processual, há quem

alegue que sua validade viola direitos constitucionais relacionados ao direito da presença e à limitação da ampla defesa.

Todavia, tais pensamentos não devem ser mantidos, haja vista que a prisão em flagrante por videoconferência atende a todos os princípios e formalidades do procedimento, além de garantir celeridade ao exercício policial, auxiliando na manutenção da ordem pública.

Bonfim (2016, p. 464) defende que a videoconferência é um meio de contribuição ao processo, tornando essencial e rápida a prestação jurisdicional.

A aplicação do princípio da proporcionalidade que assegura a constitucionalidade do interrogatório online. De um lado há o direito de presença do réu, decorrente do princípio da ampla defesa, que é garantido na videoconferência por meio da tecnologia. De outro, a efetiva e célere prestação jurisdicional, a preservação da segurança da sociedade (com a redução das fugas durante o trajeto ao fórum e com a diminuição da necessidade de escoltas, possibilitando maior efetivo policial nas ruas, ainda no caso de conveniência para a instrução criminal, como nas hipóteses dos incisos I, III e IV do § 2º do art. 185) e a redução dos custos do Estado com o transporte dos acusados.

Desse modo ao analisarmos o ato da lavratura por videoconferência é possível retificar principalmente a validade da lavratura no documento da prisão em flagrante, contestando assim a presença física do delegado de polícia ou do agente do direito empregado em suas funções.

## **5 CONCLUSÃO**

A partir do presente trabalho, podemos perceber que, dentre as discussões acerca da admissibilidade do uso da videoconferência na prisão em flagrante, sua utilização é possível, até mesmo porque a investigação pré-processual se submete ao sistema escrito, não se vinculando aos rigores decorrentes do Princípio da Oralidade.

Ademais, um dos principais motivos, não sendo o único, da prática do preceito de flagrantes por meio de videoconferência, depreende-se da possibilidade de melhor aproveitamento dos recursos da polícia judiciária brasileira, relacionando-se ainda com a economia de gastos públicos, já que as próprias autoridades policiais atenderiam, sem precisar se deslocar, a mais de uma ocorrência em um único dia de plantão.

Tem-se, inclusive, estados que já aderiram à prática, como o estado de Goiás, por intermédio da Portaria do Delegado Geral nº 420/2017, com fundamento no art. 19, incisos X e XI, da Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Goiás nº 16.901/10, regulamentou o

exercício da administração, autorizando o emprego da videoconferência ou de outro meio eletrônico hábil no âmbito da Polícia Judiciária.

Desse modo, é possível validar o procedimento policial virtualmente presidido pela autoridade policial, desde que realizado de acordo com os princípios processuais e constitucionais descritos no corpo jurídico nacional, presentes nos princípios voltados à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/l5349.htm#:~:text=311.,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/l5349.htm#:~:text=311.,Art.)> Acesso em: 15 de nov. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 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: 20 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. 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 em: 15 de nov. de 2022.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **Sumula 145**. Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Sessão plenário de 9/12/2015. DJ de 13/10/2003, p. 82. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2119#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime%2C%20quando%20a,torna%20imposs%C3%ADvel%20a%20sua%20consuma%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em 01 de abril 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 697.019**. Relator min João Otávio de Noronha. Quinta turma, julgado em 26/10/2021, DJe 03-11-2021. Disponível em: [HTTP://www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 30 mar de 2023.

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **HC nº 115.618**. relator min Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta turma, julgado em 24/5/2011, DJ 27-6-2011. Disponível em: [HTTP://www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 01 abril 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rhc nº 154.274**. Relator Min. Rogério schietti cruz. Sexta turma, julgado em 14/12/2021, DJ 17-12-2021. Disponível em: [HTTP://www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 01 de abril 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HCs 202579 e 202700**. Relator Min Nunes Marques. Segunda turma, julgado em 26/10/2021, DJ 18-02-2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 de abril 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. São Paulo: Ediciones Olejnik, 2020.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. v. 1. Trad. Jorge Gerrero. Bogotá, Temis, 2000.

DELMANTO, Roberto Junior. **As A/Todalidades da Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**, salvador: renovar, 2002.

GUIMARÃES, Luiza. **A pandemia e as mudanças na relação com o Judiciário**. Pereira, Dabul Advogados. Disponível em: <<http://www.pereiradabul.adv.br/apandemia-e-as-mudancas-na-relacao-com-o-judiciario/>>. Acesso em: 20 de jul. de 2022.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual penal**. 15 ed. São Paulo: saraiva jus, 2020

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 7. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Souza Nucci. **Código Processo Penal comentado**. 17 ed. São Paulo: grupo editorial nacional, 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Access to justice and the COVID-19 pandemic: OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19)**. OECD Publishing, Paris, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/09a621ad-en>>. Acesso em: 16 de nov. de 2022.

SANNINE, Francisco Neto. **Prisão em Flagrante por Videoconferência**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/385094574/prisao-em-flagrante-por-videoconferencia>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

TOURINHO, Fernando da Costa filho. **Processo Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



## **PROPOSTA DE MEDIDAS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PELOS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS GERADOS PELOS TERMINAIS METROPOLITANOS DE ÔNIBUS DA GRANDE BH: CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS E OPERACIONAIS SOBRE O TERMINAL SARZEDO, MG**

### **VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:**

Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação; História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo.<sup>8</sup>

**RESUMO:** Este trabalho intenciona apresentar propostas de medidas de compensação ambiental pelos impactos diretos e indiretos gerados pelos terminais metropolitanos de ônibus da Grande BH, em especial, o Terminal Sarzedo, localizado no Bairro Santa Rosa, no distrito da Sede Municipal, em Sarzedo - MG. A metodologia consistiu em ampla revisão bibliográfica com considerações técnicas e operacionais do sistema de transporte das regiões do Cachoeira (Norte), da Lagoa Ibitité (Nordeste), do Masterville (Leste), do Boa Esperança (Sudeste), do Engenho Seco (Sul), do Planalto (Sudoeste), do Anchieta (Oeste) e do Riacho da Mata (Noroeste) integradas ao Terminal Metropolitano Sarzedo Futuramente, é possível que este terminal se conecte à linha de trem de passageiros, consolidando-se num relevante polo rodoferroviário. Após analisar os sistemas de ônibus, tanto intermunicipais, quanto intramunicipais, propõe-se a reorganização e reestruturação do mesmo e medidas de compensação ambiental, sendo a principal a criação do Parque Estadual Metropolitano da Lagoa Ibitité, conforme diretrizes do PLAMBEL consolidadas em 1979 e com 300 hectares entre os bairros Canal de Ibitité, Quintas da Jangada e Recanto da Lagoa, e a ampliação do Parque Ecológico da Cachoeira de Sarzedo (Antigo Espaço Verde Galho), anexando as Matas adjacentes ao novo parque. Ambas as áreas são próximas do terminal e legitimam a compensação a ser feita de forma imediata. o texto aborda Brumadinho e Rio Manso, como integrantes do Sistema. Mário Campos é afirmada como

---

<sup>8</sup> Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas; Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia. E-mail: reacao@yahoo.com

uma estância hidromineral desde 1998, onde se acha a fonte de água mineral com maior vazante espontânea por metros cúbicos do planeta. Transformar o entorno da fonte num parque público pode ser outra compensação ambiental. Por último, sugere-se a criação do Parque Estadual da Serra do Funil.

**PALAVRAS CHAVE:** Compensação; Impactos; Ônibus; Parque; Terminal.

## INTRODUÇÃO

Entre 2008 e 2010 ficou estabelecido a RIT - Rede Intermunicipal de Integração de Transportes com 21 terminais metropolitanos de ônibus: Ana Lúcia, Betim, CEASA, Citrolândia, Eldorado, Ibirité, Jardim Canadá, Justinópolis, Morro Alto, Ribeirão das Neves, Nova Contagem, Nova Lima, REGAP, São Benedito, São Gabriel, São Joaquim (Ressaca), São José da Lapa, Sarzedo, Tancredo Neves, Vespasiano (Angico) e Vila Esportiva (Cipriano). O Decreto sem número, de 24 de setembro de 2008, declarou de utilidade pública, para desapropriação de pleno domínio, terrenos e benfeitorias necessários à construção do Terminal Rodoviário Sarzedo, localizado nas quadras 25 e 43 (integralmente) e pela área institucional 05, no bairro Santa Rosa de Lima, no município de Sarzedo, porém a norma foi revogada.

Em 15 de maio de 2009, o Decreto sem número, declarou de utilidade pública, para desapropriação de pleno domínio, terrenos e benfeitorias necessários à construção do Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Sarzedo, com área total de aproximadamente 16.404,63 m<sup>2</sup>, no município de Sarzedo. Em 27 de outubro de 2014, o terminal foi inaugurado para atender as cidades de Brumadinho, Mário Campos, Rio Manso e Sarzedo. Hoje a Região Metropolitana sonha com um amplo sistema metroferroviário com 14 linhas, sendo que o Terminal Sarzedo será beneficiado pelas linhas 06 (bege) e 13 (branca):

- **Expresso Fernão Dias - Linha 01 (Amarela)**

- **Gameleira/Petrolândia/Betim**

Gameleira/Expominas/Oeste/Atalaia/Eldorado/Contagem/Beatriz/An-  
gelina/Capelinha/Alvorada/Embiruçu/Teresópolis/Laranjeiras/PTB/Al-  
terosas/Betim

- **Expresso Venda Nova - Linha 02 (Lilás)**

- **Anel/Justinópolis/Colonial**

(Anel/Suzana/Guarani/Florammar/Vilarinho/Cenáculo/Sesc/Paraúna/L-  
a-  
redo/Papini/Fortaleza/Lajes/Presidio/Status/Neves/Neviana/Colonia

l)

- **Expresso Belo Horizonte - Linha 03 (Rosa)  
Luziense/Aeroporto/Gameleira**

Luziense/Canaã/Consolação/Vilarinho/Planalto/Itapoa/Aeroporto/Mi-  
neirão/Catalão/Caiçara/Paz/Adelaide/Gameleira

- **Expresso Cidade de Minas - Linha 04 (Marrom)  
Bonsucesso/Zoológico/Lagoinha**

Bonsucesso/Europa/Candelária/Copacabana/Trevo/Braúnas/Zoológi-  
co/Serrano/Glória/Ipanema/Inconfidência/Progresso/Adelaide/Bonfi-  
m/ Lagoinha

- **Expresso Santa Luzia - Linha 05 (Creme)  
Anel/Frimisa/Confins**

(Anel/Providencia/Belmonte/Acaiaca/Vitória/Gorduras/Bicas/Luziense/  
Esplanada/Frimisa/Amaral/Nazia/Vespasiano/Tavares/Confins)

- **Expresso Tereza Cristina - Linha 06 (Bege)  
Gameleira/Barreiro/Sarzedo**

(Gameleira/Amazonas/Embaúbas/Cinquentenário/Ferrugem/Mann-  
s-  
mann/Barreiro/Industrial/Tirol/Lindeia/Regina/Itaipú/Marilândia/Vár-  
zea/Ibirité/Redenção/Jangada/Masterville/Sarzedo)

- **Expresso Borba Gato - Linha 07 (Verde)**

**Independência/Sabará/Galo**(Independência/Abadia/Centenário/Pompéia/  
Freitas/Marzagão/Valparaíso/Itacolomi/Coqueiros/Rosário/Saba-  
rá/Adelmolândia/Paciência/Santana/Raposos/Matadouro/Gaia/Galo  
)

- **Expresso Curral Del Rey - Linha 08 (Laranja)  
Gameleira/Lagoinha/Anel**

(Gameleira/Calafate/Contorno/Lagoinha/Floresta/Boulevard/Andradas/  
Independência/Horto/Penha/Minas/Anel)

- **Expresso Serra do Curral - Linha 09 (Azul)**

**Várzea/Marzagão/Bicas**

(Várzea/Losangeles/Petrópolis/Solar/Esperança/Hosana/Pilar/Cerca di-  
nho/Belvedere/Torres/Jambreiro/Taquaril/Freitas/Marzagão/Valpara-  
í-so/Fátima/Eucaliptos/Vitória/Bicas)

- **Expresso Senhora do Carmo - Linha 10 (Cinza)**

**Alphaville/Belvedere/Lagoinha**

(Lagoinha/Hipercentro/Goiás/Tiradentes/Savassi/Carmo/Sion/Papaga-  
io/Ponteio/Belvedere/Cercadinho/Pilar/Mutuca/Canadá/Fechos/Miguelão/Alphaville)

- **Expresso Cidade Industrial - Linha 11 (Vermelha)**

**Diamante/Riacho/Ressaca**

Diamante/Marieta/Tirol/Lindeia/Mangueiras/Riacho/Tijolinho/Inconfidentes/Oásis/Eldorado/Colorado/Milanês/Oitis/Arvoredo/Ressaca

- **Expresso Juscelino Kubitschek - Linha 12 (Vinho)**

**Ressaca/Justinópolis/Confins**

Confisco/Carajás/Tijuca/Xangrilá/Kátia/Hawai/Laredo/Delma/Landi/Tocantins/Encantado/Maravilhas/Lapa/Tavares/Confins

- **Expresso Gabriel Passos - Linha 13 (Branca)**

**Sarzedo/Betim/Petrolândia**

Sarzedo/Bandeirinhas/Guanabara/Cruzeiro/PTB/Laranjeiras/Imbiruçu/Petrolândia

- **Expresso Várzea das Flores - Linha 14 (Preta)**

**Petrolândia/Icaivera/Colonial**

Petrolândia/Tropical/Sapucaias/Tupã/Icaivera/Buganville/Estaleiro/Re-nascer/Ipê/Liberdade/Colonial

## **BRUMADINHO E RIO MANSO**

Brumadinho é uma municipalidade brasileira inserido no centro do estado de Minas Gerais, localizado na Região Sudeste do país. Está situado na Região Metropolitana de Belo

Horizonte e sua população estimada em 2021 era de 41 208 moradores. A alcunha "Brumadinho" procede da denominação da povoação que originou à urbe. A região do vale do Paraopeba foi ocupada por bandeirantes no fim do século XVII. Nessa ocasião, foram estabelecidos os povoados de Jesus, Maria e José (Aranha), Brumado do Paraopeba igualmente conhecido como Brumado Velho, São José do Paraopeba e Piedade do Paraopeba. Esta designação deve-se às brumas corriqueiras em toda a região serrana em que se estabelece o município, sobretudo no período da manhã. De acordo com a divisão regional vigente desde 2017, estabelecida pelo IBGE, o município concerne às Regiões Geográficas Intermediária e Imediata de Belo Horizonte. Até então, com a vigência das divisões em microrregiões e mesorregiões, era membro da microrregião de Belo Horizonte, que por sua vez estava contida na mesorregião Metropolitana de Belo Horizonte.

A municipalidade de Brumadinho é rasgada pelas rodovias BR-381 (São Paulo-Belo Horizonte) e BR-040 (Rio de Janeiro-Belo Horizonte), sendo plausível chegar à sede municipal a partir das duas estradas. O acesso mais curto da capital à cidade de Brumadinho é pela MG-040, uma rodovia mais direta que sai da região do Barreiro, na parte sudoeste da capital, e cruza os municípios de Ibitiré, Sarzedo e Mário Campos antes de chegar a Brumadinho. Há um acesso ferroviário voltado presentemente para a condução de cargas pela Linha do Paraopeba, antiga Estrada de Ferro Central do Brasil, conectando a urbe à capital mineira e ao Rio de Janeiro, ao se entroncar com a Linha do Centro da antiga companhia. Esse trecho é estudado para abarcar um trem turístico Belvedere/Brumadinho para transporte de turistas para o Museu de Arte Contemporânea Inhotim.

Embora, sua população seja pequena, Brumadinho se sobressai na Região Metropolitana de Belo Horizonte por causa de seus amplos mananciais de água, possibilitados pela extensão relativamente grande da municipalidade e pelo relevo serrano. Um quarto da água fornecida a região metropolitana vem dos mananciais de Brumadinho e dos municípios vizinhos, através dos sistemas Rio Manso e Catarina, operados pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA).

Ainda na municipalidade, há uma grande mina de água mineral, empreendida pela companhia Hidrobrás e vendida sob a marca "Ingá". Em 25 de janeiro de 2019, aconteceu um rompimento na barragem da mineradora Vale S.A., na localidade de Córrego do Feijão, ação iniciada na contenção de rejeitos de minério de ferro pela antiga mineradora Ferteco Mineração. O acontecimento gerou o despejo de lama que abrangeu parte da área administrativa da empresa e parte da comunidade da Vila Ferteco e afetou a área a jusante

da barragem. O município é dividido em 08 distritos: Aranha, Casa Branca, Conceição do Itaguá, Córrego do Feijão, Piedade do Paraopeba, São José do Paraopeba, Sede Municipal e Suzana. Os bairros da cidade são: Alberto Flores, Barroca 2ª Seção, Bela Vista 2ª Seção, Carmo 2ª Seção, Casa Branca 2ª Seção, Conceição de Itaguá, Córrego do Feijão, Córrego Ferreira, Estela Passos, Fazenda do Engenho, Grajaú 2ª Seção, Ipiranga 2ª Seção, José Sales Barbosa, Lourdes 2ª Seção, Maria Ana de Souza, Parque da Cachoeira, Parque Porangaba, Piedade do Paraopeba, Planalto 2ª Seção, Poço do Paraopeba, Ponto do Chalé, Presidente 1ª Seção, Progresso 1ª Seção, Progresso Mutirão, Quintas Rio Manso, Recanto da Aldeia, Recanto da Serra 1ª Seção, Retiro das Pedras 1ª Seção, Retiro do Brumado, Retiro do Chalé, Salgado Filho 2ª Seção, Santa Cruz 3ª Seção, Santa Efigênia 2ª Seção, Santo Antônio 3ª Seção, São Bento 2ª Seção, São Conrado, São José do Paraopeba, São Judas Tadeu 1ª Seção, São Sebastião 2ª Seção, Serra da Conquista, Silva Prado, Soares 1ª Seção, Sol Nascente 1ª Seção, Suzana 2ª Seção, Toca de Baixo, Toca de Cima, Tejuco 1ª Seção, Vila Aranha, Vila Aurora, Vila Brumado, Vila Caju, Vila Casinha, Vila Ferteco, Vila Gomes, Vila Henriques, Vila Jangada, Vila Jota, Vila Marques, Vila Palhano e Vila Varjão. São dezenove linhas operando na cidade (Quadro I e Figura 01)

Quadro I - Linhas intramunicipais e intermunicipais de Brumadinho

0001	Suzana / Retiro do Chalé
0002	Brumadinho / Suzana
0003	Aranha / Retiro do Chalé
0004	Brumadinho / Palhano
0005	Brumadinho / Piedade do Paraopeba via Casa Branca
0006	Brumadinho / São José do Paraopeba
0007	Brumadinho / Moeda via Casinhas
0008	Brumadinho / Conceição de Itaguá
0009	Brumadinho / Tejuco
0010	Brumadinho / Toca
0011	Brumadinho / Mato Dentro
0012	Brumadinho / Igarapé
0013	Cohab / UPA / Salgado Filho
0014	Brumadinho / Soares
0015	Brumadinho / São Conrado
0016	Rodoviária / Salgado Filho
0017	Brumadinho / Pires
0018	Brumadinho / Eixo Quebrado
0019	Brumadinho / Coronel Eurico via São José do Paraopeba
3783	Conceição de Itaguá / Belo Horizonte via BR-381
3784	Conceição de Itaguá / Belo Horizonte via Av. Tereza Cristina



3785	Terminal Sarzedo/Brumadinho
3787	Conceição de Itaguá / Belo Horizonte
3788	Brumadinho / Belo Horizonte
3789	Brumadinho / Betim via Sarzedo
3798	Brumadinho / Igarapé

Fonte: [https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema\\_de\\_Transporte\\_Coletivo\\_de\\_Brumadinho](https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Sistema_de_Transporte_Coletivo_de_Brumadinho)

Figura 01 - Linha 0005, sentido Casa Branca



Fonte: <https://onibusbrasil.com/maiconardirson/2149421>

Rio Manso é uma municipalidade mineira, localizado na Aglomeração Metropolitana da capital mineira. Situa-se a 63 km de Belo Horizonte e a 52 km de Itaúna. Sua população estimada em 2004 era de 4.741 pessoas. Paraopeba. Sua população considerada em 2007 era de 5.002 habitantes. Rio Manso tem seu surgimento referente à apropriação primitiva de Minas Gerais desenvolvida no século XVII e começo do século XVIII no Vale do Rio Paraopeba. A designação do município deve-se ao curso de água que o rompe no direção sul/norte. Ao longo do trajeto carregado de sinuosidades do Rio Manso, águas mansas e tranqüilas outorgam vastos campos planos ideais para a lavoura e pecuária, em especial no distrito de Sousa. A cidade passou por uma alta transformação, após a fundação da Represa da Copasa (Figura 02) quando ocorreram desapropriações dos moradores do

extinto distrito da Cachoeira dos Antunes. Após a conclusão do açude, a coletividade nomeou prefeito, o Sr. Adair Dornas dos Santos, um ex-morador da Cachoeira dos Antunes.

Figura 02 - Represa da Cachoeira dos Antunes no Rio Manso



<https://santanafm.com.br/rio-manso-chuva-recupera-nivel-de-reservatorios-da-grande-bh/>

Formada por dois distritos, Sede Municipal e Sousa, a cidade tem 20 Bairros: Bom Jardim 8ª Seção, Cachoeira dos Antunes, Cava da Rocha, Mato Virgem, Nova Cachoeira 1ª Seção, Santa Luzia 3ª Seção, Vida Nova 1ª Seção, Vila Areão, Vila Baú 1ª Seção, Vila Bernardas, Vila Canela, Vila Canjerana, Vila Facão, Vila Grota 1ª Seção, Vila Lamas, Vila Pequi, Vila

Provisório, Vila Sousa, Vila Ventania e Vila Viamão, sendo oficialmente atendidas por quatro linhas de ônibus metropolitano, pois inexistem municipais.

Quadro II - Linhas intramunicipais e intermunicipais de Rio Manso

3792	Rio Manso / Belo Horizonte via Sousa
3793	Rio Manso / Estação Eldorado
3796	Rio Manso / Brumadinho
3797	Rio Manso / Belo Horizonte via Brumadinho

Fonte; DEER-MG (2023)

## **MÁRIO CAMPOS E SARZEDO**

Mário Campos é um município brasileiro do estado de Minas Gerais, sito na Região Metropolitana de Belo Horizonte. Sua população conferida pelo IBGE em 2010 era de 13.214 residentes. Encontra-se a 38 km da capital mineira. Mário Campos é uma respeitada estância hidromineral. Conforme o jornal Estado de Minas, a maior fonte do planeta de vazante natural de água mineral fica na Serra do Três Irmãos, serra que separa os municípios de Brumadinho e Mário Campos.

Mário Campos, antigo distrito instituído em 1982 e submisso ao município de Ibitaré, foi elevado à condição de município pela lei estadual nº 12.030 em 21 de dezembro de 1995 e instalado em 1º de janeiro de 1997. Nos anos 1960, ainda quando Mário Campos era considerada Zona Rural do Distrito de Ibitaré, o topógrafo Edmundo de Melo Franco que inseria um plano de linha de distribuição de energia elétrica observou o fato de uma extraordinária nascente de água que atraiu sua atenção.

Em 10 de abril de 1968, ele contraiu a área onde se encontrava a nascente. Durante 27 anos, até janeiro de 1995, quando ele morreu aos 80 anos, o Sô Edmundo, como era chamado, concretizou uma obra ímpar de salvaguarda da fonte: ergueu mais de 15 km de caminhos, quatro açudes, elevou benfeitorias e piscinas de água mineral, afiançando o cuidado da fonte para as futuras gerações. Em junho de 1984 foi exposto o projeto de lavra, que prognosticava o engarrafamento da água para venda e o emprego do espaço para o turismo, com a criação de uma Estância Hidromineral. A lei estadual nº 13.445, de 10 de janeiro de 2000 reconheceu a Estância Hidromineral de Bom Jardim - Fazenda Esperança, no município de Mário Campos.

Reconhece a Estância Hidromineral de Bom Jardim - Fazenda Esperança, no Município de Mário Campos.

(Vide Lei nº 14.583, de 17/1/2003.)

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica reconhecida como Estância Hidromineral a localidade denominada Bom Jardim - Fazenda Esperança, no Município de Mário Campos.

Art. 2º - A Estância Hidromineral de Bom Jardim - Fazenda Esperança compreende uma área de 450.080m<sup>2</sup> (quatrocentos e cinquenta mil e oitenta metros quadrados), delimitada por um polígono que tem um vértice a 456m-NW (quatrocentos e cinquenta e seis metros noroeste) do canto noroeste da Fazenda Esperança, com as seguintes coordenadas geográficas: latitude 20°04'32,2"S (vinte graus quatro minutos trinta e dois segundos e dois décimos sul) e longitude 44°10'12,9"W (quarenta e quatro graus dez minutos doze segundos e nove décimos oeste), e os lados, a partir desse vértice, com os seguintes comprimentos e rumos verdadeiros: 600m-E (seiscentos metros leste); 708m-S (setecentos e oito metros sul); 725m-W (setecentos e vinte e cinco metros oeste); 208m-N (duzentos e oito metros norte); 125m-E (cento e vinte e cinco metros leste) e 500m-N (quinhentos metros norte).

Art. 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 10 de janeiro de 2000.

ITAMAR FRANCO, Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves

Mário Campos está compreendida no Circuito Turístico Veredas do Paraopeba, que abrange uma região mineira cercada de serras, com muitos vales e rios e água abundante. É ideal para quem gosta da paisagem camponesa, de fazer esportes ligados à natureza ou puramente de contemplá-la. Um atrativo exclusivo para os belo-horizontinos devido à proximidade com a capital mineira. Os pontos turísticos da topografia da municipalidade destacam-se sobretudo, os recursos hídricos, sendo os principais: o Rio Paraopeba, a vegetação nativa, as matas ciliares, as serras, as fontes de água mineral e o cinturão verde



que circunda o município. Outro destaque é a produção de hortifrutigranjeiros, uma marca da cidade (Figura 03).

Figura 03 - Paisagens camponesas e naturais de Mário Campos



Fonte: [https://www.procapacitar.com/2018/06/cursos-em-mario-campos\\_14.html](https://www.procapacitar.com/2018/06/cursos-em-mario-campos_14.html)

A cidade foi durante muito tempo atendida pela linha de ônibus nº 1158 (Quadro III), que atualmente tem outros números. O turista tem como alternativas de hospedagem o Hotel Fazenda Recanto Santo Agostinho (com trezentos mil metros de área verde, sendo 260 mil de área de preservação ambiental), o Clube e Pousada Recanto da Mata, a Pousada Villa da Serra e a Pousada Rural Solar Maria Carolina. O município se divide em três distritos Bom Jardim, Serra do Funil e Sede Municipal e nos seguintes bairros: Bela Vista 10ª Seção, Bom Jardim 4ª Seção, Campo Belo, Campo Verde, Estância Bom Jardim, Estância Serra Verde 1ª Seção, Jardim Primavera 2ª Seção, Maria Antonieta, Palmeiras 3ª Seção, Recanto Funil, São Tarcísio 2ª Seção, Serra dos Bandeirantes, Vila Bambuí, Vila da Serra 1ª Seção, Vila Eny, Vila Funil, Vila Garcias, Vila Jacaré, Vila Lourdes, Vila Ondina 1ª Seção, Vila Reta, Vila Tangará e Vila Tânia.

Quadro III - Relação das Linhas antigas de Mário Campos

1158	Mário Campos via Fecho do Funil/Cidade Industrial	Expresso	1986-2008
------	---------------------------------------------------	----------	-----------

1158	Mário Campos via Magalhães Pinto/Cidade Industrial	Expresso	1986-2008
1158	Tangará/Cidade Industrial	Expresso	1986-2008
1158	Mário Campos via Fecho do Funil/Ibirité	Expresso	1986-2008

Fonte: <https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Probus>

Sarzedo é um município brasileiro do estado de Minas Gerais. Fixa-se a 20°02'07" de latitude sul e 44°08'41" de longitude oeste, a uma altitude de 796 metros, localizado às margens da rodovia MG-40 e de uma ferrovia, a Linha do Paraopeba, antiga Estrada de Ferro Central do Brasil, entre as municipalidades de Ibirité e Mário Campos, tendo como fronteira ao norte o município de Betim, apartados pelo Ribeirão Sarzedo, e ao sul a municipalidade de Brumadinho, afastados pelas Serras da Jangada e dos Três Irmãos, alargamento da Serra do Curral. Insere-se na Região Metropolitana de Belo Horizonte, desde 1974, quando era distrito de Ibirité. Até 2008, Sarzedo tinha apenas 08 linhas que faziam a conexão com a Estação Eldorado e Ibirité (Quadro IV). Segundo o Site Parque Sarzedo (2023, on line):

Lazer, cultura e natureza em um só lugar.

Com uma área total de 45.800 M2 o Parque Ambiental Cachoeira Sarzedo já é uma realidade. Idealizado pela prefeitura de Sarzedo e executado pela Itaminas, o parque oferecerá aos sazerdenses um local de lazer para toda a família. Com previsão de entrega para 2024, o parque contará com uma completa infraestrutura com estacionamento, arena, playground, ciclovia, trilhas, quiosques, mirante panorâmico, lanchonete e muito mais.

Quadro IV- Relação das Linhas antigas de Sarzedo

<u>1111A</u>	Sarzedo / Cidade Industrial	Expresso	1982-198x
<u>1111A</u>	Bairro Brasília / Sarzedo / Cidade Industrial	Expresso	198x-2008
<u>1111B</u>	Bairro Brasília / Sarzedo / Cidade Industrial	Expresso	1982-198x
<u>1111B</u>	Imaculada Conceição / Sarzedo / Cidade Industrial	Expresso	Até 2008



<u>1111B</u>	Bandeirinhas / Sarzedo / Cidade Industrial	Expresso	Até 2008
<u>1111B</u>	Jardim Anchieta via São Joaquim / Cidade Industrial	Expresso	Até 2008
<u>1111B</u>	Santa Rosa via Riacho da Mata / Cidade Industrial	Expresso	Até 2008
<u>1111B</u>	Sarzedo / Betim	Expresso	Até 2008
<u>1111B</u>	Sarzedo / Carrefour	Expresso	Até 2008
<u>1111C</u>	Engenho Seco / Ibirité	Serviço Auxiliar	1987-198x

Fonte: <https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/Probus>

Sua população considerada em julho de 2017 era de 31.037 moradores e um terminal metropolitano de ônibus (Figura 04 e Quadro V). Tem uma extensão de 62,1974 km<sup>2</sup> e cerca de 46 bairros: Aleixa Ferreira, Anchieta 2<sup>a</sup> Seção, Antenas 5<sup>a</sup> Seção, Benjamin Guimarães, Bom Jardim 8<sup>a</sup> Seção, Cachoeira 4<sup>a</sup> Seção, Camargos 3<sup>a</sup> Seção, Campo da Cruz, Capão da Serra, Capão do Balsamo, Capoeira Alta, Central Park 3<sup>a</sup> Seção, Chácaras Satélite, Córrego Braúnas, Córrego da Boa Esperança, Córrego da Estiva, Córrego da Lagoa, Córrego das Perobas, Córrego das Porteiras, Córrego do Capão, Córrego do Malongo, Córrego Tabatinga, Distrito Industrial, Engenho Seco, Estâncias Eliane, Fazenda Mangaba, Fazenda Santa Rosa, Imaculada Conceição 2<sup>a</sup> Seção, Israel Pinheiro, Jardim Anchieta, Jardim Brasília 2<sup>a</sup> Seção, Jardim Planalto, Jardim Santa Mônica, Jardim Santa Rosa, Jardim Vera Cruz 2<sup>a</sup> Seção, Lagoa Ibirité, Liberdade 7<sup>a</sup> Seção, Manoel Pinheiro, Morro das Pedras 2<sup>a</sup> Seção, Pinheiros 3<sup>a</sup> Seção, Planalto 7<sup>a</sup> Seção, Quintas da Jangada 2<sup>a</sup> Seção, Quintas da Lagoa, Riacho da Mata, Ribeirão Valongo, Salomão Camargo, Santa Cecília 4<sup>a</sup> Seção, Santa Mônica 7<sup>a</sup> Seção, Santa Rita 6<sup>a</sup> Seção, Santa Rosa 3<sup>a</sup> Seção, Santa Rosa de Lima, Santo Antônio 12<sup>a</sup> Seção, São Cristóvão 4<sup>a</sup> Seção, São Joaquim 2<sup>a</sup> Seção, São Pedro 9<sup>a</sup> Seção, São Tarcísio 3<sup>a</sup> Seção, Serra Azul 2<sup>a</sup> Seção, Serra da Boa Esperança, Terra do Feijão, Trevo de Sarzedo, Vera Cruz 3<sup>a</sup> Seção, Verde Galho, Vila da Serra; Vila Baú 2<sup>a</sup> Seção, Vila Bocaina, Vila Brasília 2<sup>a</sup> Seção, Vila Ferreira, Vila Lambari, Vila Retiro, Vila Masterville, Vila Onça, Vila Ondina 2<sup>a</sup> Seção, Vila Satélite e Vista da Lagoa 2<sup>a</sup> Seção. São cinco distritos: Capão do Balsamo, Engenho Seco, Lambari, Sede Municipal e Serra da Boa Esperança. Sobre o Parque do Verde Gaió (SITE MINAS GERAIS, 2023, ON LINE):

O local é propício para visitação de grupos estudantis e acadêmicos para contemplação de uma natureza realmente preservada, com área de campo aberto, cachoeira, ruínas da antiga hidrelétrica que existia

aqui no município. O visitante pode observar no local animais silvestres e árvores importantes de nossa flora brasileira. As visitas podem ser agendadas para grupos e a visitação individual somente com guias das Secretarias Municipal de Meio Ambiente e da Cultura e Turismo.

Localização: Urbana

Avenida São Lucas, 640 - Cachoeira, CEP 32.450-000 - Sarzedo - MG

Pontos de Referência

Vindo de Betim pela Estrada do Bandeirinhas, chega na Avenida São Lucas, em frente ao Primeiro PSF - Posto de Saúde da Família. Vindo de Ibirité ou Belo Horizonte pela Rodovia MG 040, entra pela direita, na Avenida São Lucas, no Trevo do Verde Gaio, onde se encontra o letreiro SARZEDO, Vindo de Brumadinho pela Rodovia MG 040, entra a esquerda no Trevo do Verde Gaio, entrando na Avenida São Lucas, entrando na Portaria do Clube a direita, em frente ao PSF - Posto de Saúde da Família.

Horário de Funcionamento: Segunda, Terça, Quarta, Quinta, Sexta:  
08:00 - 17:00

Sábado, Domingo, Feriado: Fechado

Tipo de Visita: Guiada;

Entrada Franca

Atividades Realizadas: Educação Ambiental, Educação Patrimonial, Pesquisas Escolares e Acadêmicas, Contemplação da Natureza

Quadro V - Linhas extintas de Sarzedo em meados dos anos 2010

3650	Brasília / Sarzedo / Estação Eldorado	2008- 2015
3660	Santo Antônio / Estação Eldorado	2008- 2015
3670	Sarzedo / Carrefour	2008- 2015

3680	Bairro Brasília / Imaculada Conceição / Estação Eldorado	2008-2015
3690	Sarzedo / Imaculada Conceição / Estação Eldorado	2008-2015
3700	Bandeirinhas / Estação Eldorado	2008-2015
3710	Anchieta / Estação Eldorado	2008-2015
3720	Mário Campos via Funil / Estação Eldorado	2008-2015
3730	Mário Campos via Av. Magalhães Pinto / Estação Eldorado	2008-2011
3740	Tangará / Estação Eldorado	2008-atual
3750	Sarzedo / Betim	2008-2011
3760	Conjunto Santa Rosa / Riacho da Mata / Estação Eldorado	2008-2011
3770	Sarzedo / Betim via Centro	2008-2015
3780	Residencial Masterville / Estação Eldorado	2008-2015
3782	Mário Campos / Belo Horizonte	2010-2015

Fonte DEER-MG (2023, on line)

Figura 05 - Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Sarzedo



<https://noticias.r7.com/minas-gerais/apos-protestos-terminal-de-passageiros-e-fechado-em-sarzedo-17072014>

O Parque Metropolitano da Lagoa de Ibitaré, possui uma área de 300 hectares, localizado nas ribanceiras da represa construída pela Petrobras para abastecimento industrial de água da refinaria Gabriel Passos. O local destinado ao Parque pelo PLAMBEL na década de 1970, localizava-se no setor leste da Lagoa, no município de Ibitaré, apresentando relevo com ondulações suaves, definindo pequenas colinas que começam a se elevar às margens da Lagoa. Essa área foi parcelada dando origem aos bairros: Canãa, Canoas, Jaçanã, Lago Azul, São Pedro, Vila Escorpião, Vila Nunes e Vila Rosário. As terras a oeste e ao norte da represa são de patrimônio da Petrobras e fazem parte de um programa de reflorestamento autogerido, com predominância de eucaliptos.

O açude encontra-se 100% poluído e assoreado devido à urbanização desenfreada na Bacia Hidrográfica do Ribeirão Pantana ou Ribeirão Ibitaré. Os declives alteram de 10 % a 25 %, proporcionando vistas espetaculares da paisagem adjacentes em alguns pontos mais elevados. A intenção de conservar o setor é urgente, dada a proliferação de conjuntos habitacionais e bairros populares que se desdobram para o interior que entregam muitos lotes de 360 metros quadrados, sem qualquer serviço de infraestrutura básica e ameaçam a danificação de uma localidade ímpar que, pela vizinhança ao reservatório corre a ameaça de ser incapaz para atividades recreativas e de lazer. Com a definição das 84 linhas que integrarão o Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Sarzedo (Quadro VI), faz-

se necessário a implantação do Parque Metropolitano da Lagoa Ibitité. De acordo com o documento do PLAMBEL (1975):

#### Características Principais da Área

- existência da Lagoa formada pelo represamento do ribeirão Ibitité;
- acessibilidade definida pela rodovia marginal ã Represa, futura via expressa proposta pelo plano viário da RMBH;;
- topografia ligeiramente acidentada, definindo plataformas e
- fundos de vale, favoráveis ao reflorestamento;
- margens planas a leste da Represa, próprias para receberem equipamentos recreacionais.

#### Funções Propostas;

visa criar importante zona de descontinuidade dentro do tecido urbano, isolando as áreas destinadas aos assentamentos residenciais do complexo industrial em expansão ao sul do município de Betim. Nesta perspectiva, o Parque deverá proporcionar espaços verdes destinados ao lazer de fim de semana para a população metropolitana, condições para o lazer cotidiano das populações vizinhas que, segundo as projeções de distribuição espacial da população, deverá atingir, no ano meta 1990, densidades na faixa 1 de 21 a 50 habitantes/ha nas proximidades da Represa, Com este' objetivo propõe-se:

A implantação do Parque Urbano Lagoa de Ibitité, criação de equipamentos esportivos, ligados, principalmente aos esportes náuticos de fins de semana; instalação de playgrounds e mobiliário urbano. Quando ao atendimento da clientela usuária; remanejamento das áreas verdes existentes através de reflorestamento e tratamento paisagístico, definindo locais apropriados ao lazer contemplativo e à preservação da paisagem rural.

Quadro VI - Linhas do Terminal Rodoviário Metropolitano de Transporte Sarzedo

<b>0001</b>	1. Terminal Sarzedo/Retiro do Chalé via Suzana
<b>0002</b>	2. Terminal Sarzedo/Suzana via Brumadinho
<b>0003</b>	3. Terminal Sarzedo/BH Shopping via Aranha
<b>0004</b>	4. Terminal Sarzedo/Piedade do Paraopeba via Palhano
<b>0005</b>	5. Terminal Sarzedo/Piedade do Paraopeba via Casa Branca
<b>0006</b>	6. Terminal Sarzedo/Brumadinho via São José do Paraopeba
<b>0007</b>	7. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Casinha
<b>0008</b>	8. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Conceito do Itaguá
<b>0009</b>	9. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Tejuco
<b>0010</b>	10. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Toca
<b>0011</b>	11. Terminal Sarzedo/Povoado Fundão
<b>0012</b>	12. Terminal Sarzedo/Retiro do Chalé via Córrego Ferreira
<b>0013</b>	13. Terminal Sarzedo/Santa Efigênia
<b>0014</b>	14. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Soares
<b>0015</b>	15. Terminal Sarzedo/Brumadinho via São Conrado
<b>0016</b>	16. Terminal Sarzedo/Bairro Aurora
<b>0017</b>	17. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Posto de Saúde / Pires
<b>0019</b>	18. Terminal Sarzedo/Aranha via Coronel Eurico
<b>0023</b>	19. Terminal Sarzedo/Mato Dentro
<b>0024</b>	20. Terminal Sarzedo/BH Shopping via Piedade do Paraopeba
<b>0026</b>	21. Terminal Sarzedo/Ribeirão Martins
<b>0029</b>	22. Terminal Sarzedo/Bairro Chácara
<b>0031</b>	23. Terminal Sarzedo/Brumadinho via UPA / Salgado Filho
<b>0036</b>	24. Terminal Sarzedo/São José do Paraopeba
<b>0039</b>	25. Terminal Sarzedo/Beira Rio
<b>0041</b>	26. Terminal Sarzedo/Povoado Soares
<b>0061</b>	27. Terminal Sarzedo/Salgado Filho
<b>0071</b>	28. Terminal Sarzedo/Povoado Pires
<b>0090</b>	29. Terminal Sarzedo/Córrego Fundo
<b>0100</b>	30. Terminal Sarzedo/Povoado Toca
<b>310C</b>	31. Terminal Sarzedo/Belo Horizonte (Paradora)
<b>313M</b>	32. Terminal Sarzedo/Estação Eldorado via Estrada Velha
<b>314M</b>	33. Terminal Sarzedo/Estação Eldorado via Renato Azeredo
<b>315R</b>	34. Terminal Sarzedo/Terminal Ibirité via Carrefour/Makro
<b>316R</b>	35. Terminal Sarzedo/Betim via Ouro Negro
<b>317R</b>	36. Terminal Sarzedo/Barreiro
<b>833R</b>	37. Terminal Sarzedo/Terminal Ibirité via MG 040
<b>0900</b>	38. Terminal Sarzedo/Povoado Tejuco



<b>1640</b>	39. Terminal Sarzedo/Ouro Negro
<b>1650</b>	40. Terminal Sarzedo/Ouro Negro via Montreal
<b>1660</b>	41. Terminal Sarzedo/Montreal via Ouro Negro
<b>1661</b>	42. Terminal Sarzedo/Montreal
<b>1670</b>	43. Terminal Sarzedo/Montreal via Petrovale
<b>1671</b>	44. Terminal Sarzedo/Petrovale via Montreal
<b>1710</b>	45. Terminal Sarzedo/Petrovale
<b>1720</b>	46. Terminal Sarzedo/Montreal via Recanto da Lagoa
<b>3235</b>	47. Terminal Sarzedo/Betim via Mário Campos
<b>3235</b>	48. Terminal Sarzedo/Betim via São Tarcísio
<b>3494</b>	49. Terminal Sarzedo/Aranha via Brumadinho
<b>3651</b>	50. Terminal Sarzedo/Brasília via 2ª Seção
<b>3661</b>	51. Terminal Sarzedo/Santo Antônio
<b>3681</b>	52. Terminal Sarzedo/Brasília via Antenas
<b>3691</b>	53. Terminal Sarzedo/Planalto/Vera Cruz
<b>3711</b>	54. Terminal Sarzedo/Anchieta
<b>3712</b>	55. Terminal Sarzedo/Anchieta via Aldak Ferreira Lamarche
<b>3713</b>	56. Terminal Sarzedo/Museu Inhotim
<b>3721</b>	57. Terminal Sarzedo/Fecho do Funil
<b>3731</b>	58. Terminal Sarzedo/Instituto Cultural Inhotim
<b>3732</b>	59. Terminal Sarzedo/Instituto Cultural Inhotim
<b>3741</b>	60. Terminal Sarzedo/Tangará
<b>3778</b>	61. Terminal Sarzedo/Conceição Itaguá - via Brumadinho
<b>3781</b>	62. Terminal Sarzedo/Residencial Masterville
<b>3782</b>	63. Terminal Sarzedo/Belo Horizonte via BR-381
<b>3783</b>	64. Terminal Sarzedo/COHAB Brumadinho
<b>3784</b>	65. Terminal Sarzedo/Belo Horizonte via Via Expressa
<b>3785</b>	66. Terminal Sarzedo/Brumadinho via Conceição de Itaguá
<b>3787</b>	67. Terminal Sarzedo/Conceição de Itaguá - Direta
<b>3788</b>	68. Terminal Sarzedo/Rodoviária Brumadinho
<b>3789</b>	69. Terminal Sarzedo/Betim via Sarzedo
<b>3793</b>	70. Terminal Sarzedo/Rio Manso via BR 381
<b>3797</b>	71. Terminal Sarzedo/Rio Manso via Brumadinho
<b>3798</b>	72. Terminal Sarzedo/Igarapé
<b>3878</b>	73. Terminal Sarzedo/Brumadinho via COHAB
<b>3879</b>	74. Terminal Sarzedo/Posto de Saúde
<b>3923</b>	75. Terminal Sarzedo/Retiro das Pedras
<b>3924</b>	76. Terminal Sarzedo/Serra do Rola Moça via Casa Branca

<b>3932</b>	77. Terminal Sarzedo/Casa Branca via Córrego Ferreira
<b>3934</b>	78. Terminal Sarzedo/Suzana - Direto
<b>3937</b>	79. Terminal Sarzedo/Retiro do Chalé via Campinho
<b>3941</b>	80. Terminal Sarzedo/Casa Branca via Jardim Canadá
<b>3942</b>	81. Terminal Sarzedo/BH Shopping via Casa Branca
<b>3943</b>	82. Terminal Sarzedo/BH Shopping via Suzana
<b>3944</b>	83. Terminal Sarzedo/Retiro do Chalé via Aranha
<b>3973</b>	84. Terminal Sarzedo/Corrego Ferreira

Fonte: elaboração do autor (2023)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Grande Belo Horizonte, terceira maior aglomeração urbana do país, coleciona avanços e retrocessos no que se refere à mobilidade cidadã e sustentabilidade urbana. Dos tempos de gestão metropolitana das demandas de transporte público em meados dos anos 1980 ao futuro incerto dos múltiplos sistemas fragmentados e desarticulados, a população se reinventa. São horas perdidas diariamente no deslocamento casa-trabalho evidenciando falhas societárias. Os sistemas intramunicipais e intermunicipais se pautam na priorização do sistema rodoviário em detrimento do ferroviário, mas rápido, econômico e sustentável. Os usuários enfrentam grandes problemas de deslocamentos com serviços de péssima qualidade, poucas ofertas e opções. As paisagens culturais da rodovia se tornam monótonas e sem conexão. O ir e vir do trabalho é terreno que denota exaustão.

Espremidos em ônibus irregulares, a maioria exaure-se em tamanho cansaço e perda de tempo. Nota-se que a maioria nem se dá conta da anulação de direitos fundamentais, dentre os quais, o transporte de qualidade. O tempo economizado em face de rápidas conexões poderia ser potencializador de atividades mais prazerosas e qualitativas. Assim o presente trabalho busca investigar as contribuições e falhas do sistema de transporte básico num contexto de ecologia urbana, potencializando discussões. Discute as perspectivas do BRT e dos sistemas de terminais evidenciando contextos negligenciados nos projetos oficiais vertendo para outros sistemas: Metrô, Monotrilhos, Trens e VLTs. a requalificação do Terminal Sarzedo é emergencial, e as compensações devem ser revertidas para a conclusão do Parque da Cachoeira de Sarzedo, criação do Parque Metropolitano Lagoa Ibitiré, Criação do Parque Estadual Serra da Conquista na BR 381 e do Parque d Serra do Funil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE. **Revisão do Plano Diretor de Rio Manso.** [http://www.rmbh.org.br:8081/plano/index.php?mun=rio\\_manso](http://www.rmbh.org.br:8081/plano/index.php?mun=rio_manso)> Acesso em 18.Mai.2023

CIDADE BRASIL. **Município de Sarzedo.** Disponível em <<https://www.cidade-brasil.com.br/municipio-sarzedo.html>> Acesso em 18.Mai.2023

CIDADE BRASIL. **Município de Mário Campos.** Disponível em <<https://www.cidade-brasil.com.br/municipio-mario-campos.html>> Acesso em 18.Mai.2023

CIDADE BRASIL. **Município de Rio Manso.** Disponível em <<https://www.cidade-brasil.com.br/municipio-rio-manso.html>> Acesso em 14.Mai.2023

CIDADE BRASIL. **História de Brumadinho.** Disponível em <<https://www.cmbrumadinho.mg.gov.br/historia-de-brumadinho>> Acesso em 12.Mai.2023

CIDADE BRASIL. **Destinos: Sarzedo.** Disponível em <<https://www.minasgerais.com.br/pt/destinos/sarzedo>> Acesso em 16.Mai.2023

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Projeto Pró Brumadinho.** Disponível em <<https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho>> Acesso em 16.Mai.2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Cidade de Mário Campos.** Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/mario-campos.html>> Acesso em 14.Mai.2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Cidade de Sarzedo.** Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/sarzedo.html>> Acesso em 16.Mai.2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Cidade de Brumadinho.** Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/brumadinho.html>> Acesso em 18.Mai.2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Cidade de Rio Manso.** Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/rio-manso.html>> Acesso em 12.Mai.2023

ITAMINAS MINERAÇÃO. **Parque Ambiental Cachoeira de Sarzedo.** Disponível em <<https://www.itaminas.com.br/projetos-ambientais/parque-ambiental-cachoeira-sarzedo/>> Acesso em 12.Mai.2023

PARQUE SARZEDO. **Projeto Parque Sarzedo.** Disponível em <<https://www.parquesarzedo.com.br/>> Acesso em 14.Mai.2023

PREFEITURA MUNICIPAL DE BRUMADINHO. **Perfil da Cidade de Brumadinho.** Disponível em <<https://brumadinho.mg.gov.br/sobre-brumadinho/#:~:text=O%20Munic%C3%ADpio%20de%20Brumadinho%20foi,do%20munic%C3%ADpio%20de%20Nova%20Lima.>> Acesso em 18.Mai.2023

PREFEITURA MUNICIPAL DE SARZEDO. **Plano Diretor de Sarzedo.** Disponível em <[https://www.sarzedo.mg.gov.br/abrir\\_arquivo.aspx/Cartilha\\_Plano\\_Diretor?cdLocal=2&arquivo=%7BC75ECD1C-DCDE-6AB4-AAC8-EAE41AEC7AAE%7D.pdf](https://www.sarzedo.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Cartilha_Plano_Diretor?cdLocal=2&arquivo=%7BC75ECD1C-DCDE-6AB4-AAC8-EAE41AEC7AAE%7D.pdf)> Acesso em 12.Mai.2023

PREFEITURA MUNICIPAL DE SARZEDO. **História da Cidade de Sarzedo.** Disponível em <<https://www.sarzedo.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/historia-da-cidade/6508>> Acesso em 14.Mai.2023

SITE MINAS GERAIS. **Atrações: Parque Verde Galho.** Disponível em <<https://www.minasgerais.com.br/pt/atracoes/sarzedo/parque-do-verde-gaio>> Acesso em 16.Mai.2023

SITE MINAS GERAIS. **Destinos: Mário Campos.** Disponível em <<https://www.minasgerais.com.br/pt/destinos/mario-campos>> Acesso em 12.Mai.2023

SITE MINAS GERAIS. **Destinos Brumadinho.** Disponível em <<https://www.minasgerais.com.br/pt/destinos/brumadinho>> Acesso em 14.Mai.2023

SITE MINAS GERAIS. **Destinos Rio Manso.** Disponível em <<https://www.minasgerais.com.br/pt/destinos/rio-manso>> Acesso em 16.Mai.2023

## O CRIME ORGANIZADO E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

**ALIXANDRE BARROSO VIEIRA:**

Mestre em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Ciências Penais pela mesma instituição e graduado em direito pela Funcesi<sup>9</sup>.

O crime organizado, não pode ser categorizado. A lei de combate as organizações criminosas, vem na linha de um direito penal expansionista, buscando a eficiência punitiva, com a criação de diversos instrumentos de repressão ao crime organizado. Sabe-se que a criminalidade, atrai um certo fascínio no ser humano, sendo tema de filmes e seriados, porém muitas vezes esses programas desvirtuam a realidade. Assim como ensina Hassemer:

Não só o "criminal", mas também o "criminoso" fascina. A história da literatura está cheia de crime e castigo, criminalidade e Direito Penal. Os thrillers (ou os telefilmes e filmes) são algo normal e geralmente um bom negócio. "Os meios de comunicação informam quase exclusivamente sobre casos penais, porque assim, satisfazem o interesse de seus leitores, ainda que seja à custa de desfigurar a realidade da Administração da Justiça". Para a maior parte das pessoas, incluindo os que iniciam os estudos de Direito, "o Direito Penal" é o Direito por excelência. (HASSEMER, 1989. p. 31, tradução nossa)<sup>10</sup>.

Cada vez mais na sociedade é tomada por uma onda de terror, imposto pela mídia. Se prega um direito penal máximo, para a solução de conflitos que poderiam ser resolvidos pelos demais ramos do direito, as ciências criminais devem ser usadas somente como um direito de *ultima ratio*. Nesse sentido leciona Prado "o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema

---

9 Ex- Professor de Direito Penal e Processo Penal do CENSI - Itabira (graduação); e 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.

10 No sólo "lo criminal", también el "criminoso" fascina. La historia de la literatura está llena de crimen y castigo, criminalidad y Derecho penal". Las novelas policiacas (o los telefilms y películas) son algo normal y generalmente un buen negocio. Los medios de comunicación informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interés de sus lectores, aunque sea a costa de desfigurar la realidad de la Administración de Justicia ". Para la mayor parte de la gente, incluyendo a quienes inician los estudios de Derecho, "el Derecho penal" es el Derecho por excelência.

penal a uma função meramente simbólica negativa”. (PRADO, 2007, p. 143).

E assevera Henrique Viana: “A aplicação legítima do Direito Penal exige sua utilização somente em último caso, para intervir minimamente na vida das pessoas. Não se pode tolerar uma inflação legislativa penal, pois conduz a uma ineficácia do sistema”. (PEREIRA, 2014, p. 116).

Infelizmente existem no Brasil diversos jornalistas de programas policiais, formadores de opinião, que têm usado seus programas para exigir do Estado leis mais duras, e até pena de morte, o que acaba manipulando a opinião pública. Deste modo o poder público é pressionado a promover a criação de novos tipos penais, o que acaba por criar um descrédito no direito penal. Assim ensina Roxin (2002):

A intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, entende-se que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção, se existir possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais. (ROXIN, 2002, p. 264).

Uma crítica é cabível aos que defendem um maior rigor na aplicação da pena, é no sentido que, em termos gerais, a gravidade da pena, não provoca coação psicológica no indivíduo que tem a intenção de praticar um injusto. Pode-se dizer que, o que provoca coação psicológica é a certeza ou grande probabilidade de ser sancionado pela lei penal. Nesse sentido ensinava Beccaria (2005):

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa no corpo do réu (BECCARIA, 2005, p. 62).

Segundo Roxin, a teoria da prevenção geral, apresenta defeitos teóricos e práticos, para o ilustre penalista a pena não pode ser usada como forma de terrorismo estatal. Infelizmente na prática, o Estado tem usado do direito penal simbólico, bem como do



"terrorismo estatal" com o fim de coibir delitos através da gravidade pena, um exemplo seria a lei de crimes hediondos. Essa prática infeliz do legislador deve ser evitada sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana (ROXIN, 1997, p. 93).

O crime organizado é tomado pelo Estado, como o inimigo da vez, merecendo uma forte reprimenda penal. Os políticos amparados na sensação de insegurança gerada pela mídia, se utilizam de um discurso punitivista para angariar votos da população. Porém sabe-se, que as teorias justificacionistas da pena não tem realizado as suas funções declaradas; aliás a única teoria da pena que cumprindo a sua finalidade é a teoria retributiva, de impor o mal da pena ao mal do crime de forma cruel e desumana (YAROCHEWSKY, 2004, p. 220).

A criminologia crítica ao abordar esse assunto, revela que a pena tem uma finalidade oculta, qual seja de garantir uma sociedade desigual; esta sim sua real finalidade. O direito penal infelizmente está a serviço dos burgueses. Sabe-se que o direito penal é seletivo, e provoca a estigmatização em indivíduos excluídos das relações de produção e de baixa renda. Tem ainda a função política de garantir e reproduzir a escalada social vertical como uma das funções da pena, bem como encobrir e imunizar condutas das elites com alto poder econômico (BARATTA, 2004, p.173-175). Nesse sentido, afirma com autoridade Maria Lucia Karam (1991):

Mas, onde a eficácia publicitária do sistema penal se manifesta mais forte e perversamente e em sua atuação sobre as classes subalternas, que, desejando a solução penal, não percebem que são elas próprias as vítimas preferenciais daquela carga de estigma, injustiça e violência; que, levadas a aplaudir a solução extrema da pena de morte oficializada ou extra-oficial, não percebem que estão assinando suas próprias sentenças de morte. Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva e desigualmente distribuídos, provocando, ainda, um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação de liberdade e morte. O sistema penal poderia, facilmente, se enquadrar entre os produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos, cuja publicidade enganosa ou abusiva se pretende proibir, através da paradoxal criação de novos crimes, por uma lei penal, que, assim, contraria a si mesma. (KARAM, 1991, p. 207).

Michel Focalt adverte que estes modelos justificacionistas são falidos, o que já foi constatado pelo Estado, muito embora o Estado ainda insista em justificar e usar a pena

com essas finalidades falaciosas (FOUCALT, 1999. p. 126-127).

Atualmente vive-se em uma sociedade de risco, que cria na população, o sentimento de insegurança, gerado pela violência decorrente das práticas delitivas. O processo de globalização, a sociedade de risco e a exclusão social, contribuem para a formação da sensação de insegurança (SANCHES, 2001).

Com isso, o Estado busca reprimir o crime, através da voraz criação de crimes de perigo abstrato, delitos de acumulação e até intervenção penal para alguns atos meramente preparatórios. Ou seja, o direito penal clássico, que agia *pos factum*, hoje tenta antecipar a punição o quanto antes possível (SANCHES, 2001).

Para fazer frente ao crime organizado o Estado vem hipertrofiando o direito penal, com novas leis que visam combater com maior rigor alguns delitos como o terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de pessoas, o tráfico internacional de drogas entre outros delitos. Essas novas leis são mais rígidas e vulneram direitos e garantias fundamentais dos acusados, tais como o direito de não se autoincriminar, o direito à intimidade, dentre outras. Não foge deste escopo, as palavras de Klaus Günther (2009):

Começou há muito tempo o processo de expansão do direito penal a tal ponto que ele passa a violar os interesses protegidos por lei. Além disso, a luta contra o crime organizado abriu as portas para um enrijecimento drástico do direito penal material e processual (GÜNTHER, 2009, p.14).

Nesse sentido é a lei que trata do terrorismo, o *Patriotic Act* nos Estados Unidos da América do Norte. Outro exemplo de legislação mais rígida, nesse mesmo sentido, ocorreu na Alemanha em reação a alguns atentados terroristas realizados por Andreas Baader e Ulrike Meinhoff, durante a década 1970. Quando o legislativo alemão editou em 20 de setembro de 1974, que proibia a defesa de mais de um cliente por advogado, e que liberava que a instrução sem advogado.

No ano de 1976, a Alemanha editou a Lei Antiterrorismo, que estabelecia um maior rigor no controle das correspondências dos encarcerados, previa ainda o procedimento do processo de advogados que fossem cúmplices com seus réus bem como a prisão preventiva de suspeitos de condutas terroristas. No ano seguinte, para ser mais preciso em 30 de setembro de 1977, ainda na Alemanha, o legislativo a lei que liberava o isolamento total dos presos suspeitos de terrorismo, pelo período de quinze dias, tudo isso sem a necessidade de autorização judicial. O combate ao terrorismo na Alemanha estava se tornando cada vez mais extremo. Foi quando em 13 de abril de 1978, se promulgou a lei que excluía o defensor e não vedava a detenção de qualquer suspeito (GRECO FILHO, 2014. p. 9-10).

Percebe-se que o direito penal de emergência não é exclusividade do Brasil, e sim um fenômeno global, que merece um cuidado especial sob pena de violação da Constituição Federal. Nesse sentido Oren Gross argumenta:

Tempos de crise representam o maior e mais sério perigo às liberdades e princípios constitucionais. Nesses tempos, a tentação de desprezar liberdades constitucionais está em seu auge, enquanto a efetividade dos tradicionais pesos e contrapesos está em seu ponto mais baixo. Em tempos de crise, é frequentemente discutido que minúcias legais devem ser colocadas em segundo plano, como luxos a serem desfrutados somente em tempos de paz e tranquilidade. No entanto, é precisamente nesses tempos que as salvaguardas constitucionais para a proteção de direitos, liberdades e garantias são postas à prova. Um comprometimento contínuo com a preservação e manutenção de direitos, liberdades e garantias deve ser conciliado com a cautela contra a transformação da constituição em um pacto suicida. (GROSS, 2003, p. 1027-1028, tradução nossa)<sup>11</sup>.

O poder público mesmo que pressionado pelos meios de comunicação, não pode violar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob pena de regredirmos a um Estado inquisitivo. Para que o Estado possa fazer frente ao crime organizado, é preciso agir dentro da legalidade, através de meios de investigação eficazes e sempre com um filtro constitucional.

Não é viável, o Estado buscar uma eficiência punitivista a todo custo, pois invariavelmente o “direito penal eficiente” terá efeitos negativos a longo prazo. É preciso entender que, se a sociedade busca um direito penal forte, ela irá pagar um alto preço, pois não existe um direito penal forte de custos nulos. E vários princípios constitucionais conquistados pela sociedade, iram se perder, com exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana (HASSEMER, 2003. p. 66). Princípio este que foi conquistado sob duras penas, como observa Pontes de Miranda, “por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade” (MIRANDA, 1947, p. 238).

---

<sup>11</sup> Times of crisis pose the greatest and most serious danger to constitutional freedoms and principles. In such times, the temptation to disregard constitutional freedoms is at its zenith, while the effectiveness of traditional checks and balances is at its nadir. In times of crisis, it is often argued, legal niceties may be cast aside as luxuries to be enjoyed only in times of peace and tranquility. Yet, it is precisely in such times that constitutional safeguards for the protection of rights, freedoms, and liberties are put to the test. A continued commitment to preserving and maintaining rights, freedoms, and liberties ought to be reconciled with the caution against turning a constitution into a suicide pact.

Ninguém deseja que a prática de crimes permaneça impune, muito menos que Estado puna os indivíduos com desrespeito as garantias processuais penais e constitucionais. É preciso haver equilíbrio do *jus puniendi* estatal, este é um dos maiores desafios do direito penal hodierno.

## REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. *Policía judicial y sistema acusatorio*. 3. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam. Montevideu, Argentina: Editorial Ibdif, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. Revisão Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães, 11. ed. São Paulo: Hemus, 2011.

BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6, p. 153-184.

BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal la douctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria and the Dogmatic Root of Contemporary Criminal Law. In: Bernd H. Oppermann, Hilmar Fenge, Vasco Pereira da Silva, Sylvia Calmes-Brunet and Regina Valutyte (Ed.). *International Legal Studies III by European and International Scholars of the ELPIS Network*. Universitätsverlag Halle-Wittenberg: Halle an der Saale, 2016. Cap. 4, pag. 33-46.

BRANDÃO, Cláudio. Inconsciência de antijuridicidade - sua visão na dogmática penal e nos Tribunais brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Coimbra Editora, A. XLI, N. 1, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. (Ciência criminal contemporânea).

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1º e 2º da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 Abr. 2001. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10217.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm)>. Acesso em; 05 Maio 2016.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 Ago. 2013. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 05 Maio 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. V. 1 e 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. V.1, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos Jurídicos-Operacionais do Agente Infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal - Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2001.

DEL POZO PÉREZ, Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. En: *Criterio Jurídico*. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, v. 6, 2006.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

ESPAÑA. Real *Decreto de 14 de septiembre de 1882*, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 17 Sep. 1882. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006&vd=#a282>>. Acesso em: 07 Set. 2016.

FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indice Penale*, Padova, n. 2, p. 523 e ss. *Indice pen.*, 1999, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto André Ibañez; Affonso Ruiz Miguel; et all. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias em O Novo em Direito e Política*. Tradução de Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.



FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal- Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação judicial*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Estudio Introductorio de Gonzalo D. Fernández; José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2005.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. Buenos Aires: IBdef, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de La Culpabilidad*. 2. ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 13, fev.1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de Organização Criminosa: 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luís. As Regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, n. 78, p. 7-40, 2009.

GROSS, Oren. *Chaos and Rules: should responses to violent crises always be constitutional?* *The Yale Law Journal*, v. 112, 2003.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática à luz da Lei 10.409/02*. Curitiba: Juruá, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Carlos H. B. *Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a autoincriminação*. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-96KKJQ>>. Acesso em: 07 Set. 2016.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HASSEMER, Winfried. "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones". *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, n. 14, p. 7-11, 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17094.pdf>>. Acesso em: 17 Out. 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNGRIA, Nelson. Confissão (limite do direito à). In: SANTOS, J.M. de Carvalho (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. V. XI. Rio de Janeiro; Borsó, 1972.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. 1, t. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ISRAEL, Jerold H.; Lafave, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing Co. 1993.

JAKOBS, Gunther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *Ritsumeikan Law Review*, n. 21, p. 93-107, 2004.

JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y artículos, n. 16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JARAMILLO, Andrés David Ramírez. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Universidad de Antioquia,

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010. (Colección Mejores trabajos de grado).

KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. rev. atual. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framanno dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Espanhol por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

MAZUR, Robert. *O infiltrado*. Tradução de Christian Schwartz e Liliana Negrello. Curitiba: Nossa Cultura, 2010.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado – tipicidade, política criminal e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. Organização de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿"derecho penal" del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) et al. *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Cap. 5, p. 483-500.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2. ed. Tradução de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. parte geral, arts. 1º a 120 do CP, v. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

MONTEROS, Rocío Zafra Espindosa de los. *El Policía Infiltrado – Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

MONGUI, Pablo Elías González. *La policía judicial en el sistema penal acusatório*. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2007.

PARDO, Frédéric. *Le groupe en droit pénal. Des foules criminelles au crime organisé: Contribution à l'étude des groupes criminels*, 2004.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários*. 2014. 216 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PereiraHVd\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf)>. Acesso em: 07 Set. 2016.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães. *Direito Penal e Processual Penal: tópicos especiais*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

PERREIRA, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el puento de vista del garantismo processual penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo: desmistificación de um concepto*. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijiley, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROJAS, Edgar Saavedra. *Jornadas de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas Del Derecho Procesal Penal. Temas actuales del derecho Procesal*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, p. 403-574, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2. ed. Letras e Conceitos, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo I: fundamentos la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, RJ: 2002.

ROXIN, Claus. Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada. *IBCCRIM - Revista Liberdades*, n.4, maio-agosto. 2010.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales*, Tomo XXXV, fascículo I, enero-abril de 1982.

SÁINZ CANTERO, José Antonio. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma em Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, 1965.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporaneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Direito Penal do Inimigo* - ou o Discurso do Direito Penal Desigual, 2012. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em: 06 Out. 2016.

SENADO DE LA REPUBLICA COLOMBIANA. *Actas de Plenaria*: número 50 de la sesión ordinaria del día miércoles 9 de junio de 2004. Gaceta del Congreso: Bogotá, D. C., año 13, n. 359, p. 35 19 de julio de 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial*: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). *Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. V. 31. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Cap. 11, p. 65-97.

TAYLOR, Jonh B. *The rights to counsel and privilegie against self-incrimination*: rights and the liberties under the law. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 1997.

UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal do submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, 1990.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*: parte general. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editora Juridica de Chile: 1993.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. 2004. 239 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1996.



ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

## PROPOSTA DE INSERÇÃO DE UM QUESITO DIRECIONADO AO CONSELHO DE SENTENÇA NO CASO DO RECONHECIMENTO DO CRIME TENTADO COM LESÃO EFETIVA AO BEM JURÍDICO

**DOUGLAS ANDRADE:**  
Acadêmico de Direito na  
Una/Contagem MG - Mestre em  
Ensino de Física pela  
Universidade Federal de Ouro  
Preto.<sup>12</sup>

DR. GALVÃO RABELO<sup>13</sup>

(orientador)

**Resumo:** O Supremo Tribunal Federal, por meio do HC 95.960, tem o entendimento firmado de que a fração de diminuição a ser aplicada no caso de reconhecimento de um crime tentado, deve ser fixada com base no percurso trilhado pelo autor até o momento da interrupção por circunstâncias alheias à sua vontade. Este artigo parte da premissa de que a decisão fática sobre o *iter criminis* deveria ser, no caso específico do Tribunal do Júri, avaliada por seus julgadores, ou seja, pelo Conselho de Sentença, cabendo ao magistrado a tarefa exclusiva de realizar o cálculo relativo à diminuição da pena, e não definir o seu valor. Neste sentido, este trabalho apresenta todo o método de construção para identificação dos Coeficientes de Diminuição e de como o Conselho de Sentença, mesmo sem conhecimento técnico relacionado ao cálculo da pena, pode identificar o espaço percorrido do *iter criminis*, uma vez que a literatura jurídica reconhece que cabe a ele a identificação de toda a parte fática do caso concreto e o magistrado realizar a dosimetria correspondente.

**Palavras-Chave:** Tribunal do Júri, Conselho de Sentença, Coeficientes de Diminuição, Proposta e Redução para Cálculo da Tentativa.

**Abstract:** The Federal Supreme Court, through HC 95.960, has the firm understanding that the reduction fraction to be applied in the case of recognition of an attempted crime, must be fixed based on the route taken by the author until the moment of interruption due to circumstances beyond your will. This article is based on the premise that the factual decision on the *iter criminis* should be, in the specific case of the Jury Court, evaluated by its judges, that is, by the Sentencing Council, with the magistrate having the exclusive task of carrying out the calculation regarding the decrease of the penalty, and not define its

<sup>12</sup> E-mail: xdougandrade@gmail.com

<sup>13</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

value. In this sense, this work presents the entire construction method for identifying the Coefficients of Decrease and how the Sentencing Council, even without technical knowledge related to the calculation of the penalty, can identify the space covered by the *iter criminis*, since the legal literature recognizes that it is up to him to identify the entire factual part of the concrete case and the magistrate to carry out the corresponding dosimetry.

**Keywords:** Jury Court, Sentencing Council, Coefficients of Decrease, Proposal and Reduction for Calculating the Attempt

**Sumário:** Introdução - 1. Do Conselho de Sentença e Quesitos. 1.1 A Formulação dos Quesitos e o Código de Processo Penal: Artigos 482 e seguintes. 2. O Instituto da Tentativa: Um Aprofundamento Sobre a Temática. 2.1 Da Punibilidade da Tentativa. 3. Do Método Utilizado. 3.1 A Escala Likert. 3.2 Cálculo das Possibilidades Fracionárias para o Quantum de Diminuição da Pena para a Tentativa. 4. Aplicação Concreta e Resultados. 4.1 Exemplos de Cálculos a Partir dos Coeficientes Propostos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

## Introdução

Este trabalho tem como objetivo principal defender o posicionamento de que a decisão da " *quantificação da causa de diminuição de pena relativa à tentativa (art. 14, II, CP) há de ser realizada conforme o iter criminis percorrido pelo agente: a redução será inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado*", posicionamento este estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do HC 95.960, deveria ser, no caso específico do Tribunal do Júri, avaliada por seus julgadores, ou seja, pelo Conselho de Sentença, cabendo ao magistrado a tarefa exclusiva de realizar o cálculo relativo à diminuição, e não definir diretamente o seu valor, tese defendida pelos autores.

Para tanto, este trabalho subdivide-se em 05 (cinco) seções para a explanação do tema, são elas: 1. Do Conselho de Sentença e Quesitos, cujo objetivo consiste em apresentar uma revisão breve da literatura jurídica sobre a temática que permeia a formulação e aplicação dos Quesitos ao Conselho de Sentença; 2. O Instituto da Tentativa: Um Aprofundamento sobre a Temática, cujo objetivo consiste em apresentar a correlação entre o instituto da tentativa e o objetivo principal deste artigo, destacando-se as modalidades com foco na tentativa cruenta ou vermelha e as consequências deste instituto; 3. Método, cujo objetivo é apresentar toda a construção e interseção entre o método Likert para escala de grau de concordância ou discordância e o cálculo para o Coeficiente de Diminuição, inovação proposta neste artigo; 4. Aplicação Concreta e Resultados, cujo objetivo consiste em aplicar de forma concreta o método proposto pelo

artigo; 5. Considerações Finais, cujo objetivo é realizar uma retomada dos temas abordados de forma sintética neste trabalho e a apresentação de propostas de pesquisas futuras.

## **1. Do Conselho de Sentença e Quesitos**

O Conselho de Sentença pode ser entendido como um instituto que compõe o Tribunal do Júri cuja constituição está prevista pelo artigo 447 do Código de Processo Penal (CPP). Conforme disposição expressa, o Conselho de Sentença será formado por 7 (sete) jurados leigos membros da comunidade, escolhidos por meio de sorteio, dentre os 25 (vinte e cinco) jurados que estarão presentes em cada sessão de julgamento. Importante mencionar que para a formação do Conselho de Sentença, é necessário que no dia do julgamento estejam presentes, no mínimo, 15(quinze) jurados, conforme art. 463 do CPP. Apesar do nome que lhe é dado, o Conselho de Sentença não é de fato o responsável por prolatar a sentença ao final do julgamento, entretanto, cabe a ele, de fato, julgar o caso concreto de que lhe é competente o Tribunal do Júri.

A sentença será elaborada de fato pelo presidente do Tribunal do Júri, ou seja, pelo juiz togado, que deve utilizar-se de um documento contendo os chamados quesitos, estes utilizados para condenar, absolver e cominar a pena para o caso julgado, conforme exige a regra processual dos artigos. 482 e seguintes do atual CPP.

Os quesitos são questionamentos elaborados pelo Presidente do Tribunal do Júri ao Conselho de Sentença e visam promover a orientação deste sobre a possível materialidade do delito, autoria, absolvição, diminuição de pena, qualificadora(s) ou aumento de pena. Será por meio dos quesitos que o juiz presidente deverá extrair do Conselho de Sentença todos os aspectos que permeiam o crime em julgamento.

Imperioso faz-se perceber que o Conselho de Sentença não possui conhecimento técnico suficiente para a prolação de uma sentença, instituto esse de grande complexidade, mas é reconhecido constitucionalmente como competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Logo, caberá ao Presidente do Tribunal do Júri, conforme anteriormente mencionado, a confecção desses quesitos de forma clara e objetiva, de modo que mesmo diante da ausência da capacidade técnica do Conselho de Sentença, seja possível que este direcione o magistrado a correta interpretação acerca da visão dos julgadores sobre os fatos apresentados na sessão de julgamento.

### **1.1 A Formulação dos Quesitos e o Código de Processo Penal: Artigos 482 e seguintes**

Vários são os autores que apresentam em suas obras considerações sobre os quesitos formulados ao Conselho de Sentença. Dentre eles, destaca-se Lopes Jr. (2016, pág. 842-850) que explica, detalhadamente, a ordem que os quesitos devem ser apresentados e os seus possíveis desdobramentos. Neste trabalho, serão realizadas apenas breves

considerações sobre o tema, com destaque para o quesito previsto pelo art. 483, inciso IV, que versa sobre a existência de causas de diminuição de pena alegada pela defesa, quesito este diretamente relacionado ao objetivo deste trabalho.

O CPP em seu Capítulo II intitulado: “Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri”, na seção XIII, “do questionário e sua votação”, apresenta a forma e os procedimentos aos quais o juiz presidente deve se atentar ao questionar o Conselho de Sentença sobre aspectos relacionados ao caso concreto em julgamento. Conforme os ditames do art. 482, parágrafo único, do CPP, os quesitos deverão ser redigidos e elaborados por meio de proposições afirmativas.

Entende-se por proposição uma frase do tipo declarativa que pode admitir apenas um valor lógico dentre as opções “verdadeiro” ou “falso”. Portanto, a primeira preocupação do legislador quanto à forma de elaboração dos quesitos está relacionada com a possibilidade de emergir do texto um espectro de incerteza de resposta com relação à pergunta. Neste sentido, veda-se ao magistrado a possibilidade de formular seus quesitos de maneira com que a frase correspondente possa induzir o Conselho de Sentença a uma possível dúvida ou a não realização de uma resposta concisa e direta. Logo, verifica-se que emerge da redação do artigo 482, do CPP, o intitulado *principium tertii exclusi* ou *tertium non datur*, também denominado pela literatura jurídica como, princípio do terceiro excluído, cujo enunciado é amplamente propagado da seguinte forma: “para qualquer proposição, ou esta proposição é verdadeira, ou sua negação é verdadeira”, princípio basilar que integra o estudo de lógica jurídica.

Além da imposição do uso de proposições afirmativas, o legislador também impôs ao magistrado a obrigação de elaborar sentenças (frases) de modo simples, ou seja, as sentenças devem possuir apenas um sujeito e um predicado em sua oração, utilizando o conceito de sentença simples da língua portuguesa; além de sentenças distintas, o que significa que para cada quesito a ser analisado, apenas uma única sentença deverá ser formulada.

Neste sentido, entende-se que para um caso concreto em que ocorra a materialização do instituto dos concursos de pessoas, a restrição imposta pelo legislador quanto a formulação de proposições simples torna obrigatório ao magistrado elaborar diferentes proposições relativas a cada um dos envolvidos na conduta. O conteúdo das proposições pode ser o mesmo, entretanto, para cada sujeito ativo, uma proposição específica deverá ser confeccionada. Por consequência, veda-se a formulação de um só quesito que tenha por finalidade analisar vários aspectos relacionados ao crime de uma única vez de vários sujeitos ativos.

Outra preocupação evidente do legislador está relacionada com a clareza e a precisão da elaboração da sentença utilizada pelo quesito, afinal, de nada adiantaria o legislador exigir as técnicas redacionais discutidas anteriormente e, mesmo assim, o Presidente do Tribunal, ao confeccionar uma sentença do tipo proposicional afirmativa simples, o fizesse de forma obscura ou de complicada interpretação.

Em continuidade ao tema, o artigo 483 apresenta a ordem obrigatória com que os quesitos devem ser apresentados ao Conselho de Sentença, dos quais os autores destacam para o desenvolvimento deste trabalho o 4º (quarto) quesito: *das causas de diminuição de pena alegadas pela defesa*, quesito este que será apresentado de forma mais aprofundada a seguir.

As causas de diminuição de pena (minorantes), são encontradas no ordenamento jurídico brasileiro:

- a. na redação do artigo 14, inciso II, parágrafo único, do Código Penal, que versa sobre a diminuição de  $\frac{1}{3}$  (um terço) a  $\frac{2}{3}$  (dois terços) caso ocorra o reconhecimento do instituto relativo ao crime tentado, sendo este o crime que apenas não se consumou devido à circunstâncias alheias à vontade do agente;
- b. na redação do artigo 21, *caput*, parte final, do Código Penal, no qual o legislador reconhece que o erro evitável, ou seja, aquele erro que poderia ter sido contornado pelo agente durante a sua ação não o isenta de pena, mas apenas diminui esta em uma fração de  $\frac{1}{6}$  (um sexto) a  $\frac{1}{3}$  (um terço);
- c. na redação do artigo 24, §2º, do Código Penal, que versa sobre a diminuição de pena cominada para o estado de necessidade, caso específico no qual este não seja capaz de excluir a antijuridicidade;
- d. na redação do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, no caso da verificação concreta de uma das hipóteses de inimputabilidade, hipótese esta que ocorrerá em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado de um agente que, não era interiormente capaz de entender o caráter ilícito do fato ao tempo de seu cometimento;
- e. na redação do art. 28, §2º, do Código Penal, no caso específico de embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior que resulte, ao tempo do fato, uma redução da capacidade do agente em entender o caráter ilícito do fato;
- f. na redação do art. 29, §1º, do Código Penal, que versa sobre o instituto da participação de menor importância.



O legislador então trouxe, na redação do art. 483, inciso IV, o 4º (quarto) quesito a ser formulado ao Conselho de Sentença caso a defesa utilize-se de uma ou mais causas de diminuição de pena, sendo imprescindível que o presidente do tribunal realize um quesito para cada uma das causas de diminuição. Logo, caso seja possível o reconhecimento da (a) materialização do instituto da tentativa cumulada com; (b) o instituto da embriaguez por caso fortuito ou força maior que tornou o agente parcialmente capaz de entender a ilicitude do fato por ele praticado, entende-se ser necessário a formulação de um quesito para cada uma das situações alegadas anteriormente.

Neste momento, considera-se importante uma possível reflexão sobre o intervalo apresentado pelo legislador nas hipóteses de reconhecimento de uma causa de diminuição de pena. Note-se que o legislador previu um intervalo variável para o valor numérico da diminuição,  $\frac{1}{3}$  (um terço) a  $\frac{2}{3}$  (dois terços), portanto, caso ocorra o reconhecimento do instituto relativo ao crime tentado, cumpre ao juiz, na dosimetria da pena, considerar a proximidade da consumação do delito como um critério para se estabelecer a fração de diminuição mais adequada ao caso concreto, conforme entendimento consolidado pelos tribunais e orientação do STF, leia-se:

*"[...] com efeito, a quantificação da causa de diminuição de pena relativa à tentativa (art. 14, II, CP) há de ser realizada conforme o iter criminis percorrido pelo agente: **a redução será inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado** (nesse sentido: HC 95.960, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe-094 de 21-5-2009; HC 110.021, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe-119 de 18-6-2012; HC 85.834, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 12-8-2005; etc.) (Destaque dos Autores)"*

Neste sentido, a decisão do "quão próximo o autor chegou a concluir a sua ação" deveria ser, no caso específico do Tribunal do Júri, avaliada por seus julgadores, ou seja, pelo Conselho de Sentença, cabendo ao magistrado a tarefa exclusiva de realizar o cálculo relativo à diminuição, e não definir diretamente o seu valor, tese defendida pelos autores deste trabalho.

Neste norte, notar-se-á que a aplicação da causa de diminuição de pena a ser utilizada segundo o entendimento do STF não observou em concreto a lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. Neste sentido, entende-se que realizar a aplicação da fração de diminuição de pena prevista pelo art. 14, inciso II, do CP, baseada exclusivamente no quão próximo o agente chegou à conclusão de seus objetivos se mostra contrário ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, uma vez que a variável relativa à lesão efetiva do bem

jurídico tutelado deve estar inserida nessa equação. Portanto, este trabalho deve ser compreendido diante de duas possibilidades.

A primeira refere-se a possibilidade da materialização do instituto da tentativa ocorrer de modo que não resulte na lesão ao bem jurídico tutelado, a denominada pela literatura jurídica “tentativa branca”. Neste caso, os autores defendem a aplicação do máximo de diminuição de pena prevista pela legislação, não sendo necessária a aplicação do método aqui proposto. Afinal, se o objetivo primeiro da norma penal relaciona-se com a proteção do bem jurídico, considera-se que a não ocorrência efetiva da lesão não poderia importar na aplicação da menor fração de favorecimento ao acusado.

De modo contrário, ou seja, quando no plano concreto ocorrer lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal, este trabalho propõe um método para a identificação por parte do Conselho de Sentença com relação ao caminho percorrido pelo agente no *iter criminis*, seguindo as orientações do Tribunal Superior, para que assim, seja possível, ao magistrado, correlacionar o momento identificado com a fração de pena a ser aplicada, neste sentido, o método proposto está intrínseco a ocorrência da denominada “tentativa cruenta ou vermelha”. Logo, retoma-se as considerações já realizadas anteriormente, uma vez que, se o esgotamento de todos os atos executórios não resultar em dano efetivo ao bem jurídico, considera-se que a aplicação da menor fração de diminuição de pena,  $\frac{1}{3}$  (um terço) segundo o CP, fração esta condicionada a ocorrência de todos os atos executórios, ofenderia o princípio da razoabilidade/proporcionalidade.

## **2. O INSTITUTO DA TENTATIVA: Um Aprofundamento Sobre a Temática**

Segundo Gonçalves (2022):

*“[...] a tentativa (ou conatus) constitui a realização imperfeita do tipo penal. Dá-se quando o agente põe em prática o plano delitivo engendrado e, iniciando os atos executórios, vê frustrado seu objetivo de consumir o crime por motivos independentes de sua vontade”. (GONÇALVES, 2022, p. 433).*

O instituto pode ser verificado de forma expressa por meio da leitura do artigo 14, II, do Código Penal, no qual o legislador considerou que ocorrerá a tentativa quando iniciada a execução do crime, este não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Comumente, a literatura jurídica apresenta os seguintes requisitos para a materialização da tentativa, são eles: a) início da execução, ou da denominada, fase executória; b) não consumação do delito propriamente dito; c) não consumação devido a circunstâncias alheias à vontade do agente, pois caso ocorra a não continuidade do delito

por vontade do agente, verificar-se-á os possíveis institutos da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz.

## 2.1 Da Punibilidade da Tentativa

Ainda segundo Gonçalves (2022), o direito penal pátrio acolheu a denominada teoria objetiva para o instituto da tentativa, a qual estabelece uma redução da pena para o delito imperfeito, uma vez que o bem jurídico protegido não foi sacrificado. Portanto, segundo a teoria objetiva, uma pessoa pode ser punida pelo crime de tentativa de homicídio, mesmo que o crime não tenha se consumado. Isso porque, a tentativa, em si, já é considerada um ato criminoso e merece punição.

Ao estudar o instituto da tentativa, é recorrente na literatura jurídica a sua classificação em espécies, são elas: a) tentativa perfeita ou crime falho; b) tentativa imperfeita; c) tentativa branca (ou incruenta); d) tentativa vermelha (ou cruenta); e) tentativa abandonada ou qualificada, nome dado por alguns doutrinadores à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz; f) tentativa inadequada ou inidônea, que consiste no reconhecido instituto do crime impossível.

Com exceção das espécies de tentativa abandonada ou tentativa inadequada, a consequência geral para o reconhecimento do instituto será a aplicação de uma causa de diminuição de pena prevista em um intervalo variável de  $\frac{1}{3}$  (um terço) a  $\frac{2}{3}$  (dois terços), a depender o quão próximo o agente esteve de atingir a consumação do crime.

Retomando as considerações anteriormente já realizadas, este trabalho tem como proposta desenvolver um método baseado na concepção de que a decisão do "*quão próximo o autor chegou a concluir a sua ação*", entendimento invocado pelo Supremo Tribunal Federal em uma série de decisões que versam sobre o quantum de redução deveria ser aplicado ao caso concreto, deveria ser, no caso específico do Tribunal do Júri, avaliada por seus julgadores, ou seja, pelo Conselho de Sentença, cabendo ao magistrado apenas a tarefa exclusiva de realizar o cálculo relativo à diminuição, e não definir o seu valor. Entretanto, neste momento, nos deparamos com a seguinte problemática: "Como seria possível transferir para o Conselho de Sentença a tarefa de identificar em qual momento entre o início da execução e a consumação do crime encontra-se o réu, ou seja, como o Conselho poderia fornecer ao magistrado informações concretas para que este possa realizar a dosimetria?".

Como resposta à pergunta realizada, entende-se que o reconhecimento do momento relativo à execução poderia ser realizado por meio da confecção e inserção de um quesito específico direcionado ao Conselho de Sentença no caso do reconhecimento

da tentativa do tipo cruenta, uma vez que, conforme mencionado, a lesão ao bem jurídico tutelado é requisito fundamental para aplicação do método.

Por fim, o produto principal deste trabalho consiste na apresentação e na discussão sobre uma proposta de elaboração de um quesito complementar para o caso do reconhecimento do instituto da tentativa baseado na escala Likert de discordância e concordância com a finalidade de transferir ao Conselho de Sentença a identificação do quão próximo o agente esteve no caso concreto de concluir todas as etapas do *iter criminis* e, conseqüentemente, o quantum relativo à fração de pena prevista pelo legislador deve ser aplicada pelo magistrado caso ocorra o reconhecimento do instituto da tentativa.

### **3. DO MÉTODO UTILIZADO**

Com o objetivo de transferir para o Conselho de Sentença a atribuição de definir o quantum de pena que deve ser reduzido caso ocorra o reconhecimento do instituto da tentativa, foi proposto um método composto pelas seguintes etapas:

1ª - realização de um estudo sobre a escala Likert (1932), uma técnica amplamente utilizada para a elaboração de questionários valorativos que visam identificar graus de concordância e discordância acerca de uma proposição anteriormente formulada;

2ª - apresentação dos procedimentos utilizados para o cálculo das possibilidades fracionárias para o quantum de diminuição de pena deve ser aplicado para o crime tentado no âmbito dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Neste Capítulo, portanto, será apresentado a união entre a método Likert e a confecção dos denominados Coeficientes de Diminuição de Pena, coeficientes estes que devem ser associados a percepção do Conselho de Sentença quanto ao momento em que foi possível o reconhecimento da tentativa cruenta.

#### **3.1 A Escala Likert**

Em seu trabalho revisional, Bermudes (2016) afirma que a escala Likert foi elaborada pelo educador e psicólogo Rensis Likert em 1932, quando este recebeu seu Ph.D, em psicologia pela Universidade de Columbia. Likert realizou um levantamento usando uma escala de um a cinco pontos tendo como objetivo medir atitudes, e, por meio de sua tese, ficou demonstrado que podia captar, assim, mais informações do que se tivesse utilizado os métodos até então desenvolvidos.

Appolinário (2007, p.81), definiu a escala Likert como “um tipo de escala de atitude na qual o respondente indica seu grau de concordância ou discordância em relação a determinado objeto”. A definição trazida por Appolinário é feliz ao realizar uma síntese do

que considera como sendo a definição da escala. Entretanto, considera-se o conceito proposto por, Aguiar; Correia e Campos (2011, p.2) um dos mais assertivos trazidos atualmente pela literatura, *in verbis*:

*"[...] São uma das escalas de autorrelato mais difundidas (escala Likert), consistindo em uma série de perguntas formuladas sobre o pesquisado, onde os respondentes escolhem uma dentre várias opções, normalmente cinco, sendo elas nomeadas como: Concordo muito, Concordo, Neutro/indiferente, Discordo e Discordo muito. (Aguiar; Correia e Campos, 2011, p.2)*

Conforme pode-se inferir do conceito proposto por Aguiar *et al* (2011), na sua forma originária, a escala foi constituída a partir de cinco pontos, entretanto, com o passar do tempo, vários pesquisadores foram alterando o número de pontos utilizados em seus questionários, denominando assim a escala como do tipo Likert (SILVA JUNIOR; COSTA, 2014).

O Quadro 01 a seguir apresenta um exemplo da utilização tradicional para a escala Likert, veja:

**Quadro 01** - Escala Likert com 5 (cinco) pontos de Concordância/ Discordância

<b>Afirmção Hipotética</b> - A utilização do Julgamento Simulado (Júri Simulado) contribui para a construção das práticas argumentativas orais.				
Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo nem Discordo (Indiferente)	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente
1	2	3	4	5

Fonte: Júri Simulado como Método ativo de ensino, aprendizagem e avaliação (2018). Adaptado pelos autores.

Tradicionalmente, a escala utiliza-se de uma sentença do tipo afirmativa seguida de 5 pontos relacionados à concordância ou discordância sobre o tema apresentado. Entretanto, conforme mencionado anteriormente, não é incomum que a escala Likert sofra

pequenas modificações em seu número de pontos de concordância e discordância, apresentando-se como opções mais de cinco possibilidades, como, por exemplo, as opções:

**Quadro 02** - Escala Likert com 7 (sete) pontos de Concordância/ Discordância

Discordo Totalmente	Discordo	Discordo Parcialmente	Não sei	Concordo Parcialmente	Concordo	Concordo Totalmente
1	2	3	4	5	6	7

Elaboração dos Autores

O modelo apresentado é conhecido comumente como escala Likert de 7 (sete) pontos simétricos, nos quais os valores tanto positivos quanto negativos são espelhados e possuem o mesmo peso na análise das respostas. Observe que o ponto central, identificado pela sentença "Não sei", é um ponto neutro, com atribuição de pontuação 0 (zero), no caso de uma análise concreta.

Outra inovação, diferente da proposta original realizada por Rensis Likert (1932), é a utilização de perguntas diretas antes da marcação dos pontos de concordância ou discordância, ou seja, não é incomum que pesquisas sociais utilizam-se de sentenças interrogativas diretas em suas pesquisas.

Uma vez compreendida a grandeza da ferramenta de pesquisa apresentada, faz-se necessário um estudo sobre as possíveis fraquezas de sua utilização. Neste sentido, Matos (2010, p.68), afirma que:

*"[...] uma das fraquezas deste formato está no fato de que, se os sujeitos que responderam o questionário possuírem uma tendência a avaliar positiva ou negativamente o objeto de pesquisa, a escala Likert<sup>14</sup> tradicional irá restringir a variância das respostas". (MATOS, 2010, p. 68)*

<sup>14</sup> Metodologia desenvolvida por Rensis Likert, denominada escala Likert. Consiste em um formato de resposta utilizado em questionários. O valor singular desse formato é a ordinalidade não ambígua, ou seja, as respostas são previamente determinadas evitando assim que os respondentes criem suas próprias respostas. (BABBIE, 1999).



Como proposta para solucionar este problema, faz-se necessária a utilização de uma metodologia que envolve os formatos de respostas assimétricos (*Skewed responses formats*), que são escalas que possuem mais alternativas de respostas positivas (*positively-packed*) do que respostas negativas (*negative-packed*). Como exemplo, um formato de resposta que se utiliza de tal técnica comumente apresenta as seguintes opções:

- a) discordo fortemente, que representa uma possibilidade de resposta negativa;
- b) discordo na maior parte, que representa uma possibilidade de resposta negativa;
- c) concordo ligeiramente, que representa uma possibilidade de resposta positiva;
- d) concordo moderadamente, que representa uma possibilidade de resposta positiva;
- e) concordo na maior parte, que representa uma possibilidade de resposta positiva;
- f) concordo fortemente, que representa uma possibilidade de resposta positiva.

Além de proporcionar um grau maior de variância nas respostas, ao utilizar-se do formato de respostas assimétricas positivas (*positively-packed*) ou respostas negativas (*negative-packed*), a identificação de aspectos positivos ou negativos relativos ao objeto de pesquisa ao qual se pretende analisar torna-se mais evidente. Por exemplo, um questionário assimétrico, do tipo (*positively-packed*), oferecerá, ao participante da pesquisa, maiores possibilidades de variâncias positivas em relação a aspectos positivos relativos ao objeto de pesquisa avaliado, oferecendo quatro possibilidades positivas de respostas.

No âmbito deste trabalho, o deslocamento no sentido positivo da escala refere-se ao reconhecimento dos maiores índices de redução para o crime de tentativa, ou seja, o Conselho de Sentença possuirá mais opção que tenham como resultado um maior benefício para o acusado do que a menor possibilidade de redução prevista no ordenamento jurídico. Este formato será utilizado exatamente por ter como proposta contornar a problemática trazida por Matos (2010, p.68) sobre a possível tendência que possa existir durante a avaliação do Conselho de Sentença em voltar-se para uma possível resposta tanto no sentido positivo como negativo, uma vez que a escala foi construída no sentido de fornecer ao réu uma maior possibilidade de ser aplicado o maior índice possível

de redução de pena, mas não descartando a chance do reconhecimento do menor coeficiente de redução de pena.

Por fim, neste trabalho será confeccionada uma escala likert do tipo assimétrica (*positively-packed*) de 5 (cinco) pontos. Todos os procedimentos acerca da sua confecção serão apresentados nos tópicos que se seguem.

### **3.2 Cálculo das Possibilidades Fracionárias para o Quantum de Diminuição da Pena para a Tentativa**

Para o cálculo das diminuições propostas, foi realizada a transformação das frações originalmente previstas pelo legislador em números decimais, uma vez que, para o cálculo final, essa transformação resulta em uma facilitação para o cálculo da pena (dosimetria), levando em conta que existe um espectro de frações entre  $\frac{1}{3}$  (um terço) e  $\frac{2}{3}$  (dois terços).

Perceba que  $\frac{2}{3}$  (dois terços) equivale à 0,666...(dízima periódica simples), em sua forma decimal. Se trabalharmos com 2 (dois) algarismos significativos, método que será a partir de agora utilizado,  $\frac{2}{3}$  (dois terços)  $\cong$  0,67. As correções dos algarismos foram realizadas de modo que não se verificará a ocorrência, em nenhuma hipótese, de prejuízo para o réu com relação aos arredondamentos. Logo, utilizando-se do mesmo método, pode-se inferir que  $\frac{1}{3}$  (um terço)  $\cong$  0,33.

A matemática aplicada para a construção do método proposto consistiu na aplicação do procedimento apresentado a seguir:

1. Inicialmente, para calcular o valor de 5 (cinco) pontos tendo como extremidades os valores 0,67 e 0,33, com intervalos iguais, devemos:

- a. Calcular o tamanho do intervalo

O tamanho de cada intervalo será igual à diferença entre os dois números dividido por 4, já que queremos 5 valores iguais entre eles. Tamanho do intervalo =  $(0,67 - 0,33) / 4 = 0,085$

- b. Adicionar o tamanho do intervalo 0,33 para obter os valores intermediários:

1. Valor 1: 0,33
2. Valor 2:  $0,33 + 0,085 = 0,415$
3. Valor 3:  $0,415 + 0,085 = 0,50$
4. Valor 4:  $0,50 + 0,085 = 0,585$

5. Valor 5:  $0,585 + 0,085 = 0,67$

Assim, temos os cinco seguintes valores igualmente espaçados entre 0,33 e 0,67 como pontos extremos, são eles: 0,33 - 0,415 - 0,50 - 0,585 - 0,67.

A Tabela 01 apresenta a relação entre os coeficientes identificados a partir do cálculo realizado anteriormente para cada um dos 5 (cinco) momentos fracionados para a identificação da aplicação da diminuição de pena proposta.

**Tabela 01** - Relação entre os Coeficientes de Diminuição e os Momentos da Materialização da Tentativa

Momento 01	Momento 02	Momento 03	Momento 04	Momento 05
Início dos Atos Executórios do Delito	Antes de Atingir Metade dos Atos Executórios	Pouco Antes da Metade dos Atos Executórios	Pouco Depois de Finalizar a Metade de Todos Atos Executórios	Finalização de Todos os Atos Executórios
0,67  (Coeficiente pré-definido)	0,585	0,50	0,415	0,33  (Coeficiente pré-definido)

#### Elaboração dos Autores

De acordo com a Tabela 01, para cada momento relativo ao *iter criminis* com relação à fase de execução do delito, foi realizada sua divisão em 5 (cinco) momentos distintos, sendo estes numerados de 1 (um) a 5 (cinco), tendo como 1 (um), o momento no qual deve ser aplicado o máximo de diminuição de pena e 5 (cinco), o momento no qual deve ser aplicado o mínimo de diminuição de pena.

Ainda conforme a Tabela 01, para cada momento executório considerado, foi associado um coeficiente de multiplicação para cálculo da pena. O valor de cada

coeficiente está devidamente associado a cada momento da execução proposto, sendo que:

- a. o Momento 01 está associado ao coeficiente 0,67 de diminuição;
- b. o Momento 02 está associado ao coeficiente 0,585 de diminuição
- c. o Momento 03 está associado ao coeficiente 0,50 de diminuição
- d. o Momento 04 está associado ao coeficiente 0,415 de diminuição
- e. o Momento 05 está associado ao coeficiente 0,33 de diminuição

A título de exemplo de aplicação da método proposto, ao considerarmos que um crime da competência do Tribunal do Júri, após ter sido reconhecido o instituto da tentativa, e o juiz, no procedimento relativo à dosimetria da pena ainda na terceira fase, tenha fixado a pena base no quantitativo de 18 (dezoito) anos de reclusão, com a premissa de que o agente tenha realizado atos executórios relativos ao Momento 2 proposto, ou seja, o agente tenha realizado atos cuja linha executória seja identificada como “Antes de Atingir a Metade dos Atos Executórios”, teremos uma redução de pena calculada da seguinte forma:

#### **Tabela 02** - Cálculo da Redução de Pena para um Crime Tentado Hipotético

$18 \times 0,585$  (Coeficiente de Diminuição para o Momento 2) = 10,53 anos (dois algarismos significativos),

ou seja,

10 anos, 6 meses e 10 dias, desprezando-se as frações de dias conforme artigo 11, do Código Penal

#### Elaboração dos Autores

A Tabela 02 apresenta os cálculos realizados para um crime cuja pena foi arbitrada após a aplicação da minorante relativa à tentativa. Observe que, conforme anteriormente mencionado, os cálculos são sempre realizados considerando 2 (dois) algarismos significativos.

#### **4. Aplicação Concreta e Resultados**

Neste Capítulo, pretende-se apresentar, por meio de exemplos fictícios, adaptados de casos reais, a aplicação concreta de todo o método proposto neste trabalho, ressaltando de forma expressa, os pormenores a serem considerados.

Cenário Hipotético 01: J. está sendo acusado de cometer o crime de homicídio em sua modalidade tentada em face de P. Devido a natureza do crime, J. foi julgado pela Vara do Tribunal do Júri da Comarca do Município de Contagem - MG. Após todas as etapas de acusação e defesa, inclusive as alegações finais, o magistrado deverá, caso não haja dúvida a ser esclarecida, conforme previsão artigo 485, do CPP, se dirigir à sala especial para dar início da votação acompanhado dos jurados, do Ministério Público, do assistente, do defensor do acusado, do escrivão e do oficial de justiça. Neste momento, serão lidos os quesitos, um por um, para que o Conselho de Sentença realize a sua votação por meio de cédulas contendo as expressões sim e não.

O modelo de quesitação e o caso anteriormente exposto de forma simplificada foi baseado em um evento ocorrido na Comarca de Contagem-MG e a quesitação formulada pelo magistrado competente foi confeccionada da seguinte forma:

a. **Quesito 01:** Da Materialidade

*Na data XX de XXX de XXXX, por volta das XXX, próximo ao número XX do endereço XXXX, a vítima P. foi atingida por golpes de faca, sofrendo lesões corporais que a levaram à morte?*

[     ] Sim            [     ] Não

Após a apuração dos votos, verificou-se que o número de respostas “sim” para o reconhecimento da materialidade do fato foram suficientes para avançar para o próximo quesito.

b. **Quesito 02:** Da Autoria

O acusado(a) J. foi quem realizou os golpes de faca contra a vítima XXXX?

[     ] Sim            [     ] Não

Após a apuração dos votos, verificou-se que o número de respostas “sim” para o reconhecimento da autoria de J. com relação à prática do crime foram suficientes para avançar para o próximo quesito.

c. **Quesito 03:** Do Quesito Genérico

*O jurado, absolve o(a) acusado(a) J. em relação aos atos praticados contra a vítima P. ?*

[     ] Sim            [     ] Não

Para o caso concreto, não houve absolvição com base no quesito genérico de redação obrigatória conforme disposição expressa pelo artigo 483, §2º do Código de Processo Penal.

d. **Quesito 04:** Da Desclassificação

*O(A) acusado(a), da forma como agiu, deu início à execução de um crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, sobretudo, devido à superficialidade dos cortes sofridos?*

[     ] Sim            [     ] Não

Neste momento, o Conselho de Sentença reconheceu por meio de votação a materialização do instituto da tentativa com relação ao crime de homicídio.

Conforme anteriormente mencionado, os quesitos transcritos foram utilizados pelo juízo da Vara do Tribunal do Júri da Comarca da Cidade de Contagem - MG. Algumas adaptações foram realizadas apenas para manter-se o sigilo do documento original, mas nada que prejudique a sua interpretação ou conteúdo central.

Observe que o quesito representado pela letra (d) corresponde exatamente à possibilidade pelo Conselho de Sentença em reconhecer a materialização do instituto da tentativa previsto no art. 14, inciso II, do CP. Logo, em uma situação em que os jurados reconheçam a ocorrência do instituto da tentativa, o juiz togado deverá, conforme os ditames do parágrafo único do mesmo artigo, aplicar a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de  $\frac{1}{3}$  (um terço) a  $\frac{2}{3}$  (dois terços) na dosimetria tendo como norte de aplicação o entendimento do Superior Tribunal Federal quanto o valor fracionário a ser considerado.

Neste momento, os autores propõem a apresentação ao conselho de sentença de um quesito adicional para que ele seja responsável por identificar o momento da materialização do instituto da tentativa na forma apresentada a seguir:

**Quesito Proposto:** Identificação do Momento em que Ocorreu a Materialização do Instituto da Tentativa

e. Determinação do Quantum de Pena



Reconhecido o instituto da tentativa e tendo como base as informações alegadas neste tribunal acerca do caso concreto em discussão, você, jurado, acerca do quão próximo do resultado almejado o acusado chegou, considera que este:

- a) Cessou todos os seus atos praticamente no início de sua conduta (0,67)
- b) Cessou todos os seus atos antes de atingir a metade de sua conduta (0,585)
- c) Cessou todos os seus atos pouco antes de atingir a metade de sua conduta (0,50)
- d) Cessou todos os seus atos na pouco antes de finalizar a sua conduta (0,415)
- e) Cessou todos os seus atos executórios de sua conduta (0,33)<sup>15</sup>

Como são 7 (sete) jurados que compõem o Conselho de Sentença, o voto de 4 (quatro) deles reconhecendo o mesmo momento dos atos executórios, implica no reconhecimento, inequívoco, de que aquele quantum de diminuição de pena deverá ser utilizado na dosimetria de pena.

Outra possibilidade seria a verificação de um empate com relação ao reconhecimento de momentos executivos diferentes. Neste caso, como solução, os autores propõem a utilização daquele mais favorável ao réu, tendo como fundamento básico a obediência de um dos maiores vetores axiológicos que perpassam todo o sistema jurídico penal, o princípio do *in dubio pro reo*, amplamente estudado no âmbito do Direito Penal.

#### **4.1 Exemplos de Cálculos a Partir dos Coeficientes Propostos**

A partir dos coeficientes apresentados, serão apresentados exemplos concretos com relação à aplicação do método proposto. Para tanto, serão apresentados tópicos com diversas situações hipotéticas.

##### **a. Homicídio Simples Tentado**

Considere que na primeira fase da dosimetria, circunstância judiciais, a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; à personalidade; os motivos; às circunstâncias; às consequências; o comportamento da vítima, sejam todas favoráveis ao acusado. Na segunda fase, atenuantes e agravantes, tenha mantido a pena do acusado no

---

<sup>15</sup> Os coeficientes foram apresentados apenas com fins didáticos para reconhecimento da opção Likert e sua relação com a diminuição da pena proposta neste trabalho. Logo, os coeficientes não devem e não serão apresentados aos jurados.

mínimo legal, não podendo ser reduzida conforme enunciado da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, causas de diminuição e aumento de pena, tenha-se reconhecido a tentativa como uma causa de diminuição de pena.

Para o crime de homicídio, a pena mínima base é de 6 (seis) anos, portanto temos as seguintes possibilidades com relação aos cálculos propostos:

**Tabela 03** - Cálculo do Quantum de Diminuição de Pena Deve ser Aplicado para Reconhecimento da Tentativa para o Crime de Homicídio Tentado pelo Método Proposto

	Momento 1	Momento 2	Momento 3	Momento 4	Momento 5
Reclusão 6 a 20 anos	$6 \times 0,67=4,0$	$6 \times 0,585=3,51$	$6 \times 0,50=3,0$	$6 \times 0,415=2,49$	$6 \times 0,33=1,98$
Homicídio Simples Tentado	ou seja 4,0 anos (redução)	ou seja 3,0 anos, 6 meses e 3 dias (redução)	ou seja 3,0 anos (redução)	ou seja 2 anos, 5 meses e 26 dias (redução)	ou seja 1 ano, 11 meses e 22 dias (redução)

Elaboração dos Autores

Importante mencionar que os resultados apresentados pela multiplicação para cada momento possuem dois algarismos significativos, sendo, portanto, aplicada as regras de arredondamento matemático para resultados com 3 (três) ou mais.

Para o cálculo da redução da pena pela tentativa para o crime de homicídio simples tendo como referência a pena base, não houveram como resultado frações de dias, mas se isto tivesse ocorrido, deve-se seguir a máxima prevista pela art. 11, do CP, que alude sobre a obrigatoriedade do desprezo em relação às frações de dias.

## b. Infanticídio

Para o crime de infanticídientado fixado em sua pena base, verifica-se os seguintes cálculos e reduções:

**Tabela 04** - Cálculo do Quantum de Diminuição de Pena Deve ser Aplicado para Reconhecimento da Tentativa para o Crime de Infanticídio Tentado pelo Método Proposto

	Momento 1	Momento 2	Momento 3	Momento 4	Momento 5
Detenção de 2 a 6 anos	$2 \times 0,67 = 1,34$	$2 \times 0,585 = 1,17$	$2 \times 0,50 = 1,0$	$2 \times 0,415 = 0,83$	$2 \times 0,33 = 0,66$
	ou seja	ou seja	ou seja	ou seja	ou seja
Infanticídio Tentado	1 ano, 4 meses e 12 dias (redução)	1 ano, 2 meses e 6 dias (redução)	1 ano (redução)	9 meses e 25 dias (redução)	7 meses e 20 dias (redução)

#### Elaboração dos Autores

Para os demais crimes, o método de aplicação será sempre o mesmo, sendo necessário:

- o reconhecimento da tentativa para crime em análise;
- a identificação do momento em que de fato foi possível reconhecer a tentativa;
- a aplicação do respectivo Coeficiente de Diminuição de pena calculado para o momento identificado;
- cálculo matemático para a identificação da diminuição da pena no caso concreto.

#### Considerações Finais

Tendo como base a premissa de que o julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri devem ser realizados por meio do Conselho de Sentença, incluindo a este

também a atribuição relacionada à constatação do momento do *iter criminis* relacionado ao cometimento da infração penal em sua modalidade tentada, desde que cruenta, mas sem deixar de reconhecer as limitações técnicas que este conselho possui em relação a aplicação da dosimetria, atribuição esta privativa do magistrado, este trabalho propõe a utilização de um método para que o próprio Conselho possa decidir sobre essa questão.

O método foi proposto tendo como referência o entendimento do Superior Tribunal Federal, no qual a causa de diminuição de pena relativa à tentativa deve ser realizada conforme o *iter criminis* percorrido pelo agente, sendo que a redução a ser aplicada será inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado (HC 95.960, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe-094 de 21-5-2009; HC 110.021, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe-119 de 18-6-2012; HC 85.834, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 12-8-2005; etc.)

Portanto, tendo como base o posicionamento consolidado do Superior Tribunal Federal, somado a utilização de uma ferramenta de fácil aplicação, além de reconhecida e solidificada academicamente, a escala Likert (LIKERT, 1932), foi confeccionado uma proposta de quesitação para que seja possível o reconhecimento de 5 (cinco) momentos que contemplam a fase de execução inserida no *iter criminis*.

Os 5 (cinco) momentos referidos anteriormente utilizaram-se do formato Likert de respostas assimétricas positivas (*positively-packed*), uma vez que, desta forma, estaríamos privilegiando o acusado no sentido de que 3 (três) momentos estão deslocados no sentido do reconhecimento de um maior *quantum* de diminuição de pena e 2 (dois) momentos relacionados ao menor *quantum* de diminuição de pena.

Como resultado deste trabalho, tem-se como proposta final a inserção do seguinte quesito que deve ser apresentado ao Conselho de Sentença após o reconhecimento do instituto da tentativa:

**Quadro 03:** Proposta do Quesito a Ser Apresentado ao Conselho de Sentença para Avaliar o Momento em que se Materializou o Instituto da Tentativa

Quesito Proposto - Reconhecido o instituto da tentativa e tendo como base as informações alegadas neste tribunal acerca do caso concreto em discussão, você, jurado, acerca do quão próximo do resultado almejado o acusado chegou, considera que este:

- a) Cessou todos os seus atos praticamente no início de sua conduta
- b) Cessou todos os seus atos antes de atingir a metade de sua conduta

- c) Cessou todos os seus atos pouco antes de atingir a metade de sua conduta
- d) Cessou todos os seus atos na pouco antes de finalizar a sua conduta
- e) Cessou todos os seus atos executórios de sua conduta

Para cada uma das possíveis alternativas de marcação, ou seja, para cada um dos momentos propostos para o(s) ato(s) de execução, está associado a este um coeficiente multiplicador utilizado para o cálculo final da pena. Estes coeficientes são: 0,67; 0,585; 0,50; 0,415; 0,33, calculados a partir da utilização de preceitos matemáticos simples, com arredondamentos realizados sempre considerando 2 (dois) algarismos significativos, cujo multiplicador 0,67, representa a maior diminuição de pena possível e o número 0,33 a menor diminuição de pena possível.

Como perspectivas de trabalho futuro, têm-se:

- a. a revisão e aperfeiçoamento do método proposto por meio de um aprofundamento ainda maior sobre a temática e utilização da escala Likert assimétrica;
- b. expandir a utilização do método para a aplicação além do instituto do Tribunal do Júri, fornecendo assim ao juiz togado uma ferramenta para análise do *quantum* de pena que poderia ser aplicada no caso concreto para institutos relativos à majorantes ou minorantes de pena, uma vez que em todos eles é possível verificar um intervalo cuja aplicação é, a princípio, abstrata e de competência do magistrado;
- c. a validação e consequente melhoria, por meio de estudos de casos concretos, dos coeficientes apresentados neste trabalho; e
- d. a confecção de uma ferramenta automática para o cálculo da dosimetria da pena para o seu cálculo final.

## 6. Referências Bibliográficas

AGUIAR, B.; CORREIA, W.; CAMPOS, F. **Uso da Escala Likert na Análise de Jogos**. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE GAMES (SBGAMES), 10., 2011, [s.l.]. Anais... [s.l.], 2011. p. 1-5.

APPOLINÁRIO, F.; ATLAS, (Ed.) **Dicionário de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2007.

BANDEIRA, L. A. **O governo João Goulart: as lutas sociais no Brasil (1961-1964)**. Civilização Brasileira, 2000.

BERMUDES, Wanderson Lyrio et al. **Tipos de escalas utilizadas em pesquisas e suas aplicações**. Revista Vértices, v. 18, n. 2, p. 7-20, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Júri do inquérito ao plenário**. Saraiva Educação SA, 2018.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Altera a legislação penal e processual penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 março de 2023.

CARVALHO, J. M. de. **A ditadura envergonhada**. Companhia das Letras, 2002.

COSTA, Adriano dos Santos. **Tribunal do Júri: a história e a evolução de sua regulamentação no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 870, 30 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7676/tribunal-do-juri-a-historia-e-a>>

DE ARAÚJO, Marília da Silva. A Decisão Manifestamente Contrária às Provas dos Autos e o Quesito Genérico de Absolvição: (I) Legitimidade do Recurso Ministerial. **O Ativismo Judicial e a Judicialização da Política**, p. 376, 2019

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado®-parte geral**. Saraiva Educação SA, 2012.

GONÇALVES, VICTOR EDUARDO RIOS. **Direito Penal Esquematizado-Parte Especial**. Saraiva Educação SA, 2022.

HUGO, Victor. A clemência no Tribunal do Júri no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº**, v. 71, p. 49, 2019.

LIKERT, Rensis. A technique for the measurement of attitudes. **Archives of psychology**, 1932.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MUSSALIM, Fernanda. Análise do discurso. **Introdução à linguística: domínios e fronteiras**, v. 2, n. 2, p. 101-142, 2001.

NOGUEIRA, Conceição. **Análise do discurso**. 2001.

SILVA JUNIOR, S.D.; COSTA, F. J. **Mensuração e Escalas de Verificação: uma Análise Comparativa das Escalas de Likert e Phrase Completion**. PMKT – Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing, Opinião e Mídia, São Paulo, Brasil, v. 15, p. 1-16, out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Livraria do Advogado Editora, 2001.



## **LIVRAMENTO CONDICIONAL: CONCEITOS, CONDIÇÕES, CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE A SUA VIGÊNCIA**

**ELISA SILVA DE MORAIS:**  
Graduanda em Direito pela  
Universidade Brasil

ELOISA DA SILVA COSTA  
(orientadora)

**Resumo:** Este estudo teve como principal objetivo compreender o sistema do livramento condicional, bem como discutir sua aplicabilidade no sistema penal brasileiro, entendendo seus efeitos. Teve como meta analisar e conceituar o sistema do livramento condicional, apontando suas primordiais características, além de analisar o necessário para a aplicabilidade do benefício e demais requisitos que devem ser cumpridos em face do réu, para sua ressocialização e possíveis consequências no que tange a falta grave. A devida análise veio a ocorrer mediante estudo por meio de artigos e doutrinas, que possibilitaram a conclusão do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Livramento condicional. Benefício. Falta grave.

**Abstract:** This study had as main objective to understand the system of conditional release, as well as discuss its applicability in the brazilian criminal system, understanding its effects. It aimed to analyze and conceptualize the system of conditional release, pointing out its main features, and analyze what is necessary for the applicability of the benefit and other requirements that must be met in the face of the defendant, for their rehabilitation and possible consequences regarding the serious fault. The due analysis came to occur through study by means of articles and doctrines, which enabled the conclusion of this work.

**Keywords:** Conditional release. Benefit. Serious fault.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Pressupostos para o livramento condicional. 2.1 Pressupostos objetivos. 2.2. Requisitos subjetivos. 2.2.1 Falta grave no livramento condicional. 2.3. Exame criminológico. 3. Condição. 4. Revogação. 5. Suspensão. 6. Conclusão e Referências.

### **1. Introdução**

O livramento condicional se refere a uma das formas de reintegração do preso ao meio social, por meio de uma liberdade provisória, ou seja, liberdade antecipada, concedida mediante determinadas condições previstas no ordenamento jurídico tanto objetivas (art. 83, incisos I, II, IV e V, do Código Penal) quanto subjetivas (art. 83, III, do

Código Penal), podendo ser adquirido sem a necessidade de passar por todos os regimes de cumprimento.

Destaca-se que não é concedido pelo magistrado que veio a proferir a sentença, mas somente pelo juízo da execução, tratando-se, portanto, de um direito subjetivo, visto que preenchido todos os requisitos legais, pode ser exigido pelo condenado, assim como possui um aspecto material por buscar a reintegração do condenado.

Entende-se que no Código Penal anterior era tido como a última fase do sistema progressivo, sendo posteriormente regulamentado pelo Decreto 16.665 de 1924, após a autorização legislativa do Decreto n. 4.577/22, e atualmente descrito na forma dos artigos 83 a 90 do Código Penal Brasileiro, assim como nos artigos 131 a 146 da Lei de Execução Penal (LEP).

Para a concessão é necessária uma análise minuciosa dos pressupostos tanto objetivos quanto subjetivos.

Um dos maiores debates no que se refere a falta grave, visto que a falta grave abrange os elementos subjetivos da concessão ao livramento, isso porque conforme se depreende o art. 83, inciso II, do Código Penal, o sentenciado não poderá ter cometido falta grave nos últimos doze meses, prejudicando a Súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que se determinou que a falta grave não interromperia a contagem do prazo para a obtenção do livramento condicional.

## **2. Pressupostos para o livramento condicional**

Para a concessão do livramento devem ser observados e analisados os pressupostos objetivos e subjetivos, que se dispõe no art. 83, do Código Penal (CP) como se dispõe a seguir:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

- b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
  - c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e
  - d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;
- IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
- V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (BRASIL)

Sua concessão se dará na fase da execução onde será feita mediante manifestação do Ministério Público e do defensor perante o magistrado.

## **2.1. Pressupostos Objetivos**

Se far-se-á inicialmente analisando a quantidade da pena, que se dará a penas iguais ou superiores a dois anos, privativas de liberdade, ou então somadas às penas para a aferição do livramento, desde que transitadas em julgado.

Atendido tal requisito deve ser analisado o cumprimento de mais um terço da pena, caso o réu não seja reincidente em algum tipo penal doloso, assim como bons antecedentes, concessão denominada de livramento condicional simples ou cumprimento de mais da metade da pena seja reincidente em crime doloso, se falando então de livramento condicional qualificado.

“A reincidência dolosa determina, como se vê, a elevação da prazo o mínimo imposto como requisito objetivo. Considera-se que o condenado reincidente revela, em tese, maior periculosidade e está por merecer maior rigor penal, já que a condenação anterior não serviu de contra estímulo ao seu estímulo criminoso.

Somente a reincidência dolosa é que eleva a fração de cumprimento da pena como condição do benefício, agravando a situação do executado; a culposa em nada interfere. Se um dos crimes for culposos, ou todos, será exigido apenas o percentual de um terço.” (MARCÃO, 2023, p. 529)

Em se tratando, entretanto, de crimes hediondos, práticas de tortura, tráfico de drogas ou pessoas assim como terrorismo, deverá o réu cumprir mais de dois terços da pena, mas observado alguma reincidência em crimes da mesma natureza aos citados ou da mesma espécie de forma equiparada, não há de se falar de concessão ao livramento, assim como nos crimes hediondos com resultado morte, como se traz o art. 122, VI, “a” e VIII, da LEP.

O último pressuposto objetivo é a reparação ao dano, uma vez que toda condenação penal tem como um de seus efeitos a indenização, devendo o agente cumprir salvo impossibilidade de fazer, sendo essa inviabilidade de reparação ao dano mediante comprovação real e concreta de insolvência do executado, ou então vítima não localizada, desinteressada ou que tenha renunciado.

## **2.2. Requisitos subjetivos**

No que se refere à ordem subjetiva, o sentenciado não poderá ser um criminoso habitual, sem outras condenações e envolvimento em inquéritos policiais e outros, devendo ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional o bom comportamento durante a execução da pena, comprovados por atos positivos, bons comportamentos, com bom desempenho no trabalho atribuído a ele.

Por fim, é estritamente necessário que o infrator comprove aptidão para prover a própria subsistência, através de trabalho honesto, podendo ser abrangido também a promessa de emprego e a confirmação que não irá delinquir novamente, principalmente aos condenados por crime doloso, cometido com grave ameaça à pessoa, a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

### **2.2.1. Falta grave no livramento condicional**

Conforme se compreende a Súmula 441 do STJ descreveu que “a falta grave não interrompe o prazo para a obtenção do livramento condicional”, sendo prejudicada pela nova redação do artigo 83, III, do Código Penal juntamente com a Lei 13.964/2019, por ter vedado o livramento nos casos em que ocorram a falta grave nos doze meses que antecedem a concessão do benefício, visto que seria incompatível com o requisito do “bom comportamento durante a execução”.

## **2.3. Exame Criminológico**

Legalmente não se admite o exame criminológico para a obtenção do benefício, sendo discutível se é cabível ou não, mas conforme se determina algumas das jurisprudências o magistrado pode vir a determinar o exame em decisões meramente fundamentadas nas circunstâncias em que se determinar o caso concreto e justificativa para a medida.

Tal exame vem a ser realizado por meio de peritos como, assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e outros que realizam entrevistas e exames no executado, para que tragam fundamentações para que o juiz tome uma decisão para a concessão ou não do livramento.

No mesmo sentido, a Súmula n. 439 do STJ: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

### **3. Condição**

Nos casos em que o juiz das execuções vir a proferir sentença concedendo o livramento, deve ser especificado as condições ao qual o acusado irá se submeter, sendo tais imposições previstas no art. 132 da Lei de Execuções Penais, com um rol determinado e imposto ao magistrado. Tais condições serão ramificadas entre as obrigatórias e facultativas.

"As condições do livramento condicional não são imediatas ou decorrentes diretamente do texto legal. Deverão ser expressamente estipuladas na sentença que concede o livramento." (BRITO, 2022, p.1050)

As obrigatórias (legais) estão no art. 132, §1º, da LEP, que determinam que o executado obtenha ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho, comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação e não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.

Nas facultativas, ou judiciais, previstas no art. 132, §2º, da LEP, consistem em não mudar de residência sem a comunicação ao juiz e autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção, recolher-se à habitação em hora fixada e não frequentar determinados lugares.

Um grande adentro seriam as condições indiretas ou negativas, que determinam a ausência de revogação do livramento condicional, ao qual após ser concedido, o benefício pode ser revogado por certas causas, como por exemplo, condenação superveniente.

## 4. Revogação

A revogação se subdivide em revogação obrigatória, prevista no art. 86 do Código Penal e revogação facultativa que ocorrerá quando houver desídia do agente no cumprimento das condições do benefício (art. 87, do CP).

### Revogação do livramento

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecoorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

### Revogação facultativa

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecoorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (BRASIL)

No que se refere a revogação obrigatória, estão previstas no artigo 86 do CP, ao qual, para a revogação do livramento o réu venha a ser condenado à pena privativa de liberdade com sentença irrecoorrível por crime cometido durante a vigência do livramento ou por crime anterior, disposto no artigo 84 do Código Penal.

Já a revogação facultativa atinge uma conduta praticada que será analisada pelo juiz se será revogada ou não, como por exemplo, quando a uma desídia ao cumprimento das obrigações para a permanência do livramento ou quando há uma condenação irrecoorrível, por alguma contravenção ou crime que culminam em pena não privativa em liberdade.

## 5. Suspensão

A suspensão nos casos que envolvem o livramento condicional não são automáticos, ocorrendo quando o réu mediante o descumprimento vem a praticar outra infração penal durante o que se entende período de provas, tal como demonstrar ter um comportamento impróprio, e diante do presente caso poderá o juiz determinar a prisão do agente junto com o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo por fim a suspensão, assim como determina o artigo 145 da LEP.

Compreende-se que havendo o cometimento de uma nova infração penal, como um novo delito durante o livramento, um crime ou até contravenção, poderá o juiz agir por



ofício ou por meio de solicitação do Ministério Público a suspensão do livramento condicional, entendendo-se que mediante tal atitude não há nenhuma violação no que tange o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, resumidamente, não ofende o princípio da presunção de inocência.

Após a suspensão, o beneficiado volta ao estabelecimento prisional, para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dependendo da decisão final do magistrado para decidir se o livramento irá ser revogado ou não.

## 6. Conclusão

Em suma, para entendermos as consequências da falta grave durante a vigência do livramento condicional é necessário compreender o art. 52 da LEP, ao qual se entende que com o cometimento dela, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pode interferir na concessão ao livramento, uma vez que interfere na conduta do recluso.

Nessa questão, o regimento anterior previa que o livramento poderia ser concedido se o réu, com a conduta prejudicada pela falta grave, esperasse um determinado tempo, para que então seu comportamento melhorasse, entretanto, com o advento da lei anticrime, o legislador estabeleceu que se trata um requisito objetivo não ter cometido falta grave nos últimos doze meses.

Nesse sentido, com o reconhecimento do caráter objetivo aos requisitos necessários para a concessão do livramento, cabe destacar nessa mesma linha que se trata do não cometimento do ato, ou seja, é necessário praticar, o que difere do reconhecimento que pode vir a demorar dias, meses ou até anos, como por exemplo, um infrator, recluso, realiza fuga do presídio (falta grave ou falta disciplinar), por seguinte é instaurado um procedimento administrativo disciplinar (PAD), e por fim, após alguns meses é reconhecido judicialmente essa falta. Portanto, o critério essencial é o cometimento não o reconhecimento.

Por fim, conclui-se que mesmo que a falta grave pode vir a interromper o lapso temporal para a aquisição do livramento condicional, no que tange a concessão do benefício, é uma penalidade que pode vir a impedir, caracterizando como uma ausência de requisito amparado pela lei 83, III, do Código Penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRREUCCI, R. A. **Manual de Direito Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2021. *E-book*.

ARAÚJO MELO, Ana Carolina. **Livramento condicional uma análise da sua aplicabilidade e seus efeitos.** Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3552/1/TCC%20-%20Anna%20Carolina.pdf>. Acesso em: 01/03/2023

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BRASIL, Código Penal, Capítulo V - Art. 83, 86 e 87. 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: 10/03/2023

BRITO, A. C. D. **Execução Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

ESTEFAM, A. **Direito penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

ESTEFAM, A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquemático - Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. **Manual de direito penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MARCAO, R.F. **Curso de Execução Penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

MASSON, Cleber. **Direito penal : parte geral (arts. 1º a 120).** 17. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2023

## AS FRAGILIDADES DA PROVA TESTEMUNHAL: AS FALSAS MEMÓRIAS

**RAFAEL ALVES FERREIRA DE ÁZARA:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Criminais na Atualidade pela PUC-Minas. Advogado.<sup>16</sup>

**RESUMO:** O testemunho, é, no processo penal brasileiro, o principal meio de prova, sendo ele a fundamentação da maioria das sentenças condenatórias e absolutórias proferidas pela justiça brasileira. No entanto, o testemunho se mostra, pelos estudos da Psicologia, falível. Isto porque, as testemunhas, ao prestarem seu papel em juízo, se valem das lembranças para que possam relatar os acontecimentos, estando o processo penal subordinado às recordações daquelas. E é o processo mnemônico que dá aos testemunhos os contornos de sua fragilidade. É neste contexto que se encontra o cerne da discussão ora apresentada: a partir da conceituação do que são memória e falsificação de memórias, pretende-se mitigar a ideia de que o testemunho deve ser a prova por excelência do processo penal, devendo ser visto em sua fragilidade e falibilidade, criticando, assim, um juízo de certeza embasado apenas na prova testemunhal.

**Palavras-chave:** Processo Penal brasileiro; Falsas Memórias; Prova; Prova Testemunhal. O passado é um país estrangeiro: as pessoas fazem coisas diferentes por lá. O Mensageiro, L.P. Hartley (1953)

### 1. INTRODUÇÃO

Francesco Carnelutti, em seu livro *As Misérias do processo penal* (1995, p. 43), ao entender que o processo penal é uma investigação sobre determinado acontecimento, qual seja, o delito, aponta que

um fato é um pedaço de história; e a história é a estrada que percorrem, do nascimento à morte, os homens e a humanidade. Um pedaço de estrada, portanto. Mas da estrada que se fez, não da estrada que se pode fazer. Saber se um fato aconteceu ou não quer dizer, portanto, voltar atrás. Esse voltar atrás é aquilo que se chama fazer história.

---

<sup>16</sup> E-mail: rafaeldeazara@gmail.com

Partindo da construção de Carnelutti sobre o que é fazer história, vê-se que, tal como o historiador, o juiz criminal é visto como um historiador da história do delito (DI GESU, Cristina, Prova Penal e Falsas Memórias, 2014, p. 50).

E é durante a tentativa de reconstrução do passado - fazer história -, caminho que a persecução criminal percorre, tendo em vista que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita (LOPES JR., Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista, 2005, p. 267), que nos vemos na possibilidade de trilharmos na direção errada: não há como “restaurar um fato da mesma forma em que ocorreu no passado, pois este só existe na memória das pessoas” (DI GESU, 2014, p. 50).

E é nesta impossibilidade de reconstruir o passado, irrepetível, que se encontra o cerne do presente trabalho: a falibilidade da prova testemunhal a embasar uma condenação criminal em razão da possibilidade de criação das chamadas falsas memórias pelas testemunhas.

Pretende-se, portanto, argumentar que o testemunho é falível, partindo de estudos realizados na área da Psicologia, os quais têm demonstrado que o ato de recordar não se mostra fidedigno à realidade. Referidas pesquisas comprovam que o ato de lembrar é facilmente suscetível a falhas, que podem comprometer a aquisição, retenção e recuperação das informações, contaminando, dessa maneira, a lembrança.

Neste contexto se encontram o ato de falsificar as memórias, âmbito do tema proposto.

Assim, a partir da conceituação do que são memória e falsificação de memórias, pretende-se mitigar a ideia de que o testemunho deve ser a prova por excelência do processo penal, devendo ser visto em sua fragilidade e falibilidade, criticando, assim, um juízo de certeza embasado apenas na prova testemunhal.

É, portanto, o que se pretende com o presente trabalho.

## **2. MEMÓRIA: DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO**

A memória pode ser definida como um aglomerado de mecanismos psíquicos responsáveis por armazenar informações e experimentações vividas, com fins de fixá-las, retê-las e recordá-las. Em apertada síntese, é a memória a “aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações” (IZQUIERDO *apud* GIACOMOLLI e DI GESU, 2008, p. 4336).

Respaldando-nos na referida definição, podemos classificar os diferentes tipos de memória, quais sejam, a memória de curta duração, a memória de trabalho e a memória de longa duração, esta última essencial para o presente estudo.

A memória de curta duração pode ser definida como a “retenção temporária de pequenas quantidades de material por breves períodos de tempo” (BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. Memória, 2011, p. 21).

É, portanto, a apreensão de informações por poucos segundos, utilizada, por exemplo, por médicos em testes de extensão de dígitos, em especial na detecção de doenças da memória, em que o paciente deve repetir uma sequência de dígitos logo após ser dita pelo examinador (MANSUR, Carlos Gustavo, *Psiquiatria para o Médico Generalista*, 2013, p. 92).

Por outro lado, temos a chamada memória de trabalho, que é a memória que armazena e retém, de modo temporário, informações enquanto determinada tarefa está sendo realizada. É, portanto, a memória que auxilia nas atividades cognitivas, como quando retemos, temporariamente, informações durante a leitura de um livro. É também conhecida como memória funcional. (DANEMAN, Meredyth; CARPENTER, Patricia. *Individual differences in working memory and reading. Journal of Verbal Behavior*, v. 19, 1980, p. 450-466).

Por fim, temos a memória de longa duração, também conhecida como consolidada. É ela a memória que permite o armazenar de informações por longos períodos de tempo e, consiste, assim, no conjunto de informações que cada pessoa sabe e lembra.

O referido processo que dá origem à consolidação das informações, ou seja, à formação das memórias de longa duração, ocorre quando uma memória de curta duração (geral ou de trabalho) persiste por tempo suficiente para que se estabilize como memória de longa duração.

E é no referido caminho – da aquisição à consolidação – que podem as memórias adquirir contornos de irrealidade, contaminando a prova testemunhal, conforme nos coloca Di Gesu:

A neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer

alteração da lembrança da testemunha ou vítima. Isso vem justificar o estudo das Falsas Memórias. (2010, p. 86).

Assim, vê-se que, no transcurso de tempo entre a aquisição a retenção das memórias, pode haver a incorporações de elementos alheios ao momento vivenciado, viciando, assim, a recordação. Dentre tais elementos capazes de contaminar a recordação estão as falsas memórias.

### **3.AS FALSAS MEMÓRIAS: DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO**

Conforme Di Gesu (2010, p. 127-128), as chamadas falsas memórias correspondem a uma informação não verdadeira inserida em uma experiência que foi vivenciada, surgindo o chamado “efeito da falsa informação”, em que o indivíduo acredita ter vivido, verdadeiramente, uma experiência que não existiu.

Em síntese, é um fenômeno em que há um passado verdadeiro no que foi colocado uma lembrança que não corresponde a ele.

Assim, conforme Kihlstrom (*Exchumed Memory*. New York: Guilford, 1998, p. 33),

“a memória não é como ler um livro; é mais como escrever um livro a partir de anotações fragmentadas”.

Partindo dessa metáfora, percebe-se que a memória, na realidade, trata-se da confluência de informações armazenadas e novos elementos a ela agregados, haja vista que, junto das informações retomadas acontecidas, lembra-se, também, diversos outros fatores, como as emoções sentidas.

Nesse contexto, surgem as falsas memórias que, por induzimento de terceiro ou da própria pessoa que recorda, há uma falha nos mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação, levando o sujeito à uma falsa percepção da realidade.

No tocante a eventos traumáticos, como é ser vítima de um ato criminoso, ressalta Izquierdo (Memória, 2006, p. 345) que o detalhamento do acontecido é esquecido com o passar do tempo e, ao invocar novamente a recordação, retornam apenas os detalhes emocionais, impregnados de subjetivismos.

Partindo da definição, importa ressaltar que as chamadas falsas memórias podem ser classificadas em falsas memórias espontâneas e sugeridas, conforme nos expõe Neufeld, Brust e Stein (Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas, 2010, p. 25-26):



As falsas memórias espontâneas ou autossugeridas são resultantes de distorções endógenas e ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interposição pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado. [...] No que tange às falsas memórias sugeridas, elas advêm de sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original. Esse fenômeno, denominado efeito da sugestão da falsa informação, pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada. Nas falsas memórias sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não o faz. Essa informação sugerida pode ou não ser apresentada deliberadamente com o intuito de falsificar a memória. O efeito da falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras e um aumento das falsas memórias.

Assim, as falsas memórias espontâneas ou autossugeridas ocorrem de um processo normal de compreensão, sem que ninguém as tenha provocado, e, ainda, como por sugestão, de modo deliberado ou acidental, de informações falsas (STEIN; NEUFELD, 2001, p.180).

#### **4 . AS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL**

Após conceituarmos o que são memória e falsas memórias, importante trazer à baila as consequências que podem elas provocar ao processo penal, em especial, levando em consideração juízo de certeza de uma sentença criminal que, muitas vezes, no cotidiano forense, é embasado apenas na prova testemunhal.

Conforme exposto anteriormente, pode-se concluir que a lembrança do testemunhante sobre o fato delituoso não tem o condão de reconstruí-lo da forma como realmente ocorreu, tendo em vista que ao nos recordarmos de algo, não somos capazes de termos uma reprodução exata daquilo, mas uma interpretação, cercada de subjetivismos.

Neste viés, pode-se afirmar que, para o processo penal, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, viciado por memórias falsas, torna o testemunho não confiável, comprometendo integralmente o referido meio de prova (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4344).

É o que se constata do concluído por Daniel Schacter (Os Sete Pecados da Memória: Como a mente esquece e lembra, 2003, p. 118):

Segundo estimativas do fim da década de 1980, a cada ano, nos Estados Unidos, mais de 75 mil julgamentos de crimes foram decididos com base de depoimentos de testemunhas. Um estudo recente, no qual a análise de DNA provou a inocência de indivíduos condenados injustamente, revelou que em 36 (90%) dos 40 casos levantados houve identificação errada pelas testemunhas.

Sem a intenção de esgotar as consequências da falsificação de memórias no processo penal, que podem ser decorrentes de diversos fatores, opta-se por centrar o presente tópico em duas situações correntes em que a falsa memória é capaz de contaminar um testemunho: a sugestionabilidade do depoimento infantil e o reconhecimento com falsas memórias.

#### **4.1 Sugestionabilidade do depoimento da criança**

Prevê o art. 208, do Código de Processo Penal:

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Infere-se do supramencionado artigo que a legislação processual penal brasileira permite que crianças prestem testemunho, havendo a proibição de deferir o compromisso de dizer a verdade ao menor de quatorze anos.

Assim, sendo autorizada a oitiva infantil a contribuir para o lastro probatório colhido durante a instrução processual penal, deve-se valorar o depoimento infantil com cautela.

Isto porque, conforme Di Gesu (2014, p. 147) as crianças são mais vulneráveis à sugestão, visto que possui uma tendência de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto que a entrevista.

Neste viés, vê-se que crianças, em seus depoimentos, tendem a fantasiá-los, não raramente, por exemplo, quando supostas vítimas de um delito contra a dignidade sexual, fazem referência a “cobras corais” e a “tripas” se referindo ao órgão sexual masculino (DI GESU, 2014, p. 149).

No entanto, referidos depoimentos, eivado de ludicidade, se mostram insuficientes a afastar o princípio da presunção de inocência, devendo observar se há um excesso de imaginação na fala infantil, bem como o contexto em que vive a criança. É o que se justifica com o exemplo judicial nos trazido por Di Gesu (2014, p. 149-150)<sup>17</sup>.

Nos diz a estudiosa que:

Em síntese, o imputado foi acusado de abusar sexualmente da menor P., sua filha. Os abusos consistiram, primeiramente, em estuprar a menina. Após o exame de conjunção carnal e a constatação de ser a menor virgem, a acusação passou a ser por atentado violento ao pudor em continuidade delitiva. [...] Ocorre que a menina vivia em um ambiente de promiscuidade sexual, uma vez que sua genitora se dedicava à prostituição, e a menor frequentava a boate. Ponderou-se, na fundamentação, justamente isso, ou seja, o fato de a infante residir em zona de prostituição, advindo daí os estímulos sexuais inadequados à sua idade.

Continua Di Gesu nos dizendo que, no depoimento da criança, naqueles autos, descrevia a “cobra” colocada em sua vagina pelo réu com uma altura de 1,20 metro, cinza com preto e branco, tinha olhos, porém não tinha boca, dentre outras características que desvirtuava seu depoimento.

Naquela ocasião, acertadamente, foi absolvido, em sede recursal, o réu por insuficiência de provas, ainda que não se soubesse efetivamente se a vítima sofrera os abusos relatados na denúncia ou se era algo de sua imaginação induzida pela influência do meio em que vivia.

Assim, vê-se que as falsas memórias, quando não observadas pelo juiz – seja por desconhecimento ou por quadro mental paranoico -, são capazes de levar a uma condenação não fundamentado em uma prova robusta, ao valorar excessivamente

---

<sup>17</sup> Apelação-Crime 70017367020, Quinta Câmara Criminal do Tribunal do Rio Grande do Sul.

depoimentos infantis, por exemplo, em que a criança não consegue entender a complexidade dos acontecimentos, possuindo sua percepção limitada.

#### **4.2 As falsas memórias no ato de conhecimento**

Há também de se ressaltar, na função testemunhal de um delito, a possibilidade de falsificação de memórias no ato de reconhecimento, previsto nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal.

Importa observar, inicialmente, que o reconhecimento é “o meio de prova utilizado com a finalidade de obter a identificação de pessoa ou coisa por meio de um processo psicológico de comparação com elementos de prova” (LOPES, Mariângela Tomé. O Reconhecimento de Pessoas e Coisas como um Meio de Prova Irrepetível e Urgente. Necessidade de Realização Antecipada. Boletim IBCCRIM, ano 19, n. 229, p. 06).

Porém, ainda que, pela definição, nos pareça óbvio a capacidade da vítima de um delito ou eventual testemunha presencial dele, os quais tiveram contato direto com o autor ou coisa e puderam observá-las, e, assim, tenham maior facilidade de reconhecê-los posteriormente, a percepção precedente também é passível de gerar erros (DI GESU, 2010, p. 157158).

Isso acontece, muitas vezes, no modo em que se dá o reconhecimento na habitualidade policial e forense, que necessita ser repensado: na fase pré-processual, não raras vezes são apresentadas fotografias dos suspeitos, como ato preparatório ao reconhecimento pessoal.

Ilustra um típico caso de falsificação de memória em ato de reconhecimento Stein, Brust e Neufield (Compreendendo o fenômeno das falsas memórias, 2010, p. 22):

[...] chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre o grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: ‘eu tenho mais certeza que

foram eles, do que meus filhos são meus filhos!’ Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista”.

No caso, observa-se que o reconhecimento dos suspeitos não se referia aos autores do delito de que o taxista foi vítima, mas a recordação dele foi das imagens apresentadas de modo fotográfico, gerando uma situação de gravíssima injustiça.

Vê-se, portanto, do exposto, a possibilidade de criação de falsas memórias também no ato de reconhecimento de supostos autores, acrescentando à ideia de que a valoração da prova testemunhal deve ser repensada no processo penal.

## **5. CONCLUSÃO**

O juiz, como historiador do acontecimento delituoso, se vê frente a um caminho que visa retornar ao passado e, com o máximo de fidedignidade, restaurá-lo, a fim de conseguir obter a verdade daquilo que aconteceu. No entanto, vê-se que tal caminho é inacessível.

Na reconstrução do ato delituoso, função da persecução penal, além da impossibilidade de se voltar ao passado e de lá vislumbrar a verdade máxima dos acontecimentos, há a possibilidade de surgir obstáculos, como o aparecimento das falsas memórias, capazes de fundamentar uma sentença eivada de injustiça.

Pesquisas sobre as referidas recordações, eivadas de uma falsa percepção da realidade, vêm demonstrar que o processo de lembrar é falível, sendo que qualquer pessoa pode cometer equívocos ao se lembrar de um acontecimento.

Partindo da realidade do processo criminal brasileiro, em que o testemunho é a prova por excelência, vê-se a necessidade de se repensar sua valoração, a fim de observar e, ainda, minimizar as suas falhas, bem como considerá-lo, muitas vezes, apenas quando presente em um contexto probatório de maior lastro.

Dois modos recorrentes nos fóruns criminais foram tratados no presente artigo, ainda que de modo breve: a possibilidade de falsificação das memórias no depoimento infantil, como no ato de reconhecimento, exemplos estes que fundamentam ainda mais a urgente necessidade de repensar o testemunho.

Assim, ainda que não se pretenda desacreditar o testemunho como prova a ser valorada e considerada no processo, é necessário refletir sobre ele diante da possibilidade de falsificação das memórias, tendo em vista que o processo de recordação, ou mnemônico, é falho ao não trazer com exatidão o fato acontecido.

Ao pensarmos sobre a falibilidade do testemunho no processo penal brasileiro, talvez, como estudiosos e aplicadores do Direito, trilhemos em direção a um caminho que nos leve a uma instrução processual cheia de dúvidas, porém não, por esse caminhar, não teremos como ponto de chegada uma condenação injusta incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGSON, Henri. **Matéria e Memória**. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Brasil: Conan, 1995.

DANEMAN, Meredyth; CARPENTER, Patricia. **Individual differences in working memory and reading**. *Journal of Verbal Behavior*, v. 19, 1980.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DOMINGUES, Alexandre de Sá. REZENDE, Rodrigo de Souza. **A fragilidade do reconhecimento pessoal como única prova para a condenação criminal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, mai./2010, p. 11-12.

GIACOMOLLI, Nereu José. DI GESU, Cristina. **As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2009. Anais...2009, Manaus. XXVII, 2009. Disponível em <[www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06\\_191.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf)> Acesso em: 12 de junho de 2016.

IZQUERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LOPES, Mariângela Tomé. **O Reconhecimento de Pessoas e Coisas como um Meio de Prova Irrepetível e Urgente. Necessidade de Realização Antecipada**. Boletim IBCCRIM, ano 19, n. 229.

MANSUR, Carlos Gonçalves. **Psiquiatria para o médico generalista**. Porto Alegre: Artmed, 2012.

MAZZONI, Giuliana. **Crimes, testemunhos e falsas recordações**. Revista Viver Mente & Cérebro, São Paulo, ano 1, n. 149, jun. 2005, p. 78-84.



MIRA Y LOPES, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Mestre Jou, 1967.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky.  
**Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lílian Milnitsky. **Compreensão da Memória segundo diferentes perspectivas teóricas**. Revista de Estudos de Psicologia, ano 2, n. 18, 2001, p. 50-63.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória: Como a mente esquece e lembra**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

WELCH, Larissa Civardi. **Falsas Memórias do Processo Penal**. Dissertação. Porto Alegre: 2012.

## CRIMES CIBERNÉTICOS E A INVESTIGAÇÃO POLICIAL

**LINCOLN HENRIQUE BORGES RIBEIRO DA SILVA:**

Estudante de Direito pela Universidade Brasil -  
Campus de Fernandópolis/SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

Orientador

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar sobre a evolução tecnológica e sua contribuição para o surgimento da internet como a conhecemos nos dias de hoje, de forma ser utilizada por todos – já que são indispensáveis - como fonte de compartilhamento de dados por todo o globo, demonstrando de que forma esta rede acabou por se demonstrar um local propício para o cometimento de diversos tipos de crimes, estes delitos são conhecidos atualmente como crimes cibernéticos que a cada dia se tornam um risco a sociedade dada a vulnerabilidade existente na vida online ou ainda, pela falta de atenção e cuidado dos usuários ao utilizá-la já que dificilmente as pessoas procuram entender as formas de se combater e não ser vítima destes crimes. O artigo visa ainda, exemplificar que diante de toda esta nova sistemática, houve a necessidade da criação de uma legislação que permitisse identificar, combater e punir os autores destes delitos, bem como, a necessidade de se desenvolver um trabalho investigativo que seja eficiente neste combate.

**Palavras-chave:** Internet. Crimes Cibernéticos. Legislação. Investigação.

### 1 INTRODUÇÃO

A cada dia a utilização da internet e dos recursos de tecnologia tomam conta mais e mais da vida das pessoas, seja para buscar conhecimento, investir financeiramente, criar amizades ou relacionamentos, entre outras infinidades de oportunidades e recursos que a internet proporciona, hoje visto por todos como indispensáveis.

Essa rápida evolução veio acompanhada de diversos riscos, que geraram diversos prejuízos as vítimas. Hoje denominados como crimes cibernéticos, estes se caracterizam pela prática de delitos no ou por intermédio do ambiente da internet.

Os crimes cibernéticos ganharam proporções inimagináveis diante de sua facilidade e impunibilidade, o que urgentemente obrigou o legislativo a criar normas para combater a ocorrência de crimes virtuais.

A Lei 12.731/12 ou Lei Carolina Dieckmann sancionada em 02 de dezembro de 2012, a Lei 12.965/14 ou Marco Civil da Internet sancionada em 23 de abril de 2014, a Lei 13.709 ou LGPD sancionada em 14 de agosto de 2018 e a Lei 14.155/21 sancionada em 27 de

maio de 2021, são as atuais e principais legislações que visam combater os crimes cibernéticos no Brasil.

Além é claro, conforme ressalta Barreto e Brasil (2016) a própria Constituição Federal Brasileira através dos dispositivos que capitulam os princípios e garantias das liberdades fundamentais dos indivíduos aplica-se aos crimes cibernéticos, a exemplo dos artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 215, 218, 219, 220.

Neste artigo, será realizado uma análise sobre as condições e dificuldades da investigação policial no Brasil nos crimes cibernéticos. Identificando características específicas necessárias para tais investigações, como por exemplo a infraestrutura no que se refere as delegacias gerias e o suporte fornecido aos policiais.

## **2 SURGIMENTO DA INTERNET**

Transformado o mundo como hoje conhecemos, a internet é considerada uma das maiores invenções da humanidade desde o seu surgimento, tornando-se quase impossível e indispensável a sua utilização por todas as pessoas.

Em uma era onde os principais meios de comunicação eram o telégrafo e o telefone, os computadores foram surgindo como grandes máquinas que faziam cálculos e armazenavam informações (ROCK CONTENT, 2020). O primeiro deles conhecido como ENIAC.

Surge então o conflito de maior responsabilidade pela rápida evolução de tais máquinas. Em 1957, os EUA e a União Soviética protagonizaram a Guerra Fria, um embate ideológico, econômico, político, militar e, é claro, tecnológico. Devido ao conflito, os Estados Unidos estavam interessados em encontrar uma maneira de proteger suas informações e comunicações no caso de um ataque nuclear soviético. As inovações que tentaram resolver esse problema levaram ao que conhecemos hoje como Internet (ROCK CONTENT, 2020).

Em 1958, um ano após o lançamento do primeiro satélite artificial da história, o Sputnik 1, pela URSS, os EUA criaram a DARPA *Defense Advanced Research Projects Agency*, em português Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa, responsável pela pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias militares, dentro elas, a rede de computadores (ROCK CONTENT, 2020).

Em 1961, Leonard Kleinrock, com sua teoria de comutação de pacotes alegava que dois servidores podiam se comunicar para enviar e receber informações transportadas por pacotes por meio de uma rede de nós, tais pacotes podiam seguir caminhos diferentes

dependendo da saturação da rede, e ser refeitos na chegada ao destino. Já em 1962, J. C. R Licklider, chefe da DARPA e pioneiro da Internet, descreveu o conceito de uma rede galáctica para acessar rapidamente dados de qualquer lugar do mundo (ROCK CONTENT, 2020).

Ainda neste ano, Paul Baran apresentou um sistema de comunicações que, por meio de computadores conectados a uma rede descentralizada, era imune a ataques externos, já que, se um ou mais nós fossem destruídos, os outros poderiam continuar funcionando. Ou seja, as informações dos Estados Unidos da América estavam protegidas, tendo em vista que através de tais tecnologias, poderiam ser consultadas em qualquer computador (ROCK CONTENT, 2020).

Em 1965, o experimento de maior sucesso se consolidou ao conectarem um computador TX2 a um Q-32 por uma linha telefônica comutada de baixa, criando-se a primeira *Wide Area Network* (WAN) ou em português "rede de longa distância" (ROCK CONTENT, 2020).

Continuando, em 1966 Roberts entrou na DARPA e criou o plano da ARPANET com o intuito de desenvolver a primeira rede de comutação de pacotes, juntamente de Robert Kahn e Howard Frank. Embora o primeiro protótipo de uma rede comutada por pacotes descentralizada já tivesse sido projetado pelo Laboratório Nacional de Física (NPL) do Reino Unido em 1968, ganharia visibilidade somente em 1969, quando um computador da Universidade da Califórnia (UCLA) se conectou com sucesso a outro do *Stanford Research Institute* (SRI). A conexão por nós foi tão bem-sucedida que, meses depois, quatro universidades americanas já estavam interconectadas. Assim nasceu a ARPANET (ROCK CONTENT, 2020).

Com o passar do tempo, o ARPANET foi se aperfeiçoando para atender as necessidades da época, mudando em 1983 seu protocolo de NCP para TCP/IP, tendo em 1985, a internet se consolidado como a principal rede de comunicação com alcance global (ROCK CONTENT, 2020).

Por fim, em 1989, Tim Berners-Lee desenvolveu a *World Wide Web* para facilitar o trabalho colaborativo no CERN. Basicamente a WWW, que funciona como um sistema de distribuição de documentos de hipertexto (HTTP) interconectados e acessíveis por meio de um navegador web conectado à Internet. O sistema se tornou tão popular no CERN que, em 1991, foi aberto ao público externo. Isso foi possível graças à criação do navegador *Mosaic* em 1993. De fato, sua recepção foi tão rápida que em 1997 havia mais de 200 mil sites e em 1997 nasce o Google, marcando um novo ponto de virada na história da internet. (ROCK CONTENT, 2020).

## 2.1 A INTERNET COMO FONTE DE CRIMES

As pessoas se tornaram dependentes do meio digital, sendo perceptível a dificuldade de se encontrar quem não utilize a internet para algo, a agilidade e facilidade que ela proporciona conquistou o novo mundo, e por isso se tornou tão relevante nas relações humanas.

Com toda essa evolução, o Direito vem ganhando novos e diferentes ramos de atuação, o tecnológico é um deles, já que o mundo virtual se tornou parte do cotidiano das pessoas e conseqüentemente necessita de intervenção jurídica para manter uma ordem.

A internet é um grande portal de informações em todos e para todos os ramos. Mas no que se refere ao Direito Penal e Processual penal, esta realidade abriu portas para a prática de crimes vistos até então como impunes, dada a necessidade da falta de regulamentação jurídica específica, pois como se sabe, o Direito precisa acompanhar a evolução a fim de combater a inviolabilidade dos direitos referentes à população.

É notório que a internet não busca tanto proteger a intimidade, a vida privada de seus usuários e por isso se tornou um meio simples para os criminosos buscarem alvos fáceis. Deixando assim, uma lacuna no cumprimento do artigo 5º, caput e inciso X da Constituição Federal, que diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Os autores Emerson Wendt e Higor Vinicius Nogueira Jorge, em seu livro Crimes Cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação (2013, p. 18) apontam que “característica principal em relação aos malefícios da internet é, sem dúvida, a engenharia social, utilizada em praticamente todas as ações criminosas e danosas na rede” e continuam descrevendo que para um acesso indevido a uma rede ou conta bancária, para a venda de um produto inexistente, dentre outras inúmeras condutas, os criminosos sempre se utilizam de métodos ardilosos que buscam, em suma, que o usuário execute uma ação e/ou presta informações (Wendt e Jorge, 2013, p. 18).

Coriolano Almeida Camargo, entende por exemplo que um dos crimes cibernéticos mais comum é aquele cometido contra o sistema financeiro, ou seja, o furto mediante fraude, onde uma pessoa recebe uma mensagem falsa via internet com link por exemplo,

abre o arquivo e importa um vírus para seu aparelho/máquina, este vírus fará uma varredura, encontrará dados bancários e com estas informações retirará dinheiro de suas contas correntes. Assim, os criminosos descobriram que é mais fácil e muito melhor atacar os correntistas do que ir atrás dos bancos (2013, p. 21). Mais uma vez demonstrando a vulnerabilidade dos usuários nos meios online.

### **3 CONCEITO DE CRIMES CIBERNÉTICOS**

Conhecido popularmente como crimes cibernéticos, estes se referem a atividades criminosas cometidas online, através de uma rede ou dispositivo que conecte diferentes usuários. Grande parte destes delitos são cometidos por hackers ou cibercriminosos que visam o lucro, mas há aqueles que apenas pretendem causar desordem.

Há uma diversidade de conceitos quanto ao entendimento do que sejam os crimes praticados em ambientes virtuais. Segundo Antônio Chaves, por exemplo este conceitua a cibernética como a ciência geral dos sistemas de informantes e, em particular, dos sistemas de informações”.

A OECD (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), amplamente conceitua os crimes cibernéticos, como sendo qualquer conduta ilegal não ética, ou não autorizada que envolva processamento de dados e/ou transmissão de dados.

Continuando, Fabrizio Rosa conceitua estes crimes como:

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; 2. O ‘Crime de Informática’ é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; 3. Assim, o ‘Crime de Informática’ pressupõe dois elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; 4. A expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão; 5. Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um



bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, etc.

E por fim, conceitua Sérgio Marcos Roque que os crimes cibernéticos são: “toda conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento em seu objetivo material”.

Sob tais óticas, se entende que os crimes cibernéticos podem ser cometidos por organizações que costumam utilizar técnicas avançadas e quando agem atingem um conhecimento global, ou os mais comuns, por pessoas individuais que de outras formas não tão complexas conseguem alcanças o resultado desejado.

#### **4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL**

Os crimes cibernéticos por se tratarem de delitos relativamente novos, faz com que o mundo jurídico ainda esteja aprendendo a lidar com tal tecnologia, já que a maior dificuldade em lidar com os delitos online seja a agilidade e habilidade com que estes são cometidos, sendo que muitos se quer deixam rastros de quem ou onde foi realizado.

Até o ano de 2012 não havia legislação específica que regulamentasse delitos cometidos pela internet. Em obediência ao previsto no artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade, os delitos assim cometidos não poderiam ser reprimidos, se não devidamente tipificados em Lei. Em razão da imprevisão de regramentos específicos, a disseminação de tais condutas foi rápida e diversificada (Costa e Silva, 2021).

A primeira regulamentação relacionada aos crimes cibernéticos foi através da Lei 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckman, esta sendo uma figura pública que teve vazadas por meio de uma invasão em seu computador fotos íntimas feitas por ela.

Tal lei alterou o Código Penal, incluindo uma tipificação penal para crimes cibernéticos, que veio a ser o artigo 154 – A, que atualmente dispõe:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (Brasil, 1940).

Houve alteração ainda nos artigos 266 e 298 do Código Penal, conforme descreve Harakemiv e Vieira:

A nova Lei ainda alterou a redação do artigo 266 do Código Penal, que acrescentou ao crime de “interrupção ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento”, o parágrafo 1º que dispõe que incorrerá na mesma pena aquele que interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento, bem como também acrescentou ao artigo 298 o parágrafo único, o qual dispõe que para fins de falsificação ou alteração, equiparasse o documento particular o cartão de crédito (HARAKEMIV; VIEIRA; 2014, p. 425).

A crítica tecida a esse dispositivo diz respeito a não determinação do que seriam dos dispositivos informáticos e as vulnerabilidades, bem como a responsabilização dos provedores de internet (ROCHA, 2013).

Ainda, Harakemiv e Vieira (2014) disseram que mesmo os artigos inclusos no Código Penal 154-A e 154-B, presentes no título I do Código, referindo-se aos crimes contra honra, referem-se também a intimidade, a vida privada e o direito ao sigilo de dados constantes em dispositivos informáticos, tutelam também o patrimônio do titular do dispositivo violado, tais autores ainda trouxeram algumas definições referente a Lei 12. 737/12, sendo:

No crime em questão, adicionado ao Código Penal pela Lei 12.737/12, considera-se que pode incorrer como sujeito ativo qualquer pessoa, já que o seu tipo penal não exige nenhuma qualidade especial do seu agente, sendo, portanto, um crime comum. Quanto ao sujeito passivo dos crimes informáticos considera-se que possa ser qualquer pessoa que utilize ou não o meio eletrônico, podendo existir mais de um indivíduo desde que tenham seus bens jurídicos ameaçados ou lesados pela mesma conduta delituosa, como por exemplo, uma série de e-mails contendo o mesmo conteúdo viral cujo objetivo é lesar quem os recebe (HARAKEMIV; VIEIRA, 2014, p.424).

Com o passar do tempo, se viu necessário a criação de novas leis que auxiliassem e complementassem a já existente no país, como a Lei 13.185/15 que trata dois crimes relacionados ao bullying digital e a Lei 14.155/21 que alterou o Código Penal e o tornou bem mais rigorosas as punições que envolvem crimes cibernéticos.

## **5 A INVESTIGAÇÃO POLICIAL DOS CRIMES CIBERNÉTICOS**

É certo que a polícia, instituição do Estado possui como função, manter a ordem, a segurança e a paz na sociedade, cabendo a polícia civil as funções administrativas do poder judiciário.

No artigo 144, parágrafo 4º da Constituição de 88, são atribuídas as funções da Polícia Judiciária, determinando que cabe às policiais civis dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares.

É com a produção das provas que se faz a distinção dos crimes comuns e os crimes praticados por intermédio da internet, sendo que a prática do crime pela internet a investigação inicial procura manter na íntegra o material para se provar o delito, contando que toda ação criminosa da internet deixa algum tipo de vestígio. Com isso, o Delegado de polícia procura investigar os vestígios deixados para buscar descobrir a sua autoria. (TEIXEIRA, 2013).

Da mesma forma que é fácil identificar um crime cibernético, a identificação do autor do delito é praticamente impossível, tendo em vista que para acessar a internet não há nenhuma forma de controle e nem a necessidade de identificação. Desta forma qualquer pessoa pode ser autora do crime, e sua identificação é muito difícil, pois os usuários se conectam à rede através de uma tecnologia conhecida como TCP/IP (*transmission control protocol –internet protocol*) cujo software normalmente reside no sistema operacional, onde todos os programas e aplicativos utilizados na máquina compartilham do mesmo número (IP) que é único e se altera automaticamente a cada novo acesso à internet, sendo assim o agente pode se conectar de qualquer dispositivo eletrônico e de qualquer lugar cometer o ilícito penal utilizando apenas conhecimentos próprios e se valendo indiscriminadamente desse meio ciente de que após cometer a infração e se desconectar da internet a única forma possível para sua identificação, ou seja, o número de IP utilizado momentos antes pelos programas empregados na prática delituosa foi apagado, sendo gerado um novo IP em uma conexão à internet futura (HARAKEMIV; VIEIRA, 2014, p.424).

A lei 12.735/12 determina que os órgãos da polícia judiciária devem criar setores especializados no combate às ações delituosas em rede de computadores, dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados.

Ocorre que, são poucos os estados brasileiros que possuem estes setores especializados, de acordo com o site Safernet, apenas 18 estados brasileiros possuem delegacias especializadas em crimes cibernéticos, além de serem poucos os treinamentos para que os policiais de delegacias comuns se especializem.

Portanto, diante do aumento de delitos cibernéticos, as dificuldades que a polícia encontra para realizar seu trabalho de investigação são inúmeras, pois há a necessidade de modernização dos aparatos utilizados e de especialização no atendimento de demandas tão complexas que são estes delitos diferenciados do comum vivido até os dias de hoje.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a modernidade que a internet pode proporcionar, a facilitação para práticas criminosas online se tornou um dos maiores problemas, isto, dada a dificuldade que os órgãos responsáveis estão tendo para combatê-las.

As investigações policiais, são um exemplo de maior importância para tal combate, pois é ali que os procedimentos necessários são realizados, para identificar a autoria e materialidade com a maior eficácia possível.

Entretanto, resta entendido que nenhum ato para combater estes delitos cibernéticos serão suficientes, se não forem acompanhados de uma devida capacitação daqueles que primeiro atuam profissionalmente, sendo os policiais civis o foco inicial principal.

E para isso acontecer é necessário a criação de um canal de comunicação que permita rapidamente a obtenção das informações necessárias de dados cadastrais, acesso e conexão para o rastreamento da origem dos delitos, assim que a vítima comunica as autoridades.

Além é claro de uma legislação que mantenha a impunidade severa destes delitos, para que assim, estes não sejam mais vistos como fonte fácil e lucrativa de obter vantagens.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.689, de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro.**

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: 10 out. 2022.

BRASIL. 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: 10 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14155.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BARRETO, A. G.; BRASL, B. S. **Manual de Investigação Cibernético à Luz do Marco Civil da internet**. Rio de Janeiro: Bransport, 2016.

CHAVES, A.; SILVA, R. de C. L. **Direito Penal e Sistema Informática**. 2003, p.19.

CONTENT, R. **Conheça a história da Internet, sua finalidade e qual o cenário atual**. 2020. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em: 15 out. 2022.

COSTA, E. S.; SILVA, R. C. **Crimes Cibernéticos e Investigação Policial**. Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí. 2021, ed. 02 – jul/dez 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/06/Crimes-ciberne%CC%81ticos-e-investigac%CC%A7a%CC%83o-policial.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2023.

DIAS, V. S. **Aspectos da segurança jurídica no âmbito dos crimes cibernéticos**. 2007. Acesso em: <http://icofcs.org/2007/ICoFCS2007-pp12.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023.

GLOECKNER, R. J.; JR., A. L. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/580978>. Acesso em: 26 mar. 2023.

FOGLIATTO, J. **Os Crimes cibernéticos e os meios que a polícia utiliza a identificação dos criminosos**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77225/os-crimes-ciberneticos-e-os-meios-que-a-policia-utiliza-para-a-identificacao-dos-criminosos>. Acesso em: 18 mar. 2023.

HARAKEMIW, R. A.; VIEIRA, T. V. **Crimes Cibernéticos. Anais do 2º Simpósio Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**. 2014. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/crimes-virtuais-an%C3%A1lise-do-processo-investigat%C3%B3rio-e-desafios-enfrentados>. Acesso em: 18 mar. 2023.

JORGE, E. W. E. H. V. N. **Crimes Cibernéticos - Ameaças e Procedimentos de Investigação**. 2ª Edição. ed. São Paulo: Brasport Livros e Multimídia Ltda, 2013. Acesso em: 10 out. 2022.

KASPERSKY. **O que são crimes cibernéticos? Como se proteger dos crimes cibernéticos**. 2023. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/what-is-cybercrime>. Acesso em: 30 out. 2022.

NASCIMENTO, J. V. de P; PINHEIRO, R. P; CIPRO, V. A.T. de P. **Comércio Eletrônico, Sua Logística e o Impacto de Crescimento Durante a Pandemia da Covid 19**. 2022. Trabalho de Graduação (Tecnólogo em Logística) Faculdade de Tecnologia de Jundiá. Disponível em: [https://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/11328/1/Tecnologiaemlogistica\\_2022\\_2\\_Jo%C3%A3o%20vitor%20de%20Paula%20Nascimento\\_Com%C3%A9rcio%20eletr%C3%B4nico%20e%20o%20impacto%20de%20crescimento%20durante%20a%20pandemia%20da%20Covid%2019.pdf](https://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/11328/1/Tecnologiaemlogistica_2022_2_Jo%C3%A3o%20vitor%20de%20Paula%20Nascimento_Com%C3%A9rcio%20eletr%C3%B4nico%20e%20o%20impacto%20de%20crescimento%20durante%20a%20pandemia%20da%20Covid%2019.pdf). Acessado em: 04 fev. 2023.

ROCHA, C. B. **A evolução criminológica do Direito Penal: aspectos gerais sobre os crimes cibernéticos e a Lei 12. 737/2012**. 2013. Disponível em: [http://www.amab.com.br/fileadmin/user\\_upload/A\\_evolucao\\_criminologica\\_do\\_Direito\\_Pena\\_I.pdf](http://www.amab.com.br/fileadmin/user_upload/A_evolucao_criminologica_do_Direito_Pena_I.pdf). Acesso em 04 fev. 2023.

RODRIGUES, D. B. **Os Crimes Virtuais e Sua Regulamentação no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://bvalaw.com.br/crimes-virtuais/#:~:text=Sua%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20veio%20inicialmente%20com,Lei%2012.737%20de%202012>. Acessado em: 18 mar. 2023.

ROQUE, S. M. **Criminalidade Informática: Crimes e Criminosos do Computador**. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007, p. 25.

ROSA, F. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 53.

ROSA, F. **Crimes de Informática**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 54.

SAFERNET. **Delegacias Cibercrimes**. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/delegacias-cibercrimes#mobile>. Acessado em: 26 mar. 2023.

SCHMIDT, G. **Crimes Cibernéticos**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/crimes->



ciberneticos/149726370#:~:text=Entretanto%2C%20h%C3%A1%20duas%20classifica%C3%A7%C3%B5es%20mais,crimes%20cibern%C3%A9ticos%20pr%C3%B3prios%20e%20imp%C3%B3prios. Acesso em: 29 abr. 2023.

TEIXEIRA, R. de Q. **Os Crimes Cibernéticos no Cenário Nacional**. Escola superior aberta do Brasil – ESAB, 2013 (Curso de pós-graduação lato sensu em engenharia de sistemas).

WENDT, E.; JORGE, H. V. N. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de Investigação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Brasport. 2013. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=iGY-AgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=investiga%C3%A7%C3%A3o+criminal+nos+crimes+cibern%C3%A9ticos&ots=OsIWJIcaUt&sig=bf4GTjnz9D1XH3WIF6pITrMbEI4#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 29 abr. 2023.

## O DIREITO TRABALHISTA E SUA VISÃO SOBRE A “UBERIZAÇÃO” DO TRABALHO\*

**GEOVANA ROCHA FERREIRA DA SILVA:**

Graduanda em Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC<sup>18</sup>

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA<sup>19</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo analisar a visão do Direito Trabalhista em relação à "uberização" do trabalho. A "uberização" refere-se a um fenômeno que ocorre devido aos avanços tecnológicos e implica em uma forma de trabalho mais flexível e informal, em que os profissionais operam conforme a demanda. A legislação trabalhista, conhecida por suas características de proteção ao trabalhador, enfrenta o desafio de se adaptar a essa nova realidade. Os progressos desenfreios da produção e da demanda fazem com que provocou o chamado "uberização" do trabalho, que gera consequências inimagináveis para a população, na medida em que seus direitos trabalhistas se tornam cada vez mais vulneráveis e quase inexistentes. O presente estudo busca compreender os impactos da "uberização" do trabalho nas relações de trabalho, assim como as consequências sociais e jurídicas desse fenômeno. Para isso, é realizada uma revisão de literatura, com base em pesquisas bibliográficas, doutrinas e jurisprudências pertinentes ao tema. Os resultados obtidos permitem uma reflexão sobre possíveis soluções jurídicas e políticas para lidar com a "uberização" do trabalho, visando promover a equidade e proteção dos direitos dos trabalhadores nesse contexto. Questões como o reconhecimento de vínculo empregatício, garantia de direitos trabalhistas mínimos e responsabilidade das plataformas digitais são abordadas de forma crítica e analítica.

Palavras-chave: Precarização. Trabalho. Uberização. Mudanças. Sociedade.

## THE LABOR LAW AND ITS VISION ON THE “UBERIZATION” OF WORK

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the view of labor law in relation to the "uberization" of work. "Uberization" refers to a phenomenon that occurs due to technological advances and implies a more flexible and informal form of work, in which professionals operate according to the demand. Labor legislation, known for its characteristics of worker protection, faces the challenge of adapting to this new reality. Unbridled progress of production and demand caused it to be so-called "uberization" of work, which generates

---

<sup>18</sup> E-mail: geovanarochafsilva@gmail.com

<sup>19</sup> Docente do curso de Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC.

unimaginable consequences for the population, as their labor rights become increasingly vulnerable and almost nonexistent. The present study seeks to understand the impacts of the "uberization" of work on labor relations, as well as the social and legal consequences of this phenomenon. For this, a literature review is performed, based on bibliographic research, doctrines and jurisprudence pertinent to the subject. The results obtained allow a reflection on possible legal and political solutions to deal with the "uberization" of work, aiming to promote the equity and protection of workers' rights in this context. Questions such as the recognition of employment, guaranteeing minimal labor rights and responsibility of digital platforms are approached in a critical and analytical way.

Keywords: Precariousness. Work. Uberization. Changes. Society.

## **1 INTRODUÇÃO**

A legislação trabalhista é conhecida por suas características de proteção ao trabalhador, vez que a sua função social foi constitucionalmente fundada visando a hipossuficiência do proletário na relação de emprego.

A crise originada pela pandemia em 2020 fez com que todos os setores e áreas precisassem inovar para continuarem a funcionar. No início, houve resistência frente ao novo, porém, agora mais do que nunca, é inegável que o direito e a tecnologia não andam separados. As práticas inovadoras e tecnológicas cresceram em grande escala, fazendo com que até mesmo os mais tradicionais e conservadores, saíssem da zona de conforto.

Nesse contexto, inserem-se as mudanças ocorridas com as relações de trabalho. Muitas empresas tiveram que fechar suas portas ou então mudar a forma de se relacionar com seus clientes. Assim, passaram a aderir às plataformas digitais como um modo de maior alcance ao público e maior autonomia para exercerem seus serviços. Pode-se dizer que o uso da tecnologia trouxe avanços em diversas áreas, afetando também as relações trabalhistas, fornecendo a flexibilização mencionada.

A "uberização" trata-se de uma forma de trabalho mais flexível e informal, onde agem conforme a demanda. O nome é originário da empresa Uber, que é responsável pelo serviço de transporte de passageiros, onde solicitam a viagem por meio de aplicativo. Seus funcionários são detentores de certa liberdade e autonomia e exercem o serviço conforme a demanda dos clientes, podendo aceitar ou não realizarem as corridas. Assim, a uberização do trabalho não se refere somente aos parceiros da Uber, mas também aos tipos de relações que foram estabelecidas através do uso de aplicativos e tecnologias.

Entretanto, no estudo vai ser demonstrado que a uberização pode ser uma aliada da precarização das relações de trabalho. Isto porque, quando o indivíduo não tem uma

relação de emprego estável e formalizada, ele perde algumas garantias trabalhistas e acabam trabalhando em condições não tão ideais, como exercendo uma jornada de trabalho muito maior que a prevista em lei e não recebendo nenhum adicional extra de horas trabalhadas.

Deixa-se claro que o objetivo do presente trabalho é apresentar todos os aspectos positivos e negativos de negócios e empresas que possuam a mesma forma de trabalho que a Uber, tendo em mente que a preocupação de se assegurar o princípio da primazia da realidade deve ser firmada, já que é o único mecanismo de defesa dos trabalhadores para a regulamentação das atividades empresariais de forma adequada e coerente em um cenário cada vez mais complexo e sofisticado.

Assim, tenta-se demonstrar os danos à coletividade gerados pela precarização do trabalho, gerados pela inovação tecnológica e da ausência jurídica do tema.

O artigo foi elaborado para compreender o tema trazido, bem como suas consequências na sociedade, baseado na revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, em sites, doutrinas, jurisprudências, artigos e legislações.

## **2 O APLICATIVO UBER E A ORIGEM DO TERMO “UBERIZAÇÃO”**

A modernidade e as inovações tecnológicas, bem como as mais variadas formas de trabalho humano no mundo, trouxeram a chamada economia de compartilhamento, com o intuito de promover a solidariedade social e viabilizar que produtos e bens subutilizados ou sem utilização tenham alguma destinação, gerando a diminuição de gastos ou eventual rendimento financeiro ao proprietário e menos gasto para quem requer o compartilhamento.

Os diversos aplicativos que surgiram sob a alegação de possibilitar a economia compartilhada de serviços, que facilita a contratação de mão de obra por meio de um sistema de comunicação no ambiente virtual, tanto o prestador de serviço quanto o tomador do referido serviço têm acesso à várias possibilidades de contratação, sendo maior do que as probabilidades que teriam no sistema tradicional de indicação pessoal.

Nesse contexto, surge a Uber, uma empresa estadunidense de tecnologia prestadora de serviços na área do transporte privado urbano, fundada em 2009, em São Francisco, nos Estados Unidos, que funciona através de um aplicativo, surgida através de Garrett Camp e Travis Kalanick, que tiveram a ideia de criar um aplicativo para facilitar a locomoção das pessoas pelas cidades (ARAUJO; JUNIOR, 2009, n.p.).

Seu principal objetivo foi a promoção da comunicação imediata de trabalhadores, que utilizam o seu próprio veículo, com pessoas que necessitam se locomover de forma

eficiente. O aplicativo trabalha na logística de fazer a ligação com quem está solicitando um motorista e o motorista que está disponível para atender o chamado.

A empresa surgiu e se transformou numa multinacional, atualmente presente em mais de 700 cidades em 63 países, dados esses constatados até no próprio Brasil, já que na cidade de São Paulo possui mais Ubers do que taxistas comuns, de acordo com o jornal Folha de São Paulo. Outro fato importante é que a Uber possui mais de 3 milhões de motoristas “parceiros” no mundo, chegando a fazer mais de 17 milhões de viagens por dia. No Brasil, a Uber iniciou seus trabalhos no junto com a Copa do Mundo de 2014, no Rio de Janeiro e, em seguida, em São Paulo, Brasília e Belo Horizonte (UBER NEWSROOM, 2020).

Ainda é possível encontrar cinco modalidades, sendo as principais o UberX que é disponível para carros mais simples e o Uber Black para carros de luxos de cores prata ou preto com tarifas elevadas. Já os demais cuidam de transporte de animais, bagagens e bicicletas.

O funcionamento do aplicativo Uber exige o cadastramento prévio do trabalhador interessado no site da empresa, que se coloca à disposição com seu veículo próprio ou alugado para prestar o serviço de transporte de passageiros ou objetos, tendo que preencher um extenso questionário e enviar uma série de documentos pessoais e do veículo que utilizará na prestação do serviço. Depois de aprovado no cadastro, o motorista não poderá se fazer substituir por qualquer outra pessoa, ainda que ocasionalmente, sob pena de ser excluído da empresa e também não poderá fazer uso de outro veículo a não ser aquele aprovado na realização do cadastro. Já em relação aos usuários do serviço oferecido pela plataforma, os seus objetivos é a busca por uma forma mais eficiente para a realização do deslocamento nas grandes cidades, onde a urbanização é alta (UBER NEWSROOM, 2020).

Como tratado anteriormente, o serviço de transporte privado individual de passageiros tornou-se possível justamente com o avanço tecnológico, mais precisamente com a chegada dos smartphones, e a Uber, uma das pioneiras do ramo, emprestou seu nome para o novo modelo econômico. O crescimento da Uber foi possível graças à possibilidade de viagens mais baratas e confortáveis dentro da cidade, num mercado dominado por um único modelo de transporte individual.

É nesse contexto que surge o termo “uberização do trabalho”, que está ligado às empresas que de um modo geral se responsabilizam pelo desenvolvimento de uma plataforma para que os “parceiros” possam executar o trabalho, possibilitando uma nova forma de organização de produção, instalando-se de forma generalizada em todo o mundo.

Esse modelo de negócio é tão somente mais um tipo de trabalho “colaborativo”, que ilude e desprova os trabalhadores de vínculos empregatícios. Trata-se de modelo de negócio que utiliza o meio virtual para negociar produtos e serviços concretos, fechando contratos, na maior parte das vezes, mediante contraprestação monetária, sendo de responsabilidade da plataforma a intermediação entre as partes, não protagonizando a negociação. (ARAUJO; JUNIOR, 2009, n.p.).

Com todos os problemas atualmente gerados pela pandemia e crise econômica do país, no Brasil, a Uber e suas concorrentes aproveitam-se da situação de falta de trabalho, o que resulta em taxas altíssimas de desemprego informal. A uberização é justamente essa precariedade trazida pela tecnologia e pelo modo de relação entre o prestador do serviço, a empresa que utiliza a plataforma para regular todo o serviço e os clientes (UBER NEWSROOM, 2020).

O foco da uberização é o trabalho por demanda, ou seja, uma forma nova de trabalho na qual os trabalhadores, conectados à internet através de smartphones, ofertam sua força de trabalho na expectativa do surgimento da demanda pelo possível trabalho. A partir dessa nova relação entre a empresa Uber e os trabalhadores, surgiu a existência de uma nova forma de precarização do trabalho camuflada de autogestão.

### **3 A GARANTIA DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

O trabalho é um símbolo de dignidade e cidadania. Apesar da demanda por empregos com salários adequados, uma grande parcela da população busca o trabalho como uma fonte de sustento. A promulgação da Constituição foi um marco significativo para a sociedade brasileira, pois garantiu direitos fundamentais para todos os indivíduos, que antes eram negligenciados pela legislação. A existência da Constituição trouxe um grande alívio para a consolidação de condições de trabalho dignas (ARAUJO; JUNIOR, 2019).

Além disso, a Constituição também assegura proteção aos vínculos trabalhistas, oferecendo suporte aos trabalhadores que precisam combater as práticas injustas nas relações de emprego. Ela é intransigente em relação a preconceitos e proíbe atos discriminatórios durante o processo de admissão do trabalhador.

No seu artigo 7º, a Constituição aborda os direitos dos trabalhadores, que visam melhorar sua condição social. Tavares (2020, p. 918) menciona, por exemplo, alguns desses direitos.

[...] despedida arbitrária ou sem justa causa (inc. I), direito ao seguro-desemprego, quando este é involuntário (inc. II), direito a um fundo de garantia por tempo de serviço (inc. III), aviso prévio proporcional



ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (inc. XXI). Quanto ao primeiro direito mencionado, tem-se “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória”.

A Constituição assegurou, ainda, um conteúdo mínimo desse direito, no art. 10 do ADCT:

[...] Congregam-se, aqui, os direitos assegurados nos seguintes incisos do art. 7º: IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XVI e XXIII. O trabalhador tem direito a um salário mínimo, que será nacional, e capaz de suprir necessidades básicas do indivíduo e de sua família, como saúde, moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência (inc. IV); direito a um piso salarial que seja proporcional à extensão e à complexidade do trabalho prestado (inc. V); direito à irredutibilidade do salário, salvo disposição em convenção ou acordo coletivo (inc. VI); direito a um salário nunca inferior ao mínimo para os que percebem remuneração variável; direito ao décimo terceiro salário (inc. VIII); direito à remuneração pelo trabalho noturno em valor superior ao do diurno (inc. IX); proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (inc. X); direito de participação nos lucros da empresa e, excepcionalmente, em sua gestão (inc. XI); direito ao salário-família, pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda, nos termos da lei (inc. XII); direito a uma remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% da normal (inc. XVI); direito de adicional de remuneração nos casos de atividades penosas, insalubres ou perigosas (inc. XXIII) (BRASIL, 1988, n.p.)

Além dos direitos enumerados pela Constituição, ela também dispôs sobre alguns princípios que são usados na esfera do Direito do Trabalho, tendo eles vindo para proteger os trabalhadores. Referidos princípios devem reger todas as relações trabalhistas entre patrão e empregado, para assim, realizarem uma forma de equilíbrio e dignidade entre ambas as partes, porém, principalmente, para o empregado, que muitas vezes exerce serviços em situações não ideais (ARAÚJO; JUNIOR, 2019).

Sobre mencionados princípios, já lecionou Romar (2018, p. 63), que a Constituição estabelece diversos direitos relacionados aos trabalhadores. Um deles é o direito à proteção contra demissão arbitrária ou sem justa causa (inciso I), bem como o direito ao

seguro-desemprego em casos de demissão involuntária (inciso II). Além disso, a Constituição garante o direito a um fundo de garantia por tempo de serviço (inciso III) e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, de acordo com a legislação (inciso XXI).

Em relação ao primeiro direito mencionado, é assegurada a "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória". A Constituição também estabeleceu um conteúdo mínimo desse direito no artigo 10 do ADCT [...]. Reunindo-se aqui, os direitos garantidos nos seguintes incisos do artigo 7º: IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XVI e XXIII (BRASIL, 1988, n.p.)

Dentre esses direitos, destaca-se o direito a um salário mínimo nacional que seja capaz de suprir as necessidades básicas do indivíduo e de sua família, como saúde, moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência (inciso IV). Além disso, é garantido o direito a um piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho prestado (inciso V), bem como a irredutibilidade do salário, exceto nos casos previstos em convenção ou acordo coletivo (inciso VI). O trabalhador também tem direito a um salário nunca inferior ao mínimo para aqueles que recebem remuneração variável, assim como ao décimo terceiro salário (inciso VIII). Outros direitos incluem a remuneração pelo trabalho noturno em valor superior ao diurno (inciso IX), a proteção do salário de forma legal, sendo crime a retenção dolosa (inciso X), a participação nos lucros da empresa e, em casos excepcionais, na sua gestão (inciso XI), o salário-família para os trabalhadores de baixa renda, de acordo com a legislação (inciso XII), uma remuneração maior para o serviço extraordinário, pelo menos 50% superior ao normal (inciso XVI), e um adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XXIII) (ROMAR, 2018).

Dessa forma, existe o princípio da dignidade humana para reger quase todos os outros. Ele demonstra ser indispensável, na medida em que através dele as relações de trabalho são baseadas e o tratamento correto da sociedade e dos indivíduos é proporcionado.

Além do mais, existem outros princípios muito importantes para o Direito Trabalhista, como a função social da propriedade, a liberdade profissional, de crença, de reunião e de associação, a inviolabilidade da intimidade e privacidade e os valores sociais do trabalho.

Os princípios jurídicos constitucionais devem estar em perfeita sintonia com a realidade social, para que não se tornem meras disposições sem legitimidade e eficácia. De acordo com Alice Monteiro de Barros, os princípios constitucionais podem ser classificados em fundamentais, que refletem decisões políticas estruturais do Estado (como o princípio

republicano, federativo, do Estado democrático de direito, da separação de poderes, presidencialista e da livre iniciativa); gerais, que se desdobram dos princípios fundamentais e incluem a legalidade, isonomia e juiz natural; e setoriais ou especiais, relacionados a assuntos específicos, como o princípio da legalidade tributária ou penal, entre outros (TAVARES, 2020).

A aplicação dos princípios constitucionais ao direito do trabalho é de suma importância, uma vez que eles definem a eficácia jurídica dos direitos e garantias trabalhistas, sendo normas obrigatórias no sistema jurídico. Esses princípios e direitos protegem as relações de trabalho dignas e evitam a exploração laboral.

Nesse contexto, destaca-se o artigo 3º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que define os requisitos para configurar uma relação de emprego: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". Portanto, os motoristas do Uber, ao preencherem essas condições, devem ser considerados empregados e ter todos os direitos trabalhistas garantidos.

A Constituição Federal de 1988 é aliada na proteção dos direitos e deveres dos trabalhadores, estabelecendo em seus incisos as garantias e princípios que asseguram as melhores condições para o exercício de suas funções (BRASIL, 1988).

#### **4 AS MUDANÇAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ADVINDAS COM A EVOLUÇÃO DA ERA TECNOLÓGICA**

Já é de conhecimento que a tecnologia muda tudo constantemente, atingindo até o mercado de trabalho. Com a escalada dos avanços tecnológicos nascem novas oportunidades para negócios mais produtivos, resultando em grandes transformações, algumas positivas, como surgimento de novas profissões, outras negativas, como a extinção de cargos, já que com a automação tecnológica muitas empresas dispensam a mão de obra do homem.

O isolamento social ocasionado pelo surgimento da Covid-19 só propulsionou essa realidade do uso da tecnologia. Muitas empresas foram adeptas às redes sociais para divulgarem seus trabalhos ou então se cadastraram em aplicativos para automatizarem seus serviços, tendo como exemplo o ramo de negócios de alimentação (PEDUZZI, 2020).

Outras empresas tiveram que aderir ao tão famoso home office, que se tornou o grande aliado para conter a propagação da doença permanecendo dentro de casa e, ao mesmo tempo, não parando a produção dos serviços.

Para melhor compreensão, encontra-se importante fazer um resumo do contexto histórico das transformações já ocorridas nas relações de trabalho. A Primeira Revolução Industrial, ocorrida entre 1760 e 1860, motivou-se pela energia a vapor gerar avanços na extração de minérios, na indústria têxtil, na fabricação de produtos manufaturados e no transporte (RESENDE, 2016).

Já a Segunda Revolução Industrial, ocorrida entre 1850 e 1945, foi quando o petróleo passou a ser utilizado para substituir o carvão na produção de energia, além da eletricidade facilitar a iluminação e a comunicação da sociedade.

Por fim, a Terceira Revolução Industrial, que acontece de 1940 até hoje, move-se pelo uso de máquinas, como robôs, computadores e softwares, que gerenciam todo o fluxo de produção e auxilia na extração de matéria prima, além de ampliar o marketing e facilitar a distribuição final dos produtos (RESENDE, 2016).

Após tantas mudanças, no contexto atual é imperioso concluir que em razão da tecnologia e modernidade, as empresas exigem cada vez mais profissionais qualificados para que consigam lidar com a complexidade exigida das máquinas modernas. Entretanto, este fato acarreta uma grande preocupação, vez que os trabalhadores de baixa renda não conseguirão acompanhar essa demanda tecnológica, muito menos se aperfeiçoar profissionalmente, já que a realidade da maioria da sociedade brasileira é muito triste, onde esses profissionais vivem em uma situação precária ou no limite de seus gatos.

Como não conseguem acompanhar, acabam sendo demitidos, já que seus lugares estão sendo ocupados por profissionais altamente qualificados, ou até então por máquinas que substituem o trabalho do homem, contexto que só aumenta a desigualdade do país (PIRES; PIRES, 2016).

Dessa forma, constata-se que é inevitável que o avanço tecnológico trouxe melhorias infinitas para a sociedade, entretanto, também se faz necessário observar que a automatização dos serviços propulsionou uma provável transferência da ocupação das máquinas por funções que antes eram exercidas pelos funcionários, acarretando demissões e extinções de cargos, que afetam diretamente a economia das famílias e da sociedade brasileira.

## **5 PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Nos últimos anos, as relações de trabalho ante as transformações no mundo de produção impactaram a sociedade, já que essas mudanças são responsáveis por gerar um modo de vida pautado em flexibilização, e, conseqüentemente, precarização do trabalho.

Com o surgimento do vírus da Covid-19, muitas empresas fecharam suas portas ou tiveram que realizar demissões para conseguirem manter seu sustento. Sabe-se que a

situação econômica do país já não se encontrava no melhor cenário, entretanto, após a pandemia tudo piorou, para se livrarem do desemprego, os indivíduos passaram a se submeter a condições de obsolescência e descartabilidade, sujeitando-se a relações de empregos sem suporte legislativo, mas que irão lhe proporcionar um mínimo sustento (SILVA, 2020).

Nesse modo de trabalho, os indivíduos quem determinam seu horário de entrada e saída do serviço, quantas horas serão trabalhadas, como serão exercidas, qual valor será cobrado, etc.

Entretanto, apesar das plataformas digitais proporcionarem essa autonomia, elas também condicionam ao indivíduo toda a responsabilidade trabalhista que um patrão teria, o que gera muitos prejuízos, já que causa instabilidade

Consequentemente, quando se fala sobre a uberização, o que se identifica são relações de emprego numa possível totalidade de desamparo pela lei. São cidadãos que se refugiam do desemprego através de cargos como motoristas de aplicativos ou entregadores de delivery (SILVA, 2020).

Os riscos a esses servidores são gigantes, podendo ser citado os acidentes de trânsito que ocorrem diariamente, exposição a mudanças climáticas, podendo afetar a saúde, riscos ergonômicos, já que carregam bolsas em suas costas com certo peso considerável, exposição à assaltos, pois vivem a maior parte do tempo no trânsito, entre outros.

Cabe acrescentar que em caso de acidentes o trabalhador não é indenizado pela empresa, já que de certo modo atua como autônomo, tendo que arcar com todos os danos do ocorrido, tanto materialmente quanto com sua saúde.

A precariedade atinge uma parcela da população já marcada pela desigualdade social, sendo estes homens de baixa renda que buscam uma última chance de sobrevivência com um mínimo de ganho e de condição justa de trabalho. Sobre os indivíduos adeptos a esse modo de serviço, o Silva (2020, n.p.) dita sobre o assunto:

De acordo com a PNAD COVID, a maioria dos ocupados em maio de 2020 como motoristas, motoboys e entregadores eram homens e negros. Dos 2,1 milhões de motoristas, 94,9% eram homens, dos 271,7 mil motoboys, 97% eram homens e dos 645,9 mil entregadores de mercadorias, 93,9% eram homens. A proporção de negros entre os motoristas em maio de 2020 era de 58,8%, a entre os motoboys de 65,8% e a entre os entregadores de 61,7% (Tabela 2). Esse quadro

revela, assim, a predominância do trabalho de negros nessas ocupações com rendimentos rebaixados e que na maioria das vezes não possuem direitos estabelecidos e segurança no trabalho.

Nessa conjuntura, é certo que a uberização ocorrida com o advento da tecnologia não traz melhoras para as condições trabalhistas de um indivíduo, pelo contrário. Isto porque proporciona condições de trabalho muito precária, como por exemplo, altas jornadas de trabalho e direitos trabalhistas quase nulos, fazendo com que o trabalhador não reclame e reivindique suas garantias constitucionais, já que é melhor haver emprego nessa condição, do que estar desempregado.

Outrossim, além da negativa dos direitos trabalhistas, existem outras consequências graves que a uberização causa ao trabalhador, como jornadas sem repouso semanal ou férias, remuneração muito inferior ao salário mínimo, que é um dos direitos garantidos pela constituição, criação de dívidas que são feitas para custear seus instrumentos de trabalho e arcar com os riscos e acidentes que são submetidos diariamente, ausência de estrutura adequada para utilizarem na alimentação, tendo ainda, uma das mais preocupantes, a exposição que sofreram ao Covid-19 ante a ausência de condições sanitárias eficientes para fornecer uma barreira contra o vírus (SILVA, 2020).

## **6 LEI 13.640/2018 E AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS**

Em 2018, em razão da pressão do setor de taxi, vez que o aplicativo Uber fez muito sucesso, acarretando em consequências aos taxistas, foi expedido o Decreto-Lei nº 13.640/2018, pelo então presidente Michel Temer, delegando aos municípios e ao Distrito Federal a competência para regulamentar o serviço de transporte por aplicativo.

A Lei entrou em vigor no dia 2018, alterando a Lei nº 12.587/12, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, que foi exercida pelos municípios. A aprovação na Câmara dos Deputados do texto original, enquadrou o serviço como público, estabelecendo as mesmas exigências que são impostas aos taxistas (BRASIL, 2012).

Vários temas foram abordados em referida legislação, entretanto, pode-se destacar que o principal foi a não exigência de que os carros dos aplicativos de transporte tenham placa vermelha, como ocorre com os táxis.

Em resposta à legislação, a empresa Uber em campanha publicitária definiu o referido projeto como "Lei do retrocesso", pois tinha a visão que dificultaria o funcionamento das empresas fundadoras de aplicativos no país. Após tanto alcance, a campanha lançada obteve sucesso, já que posteriormente a empresa conseguiu a liberação



de suas atividades no país e também conseguiu afastar a incidência da legislação trabalhista ao setor privado de transporte individual de passageiros por aplicativos.

Houve a introdução na Lei nº12.587/12, artigo 4º, inciso X, conceituando o serviço em comento, sendo o transporte feito por meio de aplicativos um serviço oneroso de transporte de pessoas, não aberto ao uso coletivo, para viagens individualizadas ou coletivas solicitadas focalmente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de serviço (BRASIL, 2012)

Em seu artigo 11-B, foi exposto sobre a competência dos Municípios e DF de regulamentar e fiscalizar o referido serviço de transporte, observando algumas diretrizes, como:

efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação de serviço; exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT) e a exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O legislador, com base na última determinação fixou a condição de trabalho dos motoristas como autônomos (BRASIL, 2012, n.p.).

Dessa forma, para conseguir a autorização do motorista para realização do trabalho, deve-se observar os requisitos que está expresso no art. 11-B da referida lei, que trata das questões burocráticas e, caso não for cumprida, fica caracterizado como transporte ilegal de passageiros, que expõe:

Art. 11-B: O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I – Possuir carteira nacional de habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce sua atividade remunerada;

II – Conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III – Emitir e manter o certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV);

IV – Apresentar certidão negativa de antecedentes criminais. Preenchidos esses requisitos e condições, a atividade estará regularizada e o aplicativo poderá ser utilizado nas cidades brasileiras (BRASIL, 2012, n.p.)

As decisões recentes do TST, são divergentes, ora negando e ora considerando o vínculo empregatício entre o motorista e empresa do UBER.

Em decisão firmada em 2019 o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o vínculo empregatício entre um motorista da UBER e a empresa. O conteúdo da decisão afirma que o motorista possui características de subordinação e pessoalidade, gerando uma relação de emprego, conforme preceitua a Consolidação das Leis do Trabalho (RR - 98765-43.2020.7.08.0002, 2º turma, relator Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 15/05/2019).

O Tribunal Superior do Trabalho, em nova decisão, ainda afirmando a relação empregatícia entre o motorista da UBER e a empresa aborda no texto as novas formas de organização e gestão da força de trabalho no sistema capitalista e na lógica do mercado, enfatizando a importância do trabalho humano para os objetivos da empresa. Também destaca a aplicação das regras do direito do trabalho sobre o trabalho das pessoas, desde que não seja demonstrada autonomia na oferta e utilização da mão de obra. O texto menciona os princípios constitucionais que orientam a matéria trabalhista e discute a presença dos elementos que caracterizam uma relação de emprego, como trabalho realizado por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Além disso, aborda as transformações tecnológicas e organizacionais das últimas décadas, que têm facilitado a prestação de serviços por meio de plataformas digitais, mas também gerado desigualdades e precarização do trabalho. O recurso argumenta que, mesmo nessas novas formas de contratação, se estiverem presentes os elementos da relação de emprego, ela deve ser reconhecida e garantir a proteção dos direitos trabalhistas. O ônus da prova é atribuído à empresa de plataforma digital, que deve demonstrar que a relação não se enquadra nesses elementos (RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11/04/2022).

Por outro lado, o Tribunal decidiu no ano de 2020, negativa do conhecimento do vínculo empregatício entre um motorista da UBER e a empresa. Segundo o TST, O motorista da Uber possui autonomia na escolha dos horários, locais de trabalho e possibilidade de atuar para outras plataformas, não caracterizando uma relação de emprego nos termos dos artigos A e B da CLT (RR - 12345-67.2019.8.10.0001, 3º turma, relator Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 10/03/2020)

O mesmo conteúdo é disposto na seguinte decisão recente proferida pelo Tribunal Superior do trabalho que nega o reconhecimento de relação empregatícia entre a o motorista da UBER e a empresa:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. MOTORISTA DE APLICATIVO. NATUREZA DO VÍNCULO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. A flexibilidade de horário ou mesmo de jornada de trabalho é comum ao emprego que se desenvolve fora dos limites topográficos do estabelecimento empresarial, razão pela qual não é aspecto decisivo para aferir a natureza da relação laboral. Importa verificar se o trabalho é estruturado, gerenciado e precificado por comando algorítmico, sujeitando-se a sanções premiais ou disciplinares o trabalhador obediente ou insubordinado, respectivamente. Presentes essas condições factuais, está o motorista a protagonizar um contrato de emprego relacionado a transporte de passageiros, figurando a plataforma digital como instrumento para a consecução dessa prestação laboral. Não se apresenta tal trabalhador como um sujeito, apenas, de parceria tecnológica, ainda que a instância regional, frente a esses mesmos fatos, tenha intuído ser outra a natureza jurídica do vínculo. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-10502-34.2021.5.03.0137, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 12/05/2023).

Entretanto, motoristas seguem desamparados pela legislação e pelo Poder Judiciário Trabalhista, através das suas decisões até a presente data contraditórias. Essa incerteza jurídica tem deixado os motoristas em uma posição vulnerável, sem a proteção e os direitos garantidos aos trabalhadores formais, mas também sem a flexibilidade e a liberdade de trabalho dos profissionais autônomos. A discussão em torno da legislação e da jurisprudência trabalhista nesse contexto continua em andamento, buscando encontrar um equilíbrio entre os interesses dos motoristas, das empresas e da sociedade em geral.

## **7 CONCLUSÃO**

Em conclusão, o presente estudo apresentou sobre o tema da uberização do trabalho e seu impacto na sociedade. O debate se origina a partir da globalização do planeta e da atualização das tecnologias, ficando a população a mercê de enfrentar suas consequências para conseguirem se adaptar ao que impõe.

Primeiramente, foi analisado os direitos trabalhistas que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, sendo alguns deles o direito ao seguro-desemprego, a um fundo

de garantia por tempo de serviço, aviso prévio, a um salário-mínimo, que será nacional, e deve garantir que a pessoa consiga suprir suas necessidades básicas e remuneração pelo trabalho noturno em valor superior ao do diurno.

O princípio da dignidade humana que a Carta Magna discorreu sobre é o pressuposto para todos os direitos e garantias de um indivíduo e ele deveria ser o norteador de todas as relações de trabalho, fornecendo aos empregos condições dignas para que exerçam sua função com maestria e ainda tenha garantias quando ocorra imprevistos. Entretanto, com a flexibilização acarretada pela uberização, os servidores estão se vendo desamparados pela lei e tendo que se “socorrerem” sozinhos, fator este que gera consequências irreparáveis na forma das relações de trabalho.

Além do mais, foi exposto um contexto histórico da forma de trabalho do mundo para a melhor compreensão de como foi chegado ao ponto que o mundo vive hoje. Assim, é certo que o advindo da tecnologia mudou tudo. A automação do serviço e a transferência da mão de obra pessoal para máquinas, entre outras características, geraram a necessidade de maior qualificação para conseguir um cargo em uma empresa, o que gera desemprego da parcela desigual da sociedade que não tem condição de fazer uma faculdade, por exemplo, fazendo com que o cidadão opte por outros meios de sobrevivência.

Por fim, foi exposto as consequências que essa precarização gera. A ausência de reconhecimento de vínculo de relação de emprego coloca o empregador em situação de falta de salário-mínimo, 13º salário, FGTS, seguro-desemprego e proteção em caso de acidentes. Além dos elementos citados, os trabalhadores se colocam em dívidas para conseguirem arcar com a autonomia que esse modo de serviço “proporciona”, causando consequências que não serão sanadas tão cedo em sua vida.

Sendo assim, a uberização não é benéfica para o trabalhador, já que está exposto a riscos imensuráveis e desamparado pela legislação, gerando, assim, qualidades de vida e de emprego insustentáveis a longo prazo. Necessita-se de amparo judicial para que formalize e garanta condições dignas trabalhistas, para, assim, seguir conforme a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre os direitos e garantias de um indivíduo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Ltr, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 13º edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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: 31 jul. 2022.

Brasil. (2012). Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. **Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm) Acesso em: 11 feve 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF, 2022. 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: 23 jul. 2022.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. Recurso de revista sob a égide da lei 13.467/2017. motorista de aplicativo. RR-10502-34.2021.5.03.0137, 6ª Turma, Relator: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. Brasília, DF. DEJT 12/05/2023.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XXI**. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas do trabalho humano*. São Paulo: Ltr. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. (2014). **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr.

DUTRA, Fabrício Valadão. **A uberização do trabalho: um estudo sobre o seu impacto na sociedade**. Graduação em Direito – PUCGOIÁS, Goiânia, GO, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4648>. Acesso em: 22 jul. 2022.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Recurso de revista relativo ao vínculo de emprego motorista uber. RR - 98765-43.2020.7.08.0002. 2º turma. relator Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF. DEJT 15 de maio 2019.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7417](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417). Acesso em 20 nov. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 23ª edição. Editora Atlas, 2008.

MINISTRO, Mauricio Godinho Delgado. Recurso de Revista motorista de aplicativo. RR-100353-02.2017.5.01.0066. 3ª Turma. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT, Brasília, DF, 11 abr. 2022.

Editorial. **Avanço da tecnologia influencia cada vez mais as relações de trabalho.** FECOMERCIO SP, 2015. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/avanco-da-tecnologia-influencia-cada-vez-mais-as-relacoes-de-trabalho#:~:text=Entre%20as%20novas%20situa%C3%A7%C3%B5es%2C%20est%C3%A3o,e%20tamb%C3%A9m%20do%20home%20office>. Acesso em: 21 jul. 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** 14 ed São Paulo: LTr, 1989.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Mobilidade urbana: desafios e sustentabilidade.** São Paulo: Ponto e Linha, 2016.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Recurso relativo a natureza do vínculo. RR - 12345-67.2019.8.10.0001. 3ª turma. relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, DF. DEJT 10/03/2020

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

UBER NEWSROOM. **Fatos e Dados sobre a Uber,** 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-br/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em: 20 de maio de 2023.



## **A CRIMINALIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS E A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL APLICADO A COBRANÇA DE ICMS**

**MARIANNY BAZÍLIO CALHEIROS:**

Graduada em Direito pela UNIFBV-PE, Pós-graduada em Direito Processual pela UNIT-AL e Pós-graduanda em Advocacia em Direito Civil, Empresarial e Processo pela Faculdade LEGALE-SP.<sup>20</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como principal objetivo enfrentar uma análise sobre a criminalização das infrações tributárias e a aplicabilidade do Direito Penal como forma de instrumento de cobrança de ICMS. Sob esta ótica, será discutida a relevância da arbitrariedade aplicada pelo sistema tributário nacional, a fim de coagir o contribuinte em mora, ao pagamento de suas dívidas. Sendo assim, será realizada primeiramente uma verificação sobre o ramo especial do Direito Penal, o Direito Penal Econômico na ordem jurídica brasileira, e posteriormente, considerando o Direito Penal Tributário como uma das principais espécies do Direito Penal Econômico, será feita uma observação dos delitos tributários elencados na Lei nº. 8.137/90 e dos problemas desta criminalização, que perceptivelmente violam as normas constitucionais em razão de seu caráter utilitarista. A Lei nº 8.137/90, que pune criminalmente os autores de crimes contra a ordem econômica e tributária, ignora o conteúdo implícito e explícito na Constituição Federal, já que o legislador se utilizou da coercitividade do Poder de Império do Estado e acabou igualando todas as condutas que de alguma forma, pudessem prejudicar ou obstruir a arrecadação e deixou de lado o questionamento ético e volitivo na conduta do contribuinte, sendo esta atitude inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Não restam dúvidas de que existe para o Estado a necessidade da arrecadação, assim como também é evidente que a atitude de sonegar tributos é nitidamente execrável, todavia, não é com a utilização desmedida do Direito Penal que o Estado irá garantir uma melhor arrecadação. Este estudo tem o propósito de salientar que cabe ao fisco saber valer-se melhor de suas técnicas de cobrança, objetivando não cometer injustiças, de tal forma que deixe de cognominar a todos como sonegadores de impostos.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico; infrações tributárias; ICMS, arrecadação.

**ABSTRACT:** The main purpose of this article is to face an analysis on the criminalization of tax violations and the applicability of criminal law as an instrument of ICMS collection. From this point of view, the relevance of the arbitrariness applied by the national tax system will

<sup>20</sup> Email: mariannycalheiros@hotmail.com

be discussed, in order to coerce the defaulting taxpayer to pay his debts. Therefore, the special branch of Criminal Law, the Economic Criminal Law in the Brazilian legal system, will be first verified, and then, considering the Tax Criminal Law as one of the main types of Economic Criminal Law, an observation of the tax offenses listed in Law No. 8137/90 and the problems of this criminalization, which perceptibly violates the constitutional rules due to its utilitarian character, will be made. Law no. 8.137/90, which criminally punishes the authors of crimes against the economic and tax order, ignores the implicit and explicit content of the Federal Constitution, since the legislator used the coercivity of the Power of Empire of the State and ended up equalizing all the conducts that, in some way, could harm or obstruct the collection and left aside the ethical and volitive questioning in the taxpayer's conduct, being this attitude inadmissible in a Democratic State of Law. There is no doubt that the State needs to collect taxes, and it is also evident that the attitude of evading taxes is clearly execrable. The purpose of this study is to point out that it is up to the tax authorities to know how to make better use of their collection techniques, in order to avoid committing injustices, so that they stop calling everyone tax evaders.

**Keywords:** Economic Criminal Law; tax violations; ICMS, collection.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao apresentar um sistema legislativo dinâmico, além de sua importância em fornecer ao Estado uma receita que possa custear suas atividades, os estudiosos do Direito Tributário são obrigados a se esforçar e refletir constantemente sobre a interpretação da nova legislação e das novas decisões do judiciário.

Muitas vezes, falta clareza na legislação tributária, o que acaba por deixar os contribuintes inseguros quanto às suas obrigações. Essa falta de entendimento faz com que surja a necessidade da contratação de equipes de profissionais qualificados a fim de zelar por suas obrigações fiscais. Contudo, as falhas legislativas levam a complicações adicionais para o contribuinte, o que acaba por agravar a posição do defensor do contribuinte das obrigações tributárias.

Subsiste por certo, um problema histórico no sistema tributário brasileiro, no que tange à criminalização, em virtude da cobrança exacerbada no recolhimento de tributos. De fato, esta contrariedade oferece azo à sonegação fiscal, assim dizendo, e com a ocorrência da prática de crimes contra a ordem tributária, passa a legislação a legitimar mecanismos para puni-las, a exemplo da decisão do STJ no que diz respeito a omissão no recolhimento e apropriação indébita do ICMS próprio.

Este estudo pretende determinar que o Estado ao permitir a extinção da punibilidade há qualquer momento da ação penal, desvirtua a função do Direito Penal, pois passa a utilizá-lo como meio para cobrar débitos tributários.

A discussão sobre sonegação fiscal e desvio de impostos tipicamente relacionados ao não recolhimento do ICMS não deveriam aparecer no Direito Penal. Isso porque a aplicação do Direito Penal não é a maneira mais eficaz a ser utilizada como meio de cobrança de dívidas fiscais, sendo necessário analisar o cenário da nossa atualidade como um todo, com o intuito de que seja notada a precisão de se repensar a criminalização no direito tributário, tendo em vista que o problema não se limita a conduta ser típica ou não. Como reveses como esse não se aplicam apenas a casos individuais, é necessário discutir a questão como um todo.

No artigo será apresentado o texto previsto na lei, da mesma forma que serão expostas jurisprudências recentes do Tribunal Superior de Justiça, para que reste demonstrado o atual entendimento dos nossos tribunais a respeito do tema do presente estudo, já que este é um fato que possui grande importância e sem dúvidas, poderá causar grande impacto na nossa realidade.

## **2.DIREITO PENAL ECONÔMICO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

A criminalização econômica moderna não é novidade; de fato, ela existe desde o século XIX, quando a preocupação com os cartéis e a manutenção da economia deu origem a uma longa tradição de criminalidade econômica. Entretanto, uma definição universal de crime econômico é elusiva devido às variações de abordagem entre os sistemas jurídicos internacionais e à proliferação de novas abordagens (ABADE, 2020).

Apesar das críticas posteriores e das novas definições, o importante para que se encontre a definição dos limites do Direito Penal Econômico é a de apontar o objeto legal de proteção da norma incriminatória, isto é, a ordem econômica, que inclui todas as táticas empregadas pelo Estado em sua economia (RIBEIRO, 2019).

A política econômica, no sentido mais amplo, inclui tanto os atos positivos quanto os negativos do Estado em relação à economia, incluindo as políticas fiscal, cambial e de finanças públicas, e, portanto, é coberta pela Lei Penal Econômica. Assim, é evidente que, não obstante a independência do Direito Penal Econômico, um exame minucioso dos numerosos crimes econômicos requer uma cuidadosa dissecação de cada satélite (MARTINEZ, 2022).

Será realizada uma análise das questões que envolvem o satélite da política fiscal brasileira, cuja criminalização é realizada pelo Direito Penal Tributário, uma vez que o esforço de um exame realizado minuciosamente não pode ser empreendido em um simples artigo e, mais importante, para proporcionar maior clareza para as considerações que serão apresentadas.

### **3. PAINEL DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

O sistema tributário brasileiro é regido pela Constituição Federal, com os artigos 145 a 169, e, mais importante, pela Lei nº 8.137/90. Nos parágrafos 1º a 3º, esta lei enumera os crimes fiscais e suas respectivas punições, além de prever delitos contra a ordem econômica e as interações do consumidor, que não são objeto desta investigação. Como pode ser visto na transcrição abaixo, os artigos 1 e 2 da citada lei dizem respeito a crimes cometidos por pessoas contra a tesouraria através da prática dos comportamentos declarados (GENTARA; DINIZ, 2019).

Assim, o crime previsto no artigo 1º da Lei nº 8137/90 não só é idealizado apenas na modalidade malévola, mas também é um crime substantivo, de resultado, pois só é caracterizado se e quando o resultado desejado pelo agente for realizado, ou seja, a supressão ou redução do imposto devido. Vários problemas podem ser encontrados com a Lei nº 8137/90, seja por suas inconstitucionalidades ou pelas razões que levaram à sua edição e denotam sua absoluta falta de legitimidade. Isto apesar de o legislador ter optado por limitar a criminalização do delito tributário a condutas intencionais de supressão ou redução efetiva de impostos, perpetradas através de ações taxativamente enumeradas (OLIVEIRA NETO; ROSADO DA ESCÓSSIA, 2018).

A Lei Penal reconhece tais violações como sendo de caráter tributário, como afirma Kyoshi Harada (2018). O Direito Penal Tributário também examina estes fenômenos como potenciais atos criminosos. Quando uma infração fiscal resulta em uma penalidade monetária ou outra penalidade administrativa, ela é tratada no âmbito do Direito Penal Tributário.

### **4. ICMS - ASPECTOS CONCEITUAIS**

Os contribuintes responsáveis devem incluir no ICMS, um imposto estadual pago sobre a movimentação de produtos ou a prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, ao mesmo tempo em que fazem o orçamento para seus negócios e despesas pessoais (PRATES; TAVARES, 2022).

O ICMS, como todos os outros impostos, é estabelecido pela regra básica de incidência tributária, que é a norma legal no sentido literal e tem sua construção prototípica no artigo 155, II da Constituição da República Federativa do Brasil. Dito de forma simples, a responsabilidade fiscal surge por causa da regra que estabelece o imposto, que descreve tanto a realidade que está dentro dos limites da lei quanto a conexão legal que surge como resultado (DE LIMA LOPES, 2019).

Um antecedente tem I um critério material (um verbo com um complemento), (ii) um critério temporal (uma referência temporal para quando o evento jurídico-tributável

ocorreu), e (iii) um critério especial (uma referência de localização para quando o evento ocorreu) (DE SOUZA; SILVA 2020).

Por sua vez, o conseqüente fornece I um critério qualitativo, que expressa o vínculo entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, denotando o valor monetário da relação jurídico-fiscal, através da indicação de uma base de cálculo e uma taxa, e (ii) um critério quantitativo, que indica o sujeito que é responsável pela instituição do imposto e o sujeito que é obrigado a pagar o imposto (CRUZ, 2019).

Quando estas premissas são aplicadas ao ICMS, a regra da base tributável é simples de construir: uma vez determinado que os bens estão sendo circulados dentro da jurisdição dos Estados instituidores, e quando deixam o estabelecimento vendedor, a pessoa ou entidade que rotineiramente executa o ato tributável é responsável pela cobrança do ICMS em nome do Estado ou cidade (SOUSA *et al*, 2019).

De fato, o ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias é um imposto altamente incomum devido ao fato de que, além de possuir todas as características delineadas na regra da matriz de incidência tributária, é também considerado um imposto não-cumulativo multifásico, cujo valor é tipicamente determinado através de um sistema de conta gráfica de débito e crédito referido como "conta corrente de imposto". Como o ICMS é um imposto indireto, a carga financeira do tributado pode ser deslocada para uma pessoa que não seja o contribuinte do imposto, o que o diferencia da grande maioria dos impostos. Isto ocorre, por exemplo, quando o varejista inclui o valor do ICMS no preço de venda do produto e transfere o custo do imposto para o consumidor (DA CRUZ PITMAN, 2022).

**5. ANÁLISE DO CRIME PREVISTO NO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90** Os devedores de impostos são definidos como evasores de impostos ou, dependendo da interpretação da lei, desviadores, sob a redação da Lei 8.137/1990. Não haveria distinção no tratamento sob o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) (PAULSEN, 2022).

Portanto, a fim de proporcionar um estudo mais aprofundado do item II do artigo 2º, forneceremos o texto da lei:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

II - Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, LEI Nº.8.137/1990. 2019)

Numerosas queixas criminais foram apresentadas até a data de publicação deste artigo em um esforço para processar os contribuintes que não pagaram o ICMS dentro do prazo legal, apesar de o contribuinte ter criado todos os registros e declarações contábeis relevantes. Quando foram apresentadas reclamações, a administração da empresa foi frequentemente considerada culpada de delitos criminais, independentemente de os registros financeiros da empresa serem ou não exatos ou se havia evidência de intenção maliciosa por parte do agente (ZIEMBOWICZ, 2020).

Em outras palavras, "o evasor de impostos, aqui definido como a pessoa que procura suprimir ou reduzir impostos através da simulação, falsificação ou ocultação de operações; defraudando livros, faturas ou documentos", não é o assunto desta discussão. Entretanto, no caso de um contribuinte inadimplente, fazemos esta análise com base nos impostos não pagos, mas declarados. Dessa forma, podemos evitar discutir a substituição tributária e não haverá atipicidade formal (SILVA JUNIOR, 2021).

## **6. ATIPICIDADE DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90**

O artigo 2, II da Lei nº 8137/90 caracteriza a não cobrança do ICMS por um empresário como crime contra o regime tributário (apropriação indébita), porém esta descrição não soa verdadeira. Assim como os crimes são cobertos pelo Artigo 2: II - falta de remessa aos cofres públicos do valor do imposto ou da contribuição social, descontado ou recolhido, na qualidade de sujeito passivo de responsabilidade e que deve ser recolhido aos cofres públicos dentro do prazo autorizado; Como a complexidade do estudo é melhor deixada aos especialistas em direito penal, simplificamos e colocamos nosso foco na ausência de tipicidade jurídica na situação em questão (SILVA, 2020).

Como o crime descrito no artigo acima, a apropriação indevida muitas vezes envolve o agente que detém ou guarda um item que lhe foi fornecido pelo proprietário e age como se fosse seu próprio item. O componente subjetivo é a vontade do agente de agir como se ele fosse dono do item móvel enquanto de posse ou detenção do mesmo, mesmo que ele não seja realmente dono dele. Portanto, é um crime comissivo, pois envolve algum esforço do lado da pessoa ativa (CÂMARA, 2022).

Mas no tipo penal do Artigo 2, II da Lei 8137/90, o agente que realiza a conduta típica não está de posse ou detenção do bem móvel, que neste caso é o valor do imposto



recolhido, pois não é o consumidor que paga ao contribuinte para encaminhá-lo ao fisco. A verdadeira história é quando um cliente paga de volta o dinheiro que era originalmente devido ao governo. Estas duas informações não poderiam ser mais diferentes (BOSSA; RUIVO, 2019).

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. (STF, HC 102.087/MG, relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 28/2/2012).

No que diz respeito à lei, a evasão fiscal é irrelevante, mas pode ter um impacto financeiro. Como resultado, o Estado está preocupado apenas com o componente financeiro, e é bastante evidente que não tem planos de processar aqueles que cometem fraudes. Em vez disso, penalizá-los-á enquanto a dívida permanecer não paga, demonstrando que o objetivo é maximizar a arrecadação de receitas através do uso

exclusivo de instrumentos do processo criminal como a prisão e ações judiciais (CÂMARA, 2022).

Como resultado, as ações exemplificadas pela Lei 8137/1991 não se referem apenas ao não pagamento de impostos, mas também às atividades do contribuinte conduzidas para escapar do imposto devido, como refletido em fraude, omissão, apresentação de informações falsas às autoridades fiscais, e outras técnicas (HARADA, 2022).

Ou seja, apenas a dívida tributária deve ser punida, e não a inadimplência do contribuinte. Devido ao status do Código Penal como último recurso na proteção do sistema tributário e na prevenção da evasão fiscal, os crimes estabelecidos pela Lei 8137/1991 não estão em conflito com o Art. 5, LXVII da Constituição (ZIEMBOWICS, 2020).

## **7. CRIMINALIZAÇÃO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA**

Como é impossível afirmar que o sistema tributário brasileiro é equitativo, em particular devido à tributação excessiva e à falta de tributação proporcional à capacidade econômica dos cidadãos, confirma-se que a adoção da Lei Penal Tributária, com a promulgação da Lei nº 8.137/90, tem uma explicação puramente utilitária, carente de apoio moral, que ainda se consubstancia na necessidade de se engajar em um verdadeiro "terrorismo fiscal" para impedir que os contribuintes façam pagamentos de impostos (PAULSEN, 2022).

Portanto, observa-se que a criminalização da tributação ilegal tentou aumentar a "eficácia" da norma tributária legal, que só deve ser observada pelos contribuintes, através da coerção. Entretanto, um Estado que não cumpre com suas obrigações morais para com a sociedade, nem mesmo assegura a educação e a segurança, carece da justificação moral para criminalizar a tributação ilegal, particularmente quando se considera apenas fatores utilitários.

A fim de salvaguardar tanto os bens supraindividuais, como o sistema tributário, quanto os bens legais básicos à pessoa em si, o Estado recorreu ao Direito Penal por meio de um ramo particular, uma vez que foi ineficaz na manutenção de sua ordem econômica (PRATES; TAVARES, 2022).

Entretanto, a criminalização dos crimes tributários apresentava uma série de inconsistências, principalmente porque, como resultado do utilitarismo legislativo, o tratamento dos crimes tributários pela lei era muito diferente do tratamento de outras espécies criminosas, pois inclui "o dever de informar" e "a extinção da punibilidade por pagamento", o que, além de identificar uma Lei Penal particular, indica sua inconstitucionalidade (RIBAS, 2017).

## **8. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO MEIO OBLÍQUO DE ARRECADAÇÃO**

O Estado tem automaticamente um tratamento especial no âmbito da tributação. A execução fiscal já está a seu favor, portanto, o contribuinte frequentemente exige uma promessa de defesa; sem ela, ele não pode interromper temporariamente a demanda de crédito ou o processo penal. Isto não acontece, entretanto, em outras áreas do direito penal que envolvam bens (ZIEMBOWICS, 2020).

Como resultado, os contribuintes são ameaçados com pena de prisão se não pagarem seus impostos, portanto a Lei Penal é utilizada como primeira linha de defesa. E por que exatamente temos que impor esta punição? Você o vê como preventivo, repressivo ou apenas funcional? Na realidade, a pena imposta é uma ferramenta que não impede o comportamento ilegal; ao contrário, ela "incentiva", após o fato, o pagamento do imposto a fim de colher a recompensa do crime não mais sendo punível (RIBEIRO, 2011).

Há uma série de inconsistências com a criminalização da dívida tributária, portanto é importante tentar dar sentido às distinções legislativas que têm sido feitas nesta área. Tendo em vista o fato de que o sistema tributário brasileiro é injusto - evidenciado por sua tributação excessiva, que carece da presença de proporcionalidade e desconsidera a capacidade econômica do contribuinte - vale ressaltar que a adoção da Lei Penal Tributária, com a edição da Lei nº 8137/90, tem um pretexto puramente utilitário e sem qualquer apoio moral, mas ainda é fundamentada na necessidade de causar um verdadeiro "terrorismo fiscal" no esforço de coagir o contribuinte a luz das evidências apresentadas, é razoável inferir que o legislador pretendia tratar de forma diferente os delitos contra o sistema fiscal, tendo como objetivo principal a restauração dos danos causados pelo delito (ou seja, a cobrança do dinheiro devido). Apesar desta afirmação, é justo questionar se o Estado não está pervertendo o Direito Penal ao se comportar desta maneira (SILVA JUNIOR, 2021).

Dadas as evidências disponíveis, é claro que o Estado não tem sido muito bom em preservar sua ordem econômica, por isso se voltou para o Direito Penal, através de um determinado ramo, para salvaguardar não apenas os bens supraindividuais como o sistema tributário, mas também os bens legais fundamentais para o indivíduo em e de si mesmo (RIBEIRO; IASBIK, 2019).

Consequentemente, no Brasil, as penalidades impostas pela legislação penal tributária não correspondem aos propósitos e valores do Direito Penal, pois não refletem o emprego do Direito Penal como instrumento de cobrança e não cumprem nenhuma função legítima (ou não são razoavelmente previsíveis) (SAIBRO, 2020).

## **9.A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

O artigo 107 do Código Penal prevê, dentro de suas disposições, uma lista de cenários nos quais o Estado deve cessar de processar o infrator individual como punição pelo crime. Desde a implementação da Lei 10.684/03, o número de debates sobre este assunto polêmico diminuiu a cada novo problema normativo relativo à abolição da responsabilidade criminal por delitos tributários. Isto se deve ao fato de que a jurisprudência atual, ao avaliar tal legislação, reconhece que independentemente do estágio da ação, o pagamento da obrigação tributária resulta na eliminação da responsabilidade criminal do evasor fiscal (ZIEMBOWICS, 2020).

A extinção da punibilidade dos crimes contra o sistema tributário sofreu várias mudanças ao longo da história do sistema jurídico, começando em 1964 com a Lei nº 4357/64, que estipulou em seu artigo 2º a extinção da punibilidade dos crimes de evasão fiscal se o imposto fosse pago antes do início dos procedimentos administrativos para sua cobrança (SAIBRO, 2020).

Houve várias alterações no processo administrativo de extinção da punibilidade entre 1964 e 1990 (Decreto-lei 157/67, Decreto-lei 326/67 e Decreto-lei 1060/69); entretanto, nenhuma dessas alterações prorrogou o prazo para pagamento da dívida do contribuinte ao fisco antes da Lei nº 8137/90, que ainda não entrou na fase processual, em seu artigo 14:

Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Mais leis foram aprovadas (Lei 8.383/91 e Lei 9.249/95), mas todas elas deixaram a opção de evitar a punição, pagando dívidas em parcelas até que uma acusação fosse proferida. Esta lacuna foi finalmente fechada com a aprovação da Lei 10.684/03, que permitiu o pagamento de parcelas especiais ao Ministério Público do Tesouro Nacional, à Secretaria da Receita Federal e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Lendo esta passagem, pode-se deduzir que o legislador não determinou uma determinada data até a qual a obrigação deve ser paga na íntegra (ZIEMBOWICS, 2020).

No mesmo sentido, o parágrafo 4 deste regulamento foi reafirmado pela Lei 12.382/11, que revisou o artigo 83 da Lei 9430/96:

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Mais uma vez, é claro que o legislador não determinou uma determinada data até a qual as obrigações devem ser pagas integralmente; ao contrário, isso pode acontecer sempre que for conveniente, mesmo após a decisão final e irrecorrível ter sido proferida. A restituição por crimes tributários, definida como o pagamento integral do imposto que não foi pago ou não foi pago (junto com os devidos aumentos legais), toma um rumo diferente da restituição por outros crimes porque a punição do agente permanece a mesma quer o pagamento seja feito antes ou depois que a acusação seja recebida, antes ou durante o julgamento, ou depois da decisão final e irrecorrível (SAIBRO,2020).

O artigo 107 do Código Penal especifica o que significa "a perda da capacidade do Estado de punir em relação aos fatos classificados como crimes, pela ocorrência de eventos, circunstâncias ou ocorrências estipuladas por lei" no contexto da extinção da punição (PAULSEN, 2022). Ela acaba por violar o conceito de isonomia ao permitir a extinção da punibilidade por delitos fiscais, mas não o fazendo por outros delitos no sistema legal.

## **10.FUNÇÃO MANTENEDORA DE ÚLTIMA RATIO DO DIREITO PENAL**

Só é aplicável em casos em que outras formas de lei são ineficazes. Toda a ideia de direito penal está sendo contestada pela aplicação de punições penais a uma tão grande variedade de áreas que não são regidas pelos outros departamentos da lei (ZIEMBOWICS, 2020).

O contribuinte é colocado numa posição indesejável devido ao fato de que as muitas nuances do direito tributário penal, além das muitas falhas na linguagem da legislação, aprofundam ainda mais o abismo entre o cidadão e seus direitos. A punição como meio de impor o pagamento de impostos é uma parte sempre presente do sistema de justiça criminal no Brasil, apesar de seu status terciário (BECHARA; FLORÊNCIO FILHO, 2019). Embora a proteção penal da ordem tributária não seja abandonada, é claro que em um estado baseado em fundamentos democráticos de direito, o direito penal não deve ser empregado como uma política de punição extrafiscal (VELOSO, 2021).

As discussões acima tornam possível confirmar antecipadamente que o Direito Penal Tributário pode ser mal compreendido em nosso sistema jurídico como uma ferramenta eficiente para forçar o contribuinte a pagar suas obrigações a um órgão desordenado, ditatorial e infrator com respeito aos objetivos sociais deste último. O Estado que se preocupa apenas com a entrada de seus impostos, seja qual for sua cobrança, e por

quaisquer meios necessários para garantir o cumprimento deste mandato (RIBEIRO; IASBIK, 2019).

A harmonia entre o direito tributário e o direito penal exige uma conexão jurídica verdadeira e tangível não apenas baseada na imposição e supremacia, e isto só pode ser alcançado através da estrita adesão às normas constitucionais (PAULSEN, 2022).

Entretanto, é importante ter em mente que a pressão para mudanças legislativas no Brasil visando a descriminalização dos tipos criminais sem a legitimidade prevista na norma está se tornando mais urgente. Seguindo a ideia de interferência mínima ou última ratio, o Direito Penal só deve ser exposto quando outros ramos não se sentirem competentes para defender e salvaguardar tais mercadorias, como foi dito anteriormente (SOUZA, 2020).

Para que exista um Estado democrático plenamente funcional, é necessário identificar e alterar tanto o marco legal quanto as práticas e discursos oficiais dos órgãos públicos. O Estado de direito em casos criminais deve ser sempre secundário em relação a outras formas de controle social para que o crime possa ser efetivamente reprimido. Isto também deve ser considerado dentro do contexto de instrumentos fiscais restritivos (CÂMARA, 2022).

## **11. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei 8.137/90, entre outras disposições do Código Penal, criminaliza atos contra o sistema tributário, tais como falsificação, fraude, omissão, redução ou supressão de valores, não recolhimento do imposto, não apresentação dos documentos exigidos e até mesmo desvio e sonegação de contribuições previdenciárias. A Lei 8137/1990 é sem dúvida a lei mais importante em nosso sistema jurídico que trata de infrações fiscais e crimes contra a ordem econômica.

Apesar da receita tributária ser essencial para o bom funcionamento do governo, é do conhecimento geral que muito poucas pessoas pagariam voluntariamente sua justa parcela de impostos se não houvesse penalidades associadas.

Acreditamos que a acusação dos devedores de impostos viola o item XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, que proíbe a prisão por dívidas, com exceções limitadas, incluindo a prisão do devedor de alimentos e do depositário desleal. Entretanto, devemos ter em mente que certas ações terão consequências em ambas as instâncias, e esta constatação nos leva a levar em conta a possibilidade de tais consequências.

Conseguimos vincular o ICMS ao inciso II do artigo 2 da Lei 8137/1990, que nos permitiu determinar se o não pagamento do ICMS declarado atenderia ou não ao tipo indicado no artigo, utilizando o ICMS como exemplo para destacar o pontos-chave de nosso estudo.



O debate deveria incluir consideravelmente mais do que simplesmente se ou se o não pagamento do ICMS declarado se encaixa na descrição do artigo 2 da Lei 8137/1990, concluímos. É importante reconsiderar amplamente as ofensas contra o sistema tributário, em vez de apenas determinar se elas se enquadram nas categorias de roubo e evasão fiscal.

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade. 2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial. 3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição. 4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal. 6. Habeas corpus denegado.(STJ - HC: 399109 SC 2017/0106798-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/08/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 31/08/2018)

De acordo com nosso ponto de vista, no ambiente contemporâneo em que vivemos, é essencial penalizar os comportamentos que realmente afetam a sociedade, tais como esquemas enormes de corrupção e lavagem de dinheiro, que são o que vemos com mais frequência hoje em dia.

Em vez de serem arrastados para o banco dos réus e tratados lado a lado com criminosos, assassinos e sequestradores, os empresários que dedicaram seu tempo, dinheiro e esforço para iniciar sua empresa são tratados melhor. Tudo porque, sem sorte, eles se descobrem na falta de pagamento de um determinado imposto em um determinado momento.

A fim de responsabilizar as pessoas por crimes contra o sistema fiscal e econômico, o Direito Penal e o Direito Tributário, que neste momento acabam se entrelaçando, devem começar a reavaliar seus respectivos papéis ao fazê-lo.

Como já foi mencionado, é bem conhecido que é difícil convencer a sociedade de que é necessário e necessário pagar impostos quando vemos tão pouco do que é feito com sua cobrança e quando é óbvio que aqueles que deveriam nos representar estão administrando mal os fundos e abertamente "roubando" do público.

O Brasil é reconhecido por ter uma das maiores cargas tributárias do mundo, além da complexidade de nossos impostos. Além da má administração, alguns empresários empregam táticas agressivas para evitar e adiar o pagamento de impostos. Eles não têm uma estratégia fiscal, não se apegam aos pagamentos destinados a ajudar e diminuir as obrigações fiscais das empresas, e não pagam seus impostos em tempo hábil.

Além disso, temos os funcionários fiscais, que se comportam de forma extrema e extrapolam em seus atos, indo além do que se pensa serem princípios básicos. Depois de ler esta explicação sucinta, deve ficar claro porque houve um aumento na criminalização das condutas do direito tributário, o que em nossa opinião deve ser desencorajado pelo direito tributário ao invés de imposto pelo direito penal.

Estamos cientes de que a lei penal deve ser utilizada apenas como último recurso; em vez de utilizar uma cadeia civil, como é frequentemente o caso, em situações de obrigações fiscais, podemos utilizar medidas para a execução dos bens do devedor.

Se examinarmos as muitas situações, descobrimos que nenhuma delas inclui a prisão do devedor como uma solução aceitável para a realização do bem legal. Finalmente, concluímos que, não obstante a decisão do STF, ainda não é razoável proibir a liberdade da dívida, seja ela civil ou criminal, já que estamos tratando de um direito básico que nunca deve ser violado.

Além disso, pensa-se que é responsabilidade das autoridades fiscais saber como utilizar melhor seus instrumentos de cobrança, administrar melhor suas ações, qualificar melhor os contribuintes e administrar melhor suas ações contra o Estado, a fim de evitar fazer injustiça àqueles que não estão em uma situação financeira estável, e deixar de tratar a todos como evasores fiscais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. BENS JURÍDICOS E DIREITOS: REPENSANDO A COMPETÊNCIA PENAL NAS INFRAÇÕES CONTRA A LIVRE-CONCORRÊNCIA. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 172, n. 2020, p. 59-96, 2020.

BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. **Compliance e direito penal econômico**. Grupo Almedina, 2019.

BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. Grupo Almedina, 2019.

BRASIL, Exposição de motivos nº 088, de 28 de março de 1990, lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8137-27-dezembro-1990-367271-exposicaodemotivos-149643-pl.html>.

CÂMARA, Priscilla Queiroga. **A construção do dolo no direito tributário: linguagem, intertextualidade e prova do (con) texto**. Editora Dialética, 2022.

CRUZ, Gilberto Zamora da. Renúncia fiscal na modalidade crédito presumido de ICMS e FUNDOPEM/RS do Estado Do Rio Grande Do Sul (RS): uma avaliação (2002-2016). 2019.

DA SILVA, Marcos Alves; DE LIMA, Priscila Luciene Santos; SLONGO, Evelise. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 4, n. 25, p. 299-316, 2020.

DA SILVA JÚNIOR, Aleandro Pinto. **A Ineficácia do Direito Penal Tributário: A Utilização do Direito Penal como Instrumento de Cobrança de Tributo**. Editora Dialética, 2021.

DA CRUZ PITMAN, Arthur Leite. Crédito de ICMS pela Aquisição de “Ativo Permanente” nas Concessões Públicas e a Interpretação Técnica ICPC n. 01 (R1). **Revista Direito Tributário Atual**, n. 51, p. 25-57, 2022.

DE LIMA LOPES, Cássio. A incidência do ICMS sobre as tarifas do uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica: uma análise jurisprudencial. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, v. 1, n. 2, 2019.

DE SOUZA, Thiago Bruno Alves; SILVA, Clesiomar Rezende. ASPECTOS INERENTES AO ICMS: UMA ABORDAGEM DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (DIFAL) NO ESTADO DE GOIÁS. **Revista de Estudos Interdisciplinares do Vale do Araguaia-REIVA**, v. 3, n. 01, p. 34-34, 2020.

GENTARA, Silvana; DINIZ, Thiago Antônio Nascimento Monteiro. O direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. **Academia de Direito**, v. 1, p. 365-383, 2019.

HARADA, Kiyoshi. **ICMS: Doutrina e prática**. Editora Dialética, 2022.

HARADA, Kyoshi. **Evolução legislativa dos crimes tributários**. Disponível em: [https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/556838489/evolucao-legislativa-dos-crimes-tributarios?ref=topic\\_feed](https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/556838489/evolucao-legislativa-dos-crimes-tributarios?ref=topic_feed). 2018.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal**. Editora Singular, 2022.

OLIVEIRA NETO, J. P.; ROSADO DA ESCÓSSIA, C. A. Fundamentos constitucionais para um direito penal democrático: limites ao poder de punir do estado na constituição brasileira. **RJLB–Revista jurídica luso-brasileira**, v. 4, p. 575-607, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. Saraiva Educação SA, 2022.

PRATES, Thierry Molnar; TAVARES, Everlam Elias. Fundo soberano de riqueza do Estado do Rio de Janeiro como instrumento para alavancar o desenvolvimento econômico ECONÔMICO. **REVISTA ECONOMIA POLÍTICA DO DESENVOLVIMENTO**, v. 13, n. 29, 2022.

RIBAS, Juliana Rodrigues. Os impostos do pecado e a ilusão fiscal. **Revista de Direitos Fundamentais e Tributação**, v. 1, n. 1, p. 106-123, 2017.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; IASBIK, Thaís Aldred. O garimpo ilegal e sua (in) significância no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 20, n. 1, p. 165-184, 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **O fato gerador do ICMS.2011**

SAIBRO, Henrique. Crimes do clarinho branco, sonegação fiscal e o risco da atividade empresarial no Brasil. **Revista Científica do UniRios**, p. 172, 2020.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional**. Grupo Gen-Atlas, 2017.

SILVA, MATHEUS BRAGA DE ALMEIDA. A falta de recolhimento do icms próprio pelo contribuinte e o (des) enquadramento como crime de apropriação indébita tributária. **LEOPOLDIANUM**, v. 46, n. 129, p. 14-14, 2020.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Roberto Lyra e o direito penal econômico. **Coleção Direito UERJ**, v. 80, p. 49-82.

SOUSA, Katsuk Rodrigues et al. Previsão de receitas tributárias: uma análise do ICMS no Ceará por meio de séries temporais. **Refas-Revista Fatec Zona Sul**, v. 5, n. 5, p. 1-17, 2019.

VELOSO, Fabíola Fonseca Da Silva. Confisco alargado de bens e valores no brasil: uma análise das garantias constitucionais à luz do direito penal econômico. **Portal de Trabalhos Acadêmicos**, v. 8, n. 3, 2021.

ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 21, n. 3, p. 1025-1057, 2020.

## A EFETIVIDADE DO VALOR DA INDENIZAÇÃO OCACIONADA POR ERRO JUDICIAL

**FABIANE JUVENAL DE LIMA RODRIGUES:**

Pós-graduada em Direito Constitucional e Previdenciário Faculdade Legalle, Pós-graduada em Direitos Humanos e em Direito para Carreira da Magistratura – Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.<sup>21</sup>

**CARLIEDSON SILVA RODRIGUES<sup>22</sup>**

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo busca apresentar uma discussão a respeito da efetividade do valor recebido a título de indenização por vítima de erro judicial. Aquele que procura o judiciário em busca de mitigar os prejuízos advindos já de uma decisão do próprio judiciário, pleiteia que o valor seja, de fato, equivalente ao dano sofrido. Desta forma, o *quantum* recebido a título de indenização deve suportar a morosidade da duração do processo e as injustiças advindas por decorrência de suas falhas. Bem como, essemontante deve ser capaz de amparar a vítima de erro judicial nos seus percalços psicológicos. A observância do tema da responsabilidade civil do Estado frente a erro judicial do processo ou procedimento judiciário brasileiro, deve, de fato, ser enfrentado, sem favorecimentos. Assim, o trabalho enfatiza a que a responsabilidade civil do estado é de forma objetiva. Já a mesma responsabilidade do agente público, tende a ser subjetiva. Nessa temática, a Constituição Federal elenca a possibilidade de indenização por erro judiciário, o que possibilita a reparação de danos por aquele que foi condenado injustamente. Diante de uma tentativa de vislumbrar o equilíbrio entre os aspectos legais e sociais sofridos por aquele inocente condenado injustamente, observa que o valor atribuído em ação de indenização não consegue reparar, nem de longe, o dano causado. Dessa forma compete aos profissionais do Direito lutar por um processo judicial livre de qualquer embaraço ou arbitrariedade, capaz de decidir, ao final, a realidade dos fatos e não cometer injustiça, que certamente, não poderá ser reparada.

**Palavras-chave:** Responsabilidade. Erro. Indenização.

### THE EFFECTIVENESS OF THE AMOUNT OF INDEMNITY CAUSED BY JUDICIAL ERRORS

**ABSTRACT:** This article seeks to present a discussion about the effectiveness of the amount received as compensation for a victim of judicial error. Anyone who seeks out the judiciary

---

<sup>21</sup> E-mail: fbnlm6764@gmail.com

<sup>22</sup> Pós-graduando em Direito Público e Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Legalle.



in order to mitigate the damage arising from a decision by the judiciary itself, claims that the value is, in fact, equivalent to the damage suffered. In this way, the amount received as compensation must bear the length of the process and the injustices arising as a result of its failures. As well as this amount should be able to support the victim of judicial error in their psychological mishaps. The observance of the theme of civil liability of the State in the face of a latent error in the Brazilian judicial process or procedure must, in fact, be faced, without favoritism. Thus, the work emphasizes that the civil liability of the state is objectively. The same responsibility of the public agent tends to be subjective. In this theme, the Federal Constitution lists the possibility of compensation for miscarriage of justice, which makes it possible to repair damages by those who have been wrongfully convicted. Faced with an attempt to glimpse the balance between the legal and social aspects suffered by that innocent person unjustly condemned, he observes that the value attributed in an indemnity action cannot even remotely repair the damage caused. Thus, it is up to law professionals to fight for a judicial process free of any embarrassment or arbitrariness, capable of deciding, in the end, the reality of the facts and not committing injustice, which certainly cannot be repaired.

**Key words:** Responsibility. Error. Indemnity.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Responsabilidade Civil; 2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil; 2.1 A evolução histórica da responsabilidade; 2.1.1 A responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 e legislação; 2.2 Risco Integral e Administrativo; 2.2.1 Risco Integral; 2.2.1 Risco Administrativo; 2.3 Erro Judicial; 2.3.1 Conceituação; 2.3.2 Constituição Federal; 2.3.3 Atividades do judiciário que coadunam com indenização; 2.3.4 Erro do magistrado e responsabilidade do Estado; 2.3.5 Dever do Estado em indenizar vítimas de erro judiciário; 2.4 O valor da indenização atribuído por erro judicial; 2.4.1 Os prejuízos causados à saúde do preso injustamente; 2.4.2 Os problemas familiares advindos da prisão injusta; Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A decisão justa sempre é o desejo almejado pelas partes no decorrer do processo judicial, mas nem sempre é possível extrair tal convencimento. A finalidade da celeridade processual é o direito.

Por vezes, o cidadão considerado culpado não teve como patrocinar uma defesa de qualidade e nem ao menos propor meios de perícia ou de contestar provastidas como verdadeiras. Assim sendo, considerando a tríade, juiz, defesa e réu, em alguns desses lados pode ter havido um desequilíbrio, o que pode coadunar com uma acusação indevida de uma pessoa inocente.

É neste cenário que pode ser configurada a ocorrência de erro judicial. Decidirem procedimento eivado de vícios, condenar um inocente que permanece preso indevidamente, erros atribuídos à atuação do Estado.

Com respaldo na Constituição Federal, cabe ao injustiçado provocar uma indenização para reparação do erro, uma situação em que a atuação estatal seja revista.

Como arbitrar um valor, justo, de indenização ao cidadão, vítima de erro em processo judicial, que deveria ter sido considerado inocente? Como efetivamente reparar tal dano?

Nesse sentido, considerar-se-ão várias hipóteses para essa pesquisa, das quais se cita: a responsabilização do Estado frente às situações provocadas por seus agentes, embasados na supremacia do interesse público.

Outra hipótese levantada é discutir se as decisões proferidas respeitaram todas as fases procedimentais que a legislação requer, bem como a falha que não foi identificada ou corrigida no processo, que seria o ponto crucial colaborou efetivamente para a condenação de um inocente.

Acrescenta-se também que o valor estipulado de indenização, àquele que foi erroneamente condenado, não consegue mitigar ou reparar os aspectos psicológicos e emocionais do prejudicado e de terceiros e familiares envolvidos na situação.

A relevância dessa pesquisa consiste em discutir o assunto no âmbito acadêmico. E como o alvo da justiça é sempre uma decisão justa, um erro judicial torna falácia esta máxima. Não importa se o erro não foi detectado pela defesa ou acusação e nem mesmo pelo juiz. Assim, o principal afetado por uma sentença errônea, muitas vezes, não consegue perceber a devida reparação, quase sempre, o tempo não espera.

A presente discussão propõe como objetivo analisar se as indenizações arbitradas em face de um erro judicial são, efetivamente, justas, se conseguem, reparar o dano sofrido. Considerando aspectos legais, psicológicos e sociais em que a vítima está inserida.

Logo, como objetivo específico deste trabalho tem-se a verificação dos valores arbitrados a título de reparação, se estariam aptos a reparar o dano sofrido ou não. Outro aspecto que merece ser abordado consiste em relatar, de uma maneira geral, as falhas mais comuns nos procedimentos judiciais que coadunam com uma decisão injusta num procedimento judicial.

Busca-se também exemplificar, casos concretos, de inúmeros, em que a atuação errônea da justiça colaborou com o fracasso de muitos que estão presos, sendo que na verdade o legítimo culpado, sequer, existe na relação processual.

Quanto ao procedimento metodológico, que se utilizará nesse trabalho será de abordagem de pesquisa aplicada, objetivando gerar conhecimentos para a elaboração de um artigo acadêmico. Assim, uma vez que o pesquisador irá estabelecer relações do geral para o particular, a partir de raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que propõe de natureza de pesquisa aplicada, envolvendo interesses sociais, e objetivando gerar conhecimento para aplicação prática, e elaboração do texto artigo como trabalho de conclusão de curso.

O método de investigação será o indutivo, quanto ao ponto de vista de seus objetivos, será realizada uma pesquisa exploratória através do levantamento bibliográfico e jurisprudencial.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Preliminarmente, cumpre destacar a conceituação de responsabilidade civil, “é aquela que decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”. (MAZZA, 2019, p. 1.227)

Assim, esse pressuposto do ressarcimento ao terceiro prejudicado, advém da responsabilidade extracontratual, como se percebe, um particular não tem contrato vigente com o poder público.

Apesar de ser notório o princípio da supremacia do interesse público, em casos de ocorrência de dano sofrido por particular, o Estado tem o dever de indenizar reparar seu erro.

Nesse entendimento, vislumbra-se o importante princípio da isonomia, visto que em caso de prejuízo sofrido, não haveria equilíbrio nas relações se o Estado não indenizasse o particular.

### **2.1 A evolução histórica da responsabilidade.**

Antes de atingir o atual patamar de responsabilidade civil do Estado, modalidade objetiva, é salutar relembrar, brevemente os aspectos históricos de tal evolução.

A saber, conforme doutrina, (MAZZA, 2019, p. 709) existiram três estágios, os quais a teoria da responsabilidade do Estado percorreu: a) teoria da irresponsabilidade estatal; b) teoria da responsabilidade subjetiva; c) teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade estatal consistia na total previsão de responsabilidade por dano causado a terceiro por parte do Estado. É nessa fase que é conhecida a famosa frase, *"the king can do no wrong"*, ou seja o "rei não erra". Essa fase é típica de governos absolutistas. Esta fase pendurou até a decisão de 8 de fevereiro de 1873, tomada pelo Tribunal de Conflitos na França, conhecida como Aresto Blanco.

Em um segundo momento passa a vigorar a responsabilidade civil subjetiva, teoria subjetiva, oriunda da culpa, estudada no direito civil. Com a finalidade de comprovar a má atuação do Estado, o particular deveria comprovar, para ser ressarcido de seu prejuízo, a ocorrência, simultânea do ato, dano, nexo causal, culpa ou dolo. Convém enfatizar que tal teoria, é aplicada no direito brasileiro em casos de danos por omissão, e na ação regressiva contra o agente causador.

O último estágio convém chamar de teoria objetiva, que vigora até os dias atuais, por essa teoria, não há a necessidade de comprovação de dolo ou culpa por parte do agente público. Assim, aquele que sofre algum efeito danoso oriundo de atividade estatal, tem o direito de propor ação, tendo por base a teoria do risco administrativo.

Para a doutrina majoritária, (MAZZA, 2019, p. 704) teoria objetiva, o dever de indenizar estatal ocorre com a demonstração de três elementos comprovados pela vítima, a saber: ato, dano e nexocausal.

Esclarecendo que a ação condiz com uma atuação, uma conduta comissiva que não deveria ocorrer, ao passo que a omissão, é um dever jurídico que o agente público deveria praticar e não o fez.

O dano é aquele prejuízo sofrido que enseja a indenização, tal dano pode ser moral ou material. Ao passo que o nexo causal é o elo, entre a ação e o dano. Sem tal o ato não teria se tornado um dano.

### **2.1.1 A responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 e legislação.**

O tema discutido nesse trabalho, encontra amparo em normativo na Constituição Federal, regulamentado em seu art. 37, § 6º, que determina:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Tal responsabilidade baseia-se na teoria objetiva ou da teoria da responsabilidade sem culpa, conforme ensina (MAZZA, 2019, p. 676). Assim o dever de indenizar decorre da

atuação do agente público, o qual não se faz necessário comprovar se o mesmo agiu com dolo ou culpa.

A verificação da culpa ou dolo será em momento posterior, em ação regressiva que será demandada contra o agente público que praticou o ato.

Ainda, conforme o assunto, podemos encontrar no Código Civil, no art. 43 do Código Civil que a responsabilidade do ente público se configura objetiva.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Assim, faz-se necessário enfatizar que os entes públicos podem tentar se livrar de sua responsabilidade com as excludentes as quais devem ser aferidas pelo julgador da demanda em momento oportuno. Logo, no caso concreto, caso a vítima tenha desrespeitado uma ordem expressa de não se aproximar do local em obras, tal situação pode ser utilizada pelo órgão estatal para afastar ou mitigar a sua responsabilidade civil.

## **2.2 Risco Integral e Administrativo**

### ***2.2.1 Risco Integral***

Na intenção de compreender melhor o tema, adotando por base a teoria objetiva adotada no ordenamento jurídico vigente, faz-se necessário a observação dos temas atinentes a teoria do risco administrativo e risco integral.

A respeito da teoria do risco integral, Matheus Carvalho acrescenta:

A teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é garantidor universal e, sendo assim, conforme esta teoria, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente para que surja a obrigação de indenizar para a Administração, pois não admite nenhuma das excludentes de responsabilidade. (2017, p. 348)

O risco integral, a descrição do nome ajuda a entender que, em qualquer situação, o Estado responderia, integralmente, pelos danos sofridos, por ser o garantidor universal.

Consoante (MAZZA, 2019, p.727), ocorrerá o risco integral em situações pontuais, a saber: acidentes de trabalho (infortúnica), indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis (DPVAT), atentados terroristas em aeronaves, dano ambiental.

Um adendo é interessante a respeito do dano nuclear, que havendo culpa exclusiva da vítima, conflito armado, atos de hostilidade, guerra civil, insurreição e excepcional, fato da natureza afasta-se o dever de indenizar do Estado, essa disposição encontra-se elencada na lei que tratada responsabilização por danos nucleares.

### **2.2.2 Risco Administrativo**

Adotada pelo direito brasileiro, o risco administrativo é aquele suportado pela administração que não responde universalmente por danos ocorrido. Baseada nessa teoria, há a possibilidade de afastar o dever de indenizar do Estado.

Destaca-se que não se pode confundir, caso fortuito com força maior, uma vez que o primeiro é decorrente de um ato humano ou falha da Administração. Já o segundo é um fator imprevisível, inesperado.

Deduzir-se que o caso fortuito não é capaz de excluir a responsabilidade estatal.

## **2.3 Erro Judicial**

### **2.3.1 Conceituação**

Na tentativa de descrever a expressão erro judicial, (GUIMARÃES, 2013, p.107) que "erro judicial é o equívoco judicial causador de prejuízo para a parte, ensejando indenização pelo Estado".

Importante observação pontua o prof. Matheus Carvalho que:

A prisão além do tempo da sentença não é ato jurisdicional, é ato administrativo exercido posteriormente à decisão judicial, em sede de cumprimento e execução da pena. Logo, a hipótese expressa na constituição de responsabilidade do Estado por erro jurisdicional ocorreria nos casos de prisão por erro judiciário. (2017, p. 348).

Ao tentar traçar um conceito para erro judicial, a doutrina enfatiza diversos aspectos a ser detalhado, tal conceito na visão de Nanni:

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da



atividade jurisdicional, aosentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos. (1999, p. 175).

Conforme explicita (NUNES, 199, p.107) “o erro judiciário decorre de uma situação injusta,em que alguém foi condenado não sendo o autor do fato, materializando-se com a sentença que é o ato jurisdicional fundamental, em que o Estado-Juiz impõe a vontade do direito para solucionar o litígio”.

O tema é relevante e tem que ser discutido, para (GAZOTO, 1999, p. 45) “o erro judiciário não é um erro isolado, é um conjunto de erros da persecução penal, no qual não foi culpa somente do juiz, mas um conjunto de falhas quer seja da polícia na investigaçãoou do Ministério Públicos, que coadunaram com um erro emanado pelo Juiz.”

Em conformidade com a definição de erro judicial, acima relatada, a questão é atualmente discutida com muito vigor, pois é evidente o aumento dos casos de erros judiciários coadunando com pessoas inocentes presas.

A fase inicial do procedimento é imprescindível para o restante do processo, uma vez que um erro grave pode custar muito caro para aquele inocente que foi considerado culpado, uma vez que o verdadeiro está solto.

(CARVALHO, 2015, p. 12) “o maior erro judiciário de todos os tempos ocorreu em Jerusalém, naquela época houve uma condenação injusta e irregular de Jesus de Nazaré, o Filho de Deus que se fez homem para salvar a humanidade”.

### ***2.3.2 Constituição Federal***

O tema relacionado com o erro judicial está elencado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Assim, faz-se necessário citar o princípio do devido processo legal, imprescindível em todo procedimento penal, sendo sua ausência causa de nulidade absoluta. O referido preceito está elencado no artigo art. 5º, inciso LIV, em que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Logo, a imposição de uma decisão, ou pena, só poderá ser imposta, se a mesma for fruto do devido processo legal, respeitando todos os seus trâmites e procedimentos.

Como decorrência do devido processo legal, temos o princípio do contraditório e da ampla defesa, que garante ao litigante o direito de se defender em todas as fases do procedimento dos fatos criminosos imputado à sua pessoa.

Igualmente importante está o princípio base da presunção da inocência, o qual informa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É interessante ressaltar que a violação do princípio da imparcialidade resulta em erro judiciário, finalizando em decisões arbitrárias e errôneas, que na maioria das vezes, priva um inocente de sua liberdade. A motivação em condenar um cidadão tem que ser fundamentada e pública a todos, isso é um mandamento da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana, prevista no ordenamento jurídico, artigo 1º, inciso (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) é amplamente desrespeitada na ocorrência de um erro judicial. Uma vez que tal preceito prevê que a resume-se nas condições mínimas existenciais, para que uma pessoa tenha uma vida digna de respeito.

Vale ressaltar, que há casos de erros judiciários, que lesionam um dos bens mais preciosos da vida humana, ou seja, a liberdade, e às vezes, a própria vida do inocente.

### ***2.3.3 Atividades do judiciário que coadunam com indenização***

Apesar do tema ser debatido na doutrina, não se pode traçar um caminho que exclua a responsabilidade do Estado, em face a erro judiciário.

A saber que a própria Carta Magna, (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) em seu art. 3º que são independentes e harmônicos entre si, o Executivo, Legislativo e Judiciário.

A saber, sobre o assunto, relativo aos atos jurisdicionais, Mazza, ensina que:

Em relação aos atos tipicamente jurisdicionais, entende-se que, em princípio, não produzem direito a indenização como consequência da soberania do Poder Judiciário e da autoridade da coisa julgada. Entretanto, a Constituição Federal prevê, excepcionalmente, a possibilidade de ressarcimento do condenado por erro judicial, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, entre outras hipóteses. (2019, p. 760).

Para (NUNES, 1999, p. 107), "as possíveis causas que ensejam a ocorrência do erro judiciário e que viciam o ato, são: o dolo, o erro, a culpa, a decisão contrária à prova dos

autos, o erro imputável às partes e à terceiros e a inexistência da lei e sua inadequada aplicação”.

Atinente ao dolo, conclui-se que este elemento contamina o ato judicial, visto que o magistrado tende a prejudicar alguém.

Ainda quanto ao erro, (NUNES, 1999, p. 107) enfatiza “que tipifica o erro judiciário está relacionado ao erro substancial que conduz a uma prestação jurisdicional defeituosa, através da inversão dos fatos, da pessoa ou do próprio objeto da relação jurídica”.

A culpa, nestes casos é aferida pela possibilidade de prevê um determinado resultado e o magistrado não considerou tal situação.

Quanto à prova contrária dos autos, o magistrado pelo princípio do livre convencimento motivado obrigado não fica adstrito a ela, ou seja, pode dispensá-la e decidir conforme entender a linha de pensamento própria do processo. Isso não quer dizer que o mesmo adotará decisões irresponsáveis.

Atinente ao fato de erro imputável às partes e aos terceiros, tal situação pode ocorrer em caso de apresentação de provas falsas, partes agindo de má-fé, ou qualquer outra situação que prejudique o julgamento do juiz no caso analisado.

#### ***2.3.4 Erro do magistrado e responsabilidade do Estado.***

Diante do já explanado em relação a responsabilidade civil do Estado, não se pode olvidar que no caso de ocorrência de dano a terceiro por agente público, a responsabilidade civil é objetiva.

Já em relação à ação de regressiva a mesma ser proposta contra o magistrado, Matheus Carvalho ensina que:

Ocorre que, em garantia ao princípio do livre convencimento motivado, bem como da garantia de independência do juiz, ao proferir decisões no exercício de sua função típica, a propositura da ação de regresso fica dependente da demonstração de dolo ou erro grosseiro do magistrado ao prolatar a decisão que causou danos. (2017, p. 364).

Existe a previsão do Conselho Nacional de Justiça, art. 103-B, da Carta Magna, o qual compete, dentre outras atribuições, o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras previstas no Estatuto da Magistratura. Dessa forma,

o próprio legislador previu um órgão que pudesse, supervisionar, as denúncias e reclamações que pudessem decorrer da atuação jurisdicional.

### **2.3.5 Dever do Estado em indenizar vítimas de erro judiciário**

Diante da inexistência de dúvidas sobre a responsabilidade civil do estado ser de forma objetiva, e da aferição que não possibilidade não contempla casos de exclusão, cabe a indenização, conforme preceitua a Constituição Federal.

Neste momento, cabe a verificação do princípio da razoabilidade, uma vez que a indenização deve ser proporcional ao prejuízo sofrido, tanto morais como materiais.

(CAVALIERI FILHO, 2022, p. 279) disserta que “a indenização deve ser fixada com razoabilidade, diante das circunstâncias do caso concreto, para que não promova o enriquecimento sem causa do ofendido, todavia, o valor deve ser arbitrado em *quantum* considerável para que a prática desse ato não ocorra de forma reiterada.”

A responsabilização de um inocente por um crime que não cometeu, pouco muda em relação como aquele cidadão é visto perante a sociedade. O preconceito existe e pouco se faz para mudar essa realidade. Aquele que pleiteia uma indenização no judiciário, por erro que ele não cometeu, sofre as mazelas do tempo e a morosidade da justiça.

Além de ter perdido o tempo preso inocentemente, esse jamais retornará, logo, o valor que eventualmente receba, caso não ocorra prescrição, será somente para amenizar o resto de vida que ainda lhe resta, pois, jamais tal pagará aquilo que deixou de ganhar e de viver.

A liberdade, bem protegido pelo Estado, pelas leis, não tem preço, não o teve e nunca terá. Jamais qualquer valor poderá amenizar o sofrimento que perdeu tempo e uma parte da vida estando encarcerado inocentemente.

## **2.4 O valor da indenização atribuído por erro judicial**

Discutir o *quantum* de valor de uma indenização ocasionada por erro judicial seria efetivamente justa ao ponto que pudesse suprir tudo aquilo que foi perdido por este prejudicado não seria uma tarefa fácil.

Como se sabe que o processo judicial brasileiro tem o condão de ser um ato demorado, logo e exausto que por diversas vezes não surge o seu efeito principal. Fato que por ser tão logo, ocorre que por vezes, aquele interessado, a parte autora, já não estaria mais presente para lutar por seu objetivo.

Discutir o valor que seria razoável para uma recuperação da saúde, dignidade e bem social, bem como reinserção na sociedade, é o alvo de discussão deste trabalho.

Esse assunto deve ser tratado também sob a ótica da família e dos prejuízos que ela sofreu diante da falta de seu membro. Logo, o tema é amplo e verifica-se, inicialmente que este valor seria significativo, principalmente em relação ao erro, caso ele persista por longos anos.

Assim sendo, a importância do assunto em diversos segmentos da esfera estatal e coadunando com a devida indenização judicial. Mensurar essa efetividade é um tanto subjetivo. Para alguns doutrinadores, não há o que se reparar, mas somente mitigar a lesão gravíssima oriunda do erro que o Estado cometeu.

Consoante entendimento de Canotilho, enfatiza que:

Entende-se hoje que o cidadão inocente, após sua reabilitação em processo de revisão, tem verdadeiro direito subjetivo à reparação dos danos. A reparação dos erros judiciais configura-se como responsabilidade por atos lícitos. A inocência, posteriormente demonstrada, virá revelar, sim, um sacrifício individual e grave, absolutamente inexigível sem compensação. A culpa do condenado torna legítimo o exercício do jus puniendi e isentará o Estado do dever de qualquer prestação ressarcitória, a sua inocência não perturba a legitimidade do ato jurisdicional, mas torna obrigatória a atribuição ao lesado ou herdeiros de uma justa indenização. (1984, p. 48).

Conforme ensino do doutrinador, se a lesão não ocorrer, ou seja, se não houver erro, perfeitamente o ato estará legítimo. O problema ocorre nos casos em que não foi feito um procedimento correto e condenando um inocente por um crime que não cometeu.

Delinear como um evento de erro judicial implica e impacta na vida de um cidadão é tema primordial e merece ser estudado. Por vezes, o erro começa no início do procedimento, e a partir de então, o acusado já começa a desenvolver problemas de ordem social.

#### ***2.4.1 Os prejuízos causados à saúde do preso injustamente***

Assim sendo, a perspectiva de vida de uma pessoa que foi vítima de erro judicial já não estaria tão no ápice, uma vez que por causa deste erro, esse cidadão ficou preso por ato que não cometeu. E assim, este fato implica principalmente na sua saúde mental.

Ademais, é de conhecimento de todos que o sistema prisional brasileiro não tem condições de dignas de recuperação de nenhum condenado. Muito menos, condições de uma vida que conserve a boa saúde daquele que ali está, é o oposto.

Grande parte dos que foram presos, mesmo que justamente, perecem nos presídios, lutando por sua saúde, sem condições nenhuma, visto que adquiriram, naquele período, doenças até incuráveis.

Não é difícil encontrar casos de condenados como o Sr. Heberon Lima de Oliveira, cuja reportagem intitulada "As 3 mortes de Heberon", site Uol, de condenado, injustamente pela justiça do Amazonas, por estupro de uma menina de 09 (nove) anos, à época.

Além de ficar, quase 03 (três) anos preso sem merecer, o ex-presidiário foi violentado por mais de 60 (sessenta) detentos. Diante de tamanha violência, adquiriu o vírus da AIDS.

Como um caso específico em muitos, o ex-detento, agora vive imerso às drogas, vício que adquiriu quando estava preso, bem como aguarda a resposta da justiça em face de uma indenização proposta contra o Estado que está em fase de recurso nos tribunais superiores.

Conforme a reportagem, Heberon Lima, solicitou indenização e o valor R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), mas Procuradoria Geral do Estado recorreu alegando enriquecimento sem causa, e o valor ficou em R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais).

O Superior Tribunal de Justiça não conheceu o recurso da PGE/AM e manteve a indenização em favor de Heberon Lima, representado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

#### ***2.4.2 Os problemas familiares advindos da prisão injusta***

Dentre os tantos problemas insondáveis que aquele foi preso injustamente perpassa, estão entre os que configuram de maior expressão, os que abalam a estrutura familiar.



Tal instituição é protegida pelo Estado, isso é o que diz a lei maior do nosso ordenamento jurídico. De sorte que assim deveria ser de forma efetiva em todos os seus paradigmas e não somente conceder um auxílio-reclusão à família do preso.

Logo, somente teriam direitos a essa ajuda, àqueles que estivessem trabalhando formalmente à época dos fatos, isso não é o que se expressa. Diante da tamanha crise econômica e da desigualdade social, inúmeros de trabalhadores compõem o mercado informal, e assim acabam permitindo que seus familiares não tenham direitos constituídos, em casos excepcionais, como é a prisão.

Logo, a situação do preso provoca uma instabilidade familiar muito grande, por vezes incontornável, visto que em certos casos, nem mesmo a família acredita na inocência daquele que teve a sua liberdade cerceada. Mesmo porque o caso passa pelo crivo da justiça e assim se delinea a ação do Estado juiz.

### **3. CONCLUSÃO**

Diante do assunto apresentado, das pesquisas realizadas e do entendimento diante da responsabilidade civil do Estado em decorrência de erro judicial, pode-se concluir que o valor recebido, a título de indenização, não consegue reparar o prejuízo na vida de uma pessoa.

Isto pode ser observado pela perda do valor da indenização diante da morosidade da justiça, uma vez que uma pessoa que passa mais de 20 (vinte) anos presa injustamente não conseguirá recuperar o seu vigor e nem sua saúde perdida na prisão.

Desta forma não conseguirá acompanhar o desenvolvimento de sua família e nem a formação de seus filhos, e muitas vezes, nem se despedir de um familiar que não mais verá.

Isto posto, leva-se a crer que aquele valor arbitrado pela justiça, após inúmeros recursos da defesa do Estado, não é suficiente eficaz para reparar o dano sofrido e nem capaz de efetivar, de fato, uma indenização judicial.

Assim, destaca-se a importância do tema, visto que o profissional de direito, deve pautar-se pela correta atuação profissional, agindo conforme o código de ética e respeitando a legislação.

Agindo dessa forma evitará que esteja envolvido em uma situação que ocorra injustiça a uma das partes, ocorrendo um erro judicial e prejudicando, significativamente, a vida de uma pessoa inocente.

Ainda em completo ao entendimento de erro judiciário, convém ressaltar a responsabilidade do Estado face aos terceiros prejudicados. O dano tem que ser reparado, visto que o valor, para o julgador, é mais que suficiente para corrigir o dano. Porém para o inocente que ficou preso por vários anos, injustamente, o valor não proporciona a devida efetividade.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 6.453, DE 17 DE OUTUBRO DE 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acessado em: 01 mar. 2023

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acessado em: 01 mar. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos**. Coimbra, Almedina, 1974.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. *In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, Curitiba, v. 29, n. 53, pp. 53-70, jul.-dez. 2004. Disponível em:

<[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1502109](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1502109)>. Acesso em: 05 abr 2023.

GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Brasília, v.60, p. 45-64, 1999.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limmonad, 1999.p.175.

PRAZERES, Leandro. **As três mortes de Heberson**. Brasília, abr 2016. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wxb0jsuBN8sJ:https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 04 abr 2023

## **AS PRÁTICAS “ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE (ESG)” E O RACISMO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO**

**SARA ALVES BRANCO:** Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo<sup>23</sup>

**RESUMO:** Com os crescentes debates sobre desenvolvimento sustentável e as práticas de “*Environmental, Social e Governance (ESG)*” (Ambiental, Social e Governança, em tradução livre) no contexto das relações raciais, as empresas se viram pressionadas a acelerar a implementação de medidas de combate ao racismo para reduzir as desigualdades sociais no Brasil. Nosso problema é que não identificamos iniciativas ESG de combate à discriminação racial nas relações de consumo. Portanto, esse artigo tem como objetivo refletir sobre as práticas *ESG* no enfrentamento do racismo nas relações de consumo. A defesa do consumidor é o princípio norteador da Ordem Econômica Brasileira, previsto no artigo 170, inciso V da Constituição Federal e o racismo é crime previsto pela Lei nº 7.716/89. A hipótese é que a discriminação racial invisibiliza e desumaniza as pessoas negras consumidoras. A metodologia utilizada será pesquisa bibliográfica e documental para uma abordagem conceitual de *ESG*, análise de legislações que vedam o racismo nas relações de consumo.

**PALAVRAS-CHAVE:** ESG; racismo; relações de consumo; discriminação racial

**ABSTRACT:** With the growing debates about sustainable development and the practices of “*Environmental, Social and Governance (ESG)*” (Environmental, Social and Governance, in free translation) in the context of race relations, companies have found themselves pressured to accelerate the implementation of measures of combating racism to reduce social inequalities in Brazil. Our problem is that we have not identified ESG initiatives to combat racial discrimination in consumer relations. Therefore, this article aims to reflect on ESG practices in facing racism in consumer relations. Consumer protection is the guiding principle of the Brazilian Economic Order, provided for in article 170, item V of the Federal Constitution and racism is a crime provided for by Law nº 7.716/89. The hypothesis is that racial discrimination makes black consumers invisible and dehumanizes. The methodology used will be bibliographical and documentary research for a conceptual approach to ESG, and analysis of laws that prohibit racism in consumer relations.

**KEYWORDS:** ESG; racism; expenditure relations; racial discrimination

---

<sup>23</sup> E-mail: saraalves390@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O estudo “Brasil - A Inserção da População Negra no Mercado de Trabalho” produzido pelo Dieese - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, com base em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC) do IBGE, em 2022, revelou que as mulheres trabalhadoras negras foram as mais prejudicadas pela pandemia no mercado de trabalho brasileiro<sup>24</sup>. O mesmo estudo aponta que essas mulheres recebem, em média, menos da metade dos salários dos homens brancos (46%)<sup>25</sup>. Um outro estudo inédito chamado “Jovens Negros e o Mercado de Trabalho”, produzido pelo Núcleo de Pesquisa Afro do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap) e pelo Instituto de Referência Negra Peregum, em 2022, aponta que cerca de 60% dos trabalhadores e trabalhadoras informais no Brasil, são negros e negras. As pessoas negras ocupam apenas 6,3% dos cargos de gerência e menos de 5% das posições executivas. Quase metade das mulheres negras são inativas<sup>26</sup>. Essas desigualdades são refletidas nas dinâmicas do mercado consumidor, como os poucos produtos específicos para essa população, a reprodução de estereótipos em anúncios publicitários e o atendimento discriminatório em estabelecimentos comerciais que reforçam o racismo e reproduz a violência.

Também em 2022, o “Relatório Pessoas Negras no Brasil”, produzido pela Opinion Box em parceria com o Movimento Black Money, mostrou que mais da metade das pessoas negras entrevistadas prefere comprar de empresas que apoiam a diversidade racial e 52% dos participantes negros afirmam que já boicotaram empresas envolvidas em escândalos relacionados a casos de racismo<sup>27</sup>.

Considerando esse cenário, o objetivo deste artigo é refletir sobre as práticas de “*Environmental, Social e Governance*” (ESG) (Ambiental, Social e Governança, em tradução livre) no enfrentamento do racismo nas relações de consumo. Isso porque, nos últimos anos, a sigla ESG ganhou popularidade no mundo empresarial, apesar de ter aparecido pela primeira vez no início dos anos 2000, no relatório produzido pela Pacto Global da ONU “*Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World*” (“Ganha Quem

---

<sup>24</sup>CAVALLINI, Marta. Artigo “Com maior taxa de desemprego e menor rendimento, mulheres negras são as mais prejudicadas no mercado de trabalho”. Portal G1, 2022. Disponível em [Com maior taxa de desemprego e menor rendimento, mulheres negras são as mais prejudicadas no mercado de trabalho | Trabalho e Carreira | G1 \(globo.com\)](#). <Acesso em 10/06/2023>

<sup>25</sup> idem 1

<sup>26</sup> LACERDA, Lara. Artigo “Mercado de trabalho ainda é terreno árido para jovens negros e negras”. Brasil de Fato, 2022. Disponível em [Mercado de trabalho ainda é terreno árido para jovens negros e | Geral \(brasildefato.com.br\)](#) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>27</sup> Representatividade das pessoas negras no mercado consumidor. Portal Proteste, 2023. Disponível em [Representatividade das pessoas negras no mercado consumidor \(proteste.org.br\)](#). <Acesso em 10/06/2023>

se Importa: Conectando o Mercado Financeiro a um Mundo em Transformação” em tradução livre), durante uma conferência com cerca de vinte instituições financeiras.

A implementação de práticas ESG é fundamental para a redução das desigualdades sociais no Brasil, sendo uma delas o racismo. Nesse sentido, as empresas têm envidado esforços para aumentar a quantidade de pessoas negras em seu quadro de funcionários e, principalmente, sua ascensão para cargos de liderança. Um exemplo emblemático é o programa de trainee da Magazine Luiza, que é destinado exclusivamente para pessoas candidatas negras. No entanto, ainda é necessário avançar em políticas que coíbam a presença do racismo nas relações de consumo, que levou à expulsão de uma mulher negra de uma aeronave da companhia aérea Gol, por se recusar a despachar sua mochila com o notebook em vôo de Salvador para São Paulo<sup>28</sup>, ou de outra mulher negra que, depois de ter sido perseguida por seguranças em umas das lojas do Atacadão de Curitiba, retornou à loja vestindo apenas calcinha e sutiã como forma de protesto, pois sua intenção era a de provar que não portava nenhum tipo de arma ou escondia algum produto<sup>29</sup>.

O racismo praticado contra pessoas consumidoras negras pode levar a consequências extremamente graves, como no caso de centenas de mulheres negras que foram vítimas de cegueira temporária<sup>30</sup> após usarem pomadas modeladoras para cabelo e o assassinato de Beto Freitas, homem negro assassinado pelos seguranças do supermercado Carrefour<sup>31</sup>.

## 1. CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE

Para adentrarmos no conceito de ESG, é fundamental a compreensão do que vem a ser a sustentabilidade. De acordo com o artigo elaborado por Kevin Foley em 2019

---

<sup>28</sup> Artigo “Quem é Samantha Vitena, professora negra expulsa de voo por recusar despachar mochila com notebook na Bahia”. Portal G1, 2023. Disponível em [Quem é Samantha Vitena, professora negra expulsa de voo por recusar despachar mochila com notebook na Bahia | Bahia | G1 \(globo.com\)](https://g1.globo.com/bahia/noticia/2023/06/10/quem-e-samantha-vitena-professora-negra-expulsa-de-voos-por-recusar-despachar-mochila-com-notebook-na-bahia.html) < Acesso em 10/06/2023 >

<sup>29</sup> Artigo “Professora é vítima de racismo e vai a supermercado de lingerie em protesto”. Estado de Minas, 2023. Disponível em [Professora é vítima de racismo e vai a supermercado de lingerie em protesto \(correiobraziliense.com.br\)](https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2023/06/10/professora-e-vitima-de-racismo-e-vai-a-supermercado-de-lingerie-em-protesto.html) < acesso em 10/06/2023 >

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Beatriz de. Artigo “Comentários racistas marcam reunião da Anvisa sobre pomada modeladora”. Portal Mulheres da Periferia, 2023. Disponível em [Comentários racistas marcam reunião da Anvisa sobre pomada modeladora \(nosmulheresdaperiferia.com.br\)](https://www.nosmulheresdaperiferia.com.br/comentarios-racistas-marcam-reuniao-da-anvisa-sobre-pomada-modeladora/) < Acesso em 10/06/2023 >

<sup>31</sup> Artigo “Assassinato de João Alberto Freitas”. Disponível em [Assassinato de João Alberto Freitas – Wikipédia, a enciclopédia livre \(wikipedia.org\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Assassinato_de_Jo%C3%A3o_Alberto_Freitas) < Acesso em 10/06/2023 >

intitulado *"What is Sustainability? A Definition and Brief History of How it Came to Be"*<sup>32</sup>, nem sempre o conceito foi utilizado da forma como conhecemos hoje. A origem da palavra sustentabilidade é derivada de sustentável e se tem registro de seu uso desde o início do século XVII. Sustentabilidade seria uma outra forma de dizer que algo foi feito para durar<sup>33</sup>. Segundo o autor, apesar de sua origem ter mais de 400 anos, foi entre os anos 1960 e 1970 que a palavra sustentabilidade surgiu da forma como conhecemos hoje. Até os anos 60, seu uso não estava associado ao meio ambiente, foi no ano de 1972 que pela primeira vez ela foi utilizada no contexto do debate sobre o futuro da humanidade na Terra. Além disso, no mesmo ano ela também apareceu em livros, relatórios e também na *"United Nations Conference on the Human Environment"*, mundialmente conhecida como a Conferência de Estocolmo:

"According to the Journal of Agriculture and Environmental Ethics research paper The Evolution of Sustainability, **the word "sustainability" was first used in the context of discussing man's future on this planet in 1972.** The word appeared in the book *Blueprint for Survival* (originally published by the Ecologist). This same year, the Club of Rome, in collaboration with the Massachusetts Institute of Technology (MIT), released a now-famous report. The report was called *"Limits to Growth,"* (...) "and it used computer modeling to explore the interaction between exponential growth and finite resources."<sup>34</sup>

Nesse sentido, o relatório *"Limits to Growth"* (Limites para o Crescimento, em tradução livre), produzido pelo Clube de Roma em parceria com o Instituto de Tecnologia de Massachusetts (*MIT*), fez simulações considerando variáveis como o crescimento populacional, produção industrial, produção de alimentos, geração de poluição e a redução

<sup>32</sup> FOLEY, Kevin. Artigo "What is Sustainability? A Definition and Brief History of How it Came to Be". Disponível em [What is Sustainability? A Definition and Brief History of How it Came to Be \(valleytosummit.net\)](http://valleytosummit.net) <acesso em 10/06/2023>

<sup>33</sup> idem 9

<sup>34</sup> MEADOWS, RANDERS e BAHERENS III. Donella H, Dennis L, Jorgen, William W.. *The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on Predicament of Mankind*. Universe Books New York, 1972. Disponível em: [The Limits to Growth - Club of Rome](#) < Acesso acesso 03/03/2023> Tradução livre: " De acordo com o artigo de pesquisa do Journal of Agriculture and Environmental Ethics, The Evolution of Sustainability, a palavra "sustentabilidade" foi usada pela primeira vez no contexto de discutir o futuro do homem neste planeta em 1972. A palavra apareceu no livro *Blueprint for Survival* (originalmente publicado pela o Ecologista). Neste mesmo ano, o Clube de Roma, em colaboração com o Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), divulgou um relatório agora famoso. O relatório foi chamado de "Limits to Growth," (...) e usou modelagem computacional para explorar a interação entre crescimento exponencial e recursos finitos."



de recursos não renováveis<sup>35</sup>. Esse relatório concluiu que as atividades praticadas pela humanidade causam impactos devastadores no planeta Terra.

Apesar da conclusão alarmante, o termo “Desenvolvimento Sustentável” surgiu somente na década de 80. Ele apareceu no Relatório Brundtland da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMED) proposta pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), criado em 1972 na ocasião da já mencionada Conferência de Estocolmo. A CMED tinha como principal missão promover o diálogo entre países ricos e pobres sobre as questões de meio ambiente e desenvolvimento e de definir formas de cooperação entre ambos<sup>36</sup>. Esse relatório é histórico porque foi a primeira vez que desenvolvimento e meio ambiente foram discutidos como um único problema. O documento definiu Desenvolvimento Sustentável como o desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de resposta das gerações futuras às suas próprias necessidades.<sup>37</sup> De acordo com o Relatório Brudland, o conceito de “necessidades”, está, sobretudo, relacionado às necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade, e a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.

Mais adiante, o documento se aprofunda na importância de se promover o desenvolvimento em países em desenvolvimento de tal modo que todas as pessoas tenham suas necessidades básicas como habitação, comida e emprego atendidas. E que os países que já são desenvolvidos, se certifiquem de que esse desenvolvimento não é às custas de exploração e pobreza em demasia. Essa abordagem é de extrema importância porque constata que o desenvolvimento sustentável é incompatível com as desigualdades entre os países e entre as pessoas, pois tais fatores também são prejudiciais ao meio ambiente devido à utilização dos recursos disponíveis:

Se os números aumentarem, pode aumentar a pressão sobre os recursos, e o padrão de vida se elevará mais devagar nas áreas onde existe privação. A questão não é apenas o tamanho da população, mas também a distribuição dos recursos; portanto, o desenvolvimento

---

<sup>35</sup> idem 2

<sup>36</sup> Relatório RIO+20. Portal Camara Legislativa. Disponível em [Normal \(camara.leg.br\)](http://Normal.camara.leg.br) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>37</sup> Nosso Futuro Comum. Disponível em [Nosso Futuro Comum.pdf \(usp.br\)](http://Nosso Futuro Comum.pdf (usp.br)) p. 46, 2ª edição. Editora Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ. 1992.

sustentável só pode ser buscado se a evolução demográfica se harmonizar com o potencial positivo cambiante do ecossistema<sup>38</sup>

Isso significa dizer que o crescimento precisa deixar de ser destrutivo para que seja sustentável, não esgotando o meio ambiente e nem colocando os mais pobres expostos à uma escassez ainda maior. Nesse sentido, um dos imperativos estratégicos do relatório é a criação e implementação de novas políticas que devem ser criadas por todos os Estados para pensar não só o seu próprio desenvolvimento, mas também os seus impactos sobre as possibilidades de desenvolvimento de outros Estados. Dentre os principais objetivos das políticas ambientais e desenvolvimentistas que advém do conceito de desenvolvimento sustentável, merece destaque o de atender às necessidades essenciais de emprego, alimentação, energia, água e saneamento<sup>39</sup>. Dessa forma, ao refletir sobre o contexto do Brasil, fica evidente que promover os direitos econômicos das mulheres negras, a partir de oportunidades decentes de trabalho, faz parte desse processo de se pensar em políticas eficientes para o desenvolvimento sustentável do país. O relatório produzido nos anos 80 já chamava a atenção para o fato de o emprego ser o principal desafio para o desenvolvimento, considerando o rápido crescimento populacional dessas nações.

Nesse sentido, um tema-chave que emergiu nos últimos 50 anos é que as empresas têm se envolvido cada vez mais em discussões globais sobre sustentabilidade. Ficou evidente que somente a ação governamental não é suficiente para produzir um resultado favorável e há expectativas de que as empresas desempenhem um papel de liderança na transição para um mundo mais sustentável e com baixa emissão de carbono<sup>40</sup>. E será a partir da necessidade de protagonismo das empresas, que a sigla ESG será analisada considerando os objetivos deste artigo.

## **2. CONCEITO DE “ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE (ESG)”**

Conforme mencionado na introdução, apesar de ter ganhado popularidade nos últimos anos, a sigla apareceu pela primeira vez em 2005 no relatório produzido pela Pacto Global da ONU denominado *“Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World”*, durante uma conferência com cerca de vinte instituições financeiras, incluindo uma brasileira. *“Environmental, Social and Governance”* em inglês, significa “Ambiental, Social e Governança”, em tradução livre e é usada para medir as práticas ambientais, sociais e de governança de uma organização.

---

<sup>38</sup> Idem 14, p. 47

<sup>39</sup> idem 5

<sup>40</sup> idem 9

As organizações têm como obrigação a preservação do meio ambiente, a responsabilidade social e a adoção de boas práticas de governança, sendo a *ESG* a métrica de referência na busca de estratégias de redução dos impactos negativos das atividades econômicas das organizações nesses três âmbitos. Quanto às práticas a qual cada letra se refere, a letra E, meio ambiente, envolve o posicionamento das empresas no que diz respeito ao desmatamento, escassez de água, gestão de resíduos, aquecimento global, entre outros. A letra S, para Social, diz respeito ao comportamento das empresas no tocante à diversidade da equipe, satisfação dos clientes, respeito aos direitos humanos, etc. Por último, a letra G, de governança, representa os pontos de administração da empresa, como a criação de um canal de denúncias, conduta corporativa, relação com políticos e entidades governamentais, composição do Conselho etc<sup>41</sup>. No contexto atual, as organizações que têm uma boa gestão e respeitam o meio ambiente e as pessoas são valorizadas e respeitadas pela sociedade e, conseqüentemente, possuem mais estabilidade e podem aumentar sua margem de lucro a longo prazo<sup>42</sup>.

No que diz respeito a pauta racial, desde o assassinato de afro americano George Floyd, em 2020, as empresas se viram pressionadas a se posicionar quanto à falta de representatividade de pessoas negras em seus quadros de funcionários, principalmente em cargos de decisão, tendo que implementar políticas de diversidade e inclusão racial. No Brasil, muito influenciado pelo modelo econômico norte-americano, as empresas também passaram a implementar as mesmas práticas de diversidade e inclusão. Algo que o movimento negro brasileiro vinha pautando há pelo menos 30 anos, se tornou uma tomada de consciência súbita entre as organizações dominadas majoritariamente por pessoas brancas.

Todavia, junto com ações que visassem o avanço do debate sobre a discriminação racial no mercado de trabalho e as desigualdades socioeconômicas experienciadas pelas pessoas negras devido à falta de oportunidade de trabalho dignos, opiniões contrárias à essas ações também surgiram, trazendo os mais diversos argumentos possíveis, comprovando a complexidade das relações raciais no Brasil.

Nesse sentido, é pertinente destacar o exemplo da Ação Civil Pública protocolada por um defensor público contra a Magazine Luiza, devido a criação de um programa de trainee destinado exclusivamente para candidatos negros. O autor chamou o programa de "marketing de lacração" e pediu indenização de R\$ 10 milhões por danos morais. A

---

<sup>41</sup> PROENÇA, Isabela. Artigo "Responsabilidade Social e Ambiental: o que significa ESG e qual seu sentido para as empresas"

Blog Woba. Disponível em <https://blog.woba.com.br/o-que-significa-esg/> <Acesso em 10/06/2023>

<sup>42</sup>idem 18

Magistrada, ao julgar a improcedência da ação, fundamentou sua decisão não só na promulgação pela Brasil da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, mas também no Estatuto da Igualdade Racial que prevê em seu artigo 1º, inciso VI a implementação de ações afirmativas, como programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada, para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades. Concluindo que um programa de *trainee* exclusivo para pessoas negras é um incentivo racial promovido pela empresa demonstra iniciativa de inclusão social.<sup>43</sup> De acordo com a Juíza:

“O processo seletivo **não** configura qualquer tipo de discriminação na seleção de empregados. Ao contrário, **demonstra iniciativa de inclusão social e promoção da igualdade de oportunidades decorrentes da responsabilidade social do empregador.**<sup>44</sup>” (*Grifos nossos*).

Ainda, cabe ressaltar que o programa vai ao encontro da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

De volta ao argumento do autor da ação, este defendeu a tese do racismo reverso. A intelectual e ativista do movimento de mulheres negras Léila Gonzalez, ao discorrer sobre o sistema educacional brasileiro e refletir sobre sua abordagem eurocêntrica que nega as contribuições indiscutíveis do povo negro, gerando este tipo de argumento trazido pelo defensor, constata que

Se refletirmos um mínimo sobre a questão, não teremos dificuldade em perceber o que o sistema de ensino destila em termos de racismo: livros didáticos, atitudes dos professores em sala de aula e nos momentos de recreação apontam para um processo de lavagem cerebral de tal ordem que a criança que continua seus estudos e que por acaso chega ao ensino superior, já não se reconhece mais como negra. E são essas “exceções” que, devidamente cooptadas, acabam por afirmar a inexistência do racismo e de suas práticas. **Quando se dá o oposto, isto é, a não aceitação da cooptação e a denúncia do processo de superexploração a que o negro é submetido, surge**

<sup>43</sup> BRITO, Aline. Artigo “Justiça decide que trainee da Magalu só para negros não é discriminatório”. Correio Braziliense, 2022. Disponível em [Justiça decide que trainee da Magalu só para negros não é discriminatório \(correiobraziliense.com.br\)](https://www.correiobraziliense.com.br) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>44</sup> Idem 18

**imediatamente a acusação de “racismo às avessas.** (GONZALEZ, 2020. p. 39-40, ) (grifos nossos)

Ao alegar racismo reverso ou às avessas como define Lélia Gonzalez, o Defensor afirma que a Magazine Luiza está praticando discriminação contra todos os trabalhadores não-negros. Nesse sentido, a intelectual continua:

O tanto brancos quanto negros pobres sofrem os efeitos da exploração capitalista. Mas, na verdade, a opressão racial nos faz constatar que mesmo os brancos sem propriedade dos meios de produção são beneficiários do seu exercício. Claro está que, enquanto o capitalista branco se beneficia diretamente da exploração e superexploração do negro, **a maioria dos brancos recebe seus dividendos do racismo, a partir de sua vantagem competitiva no preenchimento das posições que, na estrutura de classes, implicam as recompensas materiais e simbólicas mais desejadas.** (GONZALEZ, 2020. p. 35) (Grifo nosso)

Ora, uma medida que visa a reparação por séculos de escravidão e de exclusão, não pode ser considerada racismo reverso. No entanto, esse posicionamento não é exclusivo desse defensor público, o discurso do racismo reverso não é novidade no Brasil e também foi muito utilizado durante o debate sobre as Ações Afirmativas e a constitucionalidade da Lei de Cotas (Lei nº 12.711/2012). Portanto, considerar a dinâmica das relações raciais no Brasil é imprescindível para os rumos do debate sobre a implementação de práticas ESG.

No que diz respeito ao avanço dessas práticas, segundo Fábio Alperowitch, sócio-fundador da Fama Investimentos, gestora brasileira de fundos que tem como foco as boas práticas ESG e que tem R\$ 1,7 bilhão sob gestão, a pauta de ESG não teve avanços significativos no Brasil. Para o especialista, a pauta ganhou mais visibilidade depois que correram tragédias ambientais, como Brumadinho e que trouxe duras consequências ambientais e sociais, o desmatamento na Amazônia virou notícia internacional, o episódio de vazamento de óleo no Nordeste, e por último a COVID-19 que escancarou as desigualdades sociais no Brasil, e ainda houve o assassinato de Beto Freitas que também trataremos mais adiante. Tudo isso, segundo o investidor, acabou chamando a atenção para a ESG<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Artigo “Brasil está décadas atrasado na agenda ESG, diz Fabio Alperowitch”. Estadão,2022 . Disponível em [Brasil está décadas atrasado na agenda ESG, diz Fabio Alperowitch - Estadão \(estadao.com.br\)](https://www.estadao.com.br/brasil-esta-decadas-atrasado-na-agenda-esg-diz-fabio-alperowitch/) <Acesso em 10/06/2023>

Mesmo assim, esses acontecimentos não foram suficientes para que os investidores e o mercado corporativo de fato se empenhassem para implementar práticas ESG. De acordo com Fábio:

Em 2019 e em 2020, esse assunto explode e ganha uma relevância enorme. O mercado corporativo e o mercado financeiro são quase obrigados a tratar desses assuntos. Mas como tratar de assuntos tão complexos, profundos, amplos de uma hora para outra, sem ter conhecimento? A consequência desse vácuo de conhecimento de mais de trinta anos é o reducionismo. O ESG no Brasil é um ESG reducionista. Não é ESG de verdade. O ESG no Brasil é superficial, celebratório, pouco crítico. Trata de pouquíssimos assuntos. Só que, como as comunidades financeira e corporativa entendem isso como ESG, o perigo é a gente achar que está tratando ESG quando na verdade está tratando só da pontinha do iceberg.<sup>46</sup>

Ainda, o comportamento dessas instituições vai de encontro ao que prevê o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal que determina que a ordem econômica do Brasil fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, ou seja, a implementação eficiente das práticas ESG não deve ser motivada somente pela preocupação com a imagem da empresa, mas principalmente por se tratar de um dever constitucional de qualquer instituição que desenvolva atividade econômica no país. Trata-se sobretudo de promover os direitos humanos.

Um dos exemplos desta superficialidade, segundo o fundador da Fama Investimentos, é justamente a pauta de diversidade que, no Brasil, é muito focada na equidade de gênero e às vezes se fala da equidade racial. No entanto, ele argumenta que as empresas não falam sobre inclusão de refugiados, pessoas idosas, pessoas com deficiência, pouco se fala de inclusão LGBTQIA+, e das pessoas trans praticamente não se fala. Por causa da superficialidade como a pauta é tratada no Brasil, as desigualdades sociais e raciais seguem persistentes, principalmente no contexto pós pandemia.

Segundo o Relatório “Pobreza e Equidade no Brasil – Mirando o Futuro Após Duas Crises” produzido e publicado pelo Banco Mundial em 2022, apesar de terem tido uma diminuição substancial em 2020, as taxas de pobreza aumentaram acentuadamente assim que o programa de transferência de renda “Auxílio Emergencial” foi reduzido, tornando

---

<sup>46</sup> idem 22



evidente a dependência das famílias brasileiras no suporte do Estado diante de más condições no mercado de trabalho<sup>47</sup>.

Diante do exposto, é indiscutível a necessidade do mundo corporativo se debruçar com mais eficiência sobre as práticas ESG para que haja uma redução expressiva das desigualdades sociais e raciais no Brasil.

Um outro fator que pouco é abordado quando se fala de ESG e que dialoga com o combate ao racismo na sociedade brasileira, é a sua presença nas relações de consumo. Infelizmente é um assunto pouquíssimo abordado dentro desse cenário, mas que é fundamental porque foi esse racismo que levou João Alberto Silveira Freitas, homem negro, a óbito no estacionamento do supermercado Carrefour, empresa que, inclusive, é destaque em indicadores ESG no Brasil, mas que tem registro de violência contra seus consumidores desde 2009<sup>48</sup>.

### 3. O RACISMO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO

A relação jurídica é o vínculo entre duas ou mais pessoas, ao quais as normas jurídicas atribuem efeitos obrigatórios. Segundo o jurista alemão Bernhard Windscheid, precursor da teoria personalista, atualmente a teoria dominante, a relação jurídica é o vínculo intersubjetivo que se concretiza pela ocorrência de um fato cujos efeitos são veiculados pela lei, denominado fato jurídico. Tratando-se, portanto, de relação social específica tipificada por uma norma jurídica<sup>49</sup>, que realizando uma qualificação, outorga poderes a um dos sujeitos, bem como deveres para o outro<sup>50</sup>. De um outro lado, segundo Fernandes (2021), a teoria normativista ou objetivista é:

(...) fundada na ideia de que a relação jurídica consiste na necessidade de determinado comportamento a partir da existência de um fato

<sup>47</sup> Artigo "Pobreza e desigualdade no Brasil: pandemia complica velhos problemas e gera novos desafios para população vulnerável". The World Bank, 2022. Disponível em [Pobreza e desigualdade no Brasil: pandemia complica velhos problemas e gera novos desafios para população vulnerável \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org/pt/pobreza-e-desigualdade-no-brasil-pandemia-complica-velhos-problemas-e-gera-novos-desafios-para-populacao-vulneravel) < Acesso em 10/06/2023 >

<sup>48</sup> Artigo "Caso Carrefour é teste para índice de sustentabilidade no Brasil". Folha de São Paulo, 2020. Disponível em [Caso Carrefour é teste para índice de sustentabilidade no Brasil - 20/11/2020 - Mercado - Folha \(uol.com.br\)](https://www.folha.com.br/caso-carrefour-e-teste-para-indice-de-sustentabilidade-no-brasil) < Acesso em 10/06/2023 >

<sup>49</sup> FERNANDES, José Ivan Muniz. Artigo "Relação Jurídica. Os efeitos das Relações Jurídicas". Jus Navegandi. Disponível em [Relação jurídica - Jus.com.br | Jus Navegandi](https://jus.com.br/artigo/relacao-juridica). Publicado em 28/04/2021 < Acesso em 10/06/2023 >

<sup>50</sup> SILVA, Rodrigo Brum "A importância do conceito de relação Jurídica". Portal Jus Navegandi. Disponível em [A importância do conceito de relação jurídica - Jus.com.br | Jus Navegandi](https://jus.com.br/artigo/a-importancia-do-conceito-de-relacao-juridica). Publicado em 10/02/2010. < Acesso em 10/06/2023 >

que produza efeitos jurídicos, indispensável à concretização de cada relação. Ou seja, é a relação do sujeito com a norma jurídica, a concretização da relação de fato pelo liame jurídico da norma. Desta forma, os contratos veiculam duas relações jurídicas para cada sujeito envolvido.<sup>51</sup>

Quanto às relações jurídicas de consumo, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor define como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatária final. O jurista Dias Trindade em seu artigo “Racismo como responsabilidade civil nas relações de consumo (parte 1)” analisa o posicionamento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/ 90) sobre situações de racismo no âmbito do consumo. Ao discorrer sobre o que configura a relação jurídica de consumo nas transações de compra e venda de produtos em lojas, o autor afirma que o elemento central que configura essa relação é a vontade do consumidor. Segundo o advogado, quando um consumidor se depara com uma campanha publicitária de um produto específico e decide comprá-lo, estabelece-se ali relação de consumo. A vontade é considerada fundamental nessa relação de consumo, pois os empresários utilizam estratégias como oferta, propaganda e marketing para influenciar a consciência dos consumidores e incentivá-los a obter seus produtos. Essas estratégias de publicidade são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, visando evitar abusos que coloquem os consumidores em desvantagem<sup>52</sup>. Ao discorrer sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, o diploma legal supramencionado, prevê em seu artigo 4º, inciso I, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo<sup>53</sup>. Tamanha é a preocupação do legislador, que a defesa do consumidor é um dos princípios norteadores da Ordem Econômica Brasileira e está prevista no artigo 170, inciso V da Constituição Federal. Isso significa que as instituições que desenvolverem atividades econômicas no Brasil, devem agir em consonância com a proteção do consumidor, sem discriminação de qualquer natureza.

Nesse sentido, o Brasil é signatário de pactos internacionais e convenções que visam o combate à discriminação, dentre esses documentos podemos citar a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Declaração de Durban que é considerada como sendo o principal instrumento para a eliminação do racismo, da discriminação racial, da xenofobia

<sup>51</sup> idem 26

<sup>52</sup> TRINDADE, Guilherme Dias. Artigo “Racismo como responsabilidade civil nas relações de consumo (parte 1)”. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em [ConJur - Dias Trindade: Racismo nas relações de consumo, parte 1](#) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>53</sup> Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em [L12288 \(planalto.gov.br\)](#) <Acesso em 10/06/2023>

e de intolerâncias correlatas. Portanto, há um compromisso do Estado em envidar esforços criando medidas que eliminem a discriminação racial e preserve as liberdades individuais. No entanto, Trindade com maestria argumenta que o Poder Judiciário precisa aprimorar o seu entendimento do que vem a ser o racismo, porque este é apenas reprimido quando presente o componente da violência ou da verbalização do racismo, através do crime de injúria racial previsto no artigo 140 do Código Penal, e que recentemente foi equiparado ao crime de racismo pela Lei 14.532/2023<sup>54</sup>. O autor defende, portanto, que o racismo estrutural também seja repreendido pelos tribunais. Para Trindade (2022),

A jurisprudência pátria, entretanto costuma reprimir — nas raras vezes em que o faz — apenas e tão somente atos de racismo explícito e violento. **Entretanto, quando falamos em racismo estrutural, as decisões são normalmente no sentido de concluir que não houve racismo; ou, ainda que o reconhecendo, acabam por defini-lo como "mero aborrecimento"**. De todo modo, os fornecedores que praticam táticas desleais contra consumidores negros são infelizmente quase sempre isentos de qualquer tipo de penalidade, reforçando e fazendo perpetuar o racismo velado praticado.<sup>55</sup> (grifos nossos)

O racismo é um fenômeno histórico na sociedade brasileira, que foi estruturada com base no mito da democracia racial<sup>56</sup>, ou seja, houve uma inversão da realidade brasileira sobre suas relações raciais. Acreditava-se que, no contexto brasileiro, a relação entre o ex-senhor de escravos e seu ex-escravo era de amizade e complacência<sup>57</sup>. Sendo o racismo uma discriminação social baseada no conceito de que existem diferentes raças humanas e que uma é superior às outras, consistindo em atitudes depreciativas e discriminatórias contra algum grupo social ou étnico<sup>58</sup>, a narrativa da democracia racial se tornou um mito quando em 1950 a bailarina afro-americana Katherine Dunham estava em turnê no Brasil

<sup>54</sup> Tornando a injúria racial crime inafiançável e imprescritível.

<sup>55</sup> idem 29

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Luciana De. Artigo "Democracia racial: o que significa? e um mito?. Politize, 2022. Disponível em [Democracia racial: o que significa? é um mito? | Politize!](#) <acesso em 10/06/2023>

<sup>57</sup> Segundo Petrônio Domingues em seu artigo "O mito da democracia racial e a mestiçagem no Brasil (1889-1930)" publicado na revista Diálogos Latino-americanos, a democracia racial pode ser entendida como "um sistema racial desprovido de qualquer barreira legal ou institucional para a igualdade racial, e, em certa medida, um sistema racial desprovido de qualquer manifestação de preconceito ou discriminação". Fonte: idem 33

<sup>58</sup> Artigo "Significado de Racismo". Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Quilombolas. Disponível em [Significado de Racismo - CONAQ](#). <Acesso em 10/06/2023>

e sofreu racismo no hotel de luxo que se recusou a hospedá-la por causa de sua cor. O caso gerou grande repercussão internacional e espanto, já que o país era internacionalmente conhecido como o “paraíso racial”. Foi nesse contexto que o então deputado Afonso Arinos, propôs o primeiro projeto de lei contra o racismo. O Congresso Brasileiro em 3 de julho de 1951, aprovou a Lei 1.390/ 1951, que tornava contravenção penal a discriminação por raça ou cor e ficou conhecida como Lei Afonso Arinos, segundo Gonçalves, “A criação da Lei Afonso Arinos serviu para trazer à tona o tema “racismo”, para alertar a sociedade que racismo era crime<sup>59</sup>”.

Mais tarde, foi criada a Lei 7.716/89, que determina pena de reclusão para aqueles que cometem atos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Com essa sanção, o artigo 5º, XLII da Constituição Federal torna o racismo crime inafiançável e imprescritível. Essa medida reforça o repúdio do Constituinte ao preconceito e à discriminação, pois no artigo 3º, IV da Carta Magna, é defendido que todos são iguais sem discriminação de qualquer natureza.

No entanto, para a população negra brasileira, a discriminação racial em estabelecimentos comerciais e instituições financeiras segue persistente e cada vez mais violenta. Em 19 de novembro de 2020, o assassinato de João Alberto Silveira Freitas, conhecido como Beto Freitas, chocou o Brasil. Beto foi asfixiado até a morte pelos seguranças do Carrefour. Apesar da grave violação de direitos humanos ocorrida, a multinacional francesa apenas assinou um Termo de Ajustamento de Conduta no valor de R\$ 115 milhões com o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul (DPE-RS), a Defensoria Pública da União (DPU) e entidades da sociedade civil que lutam contra o racismo.

Parte do acordo prevê que a empresa **não** responderá judicialmente pelo crime e, em contrapartida, investiria em **contratação de negros e negras para seu corpo de funcionários, além da contratação de bolsas de estudos para a juventude preta.**<sup>60</sup> (grifo nosso)

O crime ocorreu no momento em que empresas e o mercado financeiro estavam no auge da implementação de iniciativas de combate às desigualdades raciais, muito

---

<sup>59</sup> Artigo “Lei Afonso Arinos: A primeira norma contra o racismo no Brasil”. Ministério da Cultura: Fundação Cultural Palmares, 2018. Disponível em [Lei Afonso Arinos: A primeira norma contra o racismo no Brasil. – Fundação Cultural Palmares](#) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>60</sup> idem 7

impulsionadas pelo assassinato cruel de George Floyd<sup>61</sup> cometido por policiais nos Estados Unidos, tendo ocorrido, inclusive, cerca de seis meses antes do de Beto Freitas. Naquele momento, e em meio a pandemia do COVID-19, ativistas negros norte-americanos foram às ruas exigir, dentre outras demandas, o desfinanciamento da polícia (*"defund the police"*, em inglês) e medidas concretas por parte da iniciativa privada para promover oportunidades decentes de trabalho para pessoas negras como forma de reduzir, respectivamente, a violência policial e as desigualdades raciais no país.

Retornando ao contexto do Brasil, em meio as inúmeras denúncias de racismo e a pressão do movimento negro, a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) recentemente publicou uma Nota Técnica nº 14/2023, que estabelece as Diretrizes de Enfretamento ao Racismo nas Relações de Consumo e a proteção dos consumidores negros. Esta Nota Técnica se propõe a sedimentar princípios e práticas de enfrentamento ao racismo estrutural com efeitos nas relações de consumo, apresentando, para isso, dez Diretrizes<sup>62</sup>, construídas com base em documentos internacionais, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Igualdade Racial. Dentre as diretrizes, cabe destacar:

1. Igualdade e não-discriminação: A proteção da pessoa negra consumidora deve ser baseada nos princípios da igualdade e da não-discriminação, garantindo o respeito à dignidade e a eliminação de todas as formas de discriminação e violência.

---

<sup>61</sup> "Em maio de 2020, a polícia de Minneapolis, estado de Minnesota nos Estados Unidos, "estava respondendo a uma chamada dizendo que um homem tentava usar cartões falsos em uma loja de conveniência. Dois policiais localizaram o suspeito em um veículo. Segundo eles, ele "parecia estar intoxicado". Eles ordenaram que saísse do veículo, mas o homem resistiu, segundo a versão da polícia." "Os policiais conseguiram algemar o suspeito e notaram que ele parecia estar sofrendo de problemas médicos" No vídeo de 10 minutos filmado por uma testemunha, um policial mantém Floyd no chão, que, a certa altura, diz: "Não me mate". Testemunhas pedem ao policial que tire o joelho do pescoço do homem, observando que ele não estava se mexendo. Alguns dizem que "seu nariz está sangrando", enquanto outro pede: "Saia do pescoço dele". George Floyd morreu no local." Artigo "Caso George Floyd: morte de homem negro filmado com policial branco com joelhos em seu pescoço causa indignação nos EUA". Portal G1, 2020. Disponível em

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/27/caso-george-floyd-morte-de-homem-negro-filmado-com-policial-branco-com-joelhos-em-seu-pescoco-causa-indignacao-nos-eua.ghtml> <acesso em 10/06/2023>

<sup>62</sup> Artigo "Senacon publica nota técnica orientada ao combate do racismo nas relações de consumo". Portal de Notícias MAttos Filho, 2023. Disponível em [Senacon publica nota técnica orientada ao combate do racismo nas relações de consumo - Mattos Filho](#) <Acesso em 10/06/2023>

2. Proteção de direitos dos consumidores negros: A proteção dos direitos das pessoas negras consumidoras deve ser assegurada por meio da garantia contra práticas comerciais racistas e contra a discriminação nas condições de acesso aos produtos e serviços, inclusive por combinações de algoritmos e impulsionamento de discurso de ódio racista em redes sociais.

(...)

**6. Garantia de segurança e qualidade: Os fornecedores de produtos e serviços devem garantir medidas de controle de qualidade e segurança desde a fabricação até a comercialização e as informações sobre os riscos associados ao uso devem ser claramente comunicadas aos consumidores negros.**

(...) (grifo nosso)

Infelizmente, a violência contra pessoas negras em estabelecimentos comerciais não é a única forma de manifestação do racismo contra consumidores negros. No início de 2023, foram registrados cerca de 780 casos de intoxicação nos olhos causando cegueira temporária e ardência nos olhos – decorrentes do uso de pomadas modeladoras<sup>63</sup>. Vale destacar que a maioria das vítimas são mulheres negras. Devido ao número de ocorrências, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa proibiu a venda de pomadas para modelar, trançar e fixar cabelos. Além da proibição da venda dos produtos, o órgão convocou uma reunião técnica com os fabricantes de pomada modeladora. No encontro, que aconteceu de forma remota, testemunhas presenciaram diversas falas racistas por parte dos participantes, tais como “deveriam em um primeiro momento proibir somente o uso e comercialização para tranças, pois é daí que vem a grande causa do problema<sup>64</sup>”:

Apesar disso, fabricantes presentes na reunião insistiram em culpar as trançistas e quem usa tranças. “Está totalmente correlacionado ao modo de uso das trançistas”, escreveu um dos presentes. Houve também quem sugerisse que a proibição das pomadas deveria ser feita apenas para aquelas destinadas a tranças e que

---

<sup>63</sup> idem 7

<sup>64</sup> idem 7



os casos de irritação só atingiram pessoas com cabelo afro, o que não é verdade.”<sup>65</sup>

“Havia pessoas falando que esse problema acontecia porque as pessoas não lavam as tranças por mais de 30 ou 60 dias”, conta Carolina. Segundo ela, os fabricantes se mostraram mais dispostos à proibição da pomada para tranças do que em rever as fórmulas de seus produtos.<sup>66</sup>

Para piorar a situação, a Anvisa não se comprometeu a enrijecer a regularização das pomadas modeladoras. Atualmente, esses produtos são isentos de registro, as empresas devem apenas comunicar o órgão por meio de notificação sobre a fabricação. No entanto, é necessário que o fabricante tenha dados que comprovem a segurança dos itens.

A diretriz 6 da Nota Técnica nº 14/2023 trata da “Garantia de segurança e qualidade”, que tem a ver com a disponibilização de informações aos consumidores pelo fabricante e/ ou fornecedor sobre os riscos de seus produtos. Dentre os direitos básicos do consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor, o inciso I, do artigo 6º prevê o direito à proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. Apesar de estarem em flagrante violação do Código de Defesa do Consumidor, o foco dos fabricantes foi o de utilizar argumentos racistas para se defenderem, inclusive desqualificando as tranças, profissão reconhecida pelo Ministério do Trabalho desde 2009 (FERREIRA, 2021) composta majoritariamente por mulheres negras.

De acordo com a PNAD Contínua do IBGE (2010), as mulheres negras são o maior grupo da população brasileira, totalizando cerca de 60 milhões de pessoas, o que corresponde a 28% da população. Elas representam 24% da força de trabalho do país e um levantamento feito pelo Instituto Locomotiva, especializado em pesquisa de mercado consumidor, e publicado pela Folha de S. Paulo, em 2022, mostra que essas mulheres movimentam R\$704 bilhões anualmente. Esse valor representa cerca de 16% do consumo nacional. No entanto, o mundo empresarial ainda tem dificuldade de reconhecê-las, e somente 17% dos comerciais de TV protagonizados por mulheres são estrelados por

---

<sup>65</sup> idem 7

<sup>66</sup> idem 34

negras, segundo pesquisa da agência Heads em parceria com a ONU Mulheres<sup>67</sup>. Está pesquisa aponta para uma estagnação do avanço da representatividade de mulheres negras nas propagandas, que cresceu até julho de 2017 chegando a 22%, mas que depois houve uma desaceleração<sup>68</sup>. E, de acordo com o mesmo levantamento do Instituto Locomotiva, 83% das consumidoras negras afirmam que as mulheres das propagandas são muito diferentes delas<sup>69</sup>.

Como consequência da discriminação racial e de gênero, as negras são as que mais sofrem com o desemprego e as que recebem salários menores. Nos quadros executivos das 500 maiores empresas do Brasil, a presença delas é de 0,4%, segundo pesquisa do Instituto Ethos de 2015.

Não há dúvidas de que se houvesse mais mulheres negras em cargos executivos dentro das empresas, muitos dos casos de racismo não aconteceriam ou seriam resolvidos de outra forma, e não com mais racismo, como foi o caso da postura dos fabricantes de pomadas modeladoras.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Compreender a conexão da sustentabilidade, das práticas ESG e da presença do racismo nas relações de consumo é fundamental para se pensar uma sociedade mais justa e igualitária para todas as pessoas.

As práticas ESG são fundamentais não só para promover ações que preservem o meio ambiente, mas também para a redução das desigualdades sociais existentes no Brasil. E isso precisa ser levado a sério pelos investidores e pelas empresas. O Brasil está entre os países mais desiguais do mundo, e possui uma população de maioria negra, estando atrás somente da Nigéria, na África. Para que seja possível avançar no debate sobre sustentabilidade e aprimoramento da implementação do ESG pelas organizações, enfrentar o tema do racismo é fundamental. Não é mais possível permitir que consumidores negros temam pelas suas vidas ao irem às compras ou adquirirem um produto.

---

<sup>67</sup> ESTARQUE e CAMAZANO, Marina e Priscila. Artigo "Negras movimentam R\$ 704 bi por ano, mas são escanteadas pela publicidade". Portal Geledes, 2019. Disponível em [Negras movimentam R\\$ 704 bi por ano, mas são escanteadas pela publicidade \(geledes.org.br\)](https://geledes.org.br/negras-movimentam-r-704-bi-por-ano-mas-sao-escanteadas-pela-publicidade/) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>68</sup> LISBOA, Vinicius. Artigo "Diversidade racial na publicidade vive estagnação, indica pesquisa". Agência Brasil, 2020. Disponível em [Diversidade racial na publicidade vive estagnação, indica pesquisa | Agência Brasil \(ebc.com.br\)](https://agenciabrasil.ebc.com.br/diversidade-racial-na-publicidade-vive-estagnacao-indica-pesquisa) <Acesso em 10/06/2023>

<sup>69</sup> idem 3

A contribuição econômica da população negra em geral e das mulheres negras especificamente, precisa ser reconhecida e valorizada. O mercado corporativo precisa investir nesse grupo populacional, porque o racismo nas relações de consumo é uma das consequências das desigualdades sociais. Será que se as práticas ESG contra o racismo fossem eficientes, teríamos desproporcionalmente milhares de pessoas negras exercendo trabalho informal? Beto Freitas teria sido assassinato? Se mais mulheres negras ocupassem cargos estratégicos nas empresas fabricantes de pomadas modeladoras, será que as respostas para o ocorrido teriam sido de cunho racista? Samantha teria sido expulsa do avião?

A Lei Afonso Arinos foi um marco histórico na luta contra o racismo, e tornou a democracia racial em mito. Agora, a iniciativa privada, em respeito às convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e à Constituição Federal de 1988, através das práticas ESG, precisa envidar esforços reais de enfrentamento às desigualdades raciais no Brasil, assumindo, inclusive, o compromisso de humanizar as relações de consumo nas quais a população negra está inserida.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Artigo "Professora é vítima de racismo e vai a supermercado de lingerie em protesto". Estado de Minas, Disponível em [Professora é vítima de racismo e vai a supermercado de lingerie em protesto \(correiobraziliense.com.br\)](https://www.correiobraziliense.com.br) < acesso em 10/06/2023 >

Artigo "Brasil está décadas atrasado na agenda ESG, diz Fabio Alperowitch". Estadão, 2022. Disponível em [Brasil está décadas atrasado na agenda ESG, diz Fabio Alperowitch - Estadão \(estadao.com.br\)](https://www.estadao.com.br) <Acesso em 10/06/2023 >

Artigo "Pobreza e desigualdade no Brasil: pandemia complica velhos problemas e gera novos desafios para população vulnerável". The World Bank, 2022. Disponível em [Pobreza e desigualdade no Brasil: pandemia complica velhos problemas e gera novos desafios para população vulnerável \(worldbank.org\)](https://www.worldbank.org) < Acesso em 10/06/2023 >

Artigo "Caso Carrefour é teste para índice de sustentabilidade no Brasil". Folha de São Paulo. Disponível em [Caso Carrefour é teste para índice de sustentabilidade no Brasil - 20/11/2020 - Mercado - Folha \(uol.com.br\)](https://www.uol.com.br) <Acesso em 10/06/2023 >

Artigo "Significado de Racismo". Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Quilombolas. Disponível em [Significado de Racismo - CONAQ](https://www.conaq.org.br). <Acesso em 10/06/2023 >

Artigo "Lei Afonso Arinos: A primeira norma contra o racismo no Brasil". Ministério da Cultura: Fundação Cultural Palmares, 2018. Disponível em [Lei Afonso Arinos: A primeira](https://www.fundacsa.org.br)

norma contra o racismo no Brasil. – Fundação Cultural Palmares <Acesso em 10/06/2023>

Artigo “Senacon publica nota técnica orientada ao combate do racismo nas relações de consumo”. Portal de Notícias MAttos Filho, 2023. Disponível em Senacon publica nota técnica orientada ao combate do racismo nas relações de consumo - Mattos Filho <Acesso em 10/06/2023>

Artigo “Caso George Floyd: morte de homem negro filmado com policial branco com joelhos em seu pescoço causa indignação nos EUA”. Portal G1, 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/27/caso-george-floyd-morte-de-homem-negro-filmado-com-policial-branco-com-joeelhos-em-seu-pescoco-causa-indignacao-nos-eua.ghtml <acesso em 10/06/2023>

BRITO, Aline. Artigo “Justiça decide que trainee da Magalu só para negros não é discriminatório”. Correio Braziliense, 2022. Disponível em Justiça decide que trainee da Magalu só para negros não é discriminatório (correio braziliense.com.br) <Acesso em 10/06/2023>

CAVALLINI, Marta. Artigo “Com maior taxa de desemprego e menor rendimento, mulheres negras são as mais prejudicadas no mercado de trabalho”. Disponível em Com maior taxa de desemprego e menor rendimento, mulheres negras são as mais prejudicadas no mercado de trabalho | Trabalho e Carreira | G1 (globo.com). <Acesso em 10/06/2023>

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em Nosso Futuro Comum.pdf (usp.br) p. 46, 2ª edição. Editora Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ. 1992.

Comunicado à Imprensa “Pobreza e desigualdade no Brasil: pandemia complica velhos problemas e gera novos desafios para população vulnerável”. The World Bank. Disponível em Pobreza e desigualdade no Brasil: pandemia complica velhos problemas e gera novos desafios para população vulnerável (worldbank.org) < Acesso em 10/06/2023>

ESTARQUE e CAMAZANO, Marina e Priscila. Artigo “Negras movimentam R\$ 704 bi por ano, mas são escanteadas pela publicidade”. Portal Geledes, 2019. Disponível em Negras movimentam R\$ 704 bi por ano, mas são escanteadas pela publicidade (geledes.org.br) <Acesso em 10/06/2023>

Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em L12288 (planalto.gov.br) <Acesso em 10/06/2023>

FERNANDES, José Ivan Muniz. Artigo "Relação Jurídica. Os efeitos das Relações Jurídicas". Jus Navegandi. Disponível em [Relação jurídica - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Publicado em 28/04/2021 <Acesso em 10/06/2023>

FOLEY, Kevin. Artigo "What is Sustainability? A Definition and Brief History of How it Came to Be". Disponível em [What is Sustainability? A Definition and Brief History of How it Came to Be \(valleytosummit.net\)](#) <acesso em 10/06/2023>

GONZALEZ, Lelia. Por um feminismo afro-latino: ensaios, intervenções e diálogos; organização Flavia Rios, Marcia Lima. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2020

LACERDA, Lara. Artigo "Mercado de trabalho ainda é terreno árido para jovens negros e negras". Brasil de Fato, 2022. Disponível em [Mercado de trabalho ainda é terreno árido para jovens negros e | Geral \(brasildefato.com.br\)](#) <Acesso em 10/06/2023>

LISBOA, Vinicius. Artigo "Diversidade racial na publicidade vive estagnação, indica pesquisa". Agencia Brasil, 2020. Disponível em [Diversidade racial na publicidade vive estagnação, indica pesquisa | Agência Brasil \(ebc.com.br\)](#) <Acesso em 10/06/2023>

MEADOWS, RANDERS e BAHRENS III. Donella H, Dennis L, Jorgen, William W.. The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on Predicament of Mankind. Universe Books New York, 1972. Disponível em: [The Limits to Growth - Club of Rome](#) < Acesso acesso 03/03/2023>

OLIVEIRA, Luciana De. Artigo "Democracia racial: o que significa? e um mito?. Politize, 2022. Disponível em [Democracia racial: o que significa? é um mito? | Politize!](#) <acesso em 10/06/2023>

PORTAL G1 BA. Artigo "Quem é Samantha Vitena, professora negra expulsa de voo por recusar despachar mochila com notebook na Bahia". Disponível em [Quem é Samantha Vitena, professora negra expulsa de voo por recusar despachar mochila com notebook na Bahia | Bahia | G1 \(globo.com\)](#) < Acesso em 10/06/2023>

PROENÇA, Isabela. Artigo "Responsabilidade Social e Ambiental: o que significa ESG e qual seu sentido para as empresas"

Blog Woba. Disponível em <https://blog.woba.com.br/o-que-significa-esg/> <Acesso em 10/06/2023>

OLIVEIRA. Beatriz de. Artigo "Comentários racistas marcam reunião da Anvisa sobre pomada modeladora". Disponível em [Comentários racistas marcam reunião da Anvisa sobre pomada modeladora \(nosmulheresdaperiferia.com.br\)](#) < Acesso em 10/06/2023>

Representatividade das pessoas negras no mercado consumidor. Portal Proteste. Disponível em [Representatividade das pessoas negras no mercado consumidor \(proteste.org.br\)](#). Publicado em 30/05/2023 < Acesso em 10/06/2023 >

Relatório RIO+20. Disponível em [Normal \(camara.leg.br\)](#) < acesso em 10/06/2023 >

ILVA, Rodrigo Brum "A importância do conceito de relação Jurídica". Portal Jus Navegandi. Disponível em [A importância do conceito de relação jurídica - Jus.com.br | Jus Navegandi](#). Publicado em 10/02/2010. < Acesso em 10/06/2023 >

THE GLOBAL COMPACT. Relatório "Who Care Wins - Connecting Financial Markets to a Changing World". Disponível em [Who Cares Wins — Connecting Financial Markets to a Changing World \(ifc.org\)](#) < Acesso em 10/06/2023 >

TRINDADE, Guilherme Dias. Artigo "Racismo como responsabilidade civil nas relações de consumo (parte 1)". Consultor Jurídico, 2022. Disponível em [ConJur - Dias Trindade: Racismo nas relações de consumo, parte 1](#) < Acesso em 10/06/2023 >

Artigo "Assassinato de João Alberto Freitas". Wikipedia. Disponível em [Assassinato de João Alberto Freitas – Wikipédia, a enciclopédia livre \(wikipedia.org\)](#) < Acesso em 10/06/2023 >



## **EUTANÁSIA NO BRASIL: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS, ÉTICAS E CONSTITUCIONAIS EM BUSCA DE UMA MORTE DIGNA**

**EDILSON PARREIRAS DA FONSECA:**  
Acadêmico do curso de Direito do Centro  
Universitário Uma de Betim.<sup>70</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda o tema da eutanásia, que tem sido amplamente discutido em diversas áreas, como direito, ciências humanas, filosofia, medicina, biologia e religião. No contexto jurídico, existe um debate em torno desse assunto. Enquanto a Constituição defende o direito à vida como inviolável, também há a defesa da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana. Isso gera um conflito aparente entre direitos fundamentais, pois envolve o direito à vida e a autonomia da vontade do paciente que deseja pôr fim ao seu sofrimento. A pesquisa tem como objetivos: discutir a possibilidade de adoção da eutanásia no Brasil, examinar a responsabilidade penal dos médicos, analisar o princípio da dignidade humana, relacionar outros princípios constitucionais, como o direito à vida e a autonomia da vontade, e apresentar conceitos básicos para entender por que a eutanásia deve ser legalizada. O estudo utiliza a metodologia de revisão de literatura bibliográfica e tem um enfoque descritivo.

**Palavras-chave:** eutanásia, direito, autonomia, dignidade humana, responsabilidade penal.

### **1.INTRODUÇÃO**

O instituto da eutanásia é um tema muito discutido na atualidade e está presente em diversos campos, como direito, ciências humanas, filosofia, medicina, biologia e religião, entre outros. No ramo do direito, suscita um grande debate jurídico. Por um lado, a Constituição defende que o direito à vida é inviolável, enquanto, por outro lado, há a defesa da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana (SÁ, 2001).

Pacientes com doenças terminais sem expectativa de vida prolongada, em estado vegetativo, em constante dor devido à falta de medicamentos que possam aliviá-la, e até mesmo aqueles que são tetraplégicos e não desejam depender de cuidados de terceiros, preferem pôr fim ao seu sofrimento. Isso gera uma aparente colisão entre direitos fundamentais, pois envolve, de um lado, o direito à vida e, do outro, a autonomia da vontade do paciente que, por estar sofrendo, deseja ser livre. Ambos os princípios são regidos pela Constituição (COELHO, 2007).

---

70 E-mail: [edilson.parreiras@yahoo.com](mailto:edilson.parreiras@yahoo.com) .

Considerando a vontade do paciente, que está sofrendo de uma doença incurável e deseja exercer o direito de dispor de sua própria vida, surgem muitas controvérsias em relação à postura a ser adotada em termos de responsabilidade penal do autor e ética profissional. Por outro lado, muitos pesquisadores argumentam que, com a prática da eutanásia, o enfermo terá amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo uma morte digna, indolor e rápida (COELHO, 2007).

Neste contexto, surge o problema central da presente investigação, que consiste em: Quais são as implicações jurídicas, éticas e constitucionais da possível adoção da eutanásia no Brasil, considerando a responsabilidade penal dos médicos, o princípio da dignidade humana, a relação com outros princípios constitucionais, como o direito à vida e a autonomia da vontade, e a necessidade de estabelecer conceitos claros para compreender os aspectos relevantes da eutanásia e suas razões para ser legalizada?

Diante dessa indagação, a presente investigação tem como objetivos específicos: a) Discutir a possibilidade de adoção da eutanásia no Brasil; b) Verificar a extensão da responsabilidade penal dos médicos em relação à escolha desse procedimento, caso seja legalizado no Brasil; c) Analisar o princípio da dignidade humana diante da eutanásia; d) Relacionar outros princípios constitucionais, como o direito à vida e a autonomia da vontade; e) Apresentar conceitos básicos para compreender o que é, como é, para quê e por que a eutanásia deve ser legalizada.

Para alcançar os objetivos apresentados, optou-se pelo uso da metodologia de revisão de literatura bibliográfica, conforme proposto por Vergara (2000). Quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa de cunho descritivo.

## **2. REFLEXÕES SOBRE A MORTE: ASPECTOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS.**

A morte é um dos temas mais obscuros para a sociedade e tem sido objeto de pesquisa em diversas culturas ao longo da história. Todos, de alguma forma, tentam vencer ou ao menos compreender o significado desse evento inevitável. Segundo Mello (2015), a morte é uma interrupção obrigatória da vida do organismo, à qual todos estão sujeitos. Por estar intrinsecamente ligada às pessoas e à lei, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece princípios e normas para lidar com esse assunto, os quais afetam os direitos e obrigações individuais perante a sociedade. Embora haja divergências sobre o momento em que um indivíduo adquire personalidade jurídica, há um consenso de que esse desaparecimento ocorre com a morte.

De acordo com Marmelstein (2014), a legislação brasileira contempla diferentes tipos de óbito, a saber: morte real, morte presumida com declaração de ausência e morte presumida sem declaração de ausência. Além disso, existem as declarações de morte civil ou fictícia e de solidariedade para fins de herança. A morte real é o tipo mais comum e

simples, caracterizada pela cessação cerebral. O artigo 6º do Código Civil estabelece que "a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva" (BRASIL, 2002).

A morte civil, segundo Marmelstein (2014), ocorre quando um indivíduo perde seus direitos sucessórios ainda em vida, mantendo apenas o direito a uma herança específica. Quando ocorrem mortes simultâneas de duas ou mais pessoas e não é possível determinar quem faleceu primeiro, considera-se que nenhuma herança será estabelecida entre os comorientes.

Carneiro (2018) define a morte presumida como a situação em que não se encontra o corpo do possível falecido, podendo ser dividida em duas categorias diferentes. Essa ocorrência ocorre quando o indivíduo poderia ter falecido após a conclusão das buscas.

A morte possui consequências jurídicas e, dependendo das circunstâncias específicas, as soluções devem ser baseadas nas disposições do Código Civil Brasileiro. De acordo com Marmelstein (2014), no direito romano, a morte resolve todos os problemas, considerando que a existência das pessoas naturais termina com a morte. No entanto, mesmo quando ocorre a morte sem cadáver ou testemunhas, o Código Civil Brasileiro estabelece normas para regular as relações entre os familiares do falecido, especialmente no que diz respeito à herança e à divisão de bens.

Quanto à eutanásia, o Código Penal Brasileiro não a menciona especificamente. No entanto, no caso de homicídio motivado por relevante valor social ou emoção violenta, conforme o § 1º do art. 121, conhecido como homicídio piedoso, e quando há intenção de causar dano, enquadrando-se no § 2º, por antecipação intencional da morte, a conduta pode ser considerada homicídio privilegiado. O suicídio assistido está incluído no Artigo 122, que trata da indução, instigação ou auxílio ao suicídio de alguém (CARNEIRO, 2018).

### **3.A EUTANÁSIA: CONCEITOS, SIGNIFICADOS E CONSIDERAÇÕES ÉTICAS.**

A palavra "eutanásia" tem origem grega e deriva da expressão "euthanatos", que significa literalmente "bem", e "thanasia", equivalente a "morte". No conceito etimológico absoluto, a eutanásia é definida como uma "morte boa", tranquila e sem dor ou sofrimento (Sá, 2011).

De acordo com Sá (2011), a eutanásia refere-se ao ato deliberado de encerrar a vida de alguém, comumente com o objetivo de aliviar o sofrimento. Médicos podem realizar a eutanásia quando solicitada por pessoas que enfrentam uma doença terminal e sofrem intensamente. Esse processo é complexo e envolve diversos fatores, incluindo as

leis locais, a condição física e mental do indivíduo, bem como suas crenças e desejos pessoais.

O termo "eutanásia" foi criado no século XVII pelo filósofo inglês Francis Bacon, que defendia essa prática quando os médicos tivessem esgotado todos os meios para salvar um enfermo atormentado. Morselli (2001, p. 22) sustenta que "o médico deve aliviar o sofrimento e a dor não apenas quando isso possa trazer a cura, mas também quando pode proporcionar uma morte tranquila e serena".

Morselli (2001) citado por Gomes (2000) define a eutanásia como a morte provocada em uma pessoa que sofre de uma doença incurável, atendendo a seu próprio pedido, para abreviar uma agonia longa e dolorosa.

Ao longo do tempo, o termo "eutanásia" adquiriu vários e diferentes significados, tais como eutanásia ativa, suicídio assistido, morte doce e morte tranquila. Atualmente, a eutanásia, ou morte piedosa, consiste em permitir o desfecho da morte para um enfermo que sofre de uma doença incurável ou grave, causando-lhe um longo e penoso sofrimento. Inspirada na compaixão pelo doente e no altruísmo de quem a pratica, a eutanásia não tem como objetivo causar a morte, mas sim aliviar e abreviar o sofrimento do moribundo.

Morselli (2000) define a eutanásia como a morte resultante da intenção de uma pessoa matar outra de maneira mais suave e fácil possível, motivada exclusivamente pelo interesse superior da pessoa que morre. Dessa forma, é razoável inferir que qualquer situação em que sejam selecionados meios diferentes dos mais gentis e fáceis possíveis para provocar a morte não é uma instância adequada de eutanásia. Isso ocorre porque, se a morte por eutanásia é motivada pelos melhores interesses da pessoa que morre - o que pode ser considerado uma parte necessária, embora não suficiente, da definição de eutanásia - seria sempre do interesse dela que a opção mais gentil disponível fosse utilizada, sendo essa a melhor opção por definição, a que não pode ser superada. Portanto, matar intencionalmente sem usar os meios mais gentis e fáceis possíveis não pode ser considerado eutanásia. No máximo, seria uma eutanásia mal executada, mas pode nem mesmo ser isso, já que presumivelmente queremos fazer uma distinção entre os casos em que os meios mais gentis não são selecionados.

Por outro lado, Draper (1998) não estipula que a morte deva ser solicitada, o que significa que, de acordo com sua definição, a eutanásia não voluntária é possível. No entanto, parece razoável supor que um desejo positivo de permanecer vivo é um fator importante ao fazer julgamentos sobre os melhores interesses, tornando a frase "eutanásia involuntária" um paradoxo. O autor não faz nenhuma estipulação sobre a identidade da pessoa que comete o assassinato ou sobre a relação entre o assassino e o falecido. Isso parece correto, uma vez que a identidade dos agentes pode fazer diferença para a permissibilidade de uma determinada instância de eutanásia, o que merece investigação

em outro artigo, e pode ser um assunto a ser considerado pelos legisladores. No entanto, não é essencial saber se uma suposta morte por misericórdia é eutanásia por definição.

Na eutanásia ativa, uma pessoa causa diretamente e deliberadamente a morte do paciente. Na eutanásia passiva, não se tira diretamente a vida do paciente, apenas se permite que ele morra. Essa distinção é moralmente insatisfatória, pois mesmo que uma pessoa não "mate ativamente" o paciente, ela está ciente de que a consequência de sua inação será a morte do paciente (GURNEY, 2000).

Para Gurney (2000), a eutanásia ativa ocorre quando a morte é provocada por um ato, como quando uma pessoa é morta por uma overdose de analgésicos. A eutanásia passiva ocorre quando a morte é provocada por uma omissão, ou seja, quando alguém permite que a pessoa morra. Isso pode ser feito retirando ou suspendendo o tratamento, como desligar uma máquina que mantém uma pessoa viva, para que ela morra de sua doença, ou não realizar cirurgias que prolongariam a vida por um curto período. Tradicionalmente, considera-se que a eutanásia passiva é menos condenável do que a eutanásia ativa. No entanto, algumas pessoas acreditam que a eutanásia ativa é moralmente mais aceitável.

Shukla (2016) argumenta que essa doutrina pode ser contestada por vários motivos. Em primeiro lugar, em muitos casos, a eutanásia ativa é mais humana do que a eutanásia passiva. Em segundo lugar, a doutrina convencional leva a decisões irrelevantes sobre a vida e a morte. Em terceiro lugar, a doutrina baseia-se na distinção entre matar e deixar morrer, que em si não tem importância moral. Em quarto lugar, os argumentos mais comuns a favor da doutrina são inválidos. A distinção entre eutanásia ativa e passiva é considerada crucial para a Ética Médica. A ideia é que, em pelo menos alguns casos, é permitido reter o tratamento e permitir que um paciente morra, mas nunca é permitido tomar qualquer ação direta projetada para matar o paciente.

Segundo Moreland (2017), a eutanásia voluntária ocorre a pedido da pessoa que falece. A eutanásia não voluntária ocorre quando a pessoa está inconsciente ou incapaz, como um bebê muito novo ou uma pessoa com inteligência extremamente baixa, de fazer uma escolha significativa entre viver e morrer, e outra pessoa toma a decisão em seu nome. A eutanásia não voluntária também inclui casos em que a pessoa é uma criança mental e emocionalmente capaz de tomar a decisão, mas não é considerada legalmente com idade suficiente para fazê-lo, então outra pessoa deve tomá-la em seu nome perante a lei.

A eutanásia involuntária ocorre quando a pessoa que morre escolhe a vida e é morta de qualquer maneira. Isso geralmente é chamado de assassinato, mas é possível imaginar casos em que o assassinato pode ser considerado em benefício da pessoa que morre.

De acordo com Shukla (2016), a eutanásia por duplo efeito significa fornecer um tratamento (geralmente para reduzir a dor) que tem o efeito colateral de acelerar a morte do paciente. Uma vez que a intenção primária não é matar, isso é visto por algumas pessoas como moralmente aceitável. Essa justificativa é formalmente chamada de doutrina do duplo efeito. A morte do paciente ocorre em estado terminal, seja por falta de providências médicas, seja pela interrupção de medidas extraordinárias destinadas a aliviar o sofrimento (SHUKLA, 2016).

O suicídio assistido geralmente se refere a casos em que a pessoa que vai morrer precisa de ajuda para se matar e pede por isso. Pode ser algo tão simples como conseguir drogas para a pessoa e colocá-las ao seu alcance (JUNQUEIRA, 2006).

Moreland (2017) menciona que o suicídio assistido é contrastado com a eutanásia, às vezes chamada de morte misericordiosa, em que a pessoa que morre não provoca diretamente sua própria morte, mas é morta para impedir que a pessoa experimente mais sofrimento. A eutanásia pode ocorrer com ou sem consentimento e pode ser classificada como voluntária, não voluntária ou involuntária. Matar uma pessoa que está sofrendo e que consente é chamado de eutanásia voluntária. Atualmente, isso é legal em algumas regiões. Se a pessoa não for capaz de dar consentimento, isso é conhecido como eutanásia não voluntária. Matar uma pessoa que não deseja morrer, ou que é capaz de dar o consentimento e cujo consentimento não foi solicitado, é considerado homicídio e crime de eutanásia involuntária. O direito de morrer é a crença de que as pessoas têm o direito de morrer, seja por meio de várias formas de suicídio, eutanásia ou recusa de tratamento médico que salva vidas (JUNQUEIRA, 2006).

Segundo Junqueira (2006), a bioética aborda os problemas éticos no âmbito da saúde decorrentes dos avanços das tecnologias biomédicas. Esses avanços incluem pesquisas em seres humanos, eutanásia, distanásia, engenharia genética, terapias gênicas, métodos de reprodução assistida, maternidade substitutiva, eugenia, clonagem de seres humanos, mudança de sexo, entre outros. Além disso, a bioética também estuda os problemas éticos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. Esses estudos são aprofundados e de difícil solução, pois envolvem questões polêmicas e que geram divisões de opiniões.

Diniz (2006) afirma que a bioética, juntamente com o biodireito, analisa todas essas questões, verificando seus benefícios, desvantagens e perigos para a humanidade. Ambas caminham ao lado dos direitos humanos, com o objetivo de garantir a preservação da dignidade humana. Embora as inovações biotecnológicas tragam inúmeros benefícios à humanidade, é crucial que não ultrapassem os limites éticos, respeitando a vida humana, sua integridade e dignidade. Não é aceitável cometer injustiças em prol do progresso científico. Nesse contexto, os profissionais da saúde têm uma grande responsabilidade,



devendo estar atentos para garantir que nenhum procedimento atente contra a dignidade humana.

#### **4.A EUTANÁSIA COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES JURÍDICAS E ÉTICAS**

Como se vê, a problemática acompanha o homem juntamente com o seu progresso, uma vez que a eutanásia está cada vez mais sendo desenvolvida, e seus defensores argumentam pela necessidade de tipificação para evitar condenações injustas ou lacunas legais. No entanto, o Código Penal brasileiro não criminaliza a eutanásia e também não possui um artigo específico que a defina. Em contrapartida, a prática da eutanásia compassiva tem sido considerada como um homicídio privilegiado, uma vez que apresenta o valor moral mencionado pelo legislador no § 1º do Art. 121: "Matar alguém: Pena - reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço" (BRASIL, 2005).

Diversos estudiosos e jurisprudências concentram-se na piedade e compaixão que levam o agente da prática eutanásica a produzir a morte com o objetivo de classificá-la como homicídio privilegiado. Nesse contexto, o valor moral e social encontrado é considerado relevante, permitindo a atenuação da pena (GOMES, 2007).

É importante lembrar que o relevante valor moral é um princípio que enobrece qualquer cidadão em situações normais, devendo estar em conformidade com os princípios éticos predominantes. Um motivo de relevante valor moral é aquele aprovado pela ordem moral e prática, como a compaixão ou piedade diante do sofrimento insuportável de uma pessoa com doença incurável. Portanto, o agente que comete o chamado homicídio compassivo ou eutanásia age impelido por motivo de relevante valor moral (BITTENCOURT, 2001).

Assim como em outros países, o Brasil também se debruça sobre estudos e tentativas de tipificação da eutanásia em seu ordenamento jurídico vigente. O Anteprojeto de reforma do Código Penal brasileiro de 1984 previa a exclusão da ilicitude nos casos de eutanásia passiva, bem como a atenuação da pena do autor da eutanásia ativa em certos casos. Paulo Nogueira, em sua obra "Em defesa da Vida", cita que: "O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial, de 1984, no § 4º do art. 121, isentou de pena 'o médico que, com consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico'. A reforma da Parte Especial não chegou a ser realizada; ocorreu apenas a reforma da Parte Geral (Lei nº 7.209, de 17-7-1984, que está em vigor)".

Em qualquer fase da vida, a dignidade da pessoa humana deve estar presente e ser respeitada. Muitas vezes, pacientes em estado terminal sofrem agonias e dores sem serem consultados sobre as técnicas de prolongamento da vida que estão sendo aplicadas, o que desrespeita sua autonomia. Acredita-se que a eutanásia possa aliviar o sofrimento físico e emocional do paciente e de seus familiares, considerando o direito individual de cada pessoa sobre si mesma. Se o suicídio é um direito do titular da vida, por que negar-lhe o mesmo direito quando não lhe convém mais viver? A lei não deveria interferir nessa decisão, uma vez que o paciente terminal, mesmo mantido vivo artificialmente, já não possui mais condições de interagir ou participar de situações cotidianas simples (COELHO, 2001). Retirar a dignidade humana em nome de um direito absoluto não é muito diferente de sentenciá-la à própria morte em vida (CARLIN, apud COELHO, 2001).

Um indivíduo moribundo, abalado psicologicamente e sem esperanças de sobreviver, dependente de máquinas e de outras pessoas para sua totalidade, sofrendo agonia constante, não pode desejar outra coisa senão a morte. Embora a lei conceba a vida como um bem indisponível, a imposição da vida nessas circunstâncias vai contra a dignidade humana. Se a dignidade acompanhou o enfermo ao longo de sua vida, ela não pode ser negligenciada nos momentos cruciais. Quando todos os recursos terapêuticos estão exauridos e regras detalhadas e razoáveis são seguidas, a eutanásia não pode ser considerada um ato punível. Dessa forma, a prática da eutanásia não vai contra a dignidade da pessoa humana; na verdade, manter uma pessoa condenada à morte cercada de sofrimento físico e mental insuportável é que atenta contra essa dignidade (GOMES, 2007).

Entende-se que a eutanásia é uma extensão do viver com dignidade, pois o princípio da dignidade da pessoa humana busca acompanhar o ser humano desde a concepção até o último suspiro de vida. A prática da eutanásia promove uma morte digna para aqueles que não suportam mais uma situação constrangedora e agonizante que fere sua dignidade, assim como a de seus familiares (COELHO, 2001).

É dever do Estado, cujo objetivo é a realização do bem comum, respeitar e proteger esse bem comum. O direito surge como um instrumento auxiliar para alcançar esse objetivo. Assim como o Estado, o direito também é derivado da natureza humana e existe para o ser humano. A pessoa é o princípio e o fim do direito (MORAES, 2003). A noção de dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada à definição material de Constituição, uma vez que a preocupação com o ser humano se consagrou como uma das finalidades constitucionais.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A "morte digna" não fere o princípio em questão, uma vez que assegurar dignidade ao indivíduo somente enquanto este tiver saúde e deixá-lo à mercê da vontade de médicos e do Estado, sem valorizar sua vontade ou dignidade, não configura uma garantia benéfica.

O correto é garantir que o indivíduo, mesmo em seu leito de morte, tenha sua dignidade respeitada e o poder de decidir se deseja prosseguir em profunda agonia, que resultará inevitavelmente em sua morte, ou se deseja antecipá-la e poupar-se de tanto sofrimento. Quando a morte é antecipada, não apenas a dignidade da pessoa humana é observada, mas também outros valores de extrema relevância, como liberdade, autonomia e cessação do sofrimento.

O direito à vida não se conceitua apenas em deixar viver, em respirar. Conforme estudado, tal direito proporciona uma ideia de qualidade de vida, de vida digna. No âmbito constitucional, o essencial é respeitar princípios e valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia e o direito à vida. Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, esses princípios não se opõem ao direito à eutanásia ou ortotanásia; pelo contrário, eles constituem a base para a defesa da denominada "morte digna".

Vale destacar que a busca pela legalização da eutanásia deve ser realizada com bastante cautela, a fim de evitar a banalização do instituto e a ocorrência de mortes arbitrárias. Vários critérios devem ser observados antes de se deliberar sobre a impunibilidade da prática eutanásica, sendo os principais: a existência de uma doença incurável, comprovadamente impossível de ser curada cientificamente; sofrimentos e dores insuportáveis; e o pedido do paciente. O pedido do paciente configura o consentimento, que deve ser livre e esclarecido. O paciente terminal deve estar ciente de tudo o que lhe ocorre, bem como das alternativas de tratamento ou métodos paliativos, e deve ter todas as informações verídicas para embasar sua decisão de maneira coerente. O respeito à autonomia do paciente garante o exercício de sua dignidade como pessoa humana, que diz respeito a ter seus direitos e garantias concedidos pelo Estado invioláveis.

O adequado dimensionamento da realidade nos tipos penais pelo legislador, embora seja uma missão difícil, seria um importante passo para um Direito Penal brasileiro adequado às modificações sociais - que foram significativas desde a década de 1940 - e aos princípios da bioética, reconhecendo sua força jurídica. Concomitantemente a essas medidas, é aconselhável o desenvolvimento de programas de assessoramento e acompanhamento às pessoas atormentadas, não apenas com o objetivo de, talvez, dissuadi-las de sua decisão pela morte, mas também de diminuição do sofrimento, possibilitando um maior contato humano, pois isso é essencial. Ressalta-se, porém, que no Brasil as desigualdades sociais são severas e as condições dos hospitais públicos, que atendem ou deveriam atender de forma eficaz a grande maioria da população, são deploráveis. Nesse contexto, a eutanásia poderia ser uma ponte dourada entre a vida e a morte para diversas pessoas que não têm seus direitos fundamentais assegurados na prática, em um fenômeno que por alguns é denominado "mistanásia", que significa morte infeliz, miserável, transcendendo o contexto médico-hospitalar e atingindo aqueles que

nem sequer têm acesso a um atendimento médico adequado devido à carência social, tornando-se, para essas pessoas, uma opção preferencial diante da inapetência do Estado em solucionar questões de saúde pública e socioeconômicas, o que é inaceitável.

Assim, é urgente que a justiça brasileira adote um posicionamento claro e concreto sobre um tema cada vez mais relevante, deixando o Direito alheio a ele. Uma revolução silenciosa já está em andamento, e o Estado sábio será aquele que deliberar sobre a matéria antes que a arbitrariedade tome conta dos hospitais em nome da morte com dignidade.

## REFERÊNCIAS

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal.** Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003.

Disponível em: Acesso em: 19 mar. 2021

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

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

CARNEIRO, Antônio Soares; CUNHA, Maria Edilma et al. **Eutanásia e distanásia: a problemática da Bioética.** Teresina, ano 2, n. 24, abr. 1998.

CHAVES, Maria Cláudia. **Os embriões como destinatários de direitos fundamentais,** Teresina, ano 9, n. 537, 26 dez. 2004.

COELHO, Milton Schmitt. Eutanásia: **uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais.** Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001.

DINIZ, Maria Helena, **O estado atual do biodireito.** 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

DRAPER H. Eutanásia. **Rev. Chadwick R, editor.** Enciclopédia de ética aplicada, vol. 2. San Diego: Acadêmico; 1998.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal.** 20 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

GOMES, L. F. Eutanásia: **dono da vida, o ser humano é também dono de sua própria morte?** Disponível em: < <http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?id=122> >. Acesso em: 22 mar. 2023.

GURNEY, Edward. "Existe o Direito de Morrer - **Um Estudo da Lei da Eutanásia**", 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Ângela Cristina Augiano;

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTIN, L. M. **Eutanásia e distanásia**. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/parteIIIeutanasia.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteIIIeutanasia.htm) >. Acesso em: 10 mar. 2007.

MARTINES JUNIOR, E.; ROBERTI, M. **Direitos fundamentais das pessoas portadoras do vírus HIV**. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigo/documentos/texto434.htm> >. Acesso em: 19 mar. 2021.

MELLO, B. et al. Biodireito e a eutanásia: **Considerações da prática perante o ordenamento jurídico brasileiro e a ética médica**. Simpósio de Direito UEPG, Ponta Grossa - Paraná, 2015.

MICHEL, M. H. **Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais**. São Paulo: Atlas, 2005

MINARÉ, Reginaldo. **Bioética e Biodireito**. Disponível em: < [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080605112236778&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080605112236778&mode=print) > Acesso em: 19 mar. 2021.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORELAND J. **James Rachels e o debate ativo sobre a eutanásia**. J Evang Theol Soc, 2017.

NOGUEIRA, P. L. **Em defesa da vida**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995

ROBERTI, M. **Eutanásia e o direito penal** 2005. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br> >. Acesso em: 19 mar. 2021.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.

SÁ, M. de F. F. de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SHUKLA R. **Eutanásia passiva** J Med Ethics. 2016;

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

## IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE ESTADOS ESTRANGEIROS NA PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS EM VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS

**DANIELE CASTANHARO:**

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul em 2017. Analista Judiciária no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná<sup>71</sup>.

**Resumo:** É regra do Direito Internacional que um Estado, em virtude de sua soberania, em regra não pode ser julgados por outros Estados: a isso dá-se o nome de imunidade de jurisdição. Ao se estudar a doutrina de direito internacional, bem como jurisprudência e artigos que tratam do tema, é possível classificar tal imunidade em imunidade absoluta e imunidade relativa, esta última subdividindo os atos do Estado em atos de império (decorrentes da soberania; sujeitos à imunidade) e atos de gestão (atua como se fosse um particular; não goza da imunidade). Todavia, no caso de atos decorrentes da soberania mas que configurem atos ilícitos que violam direitos humanos, a jurisprudência afasta a imunidade a despeito de, em tese, ser ato de império. A exemplo, tem-se o Recurso Extraordinário com Agravo 954858/RJ em que o Supremo Tribunal Federal julgou o caso do navio Changri-lá. Permite-se, porém, tão somente a ação de conhecimento, visto que a execução de eventual sentença continua em regra resguardada pela imunidade, sujeitando-se a eventual cumprimento voluntário por parte do Estado condenado.

**Palavras-chave:** Imunidade. Jurisdição. Changri-lá. ARE 954858. Tema 944.

**Abstract:** It is a rule of international law that a State, by virtue of its sovereignty, as a rule cannot be judged by other States: this is called immunity from jurisdiction. When studying the doctrine of international law, as well as jurisprudence and articles that deal with the subject, it is possible to classify such immunity in absolute immunity and relative immunity, the latter subdividing State acts into acts of empire (arising from sovereignty; subject to immunity) and management acts (acts as if he were a private individual; he does not enjoy immunity). However, in the case of acts arising from sovereignty but which constitute illicit acts that violate human rights, the jurisprudence excludes immunity despite, in theory, being an act of empire. As an example, there is the Extraordinary Appeal with Interlocutory Appeal 954858/RJ in which the Federal Supreme Court judged the case of the ship Changri-lá. However, only the acknowledgment action is allowed, since the execution of an eventual

---

71 E-mail: danielecastanharo@gmail.com



sentence remains, as a rule, protected by immunity, subject to eventual voluntary compliance on the part of the sentenced State.

**Keywords:** Immunity. Jurisdiction. Changri-lá. ARE 954858. Theme 944

**Sumário:** Introdução. 1. Imunidade de Jurisdição. 2. Teorias acerca da imunidade de jurisdição: atos de império e atos de gestão. 3. Jurisprudência internacional. 4. Ofensa a Direitos Humanos – Caso Changri-lá. 4.1. Repercussão Geral – Tema 944– ARE 954858. 5. Imunidade de execução. Conclusão. Referências.

## 1. Introdução

Mazzuoli (2019, p. 781) explica que a imunidade de jurisdição estatal “surge quando um Estado estrangeiro (ou suas subdivisões políticas) vê-se demandado perante o tribunal de outro Estado em virtude de atos nesse praticados, ou ainda quando nesse último existe a pretensão de se adotar contra aquele certa medida coativa, como a execução de sentença contra os seus bens situados no território deste Estado estrangeiro.

Define o autor imunidade de jurisdição do Estado como “o atributo de todo Estado soberano, que impede que outros Estados exerçam jurisdição sobre os atos que realiza em exercício de seu poder soberano, ou ainda sobre os bens dos quais é titular ou utiliza em exercício de dito poder soberano” (MAZZUOLI, 2019, p. 781).

O presente artigo apresentará a problemática da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro, especificamente sob a ótica da prática de atos que violam direitos humanos.

Em um primeiro momento, explica-se de forma generalizada o que é tal imunidade, sua origem, e classificações.

Em seguida, analisa-se como a jurisprudência nacional e internacional tem enfrentado a temática, explorando de maneira mais aprofundada decisões de nossas cortes superiores, tratando de maneira especial o caso do barco Changri-lá, abordado no Tema de Repercussão Geral 944.

Por fim, avalia-se também a possibilidade de execução de eventuais sentenças em desfavor do Estado condenado.

## 2. Imunidade de Jurisdição

É certo que no Direito Internacional os Estados tem autoridade para, dentro de seu território, exercer jurisdição sobre todos que nele se encontrem.

Todavia, quando se trata de relação entre diferentes Estados, admite-se a chamada imunidade de jurisdição. Tal regra origina-se na máxima *par in parem no habet imperium* ou *par in parem non habet iudicium* – antiga regra trabalhada por Bartolo de Saxoferrato, em 1354, na obra de sua autoria *Tractatus Repraesiliarum* (PEDREIRA, 1998) - ideia que implica entre pares não haver jurisdição. Iguais não podem julgar iguais. Caso contrário haveria violação da igualdade soberana dos Estados.

Trata-se de regra antiga do sistema feudal, segundo a qual os senhores feudais respondiam exclusivamente a seus superiores, e não aos seus iguais (MAZZUOLI, 2019, p. 763).

É possível inferir tal regra, de modo genérico, do postulado de igualdade dos Estados presente na Carta da ONU – promulgada pelo Decreto 19841/1945 - artigo 2<sup>a</sup>, §1: “ARTIGO 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.” (BRASIL, 1945).

Também se discute sobre se as Convenções de Viena sobre relações diplomáticas (1961) e relações consulares (1963) tratam acerca do tema.

Há doutrina em sentido negativo: tratariam, na verdade, tão somente da imunidade dos agentes diplomáticos e consulares, silenciando quanto à isenção dos Estados em si, sobre os quais dispõe apenas acerca da isenção fiscal de alguns de seus bens. (MAZZUOLI, 2019, p. 781).

Outra parte da doutrina entende que tais Convenções disciplina, sim, a imunidade dos Estados (TORRES, 2012, p. 83):

“... parece inegável que, de forma no mínimo indireta, teriam sido consagradas, sim, imunidades dos Estados, conclusão que transparece a partir da exegese sistemática dos textos convencionais, porque, conforme se explicita nos preâmbulos das duas Convenções, “a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos”, mas, sim, o de assegurar a atividade proveitosa das missões diplomáticas e das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados– ou seja, o titular primeiro dessas imunidades é o Estado acreditante”.

Mesmo que se entenda que as Convenções tratam do tema, o Brasil não as ratificou.

Assim, é certo que, ao menos no Brasil, a matéria rege-se pelo direito costumeiro (BRASIL, 2021), expresso no “desejo de se manter relações amigáveis entre as nações, por meio da aplicação dos princípios da igualdade de tratamento e da reciprocidade” (MAZZUOLI, 2019, p. 781).

### 3. Teorias acerca da imunidade de jurisdição: atos de império e atos de gestão

Tradicionalmente, entende-se que os Estados estrangeiros jamais poderiam ser julgados por outros Estados. Isso com base na regra de par in parem non habet iudicium, iguais não podem julgar iguais. Esse entendimento a doutrina classifica de teoria da imunidade absoluta.

“Para esta teoria, o Estado estrangeiro goza de imunidade total e absoluta, somente podendo ser julgado por outro Estado caso renuncie a imunidade. O Estado estrangeiro não poderia ser julgado pelas autoridades de outro Estado contra a sua vontade porque não haveria superioridade de um Estado sobre o outro. Logo, o Estado somente poderia se submeter ao julgamento de outro se consentisse com isso. Baseia-se no princípio de que “iguais não podem julgar iguais” (par in parem non habet jurisdictionem)”. (CAVALCANTE, 2022).

Ocorre que com o estreitamento das relações entre Estados e particulares, passou-se a notar que a imunidade de jurisdição estatal trazia demasiado prejuízo aos particulares quando, em suas relações comerciais com os Estados estrangeiros, não poderiam demandar contra estes no foro de seu país, mesmo que não atuando com soberania.

“Se é certo que durante muitos anos esse aforismo do par in parem serviu de base à teoria da imunidade de jurisdição estatal, não é menos certo que a tese da imunidade de jurisdição absoluta (the King can do no wrong) passou, desde os tempos mais atuais, notadamente a partir da década de 1970, por uma intensa relativização, e porque não dizer desprestígio, momento a partir do qual deixou de ser pacificamente aceita. Tal se deu notadamente devido ao aumento das relações entre Estados e particulares, especialmente na seara comercial, a partir de quando se começou a notar que os particulares que negociavam com Estados viam-se em constantes desvantagens, exatamente pela impossibilidade de demandar contra aqueles num foro doméstico, mesmo quando o Estado em causa não agiu na sua qualidade de ente soberano. Presenciava-se aí, para falar como Guido Soares, uma “total denegação de justiça, que qualquer sistema jurídico existente na atualidade repele de maneira mais cabal” (MAZZUOLI, 2019, p. 784).

No mesmo sentido aponta o Min. Gilmar Mendes, no ARE 954858/RJ: “Ocorre que, com o decorrer do tempo, verificou-se que essa exegese histórica conduzia a resultados desarrazoados, injustos e que geravam abusos, em casos reiterados e deliberados

descumprimentos das normas internas nos locais em quais estavam situadas atividades de representação estrangeira em determinado Estado soberano.” (STF, 2021, p. 7)

Tendo em vista a total negativa de jurisdição que ocorria nestes casos, passou-se a relativizar a imunidade estatal, conferindo diferente tratamento conforme atuavam no exercício de seu poder soberano, a que se denominou atos de império, ou quando atuavam em igualdade com particulares, ao que se deu o nome de atos de gestão.

“Os autores contemporâneos passaram, então, a entender que tais imunidades devem obedecer à distinção entre “atos de império” (acta jure imperii) e “atos de gestão” (acta jure gestionis). Os primeiros são aqueles que o Estado pratica no exercício de seu poder soberano, e os segundos, os realizados pelo Estado em condição de igualdade com os particulares. Ou seja, enquanto aqueles são atos de soberania, estes últimos são atos de direito e de interesses privados, a exemplo de quando age o Estado na qualidade de comprador ou de vendedor num contrato comum de compra e venda), em que não está presente qualquer questão soberana.” (MAZZUOLI, 2019, p. 784).

Assim, para a teoria da imunidade relativa, quando o Estado pratica atos de império (acta jure imperii) remanesce a imunidade jurisdicional. Todavia, quando pratica atos de gestão (acta jure gestionis ou jure privatorum), pode ele ser processado em foros de Estados estrangeiros.

Como exemplos, pode-se mencionar, como atos de império, as negativas de visto e de asilo político. Já como atos de gestão, aponta-se os contratos de luz, contrato de compra e venda, contratação de empregados e acidente de veículo (CAVALCANTE, 2022).

### **3. Jurisprudência internacional**

Ao se analisar a jurisprudência nacional de outros Estados, é possível localizar casos em que se afastou a imunidade jurisdicional.

A Itália já enfrentou a questão em duas distintas oportunidades: em 2004 no caso Ferrini, quando um italiano foi deportado e sujeito a trabalhos forçados na Alemanha, bem como no caso do Massacre de Civitella, quando em 2008 cerca de 200 italianos foram mortos por soldados alemães. Alegou-se que quando um Estado viola normas de jus cogens (normas imperativas de direito internacional tidas como inderrogáveis pela vontade das partes), tal ação deixa de ser considerada como ato de império, afastando a imunidade (BRASIL, 2021).

Todavia, por decisão da Corte Internacional de Justiça, manteve-se o entendimento tradicional da imunidade absoluta em caso de atos de império;

Para Mazzuoli, significa dizer que a Corte Internacional de Justiça seguiu concepção conservadora da imunidade de jurisdição. Na oportunidade, decidiu-se que a Itália não poderia realizar medidas de execução forçada contra bens alemães no território italiano para indenização de vítimas por crimes de guerra.

Pondera o autor, todavia, que atos violadores de direitos humanos não configuram atos de império “pois não é, em absoluto, função do Estado cometer atentados a direitos dos cidadãos, como genocídio, crimes contra a paz ou crimes contra a humanidade, senão atuar em função de todas as pessoas que assentam o seu território, pelo que atos dessa natureza não poderiam, de jure, enquadrar-se na moldura dos atos jure imperii para o fim de imunizar qualquer Estado perante a ordem jurídica de outro”(MAZZUOLI, 2019, p. 783).

De fato, o Supremo enfrentou a questão no ARE 954858 a seguir abordado: “A Corte Internacional de Justiça, por sua vez, no julgamento do caso das imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha Vs. Itália), manteve a doutrina clássica, reafirmando sua natureza absoluta quando se trata de atos jure imperii. Decisão, no entanto, sem eficácia erga omnes e vinculante, conforme dispõe o artigo 59, do Estatuto da própria Corte, e distinta por assentar-se na reparação global” (BRASIL, 2021).

A distinção mencionada refere-se ao fato de a Alemanha já ter pago à Itália indenização para reparação dos danos sofridos por nacionais sujeitos a perseguições nacional-socialistas, constituindo uma solução final de todas as questões – enquanto no Brasil não houve indenização pelos atos da Alemanha praticados em nosso mar territorial.

#### **4. Ofensa a Direitos Humanos – Caso Changri-lá**

Há situações em que Estados Estrangeiros praticam atos de império, situação que teoricamente seria resguardada pela imunidade de jurisdição segundo ambas as teorias apontadas acima, porém em violação grave de direitos humanos.

Discute-se se tal condicionante, qual seja o fato de se tratar de violação de direitos humanos, afastaria a regra de imunidade.

No Brasil, alguns casos concretos foram submetidos à apreciação do Judiciário. Mais especificamente, ações militares por parte da Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, contexto no qual, em julho de 1943, um submarino alemão atacou e afundou o barco pesqueiro Changri-lá, tripulado por dez brasileiros, resultando na morte destes (NETO, 2001). No início dos anos 2000, houve a confirmação de tal incidente, oportunidade em que parentes dos então tripulantes ingressaram perante a justiça brasileira com pedidos de indenização por danos materiais e morais decorrentes das mortes.

Em um primeiro momento, os juízos de piso deram improvidamento aos pedidos, seja sob o argumento da imunidade de jurisdição; seja em razão da prescrição. Em grau recursal, já no Superior Tribunal de Justiça (RO 76 e RO 109), foi mantido o improvidamento.

Quanto à prescrição, embora não seja o tópico principal deste trabalho, vale mencionar que tal ponto foi superado pelo STJ, em decisão monocrática publicada em 13/10/2016 pelo Min. Luis Felipe Salomão, sob o fundamento da imprescritibilidade da pretensão voltada à reparação de grave violação a direitos humanos (RO 76).

De qualquer modo, ante o improvidamento, foi interposto Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido reconhecida Repercussão Geral no ARE n. 954.858/RJ — "Alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana" (Tema 944).

Assim, o julgamento dos RO 76 e 109 foi sobrestado nos termos do artigo 1042, §2º do CPC (BRASIL, 2022a, 2022b)

#### **4.1. Repercussão Geral – Tema 944– ARE 954858**

Ao enfrentar a discussão acerca do caso do navio Changri-lá, no ARE 954858 sob a relatoria do Min. Edson Fachin, primeiramente o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os atos praticados pelo Estado Alemão configuram crimes de guerra, consoante artigo 6, b, do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, logo, ilícitos:

"O artigo 6, "b", do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, reconhece como "crimes de guerra" as violações das leis e costumes de guerra, entre as quais, o assassinato de civis, inclusive aqueles em alto-mar. Violação ao direito humano à vida, incluído no artigo 6, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Assim, os atos praticados em períodos de guerra contra civis em território nacional, ainda que sejam atos de império, são ilícitos e ilegítimos." (BRASIL, 2021)

Reconhecida a ilicitude, passou-se a discutir sobre a derrotabilidade da regra da imunidade de jurisdição, ou seja, a possibilidade de superação de tal regra em razão da existência de exceções implícitas não passíveis de reconhecimento prévio, no caso, a violação de direitos humanos. Acerca da ideia de derrotabilidade, ou *defeasibility*", leciona André Rufino em sua Tese de Doutorado:

*"Os antecedentes do uso da noção de "defeasibility" na teoria do direito remontam aos primeiros escritos de Herbert Hart, nos quais o autor utilizava esse adjetivo para qualificar uma condição sui generis dos conceitos jurídicos, que se manifesta na impossibilidade de se prever todas*



*as hipóteses de sua aplicação, ou seja, na impossibilidade de enumeração das exceções à aplicação de um conceito jurídico.*

(...)

*As normas derrotáveis ou abertas são normas que estão sujeitas a exceções implícitas que não podem ser previamente enumeradas de forma exaustiva. Assim, para Hart, as normas são necessariamente derrotáveis, pois, por mais que se intente, não se pode prever todas as hipóteses em que sua aplicação poderá ser afastada". (VALE, 2015, p. 68).*

Utilizando-se de tal conceito, propôs Fachin a derrotabilidade da imunidade de jurisdição quando se tratando de crimes graves de violação de direitos humanos:

*"Eis, porém, a distinção do presente caso, controvérsia inédita no âmbito desta Suprema Corte, porquanto se coloca em questão a derrotabilidade de regra imunizante de jurisdição em relação a atos de império por Estado soberano, por conta de graves delitos praticados em confronto à proteção internacional da pessoa natural em espacialidade brasileira, à luz da igualdade jurídica entre os Estados na sociedade internacional, nos termos do art. 4º, V, do Texto Constitucional e, especificamente, da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, consoante dicção do inciso II, do mesmo artigo 4º da Constituição da República de 1988". (BRASIL, 2021)*

Argumentou-se que o entendimento tradicional da imunidade significa negativa de acesso à justiça, impedindo pessoas que tiveram direitos violados de buscar reparação.

Nesse ponto, consta do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição federal o princípio do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição:

*"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;(..." (BRASIL, 1988)*

No mesmo sentido aponta a Declaração Universal dos Direitos Humanos artigo 8º:

*"Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais*

reconhecidos pela Constituição ou pela lei". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Ademais, lembrou a Corte que a Constituição, em seu artigo 4º, inciso II, traz o princípio da prevalência dos direitos humanos:

"Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos; (BRASIL, 1988)

Decidiu a Corte, portanto, por afastar a imunidade de jurisdição nessas situações de violação de direitos humanos, fixando-se a seguinte tese: "Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição."

Vale aqui reproduzir a ementa, por sua importância:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITOS HUMANOS. DIREITO INTERNACIONAL. ESTADO ESTRANGEIRO. ATOS DE IMPÉRIO. PERÍODO DE GUERRA. CASO CHANGRI-LÁ. DELITO CONTRA O DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA. ATO ILÍCITO E ILEGÍTIMO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS. ART. 4º, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Controvérsia inédita no âmbito desta Suprema Corte, estando em questão a derrotabilidade de regra imunizante de jurisdição em relação a atos de império praticados por Estado soberano, por conta de graves delitos ocorridos em confronto à proteção internacional da pessoa natural, nos termos do art. 4º, II e V, do Texto Constitucional. 2. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro no direito brasileiro é regida pelo direito costumeiro. A jurisprudência do STF reconhece a divisão em atos de gestão e atos de império, sendo os primeiros passíveis de cognoscibilidade pelo Poder Judiciário e, mantida, sempre, a imunidade executória, à luz da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas (Dec. 56.435/1965). Precedentes. 3. O artigo 6, "b", do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, reconhece como "crimes de guerra" as violações das leis e costumes de guerra, entre as quais, o assassinato de civis, inclusive aqueles em alto-mar. Violação ao direito humano à vida, incluído no artigo 6, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Assim, os atos praticados em períodos de guerra contra civis em território nacional, ainda que sejam atos de império, são ilícitos e ilegítimos. 4. O caráter absoluto da regra de imunidade da jurisdição estatal é questão persistente na ordem do dia do

direito internacional, havendo notícias de diplomas no direito comparado e de cortes nacionais que afastaram ou mitigaram a imunidade em casos de atos militares ilícitos. 5. A Corte Internacional de Justiça, por sua vez, no julgamento do caso das imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha Vs. Itália), manteve a doutrina clássica, reafirmando sua natureza absoluta quando se trata de atos *jure imperii*. Decisão, no entanto, sem eficácia erga omnes e vinculante, conforme dispõe o artigo 59, do Estatuto da própria Corte, e distinta por assentar-se na reparação global. 6. Nos casos em que há violação à direitos humanos, ao negar às vítimas e seus familiares a possibilidade de responsabilização do agressor, a imunidade estatal obsta o acesso à justiça, direito com guarida no art. 5º, XXXV, da CRFB; nos arts. 8 e 10, da Declaração Universal; e no art. 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. 7. Diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (art. 4º, II), devem prevalecer os direitos humanos - à vida, à verdade e ao acesso à justiça -, afastada a imunidade de jurisdição no caso. 8. Possibilidade de relativização da imunidade de jurisdição estatal em caso de atos ilícitos praticados no território do foro em violação à direitos humanos. 9. Fixação de tese jurídica ao Tema 944 da sistemática da repercussão geral: "Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição." 10. Recurso extraordinário com agravo a que se dá provimento". (BRASIL, 2021).

Posteriormente, foram opostos Embargos de Declaração pela Procuradoria-Geral da República, requerendo a alteração da tese, alegando em síntese que o afastamento da imunidade deveria ater-se tão somente a crimes internacionais e não qualquer ato ilícito; bem como que a tese omitiu-se no tocante ao alcance territorial do afastamento da imunidade.

O primeiro ponto foi rejeitado pela corte, visto que a corrente majoritária não quis se limitar a crimes internacionais e sim quaisquer espécies de atos ilícitos:

"De outro lado, no tocante à alegada omissão na delimitação das hipóteses de afastamento da imunidade de jurisdição, entendo que a terminologia proposta pela Procuradoria-Geral da República - "crimes internacionais que impliquem grave violação aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário" - tampouco corresponde aos limites definidos quando do julgamento. Não é possível extrair do acórdão a limitação pretendida pelo embargante. Em nenhum momento a corrente majoritária condicionou o

afastamento da imunidade de jurisdição aos crimes internacionais ou se ocupou de uma tipificação exata desses, por isso também a opção pelo uso da expressão “atos ilícitos”. Trata-se, afinal, de responsabilidade civil. Embora o voto tenha mencionado o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que em seu artigo 6, “b”, reconhece como “crimes de guerra” as violações das leis e costumes de guerra, entre as quais, o assassinato de civis, inclusive aqueles em alto mar, trata-se de referência argumentativa que não exige a tipificação específica.” (BRASIL, 2022c)

Por outro lado, quanto à delimitação territorial, acompanhou o Supremo a proposição do Ministério Público, posto que somente foi discutido o afastamento da imunidade em relação a atos praticados dentro do território nacional, até porque no caso levado a julgamento o ato foi praticado no mar territorial brasileiro. É o que se infere do voto do Relator Min Fachin:

“Com efeito, como se vê da ementa transcrita em relatório, bem como dos votos proferidos no julgamento de mérito do presente leading case, o debate travado por esta Suprema Corte limitou-se à questão da derrotabilidade de regra imunizante de jurisdição em relação a atos ilícitos praticados por Estado soberano em violação a direitos humanos em espacialidade brasileira. Destaco, uma vez mais, as circunstâncias fáticas que fundam o pedido de responsabilidade da República da Alemanha. Narra a Inicial que os autores são netos ou viúvas de netos de Deocleciano Pereira da Costa, morto em decorrência de ataque ao barco pesqueiro Changri-lá pelo submarino nazista U-199, no mar territorial brasileiro, nas proximidades da Costa de Cabo Frio em julho de 1943. Nesse sentido, de fato, como alega o embargante, a tese fixada aplica-se somente aos atos ilícitos cometidos dentro do território brasileiro. O entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é de que os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição. A redação dada a tese, no entanto, não contém expressamente sua delimitação territorial, abrindo a possibilidade de alargamento indevido de seu conteúdo, sob pena de violação à segurança jurídica. Assim, em atenção à integridade e coerência do sistema de precedentes, entendo ser necessária a adequação da redação da tese proposta, para que, suprida a omissão apontada, reste preservado o sentido exato da deliberação do Plenário, para aplicação adequada em eventuais casos futuros.”. (BRASIL, 2022c)

Finalmente, assim restou fixada a tese de Repercussão Geral, tema 944:

“Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição”.

Com a decisão do Supremo, o Superior Tribunal de Justiça teve de superar seu entendimento original no RO 109 e 76, que mantinham a imunidade de jurisdição mesmo para atos ilícitos de violação de direitos humanos, ocorrendo um overruling.

## **6. Imunidade de execução**

Vale ressaltar que a despeito do avanço jurisprudencial, permitindo o processamento de ações de conhecimento visando a responsabilização por atos ilícitos em violação de direitos humanos mesmo quando se tratando de atos de império, tal autorização refere-se somente quanto aos processos de conhecimento.

Caso condenado o Estado Estrangeiro, eventual efetiva execução do que foi determinado na sentença resta, em regra, impossibilitada, resguardada pela imunidade absoluta de jurisdição, conforme reconhecido pelo STF no ARE 954858:

“(…) 2. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro no direito brasileiro é regida pelo direito costumeiro. A jurisprudência do STF reconhece a divisão em atos de gestão e atos de império, sendo os primeiros passíveis de cognoscibilidade pelo Poder Judiciário e, mantida, sempre, a imunidade executória, à luz da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas (Dec. 56.435/1965). Precedentes.(…)”.

Isso porque existe norma escrita garantindo a imunidade, qual seja a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, Dec. 56.435/1965.

“Artigo 22 : 1. Os locais da Missão são invioláveis. Os Agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão. 2. O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da Missão ou ofensas à sua dignidade. 3. Os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução. (BRASIL, 1965).

Importante não confundir: a impossibilidade de execução forçada não constitui obstáculo ao processo de conhecimento. Há a possibilidade de o Estado renunciar à imunidade e proceder ao cumprimento espontâneo da obrigação. Nesse sentido consta da mesma convenção:

“Artigo 32: 1. O Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozam de imunidade nos termos do artigo 37. 2. A renúncia será sempre expressa. 3. Se um agente diplomático ou uma pessoa que goza de imunidade de jurisdição nos termos do artigo 37 inicia uma ação judicial, não lhe será permitido invocar a imunidade de jurisdição no tocante a uma reconvenção ligada à ação principal. 4. A renúncia à imunidade de jurisdição no tocante às ações civis ou administrativas não implica renúncia a imunidade quanto as medidas de execução da sentença, para as quais nova renúncia é necessária”. (BRASIL, 1965)

À mesma conclusão chegou o Supremo quando do julgamento do RE 222368-AgR, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, em 2002, em caso que tratava de ato de gestão do Estado do Japão, especificamente a dispensa imotivada de dispensa imotivada de empregada brasileira contratada como lavadeira pelo Consulado Geral do Japão no Brasil, cuja ementa colaciona-se:

“O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.”. (BRASIL, 2002).

Além do cumprimento espontâneo, a Corte ainda identifica uma segunda hipótese em que se viabiliza a execução da sentença, qual seja a “existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País”. (BRASIL, 2002).



Cite-se ainda a doutrina de José Francisco Rezek:

“A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular – visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derogadas por qualquer norma ulterior (...)”. (REZEK, 2010, p. 182)

Lembra-se ainda de situação semelhante envolvendo nosso próprio país, que foi processado e executado em foro estrangeiro:

“Assim aconteceu quando o Brasil foi o réu. Lá fora, eram bens do Instituto Brasileiro do Café, eram bens do Lloyd Brasileiro. Bens do Estado, portanto, porém não afetos ao serviço diplomático ou consular. Serviam, assim, de objeto a execução. Eram penhorados e garantiam a execução eficaz.” (REZEK, 1995 apud BRASIL, 2002).

## Conclusão

Vê-se que o tema da imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros está longe de se encontrar pacificado.

Embora a visão tradicional que garante imunidade no caso de atos de império seja garantia de soberania, um dos mais caros fundamentos dos Estados, também é inegável que o abuso de tal imunidade pode gerar injustiças.

Porém, ainda nas hipóteses em que se supera a impossibilidade de judicialização de ação de conhecimento para reparação de tais atos tidos como ilícitos, surge novo obstáculo relacionado às medidas de execução da sentença, muitas vezes sujeitando-se à renúncia e cumprimento voluntário por parte do Estado condenado.

Assim, tendo em vista tal empecilho, bem como visando a coibir e reparar abusos, parece adequado o avanço jurisprudencial por parte de nossas cortes superiores ao excepcionar a regra de imunidade em situações de violações de direitos humanos.

## Referências

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição**. Dizer o Direito, 7 de setembro 2022. Disponível em

<<https://www.dizerodireito.com.br/2022/09/os-atos-ilicitos-praticados-por-estados.html>> Acesso em 12 nov. 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público** – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

NETO, Ricardo Bonalume. Alemanha afundou o pesqueiro Shangri-lá na Segunda Guerra. **Folha de São Paulo**, 05 de agosto de 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u23152.shtml>> . Acesso em 12 nov. 2022.

PEDREIRA, Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. A imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição local. O problema da execução na Justiça do Trabalho, in **"I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho"**, p. 239/242, 241-242, IBCB, 1995.

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

\_\_\_\_\_. Decreto 19841 de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1945.

\_\_\_\_\_. Decreto 56435 de 1965. **Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas**. Brasília, DF: Senado, 1965.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RO 76/RJ**, rel. Min Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgamento 07/06/2022. Publicado no DJe 3415 em 17/06/2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RO 109/RJ**, rel. Min Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgamento 07/06/2022. Publicado no DJe 3415 em 17/06/2022

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 954858/RJ**, rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 23/08/2021. Decisão publicada no DJe n. 171 de 27/08/2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 954858 ED/RJ**, rel. Min. Edson Fachin. Julgamento 23/05/2022. Decisão publicada no DJe n. 170 de 27/08/2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 222.368-AgR/PE**, rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 30/04/2002. Decisão Publicada no DJ em 14/02/2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em 13 nov. 2022.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>>. Acesso em 13 nov. 2022.

TORRES, Eneas Bazzo. A imunidade de jurisdição do estado estrangeiro e o problema da execução. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**: vol 78, nº 1, jan./mar. 2012.

## A TEORIA DO PORTE DE ARMAS NA SOCIEDADE

**ALISSON MARANGONI RODRIGUES:**

Graduando em Direito pela Universidade  
Brasil. Campus Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

**RESUMO:** O estatuto do desarmamento tomou iniciativa para diminuir os crimes cometidos com armas de fogo tendo visão na baixa de homicídios praticados com este instrumento, porém a cada dia o desarmamento se mostra ineficaz no seu objetivo principal dando oportunidade há quem deseja cometer atos ilícitos de se tornarem cada vez mais fortes sabendo que sua vítima não possui maneiras viáveis de reagir a ação e em muitas das vezes por terem esta vantagem agem com muita violência. A metodologia utilizada para realização deste trabalho foi a bibliográfica, web gráfica, pesquisa aplicada e quantitativa realizada nas cidades de Fernandópolis, Ouroeste, Guarani d'Oeste e Mira Estrela, amparadas com algumas entrevistas. Foi analisado a evolução histórica sobre as armas e a natureza jurídica do porte a civis, qual os requisitos necessários para obtenção do porte e a legislação que garante que possamos ter tal direito, comparando assim com outras nações que possuem ou não o porte.

**Palavras-chave:** Legítima defesa; Armas; Estatuto do desarmamento.

**ABSTRACT:** The disarmament statute has taken an initiative to reduce crimes committed with firearms, with a view to reducing homicides practiced with this instrument, but every day disarmament proves to be ineffective in its main objective, giving opportunity to those who wish to commit unlawful acts of becoming growing stronger knowing that their victim has no viable ways to react to the action and in many cases, because they have this advantage, they act very violently. The methodology used to perform this work was bibliographical, web graphics, applied and quantitative research carried out in the cities of Fernandópolis, Ouroeste, Guarani d'Oeste and Mira Estrela, supported by some interviews. It was analyzed the historical evolution of weapons and the legal nature of civilian transport, which are the necessary requirements to obtain the cargo and the legislation that guarantees that we can have such a right, comparing it with other nations that have or do not have the right.

**Palavras-chave:** Legitimate defense; Arms; Status of disarmament.

### 1 INTRODUÇÃO

Visto que as armas são ferramentas que acompanham o homem no decorrer da história, seu uso para a sobrevivência da existência humana em algumas circunstâncias, como na caça e também defesa pessoal. A evolução dos conhecimentos humanos acerca das coisas do mundo vem se inovando a cada dia, e não poderia ser diferente com as armas. Hoje a tecnologia investida nas armas é muito avançada. Das armas branca, para a descoberta da pólvora, e dessa descoberta para as armas de fogo que só vem avançando e ampliando seu poder de fogo.

O presente trabalho é sobre a viabilidade ou não do porte de arma de fogo em nosso país, mais especificamente sobre as vantagens e desvantagens da liberação do porte de armas à população civil. Será abordado critérios que poderiam ser utilizados caso o porte de armas ocorresse no Brasil.

São objetivos desse trabalho, buscar apresentar como seria a liberação do porte, estabelecer critérios para a liberação e comparar com outros países que tiveram bons resultados com a liberação e outros que tiveram resultados semelhantes, porém com a restrição ao porte.

Haverá apresentação do dispositivo legal que dá ao cidadão o direito de adquirir a licença para o porte, verificar ainda como poderia ser a liberação para civis em nosso país e como acontece em outros países cuja liberação já existe.

Foi feita uma pesquisa de campo com o intuito de saber a opinião da sociedade local a respeito do tema e trazer estatísticas sobre a abrangência do assunto trabalhado.

A metodologia utilizada para este trabalho foi a bibliográfica, web gráfica, pesquisa aplicada e quantitativa realizada nas cidades de Fernandópolis, Ouroeste, Guarani d'Oeste e Mira Estrela, amparadas com algumas entrevistas.

## **2.A TEORIA DO PORTE DE ARMAS NA SOCIEDADE**

### **2.1 Diminuição do número de homicídio**

Vários fatores nos levam a refletir sobre este devido assunto, se o porte de armas poderia promover ou dissuadir crimes. Com esse pensamento devemos apresentar os dois lados da moeda, tendo em vista proporcionar a melhor alternativa para combater a criminalidade de maneira eficiente.

Atualmente com a lei vigente 10.826/2003 o cidadão não tem acesso às armas dependendo assim exclusivamente do estado a sua segurança, garantida essa proteção no artigo 6º da Constituição Federal.

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

É importante analisar a evolução da taxa de homicídios cometidos antes e após o estatuto do desarmamento:

Tabela 1: Evolução da taxa média de homicídios

<b>EVOLUÇÃO DA TAXA MÉDIA DE HOMICÍDIOS</b>		
Períodos comparativos (9 anos)	1995 a 2003	2004 a 2012
Taxa média de homicídios (por 100 mil)	26,44	26,80
Evolução (em percentual)	+ 1,36 %	

(Fonte: Fabricio Rebelo, 2015)

A tabela busca comparar a taxa de homicídios entre 1995 a 2003 (antes de entrar em vigor o estatuto do desarmamento) e 2004 a 2012 (depois da entrada da lei 10.826). Observa-se que a taxa de homicídios com as armas legais presentes na sociedade, ou seja, antes do desarmamento da população, é menor quando comparada após a atuação do estatuto. Com isso podemos dizer que mesmo as armas legais não estando presente em nosso meio, não diminuiu o crescimento de homicídio.

Levando em consideração os homicídios cometidos com armas de fogo, analisados perante o Mapa de Violência, percebe-se que os resultados de mortes são maiores atualmente, quando comparados aos períodos de 1997 a 2003, onde as armas eram liberadas a sociedade, obtendo os seguintes resultados:

<b>PERCENTUAL DE HOMICÍDIOS COMETIDOS COM ARMAS DE FOGO</b>		
Períodos comparativos (7 anos)	1997 a 2003	2004 a 2010



Total de homicídios	319.412	346.611
Homicídios com arma de fogo	211.562	245.496
Percentual de homicídios com af	66,23%	70,83%
Evolução	+ 6,95 %	

Tabela 2: Percentual de homicídios cometidos com armas de fogo

(Fonte: Fabricio Rebelo, 2015)

O pesquisador em segurança pública Fabricio Rebelo bacharel em direito e diretor da ONG Movimento Viva Brasil se posiciona em relação a isso:

Independentemente de posicionamentos ideológicos ou esforços interpretativos, a aplicação de critérios estatísticos isentos não respalda invocar efeitos positivos com a aplicação da lei atual, salvo se assim for considerada a drástica redução do comércio de armas no país – de 2,4 mil lojas em 2000 para menos de 280 em 2010. A questão é que essa redução não diminuiu a taxa média de homicídios ou sequer a participação das armas de fogo no total destes. Talvez isso se explique porque, como há muito vêm insistindo os críticos do estatuto, não é a circulação legal de armas que abastece os assassinos. (REBELO, 2015, p.1).

Isso demonstra que o estatuto surtiu efeito na redução do comércio de armas, porém não foi eficaz na diminuição de homicídios. Tendo em tamanha circulação armas ilegais nas mãos de criminosos deixando assim o cidadão de bem à mercê destes malfeitores, assim como diz Denis Rosenfield (articulista de jornais, professor de filosofia, consultor de análise política e escritor):

O direito à autodefesa é pilar de uma sociedade livre e democrática. No Brasil, os bandidos continuam a ter acesso livre às armas de fogo e o cidadão fica à mercê dos criminosos (ROSENFELD, 2015, p.1).

Em acontecimentos mais recentes tivemos o governo Bolsonaro do qual tinha como política uma sociedade armada, em seu governo houve um afrouxamento perante a aquisição de armas, com isso mais armas entraram em circulação.

Em dados mais recente, segundo um levantamento feito pelo Núcleo de Violência da USP (NEV-USP), embora não podemos relacionar a causa da queda de homicídios ao afrouxamento na obtenção de armas, acontece que houve uma diminuição de aproximadamente 7% nas mortes violentas intencionais em 2021, tais que foram 41,1 mil – 3.000 a menos que em 2020.

Claro que temos diversos fatores a serem discutidos para levantar as causas dessa queda, como o envelhecimento da população, a cultura, a educação, bem como também devemos levar em consideração as rebeliões e conflitos entre facções criminosas que ocorreram em 2017, onde houve um pico de aumento de homicídios. Tais precedentes podem contribuir com as alternâncias de estatísticas o que dificulta encontrar padrões estáveis para gerar dados mais concretos em relação ao ponto exposto.

Tabela 3: Comparativo entre países da América Latina

<b>País</b>	<b>Quantidade de armas a cada 100 residentes</b>	<b>Mortes por armas de fogo por 100.000 habitantes</b>	<b>Ranking mundial posse armas</b>
<b>Uruguai</b>	32,0	6,6	8°
<b>Argentina</b>	12,6	5,8	61°
<b>Paraguai</b>	17	15,1	37°
<b>Chile</b>	10,7	5,2	59°
<b>Brasil</b>	8,8	25,5	75°

(Fonte: Centro de Pesquisa em Prevenção ao Crime, (2014) apud Guimarães (2020)

Diante do comparativo que a tabela nos traz com países vizinhos ao Brasil, vemos Paraguai, onde o nível da educação e da economia é bem abaixo do nível da educação brasileira. É notório que a violência e criminalidade não está relacionado diretamente as

armas. Uruguai é o país mais armado da América Latina e mesmo assim ocupa a terceira posição da menor taxa de homicídios.

## 2.2 Critérios para obtenção do porte

Como dito antes as armas de fogo surgiram com o objetivo de defesa e ataque, então lembramos que no caso as armas não são o problema e sim aquele que a possui; quando o assunto é porte de armas lembramo-nos da nossa Constituição Federal, art. 5º incisos V e XI.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, Constituição Federal)

Temos neste inciso o direito de resposta proporcional ao agravo, o que nos faz pensar, qual a resposta proporcional a um ataque armado? a Constituição nos garante também inviolabilidade de nossa casa sem especificar qual o modo a ser praticado para defesa deste, sendo assim cabível a utilização da arma de fogo, mesmo porque não existe a possibilidade de defesa contra alguém sem possuir os meios necessários para executar tal direito. Juntamente com o direito de legítima defesa disposto no art. 25 do Código Penal entende-se o porte como sendo legal diante de nossa atual legislação.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Brasil, Código Penal).

Segundo NUCCI:

É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiros, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários.

Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico. (NUCCI, 2014)

Sendo assim é possível interpretar que portar uma arma é um direito do cidadão, porém é necessário da mesma forma que para dirigir um veículo, trabalhar ou ter uma empresa atender a alguns requisitos para evitar que estes instrumentos de defesa caiam em mãos erradas ou despreparadas a fim de evitar a utilização delas para ataque, pois o objetivo principal de ter uma arma é auxiliar na segurança pública e buscar minimizar atos atentatórios contra os bens do agente proprietário destes e quando o bem estiver ameaçado ou em perigo real ele possa evitar o dano.

O teste psicológico se faz necessário para avaliar e investigar diferentes características psicológicas como emoção, afeto, cognição, inteligência, motivação, personalidade, atenção, memória, percepção, controle de agressividade, motricidade, entre outros. Deverá ter a aptidão comprovada por meio da submissão à bateria de instrumentos de avaliação composta por testes projetivos, expressivos, de atenção e de memória, bem como à entrevista semiestruturada.

Os Indicadores restritivos Conflito, depressão, dissimulação, distúrbio, exibicionismo, explosividade, frustração, hostilidade, imaturidade, imprevisibilidade, indecisão, influenciabilidade, insegurança, instabilidade, irritabilidade, negativismo, obsessividade, oposição, perturbação, pessimismo, transtorno e vulnerabilidade.

É importante lembrar que em uma avaliação não é possível fazer uma previsão segura de comportamento violento no futuro. No entanto, é possível verificar principalmente se uma pessoa tem características violentas, controle emocional e até mesmo constatar se alguma característica está sendo omitida em função do uso de determinados mecanismos de defesa do candidato diante da situação de avaliação (CRISTINA, LÚCIA P M).

O teste de idoneidade, o mesmo aplicado em concursos públicos deverá ser aplicado para termos outra garantia, será feita investigação social e apuração da conduta social, reputação e idoneidade, em caráter sigiloso. Tem como objetivo evitar alguma falha ou algum detalhe não observado pelo psicólogo e também o fato de que para ter um objeto que no momento é tão discriminado cotidianamente este seja de propriedade de uma pessoa exemplar da sociedade não podendo deixar de lado o teste toxicológico, já que uma vez que se utilize drogas lícitas quanto ilícitas não se pode confiar por não termos

total garantia que o cidadão esteja com plena capacidade mental é claro que no caso de drogas lícitas deverá ser avaliado a quantidade e frequência a qual exista o uso o que também pode ser avaliado na idoneidade do possível portador, mas sempre objetivando não deixar dependentes químicos possuírem tal material.

A limitação de armas é outro ponto a ser destacado, pois não existe a necessidade de ter variados tipos de armamentos para autodefesa, a não ser que estejamos em guerra o que não é o caso, esse requisito busca evitar que pessoas busquem dispositivos com poder bélico de alto nível e dessa forma chame a atenção de criminosos que no momento conseguem facilmente as de uso restrito da polícia quanto do exército, estes sabendo de uma coleção gigantesca ou até mesmo uma única arma com poder de ataque impetuoso poderão formar quadrilhas especializadas para furtar os mesmos, acabaria desta forma facilitando o acesso de criminosos por não necessitarem de comprar no mercado negro, comércio ilegal ou produtos provenientes de corrupção. Também prevê evitar que ataques como os ocorridos nos Estados Unidos da América ocorram, como descrito nos testes psicológicos não é possível prever um comportamento violento futuro, mas que fique claro que caso ocorrido algo do tipo é plausível o efeito auréola onde terceiros evitam ataque. O Instituto Defesa contraria esta ideologia como sendo ultrapassada:

Um dos muitos absurdos previstos na legislação de armas no país é a limitação quantitativa de armas por pessoas. Trata-se de limitação imposta pelo Exército Brasileiro, e levada a efeito por ele próprio e também pelo Departamento de Polícia Federal. As limitações são diferentes para o cidadão comum, para atiradores, caçadores e colecionadores. Por incrível que pareça, mesmo para os colecionadores, ainda existem restrições quantitativas. (SILVEIRA, 2013)

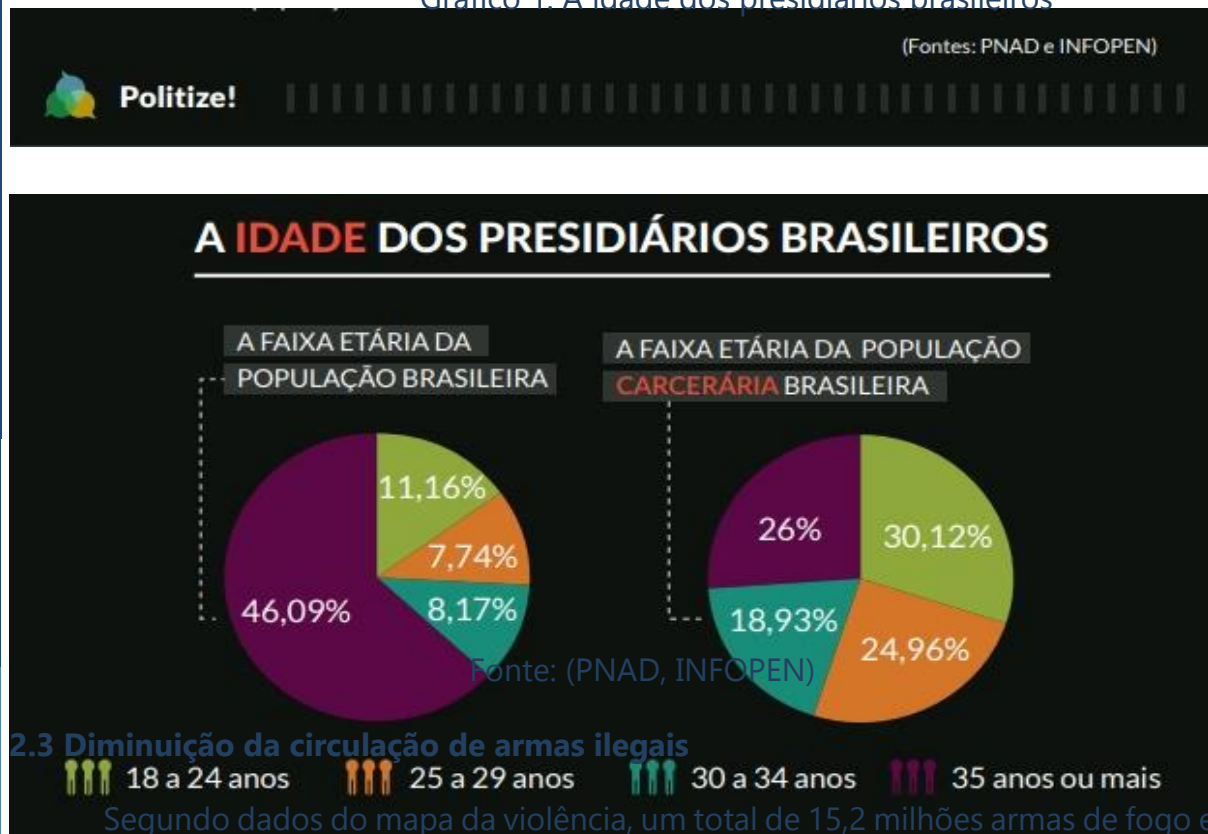
A prática da utilização se faz necessária no sentido de que não podemos deixar uma pessoa despreparada ter consigo uma arma porque esta pode acidentalmente desferir um tiro ou errar seu alvo causando prejuízo a outrem. Não existem fatos, argumentos, que comprovem a ineficácia da prática para ter o direito, esta por sua vez tem a finalidade de evitar atividades errôneas até mesmo por este requisito ser um dos essenciais para o porte, nas mãos de pessoas despreparadas com toda certeza não seria viável revolveres entre os civis.

A verificação semestral tem atenção voltada a averiguar em qual situação se encontra o armamento, se foi utilizado ou se ainda está nas mãos do proprietário, é claro que no último caso devesse este responder criminalmente por não informar as autoridades competentes do motivo que ocasionou o desaparecimento desta, seja por motivo de furto

ou perca a responsabilidade pelo objeto é total e inteiramente do portador onde devera existir lei penal rígida e competente para os casos, somente em situação de roubo se admite a excludente de ilicitude, lembrando que a mesma não poderá ser repassada por meio de venda, troca, penhora, empréstimo ou qualquer outro meio que passe para as mãos de outro, mesmo ele apresentando os requisitos necessários para possuir um armamento, somente a polícia federal ou exército poderá entregar em mãos a arma sendo o número de série interligado ao CPF da pessoa sendo assim intransferível.

Idade mínima também se faz necessária por sabermos que quanto mais jovens mais instáveis emocionalmente da mesma forma quão mais experientes maior o controle emocional, estabilidade monetária, discernimento, concentração Jovens de 18 a 24 anos equivalem a um terço da população carcerária do Brasil, ou seja, 30,12%. A partir dos 25 aos 29 anos esse percentual cai para 24,96% de acordo com a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) e INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciarias). Na análise de todos esses dados o mais viável seria não só manter a idade mínima de 25 anos como previsto na Lei 10.826/2003, mas também com possibilidade de aumento visto que pessoas de 30 a 34 anos são as que menos se encontram encarceradas, com somente 18.93% como apresenta o Gráfico 1:

Gráfico 1: A idade dos presidiários brasileiros



Segundo dados do mapa da violência, um total de 15,2 milhões armas de fogo estão nas mãos privadas (não fazem parte da pesquisa as de uso restrito das forças armadas).



Desses dados mais de oito milhões são ilegais e cerca de 3,8 milhões estão nas mãos de criminosos.

Com a flexibilização da Posse e a liberação do porte a perspectiva de que a quantidade de armas legalizadas (com registro) aumente atualmente o processo de obtenção do porte de arma é bastante burocrático, devendo quem deseja adquirir tanto a posse quanto porte comprovar a efetiva necessidade que justifique a aquisição da arma, e é neste item discricionário que a maioria das solicitações são negadas. Diante disso, obter uma arma sem registro é um processo mais célere do que o sistema legal.

Bene Barbosa em um debate no Jornal da Cultura sobre o desarmamento expôs as dificuldades da obtenção do porte:

O Ministério da Justiça faz pressão sobre a polícia federal, para que eles neguem a maioria dos pedidos de compra de arma, dos pedidos de porte de arma, e o que é mais grave, os pedidos de renovação de registro. (BARBOSA, 2015)

O sociólogo e professor da PUC-MG, Luis Flávio Saporì, citado por Jefferson Puff (PUFF, 2015, p.1) comenta sobre a legislação de controle de armas no país:

O Estatuto (do Desarmamento) não melhorou a segurança pública no Brasil. A violência continuou crescendo no país, as armas de fogo continuam se proliferando de forma acelerada nas ruas das cidades brasileiras. A capacidade da polícia de pegar essas armas ilegais não foi aumentada.

Devido ao fichamento dessas armas o Estado teria mais controle sobre o número de exemplares em circulação e o cadastramento das pessoas com a autorização, o que ocasionaria em uma fiscalização mais cabal, pessoas com a perícia adequada e psicologicamente propícias para ter o registro. Por meio desse controle também seria mais eficiente a vedação do porte aos que eventualmente deixassem de atender os requisitos. A respeito da possibilidade de aumentar as armas legais no país, citado por Antônio Vital (2015, p.1) Daniel Sampaio, delegado da polícia federal explica:

"O que eu entendo é que, quanto maior o número de registro legal realizado, quanto maior o número, a quantidade de pessoas que tem a sua arma registrada, que é o Estado ter este controle, melhor será para a população por que, na realidade, o que atrapalha no país é a impunidade".

Em contraste, outros posicionamentos também levantam um ponto importante, se mais armas estiverem nas mãos da sociedade, cresce a possibilidade de caírem no mercado ilegal. Daniel Cerqueira diretor do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) citado por Antônio Vital (2015, p. 1), aponta um dos efeitos negativos da legalização das armas:

Uma maior disponibilidade de armas de fogo na sociedade faz com que mais armas migrem para o mercado ilegal. Isso acontecendo faz com que o preço da arma no mercado ilegal baixe, tornando a arma acessível ao bandido mais desorganizado, que é aquele bandido mais perigoso, que vai assaltar e cometer latrocínio.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto o ponto abordado no presente artigo retrata sobre a possibilidade da incidência do porte de armas na sociedade de maneira a garantir ao cidadão o seu direito de legítima defesa. Com a liberação do porte e a implementação de requisitos como os abordados, dentre outros que devem ser debatidos, serviriam como um porto seguro para evitar que este caísse em mãos erradas, bem como haveria a aplicação efetiva da legítima defesa, já que teríamos o item necessário para tal contra agentes armados ilícitamente.

O objetivo foi apresentar a viabilidade do porte através de requisitos aplicados para selecionar pessoas idôneas da sociedade para possuir tal objeto auxiliando na segurança pública. No entanto, vale destacar que há um problema de acessibilidade devido ao fator monetário, uma vez que atualmente os impostos cobrados fazem uma arma valer três.

Concluiu-se, portanto, que este tema ficará por mais alguns anos sendo debatido e polemizado uma vez que quanto mais se discute, maior a polemica. Fazendo com que surja mais e mais argumentos desarmamentistas e armamentistas, porém o que não se pode fazer é apenas ficar no debate, deve-se achar uma solução viável já que atualmente quem perde com tudo isso é a sociedade que está se tornando apenas estatísticas.

### REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo, **História das armas de fogo e seus sistemas de operação: armas de pederneira**, Farearmes Brasil, p. 1. Disponível em:

<<http://firearmsbrasil.com.br/historia-das-armas/historia-das-armas-fogo-armas-pederneira/>> Acessado em: 30 de jan 2022.

AVENTURAS, blog, **Homicídios vs Posse de Armas-desmentindo o desarmamento**.

fevereiro de 2017, p. 1. disponível em:

<http://blog.aventurashop.com.br/2017/02/09/homicidios-x-posse-de-armas-desmentindo-o-desarmamento/#.wrrtvc7wam8> acessado em: 06 fev. 2022.

BANDEIRA, Luiza, **O que a polícia britânica, que só atirou 2 vezes em um ano, pode ensinar à do Rio**. BBC Brasil, p. 1, dez. 2015. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204\\_policia\\_britanica\\_tiros\\_lab](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204_policia_britanica_tiros_lab). Acessado em: 21 de mar. 2022.

BARBOSA, Bene; Jornal da Cultura Debate, **Desarmamento**, transmissão ao vivo em 09.11.2015. Disponível em: <<https://youtu.be/JD7tm8D9MyY>> Acesso em: 25 mar de 2022.

BERTAZZA, João Marcello, Justificando, Carta capital, **Os caminhos da segurança pública no brasil: entre o fácil e o necessário**, p. 1, 22 de nov. 2017. disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/22/os-caminhos-da-seguranca-publica-no-brasil-entre-o-facil-e-o-necessario/>> Acessado em: 30 de mar. 2022.

BICHARA, Anderson de Andrade. **Porte de arma de fogo: regime jurídico, princípios, natureza jurídica e espécies**. Revista Jus Navigandi, Teresina, n. 3522, 21 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23773>>. Acessado em: 14 de abril 2022.

BRASIL, **Porte de arma**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/armas/porte-de-arma>> Acessado em: 16 de abril 2022.

BRASIL. **Código Penal, DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**.

**BRASIL**, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, artigo 5° e 6°.

CANO, Beatriz Helena, Estudo prático. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/ferramentas-na-pre-historia/> acessado em: 28 de maio de 2022.

COLOMBO, Sylvia, **Reino Unido tem leis rígidas para o porte legal de armas**. Cotidiano, FOLHA DE S. PAULO, São Paulo Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff06069906.htm>. Acessado em: 21 de jun. 2022.

DINIZ, Augusto, **O estatuto do desarmamento fracassou na redução da criminalidade**, Jornal Opção, p. 1, edição 2204, 07 de out. 2017. disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/reportagens/o-estatuto-do-desarmamento-fracassou-na-reducao-da-criminalidade-106894/>> Acessado em: 22 jul 2022.

E-MILITAR, **A história das armas de fogo**, p. 1, 09 Março de 2015. Disponível em: <<http://www.emilitar.com.br/blog/a-historia-das-armas-de-fogo/>>. Acessado em: 24 de jul 2022.

ESPORTES MAIS, História mais, p. 1, Disponível em:  
<https://esportesmais.webnode.com.br/products/historia-do-arco-e-flecha/>. Acessado em:  
04 de ago. 2022.

FERNANDES, Claudio, Brasil escola. Disponível em:  
<https://guerras.brasilecola.uol.com.br/idade-media/invencao-polvora.htm> acessado em:  
28 de ago. de 2022.

FERREIRA, Bruno, **A evolução das armas**, História total, p. 1. Disponível em:  
<<http://historiabruno.blogspot.com.br/2012/02/evolucao-das-armas.html>.> Acessado  
em: 11 de set. 2022.

GHIRALDELLI, Gabriela; FREUA, Salma. **Fatos Primeiro: Fala de Bolsonaro sobre queda de homicídios e aumento de armas não tem base científica**. CNN Brasil, 10 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/fatos-primeiro-fala-de-bolsonaro-sobre-queda-de-homicidios-e-aumento-de-armas-nao-tem-base-cientifica/>. Acesso em 26 de mar. de 2023.

GHIROTTI, Eduardo, Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/as-armas-que-ceifaram-uma-geracao-na-i-guerra-mundial/> acessado em: 28 de set de 2022.

MALCOLM, Joyce Lee, **Violência e armas a experiência inglesa**, Campinas, SP, CEDET, ed. 1º, p. 8, 2014.

LOW, Harry, **Como o Japão praticamente extinguiu as mortes por arma de fogo**, BBC Brasil, p. 1 Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38530919>>. Acessado em: 21 de out. 2022.

MEDEIROS, Renata, **23 coisas absurdas permitidas por lei nos Estados Unidos**. Canal R7, p. 1 Disponível em: <https://segredosdomundo.r7.com/23-coisas-absurdas-permitidas-por-lei-nos-estados-unidos/>. Acessado em: 30 de out 2022.

MIRANDA, Juliana, Site de curiosidades. Disponível em:  
<https://www.sitedecuriosidades.com/curiosidade/quando-foi-inventada-a-primeira-arma-de-fogo.html> acessado em: 15 de nov. de 2022.

MERELES, Carla. **Brasil e a sua população carcerária**. Disponível em:  
<<http://www.politize.com.br/populacao-carceraria-brasileira-perfil/>> Acesso em: 21 de nov. de 2022.

MUNDO ESTRANHO, **Qual a origem das armas de fogo?**, Mundo estranho, p. 1, 18 abril 2018. Disponível em: <https://mundoestranho.abril.com.br/historia/qual-e-a-origem-das-armas-de-fogo/>. Acessado em: 11 de dez. 2022.

MUSEU VIRTUAL, Museu paranaense. Disponível em:  
<http://www.museuparanaense.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=215>  
5 acessado em: 28 de dez. de 2022.

PINHEIRO, Paulo Sergio Fernandes, Estatuto do desarmamento: em debate na rádio Jovem Pan online. Disponível em:  
<<https://coolbreeze.jusbrasil.com.br/artigos/400198785/>> Acessado em: 22 de jan. 2023.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25 de mar. 2023.

PUFF, Jefferson, O **controle de armas e munições pode ajudar a reduzir as mortes no Brasil?**, BBC Brasil, p. 1, set. 2014. Disponível em:  
<[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140916\\_salasocial\\_eleicoes2014\\_controle\\_armas\\_jf\\_cq](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/09/140916_salasocial_eleicoes2014_controle_armas_jf_cq)> Acesso em: 23 jan. de 2023.

REBELO, Fabricio. **“O impacto do Estatuto do Desarmamento nos homicídios brasileiros”**, p. 1. Disponível em: <https://rebelo.jusbrasil.com.br/artigos/157435672/o-impacto-do-estatuto-do-desarmamento-nos-homicidios-brasileiros>. Acesso em: 06 de fev. de 2023.

REDAÇÃO MUNDO ESTRANHO, Mundo curioso. Disponível em:  
<https://mundoestranho.abril.com.br/historia/qual-e-a-origem-das-armas-de-fogo/>  
acessado em: 08 de fev. de 2023.

ROSENFELD, Denis. **“Devemos liberar as armas?”**, p.1. Disponível em:  
<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/04/devemos-liberar-armas-sim.html> .  
Acesso em: 10 de fev. de 2023.

TORRES, Fernando, professor Fernando. Disponível em:  
<https://profferando.com.br/aulas-de-historia/> acessado em: 28 de abril de 2018.

VERDÉLIO, Andreia. **Com 726 mil presos, Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo**. Disponível em:  
<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas> > Acesso em: 20 de fev. de 2023.

VITAL, Antonio, **Porte de arma: das 15 milhões de armas em mãos de brasileiros, 8 milhões não têm registro**. Rádio Camara, Ago. 2015, p. 1. Disponível em:  
<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/493969-PORTE-DE-ARMA-DAS-15-MILHOES-DE-ARMAS-EM-MAOS-DE->

BRASILEIROS,-8-MILHOES-NAO-TEM-REGISTRO-BLOCO-3.html> Acesso em: 22 fev. de 2023.

WASELFSZ, Julio Jacobo. **“Mapa da violência 2016”**. Disponível em :  
[https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016\\_armas\\_web.pdf](https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf) . Acesso em: 21 de mar. de 2023.



## **A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA POR MOTIVO DE DOENÇA GRAVE COM BASE NA LEI 7.713/88 PARA OS SERVIDORES E TRABALHADORES DA ATIVA**

### **DIEGO RAMON OMENA FIRMINO:**

Bacharel em Direito pela SEUNE em 2014, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP em 2019 e Pós-Graduado em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL em 2020. Gestor da Pós-Graduação ESMAL desde 2018 até os dias atuais, Gestor do Mestrado ESMAL/UNIT desde 2020, Professor Acadêmico ESMAL (2023). Técnico Judiciário desde 2013.<sup>72</sup>

**RESUMO:** Trata-se de artigo relacionado ao Imposto de Renda (IR) e a isenção tributária com base no art. 6º, XIV da Lei 7.713/88 para os servidores e trabalhadores da ativa portadores de moléstia grave. Considerando a divergência doutrinária e jurisprudencial relativa a possibilidade da isenção para essa categoria de contribuintes, ressaltando os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários contrários a isenção a esta categoria e partindo da interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente, através de um estudo jurídico teórico constatamos a viabilidade do reconhecimento da isenção do IR aos portadores da moléstia grave que estão na ativa, mormente a previsão expressa na lei 7.713/88 e a necessária observância do princípio da isonomia em sua dimensão material. Excluir do rol de isentos os servidores e trabalhadores da ativa acometidos pelas enfermidades previstas na lei, acarretaria em discriminação indevida entre indivíduos igualmente doentes com aqueles que se encontram aposentados. Por outro lado, a isenção reconhecida a este grupo de contribuintes oxigena o olhar da Constituição sobre o IR, promovendo uma justiça distributiva entre os contribuintes e privilegiando a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da república, assegurando ainda direitos constitucionais igualmente importantes como a saúde, a não discriminação e a proteção ao mínimo existencial.

**Palavras chaves:** Direito Tributário. Isenção. Imposto de Renda. Lei 7713/88.

### **THE POSSIBILITY OF GRANTING INCOME TAX EXEMPTION DUE TO SERIOUS ILLNESS BASED ON LAW 7713/88 FOR SERVANTS AND WORKERS IN THE ACTIVE**

---

<sup>72</sup> Email: diego-omena@hotmail.com

**ABSTRACT:** This is an article related to Income Tax (IR) and the tax exemption based on article 6, XIV of Law 7,713/88 for servers and active workers with serious illness. Considering the doctrinal and jurisprudential divergence regarding the possibility of exemption for this category of taxpayers, with the exception of the jurisprudential and doctrinal understandings contrary to the exemption to this category and starting from the systematic interpretation of the current legal system, through a theoretical legal study we verified the feasibility of recognizing the exemption of the IR to the carriers of the serious disease who are active, especially the provision expressed in law 7.713/88 and the necessary observance of the principle of isonomy in its material dimension. To exclude from the list of exempt the servers and active workers affected by the diseases provided for in the law, would result in undue discrimination between individuals equally sick with those who are retired. On the other hand, the exemption granted to this group of taxpayers oxygenates the Constitution's view of the IR, promoting a distributive justice among taxpayers and privileging the dignity of the human person, one of the foundations of the republic, while also ensuring equally important constitutional rights such as health, non-discrimination and protection of the existential minimum.

**Key words:** Tax Law. Tax exemption. Income tax. Law 7713/88.

## 1. INTRODUÇÃO

Objeto de grandes debates administrativos, judiciários e doutrinários, a isenção do tributo imposto de renda com base no art. 6, XIV da lei 7.713/88 tem sido alvo de posicionamentos diametralmente opostos, alguns de ordem extremamente restritiva, reduzindo por demais o grau de alcance da aplicabilidade da norma; outros de ordem ampliativa, reconhecendo com base naquela lei diversos grupos de sujeitos passivos abrangidos pela norma que ainda não haviam sido reconhecidos anteriormente quando do momento de criação da lei.

O objeto dessa tese cinge-se a discussão envolvendo o direito tributário e o seu ponto de contato com os direitos fundamentais, sobretudo o direito constitucional à saúde, disciplinado no capítulo I, seção II da Constituição Federal (art. 196 e seguintes).

Ao longo deste artigo veremos que apesar de sucinto e claro, o inciso que trata dos sujeitos abrangidos pela chamada isenção humanitária do imposto de renda, vem sendo alvo de interpretações por vezes equivocada, apenas contemplando o entendimento pró-fazenda, o que não se coaduna com a finalidade precípua da lei que é conceder uma isenção com a finalidade humanitária, nos exatos termos literais do inciso daquela lei, o que se faz com fundamento na próprias normas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a isonomia em sua dimensão material, o direito ao trabalho e a proteção do mínimo existencial.

## **2. O DEVER DE TRIBUTAR, OS FUNDAMENTOS DA ATIVIDADE ARRECADATÓRIA E A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA:**

O instituto da isenção em matéria tributária possui grau de aplicabilidade extremamente restrito. Uma vez previsto em lei e encontrando-se a lei com aplicabilidade plena<sup>73</sup> devem os tributos, via de regra, serem arrecadados em sua plenitude. A justificativa encontra-se nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público se traduz no dever do Estado em buscar o interesse da coletividade, de arrecadar recursos para um melhor aparelhamento e funcionamento do Estado (*lato sensu*), para que assim possua melhores condições para prestar os serviços públicos e atingir o bem comum, cumprindo as suas finalidades previstas na Constituição Federal.

O administrado, desta forma, tolera um ônus em seu patrimônio com o fim precípua de que o Estado devolva esse ônus em políticas públicas, em uma melhor infraestrutura coletiva e num possível acréscimo nas suas condições de vida, coisas que um indivíduo comum, com o seu próprio patrimônio não conseguiria realizar, salvo raríssimas e pontuais exceções.

A atividade arrecadatária fundamenta-se ainda na indisponibilidade do interesse público, que consiste na impossibilidade de, em regra, um servidor público dispor do patrimônio público, incluindo-se aqui o crédito tributário. É que o erário se trata de um bem do povo que tem uma finalidade essencial: atender ao interesse do povo, e por isso não permite a disposição para atendimento de interesses próprios ou particulares.

Esta impossibilidade, no entanto, não é absoluta. O próprio titular do patrimônio público pode dispor dos seus bens.

Essa disponibilidade pode ser feita pelo legislativo, que seria a personificação da representação do povo. Assim, pode o legislador, por meio de uma lei específica, estabelecer as condições para a disposição dos seus créditos. Essa é a previsão contida na Constituição Federal, no art. 150, §6º:

Art. 150. § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido

---

<sup>73</sup> O Professor José Afonso da Silva propôs uma teoria classificando as normas como de eficácia plena, contida e limitada. (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo, RT, 1982.)

mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Nesse sentido, conforme preleciona Ricardo Alexandre (2017), só o povo pode dispor do seu próprio patrimônio, que deverá fazê-lo mediante lei específica e clara. A lei necessita ser específica para que só o tributo e a isenção em questão esteja em discussão nas casas do legislativo.

Deste modo, todos os representantes do povo compreenderão e estarão cientes do que está em discussão num hipotético projeto de lei que trate da isenção do tributo e assim a proposta a respeito de uma possível renúncia do crédito público seja amplamente debatida pelo parlamento, resultando assim num texto preciso, especificando qual grupo do sujeito passivo a isenção estará abrangendo; sendo essa uma exceção ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Evita-se, desta maneira, o contrabando legislativo, que consiste numa estratégia parlamentar para aprovação de temas escusos, alheios a discussão acerca do tema principal do projeto de lei, onde temas periféricos e nem sempre menos importantes ao tema principal da proposição legislativa são colocados “escondidos” ao longo do texto para se evitar a repercussão negativa ou polêmica da aprovação daquela proposição legislativa.

Assim, com a finalidade de alcançar o interesse público e sustentar a máquina administrativa estatal e as suas diversas atividades, o legislador, através da Constituição e das suas leis cria diversos tributos, cada um com o seu fato gerador próprio e tendo por escopo tributar algum patrimônio do indivíduo com o fim de atingir o bem comum e a viabilização das suas atividades.

Nesse sentido, visando dar autonomia financeira a todos os entes da federação, a Carta de 88 distribuiu de forma rígida a competência dos entes para tributar, garantindo desta forma condições para que cada ente institua os seus tributos e assim proceda a automanutenção de suas atividades e serviços, cumprindo assim as suas finalidades e competências previstas no próprio texto constitucional federal, em suas respectivas Constituições Estaduais e na Leis Orgânicas Municipais conforme o caso.

### **3. IMPOSTO DE RENDA:**

Dentre os tributos criados pela Constituição Federal de 1988 está o imposto de renda. Trata-se de imposto ordinário, visto que, assim como os demais impostos federais previstos no art. 153 da CF, exige para a sua instituição e modificação o respeito a um processo legislativo próprio previsto na Constituição Federal de 1988.

O referido tributo possui como fato gerador as rendas e proventos de qualquer natureza e, por ser um imposto, possui aplicabilidade de receita não vinculada. A sua fundamentação jurídica e regulamentação está na Carta de Outubro de 1988, no art. 153, III; no Código Tributário Nacional nos arts. 43 a 45 e em leis específicas como a lei 7.713/88, a lei 8.981/95, a lei 9.250/95 e a lei 9.430/96 e ainda no decreto 3.000/99.

Trata-se de um dos impostos mais importantes e que mais arrecadam para o fisco, sendo valiosa fonte de custeio para a União, os Estados e Municípios, que usufruem do repasse previsto constitucionalmente nos arts. 157 e seguintes da Constituição Federal. A sua finalidade é precipuamente fiscal (arrecadatória).

O imposto de renda está sujeito aos princípios da legalidade, a medida que pressupõe uma lei para a sua instituição e anterioridade, visto que eventual modificação na sua forma de tributar só pode entrar em vigor no exercício fiscal seguinte. Por outro lado, o imposto de renda não está submetido a anterioridade nonagesimal, conforme previsão contida no art. 150 §1º da Magna Carta.

O imposto de renda deve obedecer também ao princípio da irretroatividade, pois se aplica a fatos geradores posteriores a sua edição, e ainda, conforme dicção do art. 153, §2º, I da Carta de Outubro de 1988, aos princípios: da universalidade, já que deve atingir a universalidade de bens, proventos e rendas do sujeito passivo; à generalidade, por alcançar, via de regra, a renda e proventos de todas as pessoas independente da classe, qualidade ou situação jurídica e ainda à progressividade, a medida que a sua alíquota vai aumentando conforme a renda percebida pelo sujeito passivo, atingindo assim, por tabela, a capacidade contributiva do contribuinte.

## **4. DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA**

### **4.1 Características:**

Previsto no Código Tributário Nacional, em seus artigos 175 e seguintes, a isenção tributária, juntamente com a anistia, é uma modalidade de exclusão do crédito tributário. A diferença entre uma e outra é que a exclusão do crédito pela isenção refere-se à obrigação principal, ao próprio pagamento do tributo, já a anistia exclui o pagamento de uma multa ou alguma outra obrigação acessória.

A isenção, basicamente, consiste na inibição do lançamento pela autoridade fazendária. Ou seja, o fato gerador ocorre, a obrigação tributária existe, no entanto o lançamento deixa de ser realizado por expressa disposição de lei que autoriza que aquela determinada categoria de sujeito passivo esteja desobrigada ao adimplemento da

obrigação. Essa inibição do lançamento traz como consequência a não constituição do crédito tributário.

A isenção não se dá de forma automática; para que o sujeito passivo possa gozar da isenção deve o mesmo apresentar requerimento administrativo a autoridade fazendária competente para o lançamento, demonstrando o preenchimento dos requisitos, devendo, uma vez reconhecido o direito, ser ele aplicado desde o momento do preenchimento dos requisitos (efeito *ex nunc*).

Salienta-se que embora a isenção exclua o lançamento e, por conseguinte, o crédito tributário; o fato gerador e as obrigações acessórias ao tributo continuam acontecendo, estando o sujeito passivo que tenha a isenção deferida pela autoridade fiscal, ainda obrigado a cumprir as referidas obrigações, consoante disposição prevista no art. 175, p. único do CTN74.

Observe-se, enfim, nos termos do art. 111 do Código Tributário75, que as disposições relativas à suspensão e exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias devem ser interpretadas literalmente, visando assim, como dito anteriormente, a clareza e objetividade numa eventual disposição do crédito tributário.

Não obstante a disposição do art. 111 do CTN, destaque-se que como toda outra lei, deve ainda a legislação tributária, seja ela relativa ao instituto da isenção tributária ou não, ser interpretada a luz das disposições normativas da Constituição Federal. Desta forma, para se chegar a melhor exegese acerca de uma norma tributária isentiva é necessário se fazer um escorço interpretativo do ordenamento jurídico como um todo, sempre analisando o tema a luz das normas constitucionais, do Código Tributário Nacional e ainda da legislação correlata acerca da isenção a que se está analisando.

Fixada as premissas a respeito do Imposto de Renda e do instituto da isenção tributária, trataremos, enfim, da lei objeto desta tese.

## **5. DA LEI 7.713/88:**

A Lei 7.713/88, em complementação as demais legislações a respeito do imposto de renda, o detalha e o regula; tratando do seu fato gerador, os sujeitos passivos a que o

---

74 CTN. 175. Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

75CTN. Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção;



tributo visa atingir bem como dispõe de diversos esclarecimentos a respeito de situações fáticas em que ocorre ou não ocorre o fato gerador de incidência do imposto de renda.

A lei em epígrafe trata ainda da isenção do imposto de renda no seu art. 6º XIV, discriminando uma categoria de sujeitos passivos que estão isentos do recolhimento do referido tributo, senão vejamos:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

A isenção prevista no inciso transcrito é chamada pela doutrina de isenção humanitária e visa desobrigar o recolhimento do imposto de renda a pessoas que, pelos infortúnios da vida, são acometidos pelo rol de doenças consideradas pelo povo (*in casu* representado pelo legislador ordinário) como mais graves. Ou seja, reconhecendo a grande batalha que este grupo de pessoas está passando em virtude da doença, o legislador desobriga estes grupos de contribuintes ao recolhimento do tributo imposto de renda, propiciando assim melhores condições financeiras para que essas pessoas combatam os malefícios e os danos causados por estas doenças e possam se curar mais digna e rapidamente.

A isenção para esse grupo traz, por tabela, uma menor dependência do sujeito passivo doente aos serviços de saúde do próprio Estado, já que com recursos extras o sujeito isento terá a oportunidade de comprar remédios melhores e mais eficazes e assim, em tese, poderá recuperar-se com maior rapidez e conseqüentemente usufruir e depender menos dos serviços públicos relativos à saúde, onerando menos o próprio Estado.

Trata-se ainda de uma oxigenação do princípio constitucional da isonomia em sua faceta material, à medida que a abstenção do ônus do tributo na renda do contribuinte

enfermo, melhora a renda deste que naturalmente é depreciada com os gastos relativos a saúde ocasionados pelo tratamento da doença grave, fomentando assim o mencionado princípio da isonomia material entre os contribuintes posto que trata os desiguais de forma desigual.

### **5.1 DETALHES DA ISENÇÃO CONTIDA NO ART. 6º XIV DA LEI 7.713/88**

Fazendo-se uma leitura mais detida do inciso transcrito, percebe-se que a lei concede isenção de proventos: de aposentadoria ou de reforma motivada por acidente de serviço, bem como os proventos recebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase [...], mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

Visando dirimir qualquer dúvida, a palavra provento, conforme o respeitado dicionário pátrio Henriette Michaelis, trata-se de um substantivo oriundo do termo latim *proventus*, e pode ter as seguintes definições:

Provento:

1. Benefício ou vantagem, especialmente financeira, que se tira de algo; ganho, lucro.
2. Aquilo que rende ou tem lucro.

Proventos:

1. Remuneração para aos profissionais liberais; honorários.
2. Remuneração de funcionário público.<sup>76</sup>

Nesse sentido, trouxemos a ainda a definição jurídica com o viés etimológico do termo proventos pelo festejado doutrinador administrativista José dos Santos Carvalho Filho. Segundo o referido autor, a palavra provento é oriunda do verbo prover, e possui o escopo fundamental de prover a subsistência do servidor público e da sua família.<sup>77</sup>

É certo que quando se menciona o termo “proventos” normalmente este vem complementado pelo termo “de aposentadoria” o que nos remete a verba percebida pelos servidores ou empregados da inatividade. Mas convenhamos que se se utiliza o substantivo

---

<sup>76</sup>MICHAELIS, Henriette. Ed. Melhoramentos. 2015. Acessado em 03/04/2023. Pelo link: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/provento/>

<sup>77</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 32ª Edição – 2ª Reimpressão – São Paulo, Atlas, 2018.

proventos acompanhado do termo “de aposentadoria” é porque a palavra sozinha possui outro significado, qual seja o de remuneração, renda ou nas palavras de Carvalho Filho, verba destinada a prover o sustento do servidor público.

Corroborando esta tese trazemos a definição de proventos a luz do Código Tributário Nacional, conforme ensinamento do Professor tributarista Hugo de Brito Machado:

“[...] O Código Tributário Nacional definiu renda como produto do capital, do trabalho ou combinação de ambos, e proventos de qualquer natureza como os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda (art. 43, itens I e II). Adotou, portanto, o conceito de renda *acrécimo*. Sem acréscimo patrimonial não há, segundo o Código, nem renda, nem proventos.

Como se vê, o Código Tributário Nacional, estreitou o âmbito de liberdade do legislador ordinário, que não poderá definir como renda, ou como proventos, algo que não seja na verdade um acréscimo patrimonial [...]”<sup>78</sup>

Desta forma, resta patente que o termo proventos nada mais é que um acréscimo patrimonial que não esteja englobado no termo renda. Trata-se, portanto, de um conceito residual; abarcando as vantagens financeiras não englobadas pelo termo renda, sendo incluído no referido conceito as vantagens financeiras, ganhos e remuneração que um determinado sujeito auferir pelo exercício do seu labor, podendo ele ser servidor público ou profissional liberal.

Fixadas as premissas, fazendo-se uma leitura literal do artigo 6º, XIV da Lei 7.713/89 percebe-se que há em verdade quatro grupos de sujeitos passivos que foram objetos da isenção prevista no art. 6, XIV. São eles:

- A) os que recebem proventos de aposentadoria motivados por reforma ou acidente de serviço;
- B) os militares que foram reformados de suas funções em virtude de acidente de serviço;
- C) proventos recebidos pelas pessoas acometidas pelo rol de doenças mencionados no inciso, XIV do art. 6 da Lei 7.713/89;

---

<sup>78</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional, 2ª Ed. São Paulo, Atlas, 2007.

D) pessoas que contraíram a doença quando já se encontravam aposentadas ou reformadas.

Da leitura do texto percebe-se que a lei foi específica e clara ao discriminar as categorias isentas e visou, como já mencionado anteriormente, conceder a isenção com fins humanitários.

Quanto as categorias descritas, há um certo consenso doutrinário e jurisprudencial tanto judicial quanto administrativo a respeito do deferimento da isenção aos servidores que já são aposentados e estão acometidos pelas doenças contidas no rol do art. 6, XIV da lei 7.713/88.

Esse é o entendimento esposado no seguinte julgado:

APELAÇÃO. Município de São Paulo. Servidora pública inativa portadora de neoplásica maligna, com remoção dos seios. Doença grave. Isenção de Imposto de Renda. Incidência das Leis Federais nºs 7.713/88, 8.541/92, 9.250/95, 11.052/04, Decreto Federal nº 3.000/99 e Instrução Normativa 15/01 da SRF. Prazo de validade de laudo oficial expirado e retomada do desconto do IR na fonte. Inadmissibilidade. Contemporaneidade e recidiva da malignidade inexigíveis para a isenção da exação. Posição consolidada neste sentido pelo E. STF, com entendimento sumulado pelo C. STJ acerca do ponto (Súmula 627). Descontos previdenciários diferenciados. Possibilidade. Aplicação do princípio da simetria na exegese do art. 1º da Lei Municipal nº 13.383/02. Sentença de improcedência reformada para a procedência da demanda, com realinhamento dos encargos econômicos do processo. RECURSO PROVIDO. Súmula 627 do C. STJ: O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do Imposto de Renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade.<sup>79</sup>

No entanto, a grande celeuma envolvendo o tema está na categoria de sujeitos que recebem os seus proventos ainda na ativa e contraem uma das doenças graves contidas no rol daquele artigo. Inúmeros requerimentos têm sido feitos tanto de forma administrativa quanto através da tutela jurisdicional, após a negativa do deferimento pela via administrativa.

---

79TJ-SP - AC: 10505404620188260053 SP 1050540-46.2018.8.26.0053, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 12/03/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/06/2019

A linha de argumentação daqueles que resistem ao deferimento da isenção do imposto de renda encontra-se na impossibilidade de estender a exclusão do referido crédito a uma categoria em que a lei não mencionou, de forma que o art. 6º da lei 7.713/89 teria que ser interpretado de forma literal, consoante art. 111 do CTN.

Com a devida vênia, trata-se, em nosso entender, de um argumento equivocadamente oriundo de uma leitura desatenta ao referido artigo. O que se denota da leitura literal do referido artigo é justamente o oposto, conforme veremos no tópico a seguir.

## **6. DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ISENÇÃO DOS PROVENTOS DOS SERVIDORES ACOMETIDO PELAS DOENÇAS CONTIDAS NO ROL DO ART. 6, XIV DA LEI 7.713/88 QUE ESTÃO EM ATIVIDADE:**

A linha de argumentação daqueles que resistem ao deferimento da isenção para servidores e profissionais liberais em atividade não merece prosperar. A lei é evidente quando menciona que o que se está a isentar são proventos, que como dito, são vantagens, remunerações conferidas a profissionais liberais e a servidores públicos. É certo que a lei também abrange a isenção aos “proventos de aposentadoria”, mas não só a esta categoria de sujeito passivo.

A conjunção aditiva “E” contida ao longo da norma corrobora que a isenção beneficia também aqueles que recebem proventos e que embora estejam exercendo o seu labor normalmente, foram diagnosticados com uma das doenças contidas naquele rol.

Fazendo-se um paralelo à norma contida no art. 111 do CTN que afirma que a lei que concede a isenção deve ser interpretada literalmente, trazemos, a título elucidativo e para ratificar o que aqui se expõe, o conceito de conjunção aditiva conforme ensinamento do respeitado professor de português Douglas Tufano. Segundo o referido professor, uma conjunção aditiva estabelece uma ideia de acréscimo, soma, adição e geralmente é empregada para ligar uma palavra a outra ou ainda uma oração a outra<sup>80</sup>.

Assim, procedendo a uma releitura detida e literal do art. 6, XIV da Lei 7.713/88, teríamos uma norma assim disposta: ficam isentos do Imposto de Renda os proventos de aposentadoria (1ª Categoria) ou proventos de reforma motivada por acidente de trabalho (2ª Categoria) e (conjunção aditiva - ideia de adição) os proventos percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental [...] com base em conclusão da medicina especializada (prova do diagnóstico por um médico através de um

---

80 SARMENTO, Leila Lauer. *Português: Literatura, gramática, produção de texto* / Leila Lauer Sarmento, Douglas Tufano. 1ª ed. São Paulo. Ed. Moderna. 2010. Disponível em: <<http://ensinoaprendizagemdigital.blogspot.com/2011/07/oracoes-coordenadas.html>>

laudo ou outro documento semelhante) (3ª Categoria), mesmo que (ainda que) a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (4ª Categoria).

A leitura do referido inciso dessa maneira é claro, literal e de acordo com as normas constitucionais, posto que a referida isenção é pautada num dos fundamentos da república federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana<sup>81</sup> bem como no direito fundamental à saúde.

Está em consonância ainda com a norma contida no art. 111 do CTN que determina a interpretação literal das normas que digam respeito a exclusão do crédito tributário ou de que tratem de outorga de isenção tributária; e ainda com a própria lei 7.713/88 já que prevê a isenção nos exatos termos previstos na lei e ainda na forma do escopo da criação dessa norma.

Esse é, repise-se, o intuito da isenção contida na Lei 7.713/88: dar melhores condições para que o sujeito passivo enfermo possa tratar da doença grave e assim se curar do infortúnio que já o priva de uma série de faculdades diárias e condições de vida naturalmente causados pela doença que enfrenta.

Não obstante, há ainda uma conformidade com o art. 150, II da Constituição Federal<sup>82</sup> que estatui que é vedado aos entes da federação instituir tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situações equivalentes. *In casu* o deferimento da isenção ao servidor ou trabalhador da ativa é uma medida que alcança a isonomia material, a medida que em virtude de uma circunstância grave e justificável alivia financeiramente uma pessoa acometida por uma das doenças graves contidas no rol do art. 6º XIV da lei 7713/88 de forma justificável tratando os desiguais de forma desigual. Não pensar dessa maneira seria incorrer numa discriminação indevida entre contribuintes.

A isenção para essa categoria de contribuintes, portanto, é uma verdadeira oxigenação da vertente constitucional do direito tributário já que aplica uma das faces do princípio da isonomia – a material – no âmbito tributário, já que desonera a renda de pessoas que pelo diagnóstico de uma patologia grave está naturalmente com a sua renda sobrecarregada com o tratamento da doença.

---

81 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

82 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;



Doutra banda, do ponto de vista econômico, conceder a isenção humanitária para os servidores e profissionais liberais da ativa é uma excelente saída para o Estado. Entender de maneira diversa, como algumas fazendas públicas vêm defendendo, seria criar gastos desnecessários a administração pública, já que forçar o servidor ou profissional ainda em condições de trabalhar a se aposentar para conceder a isenção faria com que a grande maioria dos acometidos por estas doenças naturalmente se aposentassem, mesmo estando em condições de exercer o seu labor, mormente a evidente vantagem financeira que a não obrigação de arcar com o imposto de renda traz ao contribuinte que atingiu os requisitos previsto na lei.

A precipitação dessas aposentadorias faria com que o sujeito passivo, embora debilitado pela patologia mas em plenas condições em figurar na população economicamente ativa, deixasse de contribuir com outros tributos à própria fazenda pública e assim fazendo o indivíduo deixar de produzir riqueza ao ente público.

Obriga ainda o Estado, por tabela, a uma, a gastar recursos públicos para manter a aposentadoria daquele que ainda pode e quer manter-se trabalhando; a duas, onera recursos públicos para contratar um servidor ou profissional para trabalhar na função do sujeito que se aposentou; e ainda, a três, indiretamente força o sujeito doente e aposentado a se utilizar com mais frequência dos hospitais e serviços públicos ligados a saúde, já que com uma vida mais ociosa que a aposentadoria traz, torna o sujeito mais propenso a potencializar os pensamentos na doença que se encontra acometido e, naturalmente, a procurar mais os hospitais para se tratar, o que, como dito, acarreta naturalmente em maiores gastos públicos.

## **7. POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO TEMA:**

A referida discussão tem batido as portas dos tribunais superiores, tendo o STJ se decidido em reiteradas decisões apenas sobre pontos periféricos acerca do tema. Os posicionamentos recentes da referida corte têm sido inclusive objeto de súmula. Um deles refere-se à desnecessidade do laudo médico oficial para o reconhecimento judicial do direito a isenção judicial em virtude da doença:

Súmula 598-STJ: É desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do Imposto de Renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova.

Percebe-se aqui que há uma tendência por parte daquela corte em abrir as portas do judiciário para apreciação dos casos negados pelo ente administrativo e de se permitir que o sujeito passivo consiga provar através de qualquer meio da medicina especializada,

seja o laudo de diagnóstico oficial ou não e ainda permitir que o Magistrado, baseado no princípio do livre convencimento motivado, possa verificar com um razoável grau de profundidade, a prova da doença que o requerente está alegando e assim fazer o cotejo analítico pelos diversos meios de prova juntado aos autos.

Assim, através do enunciado sumular, oportuniza-se ao Magistrado melhores condições para verificar a correção do ato administrativo que deferiu ou indeferiu a isenção com base na referida lei pela autoridade administrativa.

Outro tema que recentemente foi sumulado pelo STJ diz respeito a comprovação da recidiva da doença. O Tribunal da Cidadania assim se posicionou sobre o tema:

Súmula 627-STJ: O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do imposto de renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.

Confirmando o que afirmamos anteriormente, há aqui mais uma evidência acerca da tendência de interpretação ampliativa do rol do art. 6º, XIV da Lei 7.713/88. Infere-se deste enunciado um reconhecimento da gravidade da patologia por esta corte superior e que a doença atinge o contribuinte de forma tão grave que mesmo estando o contribuinte aparentemente assintomático, terá ele a partir do diagnóstico e do tratamento em diante um cuidado muito maior com a sua saúde, tendo naturalmente que gastar expressivos valores com remédios e acompanhamento médico, que certamente o acompanharão por toda a vida.

Não se está aqui se afirmando que a corte irá reconhecer uma categoria de contribuintes fora do rol contido na lei, sob pena de afronta ao art. 111 do CTN. Na verdade, afirma-se que, ao contrário do entendimento restritivo de alguns juízos e autoridades administrativas, há um verdadeiro “balançar de olhos” do ponto de vista hermenêutico com uma consequente evolução interpretativa do dispositivo fazendo-se assim uma releitura do inciso da lei em epígrafe no sentido de reconhecer categorias já previstas por este artigo.

Nesse sentido, já há alguns entendimentos dos Tribunais na forma defendida por esta tese, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. DOENÇA GRAVE. LEUCEMIA. ROL DO INCISO XIV DO ART. 6º DA LEI 7.713/1988. TERMO INICIAL. DATA EM QUE RECONHECIDA A MOLÉSTIA POR LAUDO OFICIAL. 1. Estando comprovado ser a parte autora portadora de moléstia grave, nos termos indicados no inciso XIV, artigo 6º, da Lei

7.713/1988, com a alteração trazida pela Lei 11.052/2004, o benefício da isenção de imposto de renda deve ser observado em relação aos rendimentos percebidos a partir da data em que a doença foi diagnosticada, por meio de laudo médico oficial - **mesmo que o contribuinte ainda esteja em atividade**. 2. "Em se tratando de benefício fiscal destinado a propiciar ao contribuinte aposentado ou reformado, em virtude de acidente em serviço, bem assim àquele portador de doença grave, maior capacidade financeira para suportar o custo elevado do tratamento permanente enquanto padecer da moléstia, a sua **concessão é devida, tanto na atividade como na inatividade, tendo em vista que, em ambas as hipóteses, o sacrifício é o mesmo, prestigiando-se, assim, os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, na defesa do postulado maior da proteção e da valorização da vida, na dimensão de respeito ao valor da saúde, como garantia fundamental prevista em nossa Carta Magna (CF, arts. 1º, III, 5º, caput, 196 e 170, caput)**."<sup>83</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SENTENÇA ANULADA. JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 1013, § 3º, INC I, DO CPC/2015. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. ENFERMIDADE COMPROVADA POR LAUDO MÉDICO. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 942 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ART 2º, § 8º, INCISO II, DA RESOLUÇÃO PRESI 11/2016. 2 1. A divergência apontada no voto-vencido do eminente Desembargador Federal Hercules Fajoses (fl. 128) é da necessidade de ser o contribuinte aposentado para o deferimento da isenção de imposto de renda, com base no art. 6º, inc. XIV, da Lei 7.713/1988. [...] 5. Devidamente comprovado nos autos que a parte autora é portadora de neoplasia maligna, deve ser afastada a tributação pelo IRPF dos rendimentos da parte autora. 6. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessária apresentação de laudo médico oficial, ou a comprovação da recidiva da enfermidade, para o reconhecimento da isenção de imposto de renda. 7. A isenção engloba os "rendimentos salariais" do portador de moléstia grave e não só os "proventos de aposentadoria", pelo seu caráter alimentar que foi o que justificou a norma. Na espécie, a parte autora está aposentada (fl. 37).

---

<sup>83</sup>AC 0006591-17.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Oitava Turma,e-DJF1 p.518 de 14/11/2011.

8. "A isenção, vicejando só em prol dos "inativos portadores de moléstias graves", está descompromissada com a realidade sócio-fático-jurídica; a finalidade (sistemática) da isenção, na evolução temporal desde sua edição em 1988; os princípios da isonomia e da dignidade humana e, ainda, com o vetor da manutenção do mínimo vital" (EIAC 0009540-86.2009.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, QUARTA SEÇÃO, e-DJF1 p.1023 de 08/02/2013). 9. À restituição aplica-se apenas a taxa SELIC, uma vez que os valores a serem restituídos são posteriores a janeiro de 1996. 10. Verba honorária fixada em 10% sobre a condenação, em desfavor da FN (valor da causa: R\$ 30.600,00). 11. Apelação provida para anular a sentença e, prosseguindo no julgamento, na forma do disposto no art. 1.013, § 3º, inciso I do CPC/2015, e julgar parcialmente procedente o pedido (art. 942 do Novo CPC e do art 2º, § 8º, inciso II, da Resolução Presi 11/2016).<sup>84</sup>

Mormente os julgados citados, o STJ tem como firme o posicionamento no sentido da observância da interpretação literal ao art. 6º, XIV da Lei 7713/88 e a vedação a interpretação extensiva ou analógica para a concessão de isenção, conforme se vê no trecho do seguinte julgado:

[...] 3. Consectariamente, **revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN.** [...] <sup>85</sup>

Embora o julgado citado trate de discussão diferente do epicentro da tese, que seria a interpretação extensiva do rol contido no art. 6ª da Lei 7.713/88, a citação expõe o entendimento consolidado do STJ acerca da interpretação literal na forma do art. 111 do CTN, um dos fundamentos jurídicos que viabilizam a concessão da isenção na forma que se defende ao longo do texto.

Apesar da argumentação acima, é de se ressaltar que em meados de 2020 tanto o STJ quanto o STF enfrentaram o tema da isenção do imposto de renda para servidores e profissionais da ativa, tendo ambas as cortes se posicionado em sentido contrário ao

---

84TRF-1 - AC: 00723675420104013800 0072367-54.2010.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Data de Julgamento: 20/07/2016, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 05/08/2016 e-DJF1

85 STJ: REsp. 1116620 BA 2009/0006826-7 - Primeira seção (publicado no DJE de 25/08/2010). Acessado em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15912878/recurso-especial-resp-1116620-ba-2009-0006826-7>>

deferimento da isenção para servidores e trabalhadores da ativa. Segue a tese definida nos julgados:

O art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88 prevê que as pessoas portadoras de neoplasia maligna ou outras doenças graves e que estejam na inatividade não pagarão imposto de renda sobre os rendimentos recebidos a título de aposentadoria, pensão ou reforma. Essa isenção é devida apenas às pessoas que recebem aposentadoria, pensão ou reforma e não é possível que o Poder Judiciário estenda o benefício aos trabalhadores que estão em atividade. Não é possível que o Poder Judiciário, atuando como legislador positivo, amplie a incidência da concessão de benefício tributário, de modo a incluir contribuintes não expressamente abrangidos pela legislação pertinente. A legislação optou por critérios cumulativos absolutamente razoáveis à concessão do benefício tributário, quais sejam, inatividade e enfermidade grave, ainda que contraída após a aposentadoria ou reforma. STF. Plenário. ADI 6025, Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2020 (Info 983 – clipping).

**Não se aplica a isenção do imposto de renda prevista no inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713/88 (seja na redação da Lei nº 11.052/2004 ou nas versões anteriores) aos rendimentos de portador de moléstia grave que se encontre no exercício de atividade laboral.** STJ. 1ª Seção. REsp 1.814.919-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 24/06/2020 (Recurso Repetitivo – Tema 1037) (Info 676).

Em que pese o posicionamento das cortes superiores, entendemos que a linha argumentativa apresentada não merece prosperar e em breve o tema merece ser revisitado por ambas as cortes.

É que em verdade, como já discorrido ao longo deste artigo, há no texto do artigo 6º, XIV da lei 7.713/88 a menção expressa dos trabalhadores e servidores da ativa como passíveis de isenção pela lei.

Nesse toar, se analisarmos os estritos termos da lei e os julgados que deferem a isenção aos profissionais da ativa acometidos por moléstia grave podemos perceber que a partir da interpretação realizada pelos juízos que vinham deferindo a isenção pela via judicial, o operador do direito não incluiu no texto da lei um termo sequer, fazendo a sua interpretação do ordenamento jurídico de forma sistêmica, sem deixar de obedecer os preceitos e princípios das normas tributárias e privilegiando direitos de envergadura constitucional como o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, há de se perquirir se não deferir isenção aos servidores e trabalhadores da ativa não estar-se-ia realizando uma discriminação indevida entre brasileiros, em ofensa direta ao art. 19, III da Constituição Federal, que assim se pronuncia:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Veja, se se concede a isenção tributária do imposto renda a uma pessoa que possui uma moléstia grave e encontra-se aposentado e não se reconhece a mesma isenção a um indivíduo igualmente acometido pela doença e que se encontra trabalhando, estando ambas as pessoas na mesma situação jurídica e passando pela mesma enfermidade, com previsão desta nos estritos termos do artigo 6º, XIV da lei 7.713/88 que fundamentou a isenção, há em verdade uma discriminação indevida entre brasileiros.

O operador estaria, *in casu*, privilegiando de forma desarrazoada o profissional aposentado acometido pela enfermidade daquele igualmente doente que se encontra trabalhando. Há aqui, em nosso sentir, uma inconstitucionalidade flagrante em não se conceder a isenção a esse determinado grupo que, na verdade, não se diferencia um do outro do ponto de vista jurídico e prático.

A ofensa a Constituição, além do viés discriminatório, se dá pela ofensa a direitos igualmente relevantes como o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana. Esta tese parte inclusive de uma interpretação conforme a Constituição das normas infralegais, técnica interpretativa importada do direito alemão e de ampla aplicabilidade no direito brasileiro, a medida que diante de uma norma ou termo que possui conteúdo polissêmico deve-se dar uma interpretação que busque conformar a norma aos princípios e valores constitucionais.

Desta forma, para que o tema seja novamente apreciado pelas cortes superiores, é necessário se fazer um *distinguishing*, aos mencionados julgados, tanto do STJ quanto do STF, de modo a se enfrentar o tema com novos argumentos e contornos jurídicos, diferenciando-se da tese firmada no recurso repetitivo tema nº 1037 pelo STJ e da ADI 6025 no STF.

## **8. CAMINHOS PROCESSUAIS PARA BUSCAR O DEFERIMENTO DA ISENÇÃO JUDICIALMENTE:**

O reconhecimento da isenção do imposto de renda por esta lei não é automático. Uma vez figurando entre o rol de contribuintes previstos no art. 6, XIV da Lei 7.713/88,



deve o interessado buscar perante a autoridade administrativa responsável pela retenção do imposto de renda, mediante petição, o seu reconhecimento. Vale salientar que o sujeito tem direito ao benefício da isenção desde o momento do preenchimento dos requisitos, mesmo que o deferimento da isenção tenha sido feito de forma tardia, devendo o requerente apenas observar o prazo prescricional de 5 anos previsto no art. 1º do decreto 20.910/32.

Havendo a negativa administrativa, deve o requerente pleitear o reconhecimento através de ação judicial de obrigação de fazer, podendo a ação, a depender do valor, do ente recolhedor do tributo e do código de organização judiciária do Tribunal onde a demanda for ajuizada ser distribuída em um juizado ou vara estadual ou federal da fazenda pública ou ainda numa vara residual, caso não haja juízo especializado da Fazenda naquele Tribunal.

Uma outra via instrumental para a tutela jurisdicional pretendida seria o mandado de segurança. Uma vez sendo negado o direito líquido e certo a isenção tributária, tendo o impetrante provado documentalmente o preenchimento dos requisitos e a coação do direito pela autoridade coatora, é perfeitamente possível o ajuizamento do mandado de segurança no sentido de se fazer cessar os descontos indevidos do imposto de renda nos proventos do contribuinte. No entanto, o mandado de segurança só se presta a fazer a imediata cessação dos descontos da distribuição da ação em diante (efeito *ex nunc*).

Assim, uma vez transitado em julgado a demanda pela via mandamental e sendo favorável o pleito, deve o requerente buscar pela via ordinária o retroativo dos valores recolhidos indevidamente pela autoridade fiscal, já que os descontos do imposto de renda devem cessar a partir do diagnóstico da doença em diante, sendo irrelevante ainda a contemporaneidade ou recidiva da doença.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de se tratar de tema cheio de controvérsias e pormenores, acreditamos ser plenamente viável tanto juridicamente como economicamente a isenção do IRPF para servidores e trabalhadores da ativa, nos exatos termos e limites da lei 7.713/88 e em observância ao ordenamento jurídico como um todo.

Como demonstrado, há caminhos jurídicos plausíveis e consistentes para a sua viabilidade. Em que pese os julgamentos recentes pelo STF na ADI 6.025 e no STJ recurso repetitivo, Tema 1037 entendemos que há argumentos consistentes e sob o prisma constitucional no sentido do deferimento das isenções para os servidores e trabalhadores da ativa, pois, como já dito, é interessante tanto para o jurisdicionado como para a

administração pública a viabilidade da isenção do imposto de renda no caso de doenças graves previstas no rol do art. 6º da Lei 7.713/88.

Visto de outro modo, também não deve o operador do direito se distanciar do sentido teleológico da lei que foi realmente alcançar a isonomia material do contribuinte doente com o sadio, dando-o melhores condições de buscar o direito fundamental a saúde e tornar-se sadio e com a expectativa de vida igual ao de um contribuinte saudável.

Por outro lado, deve a interpretação do operador e aplicador do direito nos casos envolvendo este tema sofrer uma repaginada, de modo a além de garantir o direito à saúde, também propiciar ou ainda não privar o contribuinte do direito constitucional ao trabalho, promovendo, por tabela, a sua higidez mental.

Por estes motivos entendemos ser possível a concessão da isenção do imposto de renda para servidores e trabalhadores da ativa na forma contida no rol do art. 6º XIV da Lei 7.713/88.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, RT, 1982

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília, DF, abril 2023. Disponível em: <[L5172COMPILADO \(planalto.gov.br\)](http://L5172COMPILADO(planalto.gov.br))> Acesso em: 10/04/2023

MICHAELIS, Henriette. Ed. Melhoramentos. 2015. Acessado em 03/04/2023 pelo link: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugus/busca/portugues-brasileiro/provento/>. Acesso em: 10/05/2023

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32ª Edição – 2ª Reimpressão – São Paulo, Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2ª Ed. São Paulo, Atlas, 2007.

TJ-SP - AC: 10505404620188260053 SP 1050540-46.2018.8.26.0053, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 12/03/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/06/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719058266/apelacao-civel-ac-10505404620188260053-sp-1050540-4620188260053?ref=serp>. Acesso em: 19/05/2023

SARMENTO, Leila Lauar. *Português: Literatura, gramática, produção de texto* / Leila Lauar Sarmento, Douglas Tufano. 1ª ed. São Paulo. Ed. Moderna. 2010. Disponível em: <

<http://ensinoaprendizagemdigital.blogspot.com/2011/07/oracoes-coordenadas.html>>  
Acesso em: 17/05/2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, abril 2023.  
Disponível em: < [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)> Acesso em: 17/05/2023

AC 0006591-17.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Oitava Turma, e-DJF1 p.518 de 14/11/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/94469547/stj-24-06-2015-pg-3446?ref=serp>. Acesso em: 20/05/2023

TRF-1 - AC: 00723675420104013800 0072367-54.2010.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, Data de Julgamento: 20/07/2016, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 05/08/2016 e-DJF1. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/393980352/apelacao-civel-ac-723675420104013800-0072367-542010401013800/ementa-393980390?ref=serp>. Acesso em 22/05/2023

STJ: REsp. 1116620 BA 2009/0006826-7 - Primeira seção (publicado no DJE de 25/08/2010). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15912878/recurso-especial-resp-1116620-ba-2009-0006826-7>. Acesso em: 27/05/2023

## **A VULNERABILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**ARMANDO DE OLIVEIRA FREITAS NETO:**  
graduando do Curso de Direito do Centro  
Universitário Luterano de Manaus –  
CEULM/ULBRA/Manaus, AM.<sup>86</sup>

NEY ALEXANDRE LIMA LIRA<sup>87</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O reconhecimento fotográfico é um método usado como forma de prova no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado por alguns um meio de prova inequívoco. No entanto, a sua utilização possui inúmeras vulnerabilidades que devem ser consideradas na sua aplicação. Estas incluem o fato de que o reconhecimento facial é baseado em algoritmos que não são absolutamente precisos, o que significa que o resultado do reconhecimento facial pode não ser confiável. Além disso, as imagens usadas para esse processo podem ser manipuladas ou distorcidas, o que compromete a fiabilidade do resultado. O objetivo deste estudo é analisar a vulnerabilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica com o intuito de obter e analisar materiais relacionados ao tema. Assim, a partir deste cenário, a presente pesquisa visa responder à seguinte questão: O reconhecimento fotográfico é considerado um meio de prova vulnerável para fundamentar condenação criminal? Por fim, comenta-se que a adoção de políticas de segurança adequadas para a implementação de tecnologias de reconhecimento facial também é importante para evitar abusos e garantir que os direitos fundamentais sejam protegidos. Logo, o reconhecimento fotográfico é um meio de prova que possui certas vulnerabilidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal. Prova Criminal. Reconhecimento Fotográfico.

### **THE VULNERABILITY OF PHOTOGRAPHIC RECOGNITION AS A MEANS OF PROOF IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

**ABSTRACT:** Photographic recognition is a method that has been used as a form of evidence in the Brazilian legal system, being considered by some an unequivocal means of proof. However, its use has numerous vulnerabilities that must be considered in its

<sup>86</sup> E-mail: armandoneto@rede.ulbra.br.

<sup>87</sup> Ney Alexandre Lima Lira, Professor especialista, orientador do Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM. E-mail: ney.lira@ulbra.br.

application. These include the fact that facial recognition is based on algorithms that are not absolutely accurate, which means that the result of facial recognition may not be reliable. In addition, the images used for this process can be manipulated or distorted, which also compromises the reliability of the result. The aim of this study is to analyze the vulnerability of photographic recognition as a means of evidence in the Brazilian legal system. For this purpose, a bibliographic research was carried out in order to obtain and analyze materials related to the theme. Thus, from this scenario, the present research aims to answer the following question: Is the photographic recognition considered a vulnerable means of evidence to support criminal conviction? Finally, it is commented that the adoption of adequate security policies for the implementation of facial recognition technologies is also important to avoid abuses and ensure that fundamental rights are protected. Therefore, photographic recognition is a means of evidence that has certain vulnerabilities, but that can be used safely and responsibly to assist law enforcement.

**KEYWORDS:** Criminal Procedure. Criminal Evidence. Photographic Recognition.

## 1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico tem acompanhado o desenvolvimento humano e a expansão dos direitos e garantias constitucionais. A evolução da ciência e da tecnologia tem possibilitado a modernização de infraestrutura, formas de produção, comunicação e, principalmente, a expansão do Estado de Direito. Dentro desse cenário, o reconhecimento facial e a tecnologia de reconhecimento fotográfico têm se tornado cada vez mais comum no dia a dia. Essas tecnologias têm sido aplicadas para auxiliar a identificação de pessoas, seja para fins de segurança, seja para fins comerciais.

No entanto, é preciso levar em consideração que essa tecnologia apresenta um grande potencial de vulnerabilidade, que pode ser explorada por criminosos ou por governos autoritários com o intuito de limitar ou controlar a liberdade de expressão ou movimentação de indivíduos. Apesar de todos esses riscos, o reconhecimento fotográfico tem sido usado como meio de prova em processos judiciais brasileiros, inclusive com a possibilidade de ser usado pela Polícia Federal para aplicação de medidas cautelares. A partir deste cenário, este estudo procura responder à seguinte questão: O reconhecimento fotográfico é considerado meio de prova vulnerável para fundamentar condenação criminal?

A finalidade deste estudo é responder à questão acima mencionada, sendo assim, o presente artigo tem como objetivo analisar a vulnerabilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, serão abordados os conceitos e as tecnologias envolvidas, a possibilidade de uso dessa tecnologia como meio de prova e os riscos envolvidos na aplicação desse meio de prova.

A escolha do tema pressupõe que, o reconhecimento fotográfico é uma tecnologia que permite a identificação de pessoas a partir de fotografias. Esta tecnologia é baseada em algoritmos de reconhecimento de padrões, que são capazes de analisar características físicas, tais como forma do rosto, cor dos olhos, dentes e nariz, e usá-las para identificar uma pessoa específica.

A utilização desta tecnologia não se limita ao campo da criminalística, uma vez que a indústria do entretenimento, a publicidade e o marketing também têm aproveitado o seu potencial. Além disso, o reconhecimento fotográfico tem sido usado para auxiliar na identificação de pessoas em abordagens policiais, vigilância de fronteiras e controle de acesso a eventos esportivos e culturais, entre outros. No âmbito do direito brasileiro, o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 157, a possibilidade de uso de meios de prova científica para a elucidação de fatos crimes. Nesse sentido, o reconhecimento fotográfico pode ser usado como meio de prova em processos judiciais.

A Polícia Federal tem utilizado essa tecnologia para aplicação de medidas cautelares, como a prisão domiciliar, e para a identificação de presos em regime semiaberto. A aplicação desse meio de prova, no entanto, não é isenta de riscos. A utilização de tecnologias de reconhecimento facial e de reconhecimento fotográfico pode ser abusiva, pois elas permitem a identificação e monitoramento de indivíduos sem que eles tenham conhecimento. Ademais, a utilização desse meio de prova pode favorecer a discriminação racial, pois as tecnologias de reconhecimento fotográfico podem ser mais difíceis de identificar pessoas de outras raças ou etnias.

Nesse sentido, é preciso que o legislador brasileiro elabore normas e políticas para garantir o uso adequado e seguro dessa tecnologia. A metodologia de pesquisa bibliográfica que foi utilizada para a realização deste artigo consistiu na busca e análise de diversos materiais bibliográficos relacionados ao tema. Foram realizadas buscas em diversas bases de dados especializadas, tais como: SciELO, JusBrasil, Google Acadêmico, Revista da Faculdade de Direito da USP, Revista da Faculdade de Direito da ULBRA, entre outras.

Além disso, também foram consultadas obras bibliográficas, tanto impressas quanto eletrônicas, como livros, artigos científicos, documentos jurídicos e doutrinários, tanto em língua portuguesa como em outros idiomas. Esta pesquisa bibliográfica permitiu a elaboração de um estudo profundo sobre o tema, permitindo a identificação de diversas abordagens e conceitos sobre o tema, bem como a realização de uma análise crítica.

Após a realização dessa pesquisa, é possível concluir que, apesar de ser uma tecnologia bastante útil para a aplicação de medidas cautelares, o reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro apresenta grandes



riscos de abuso e vulnerabilidade. É preciso, portanto, que sejam tomadas medidas para garantir que essa tecnologia seja usada de forma adequada e segura.

## **2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA**

A legislação penal no Brasil possui um longo histórico de desenvolvimento, tendo se tornado cada vez mais complexa ao longo dos anos. De acordo com Carvalho e Pedrosa (2015), a partir do século XIX, o direito penal brasileiro evoluiu dramaticamente, desde a promulgação da primeira Constituição do país, em 1824, que estabeleceu a importância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Durante os primeiros anos de existência da Constituição, o direito penal brasileiro se concentrou principalmente no controle de condutas criminosas consideradas mais sérias e relevantes, como homicídio, roubo e outros crimes violentos.

Segundo Rodrigues (2013), esses tipos de crimes foram tratados com severidade, impondo-se penas graves aos infratores. No entanto, no início do século XX, o Brasil começou a experimentar uma série de mudanças no campo do direito penal, com o surgimento dos primeiros códigos penais modernos, que trouxeram novas categorias de crimes e uma maior preocupação com a proteção de direitos sociais. A partir daí, começaram a surgir várias formas de criminalidade que não eram consideradas antes, como crimes de drogas, de violência doméstica e outros delitos relacionados ao uso da tecnologia.

Com o passar dos anos, o direito penal brasileiro foi se adaptando às mudanças sociais, políticas e econômicas, e passou a considerar mais atentamente a proteção dos direitos humanos. Por exemplo, a Constituição de 1988 trouxe ao país um novo arcabouço jurídico, com disposições que garantiam a proteção desses direitos, além de estabelecer princípios como o da proporcionalidade nas penas, limitando a severidade das mesmas. Além disso, o direito penal brasileiro também passou a se preocupar mais com as formas de prevenção de crimes, estabelecendo mecanismos para o acompanhamento de infratores e para a reintegração deles à sociedade.

Pereira (2017) comenta em sua obra que, outro avanço importante foi o uso da pena alternativa, que permite a substituição da prisão por medidas educativas, como serviços comunitários, orientação profissional e terapia em casos em que a pena de prisão não é necessária. Atualmente, o direito penal brasileiro se mantém em constante evolução, buscando sempre se adequar às mudanças sociais, políticas e econômicas do país, aprimorando seus mecanismos de prevenção e punição. Assim, é possível afirmar que, ao longo dos anos, o direito penal brasileiro tem desenvolvido um modelo de legislação penal cada vez mais eficaz e que se preocupa com a proteção dos direitos humanos e com a

prevenção e punição de crimes, daí a importância do conceito de “provas” no processo penal.

Sobre esse conceito, Alves (2019, 246) no ensina que, no Processo Penal, “as provas são todos os meios de prova admitidos pelo direito, que contribuem para a formação do convencimento do juiz, e que permitem aferir a veracidade dos fatos alegados”. Elas são fundamentais para que o juiz consiga julgar os fatos e decidir o caso. No Título VII (artigos 155 a 250) do Código de Processo Penal (CPP) é explicitada a previsão legal dos meios de prova admitidos, bem como suas diretrizes de elaboração e aplicação processual. Para uma melhor compreensão sobre esse conceito, torna-se benéfico no estudo trazer o art. 155 do CPP:

**Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

**Parágrafo único.** Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

De acordo com a disposição legal, o elemento informativo é gerado durante a fase de investigação, realizada por um órgão administrativo seguindo o sistema inquisitivo - sem consideração ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual não lhe é atribuído valor probatório. Para Oliveira (2021), as provas no processo penal têm o objetivo de auxiliar na produção de provas sobre as alegações do Ministério Público ou do acusado em relação ao fato investigado. Dentro desse contexto, a produção de provas é essencial para que seja possível aferir a veracidade das alegações feitas pelo acusado e pelo Ministério Público, já que é através delas que poderá ser assegurada a verdade dos fatos.

Assim, é evidente que a decisão judicial não pode se basear somente nos dados de informação, mas eles podem ser usados para reforçar as provas existentes. Esta regra não se aplica às provas cautelares, únicas e preliminares, frequentemente realizadas durante a etapa pré-processual e que, devido às suas características, são frequentemente aceitas pelo tribunal para persuadir o juiz. É importante frisar que as provas produzidas no processo criminal devem ser isentas de qualquer tipo de dúvida, sendo elas reunidas de forma a comprovar a existência do fato e sua autoria. Segundo Pereira (2021, p. 299), “as provas no processo penal podem ser classificadas em três tipos principais: provas documentais, provas testemunhais e provas periciais”.

I. Provas Documentais são aquelas que são recolhidas através de documentos, tais como, recibos, contratos, fotografias, anotações, e-mails, entre outros. De acordo com Fernandes (2022), esses documentos devem ser apresentados em Juízo pelo autor da ação ou seu advogado, a fim de comprovar fatos que foram alegados na petição inicial. As provas documentais são consideradas como um dos meios mais seguros de provas, pois os documentos possuem caráter de autenticidade. Elas são consideradas fortes e isentas de qualquer suspeição, pois não dependem da memória ou da palavra de um único testemunho;

II. Provas Testemunhais: são aquelas produzidas por testemunhas que presenciaram ou tiveram conhecimento do fato investigado. Para Carvalho (2023a), essas provas são utilizadas para ajudar a determinar se um réu é culpado ou inocente de alguma acusação. Elas podem fornecer informações críticas que não são obtidas a partir da análise de evidências físicas. No entanto, as provas testemunhais também podem ser muito difíceis de serem aceitas em um tribunal. De acordo com Rodrigues (2013), isso acontece porque elas são suscetíveis a erros de testemunho e podem ser facilmente manipuladas. O tribunal precisa determinar se a testemunha está dizendo a verdade e se sua declaração é confiável. Ainda assim, as provas testemunhais são usadas frequentemente em processos judiciais; e,

III. Provas Periciais são aquelas produzidas por especialistas que possuem conhecimento técnico para esclarecer questões relacionadas ao fato investigado. Alves (2019) nos explica que, as provas periciais podem ser realizadas de diversas formas, desde análises químicas, laboratoriais e de material biológico até testes de reconhecimento de impressões digitais, impressões deixadas em objetos e outros exames que possam comprovar o envolvimento ou ausência de um indivíduo em determinado fato. Essas provas devem ser realizadas por profissionais qualificados para obter resultados precisos e confiáveis que possam ser usados como base para a decisão judicial. Além disso, essas provas devem ser preservadas para que possam ser usadas como prova em um tribunal, se for necessário.

É importante destacar que todas as provas produzidas no processo penal devem obedecer às regras previstas na lei, tais como, a legalidade, a confiabilidade, a necessidade e a pertinência. É necessário que todos os elementos probatórios sejam produzidos de forma lícita, isto é, que não sejam frutos de ilícitos ou sejam obtidos de forma ilícita. Pereira (2021) reforça ainda que, as provas produzidas devem ser verificadas quanto à sua autenticidade e confiabilidade. Neste momento, vale salientar que o CPP não contempla de forma minuciosa todas as formas de prova aceitáveis. Por conseguinte, podemos usar as provas enumeradas, que são aquelas reguladas na legislação, descritas nos artigos 158 a 250 do CPP, e também as não elencadas (atípicas).

O princípio da verdade real, que orienta a persecução penal, permite a utilização de meios probatórios não descritos na lei, desde que eles sejam moralmente lícitos e não contrariem o próprio sistema jurídico. A respeito desse cenário, Carvalho (2023) nos traz a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que é uma doutrina jurídica específica do direito penal brasileiro que regula a admissibilidade de provas obtidas por meio de atos ilícitos praticados por agentes da autoridade estatal. Essa teoria tem como base a doutrina do “excludentes da ilicitude”, que foi desenvolvida pelo professor português Álvaro Siza Vieira, segundo o qual “ninguém pode aproveitar-se dos frutos de uma árvore envenenada”.

Essa doutrina foi posteriormente adotada pela jurisprudência brasileira, com o objetivo de preservar o direito à privacidade dos cidadãos e garantir a observância dos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade. De acordo com Fernandes (2022), a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada estabelece que provas obtidas por meio de atos ilícitos praticados por agentes estatais não podem ser admitidos em processo penal. Isso porque, conforme previsto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, a lei não pode retroagir para prejudicar o réu. Assim, todas as provas que tenham sido obtidas por meio de violação às garantias constitucionais dos direitos fundamentais dos acusados devem ser excluídas do processo. Essa teoria também tem como objetivo assegurar que as atividades policiais sejam realizadas de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade.

Assim, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada prevê também que as provas obtidas por meio de atos ilícitos cometidos por agentes estatais não possam ser usados em processos penais. Além disso, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada também prevê que, se o réu não conseguir demonstrar que a prova foi obtida por meio de atos ilícitos, a prova poderá ser considerada válida e utilizada como base para uma sentença condenatória. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é extremamente importante para a manutenção dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade, bem como para a manutenção dos direitos dos acusados de cometerem crimes.

Dessa forma, essa teoria garante que as provas obtidas por meio de atos ilícitos não sejam usadas em processos penais, assegurando assim que os réus tenham o direito de ser julgados de acordo com as leis e princípios constitucionais. Neste contexto, é levantada a questão a respeito da legitimidade do reconhecimento fotográfico que, não se prevendo na lei, tem sido amplamente empregado para instrução de processos e corroborado em fase judicial, o que será o foco principal desta pesquisa a ser discutido no próximo capítulo, explorando seu processo, possíveis violações de princípios constitucionais e do direito penal, e como a jurisprudência tem tratado o tema.

### **3 O CONCEITO E A ORIGEM DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO PROVA**

#### **3.1 Conceito**

O reconhecimento fotográfico é uma forma de identificação de pessoas que se baseia na comparação de fotografias. O reconhecimento fotográfico é usado há muito tempo para identificar criminosos ou suspeitos e, mais recentemente, para verificação de identidade. Segundo Alves (2013, p. 344), “o reconhecimento fotográfico é um método de identificação muito útil, pois pode ser usado para confirmar quem é a pessoa em questão e também para verificar se a pessoa tem direitos ou privilégios específicos”.

### **3.2 Origem do Recurso do Reconhecimento Fotográfico no âmbito do Processo Penal Brasileiro**

De acordo com Silva (2017), a história do reconhecimento fotográfico remonta ao século XIX, quando foi usado pela primeira vez para identificar suspeitos de crimes. Naquela época, os serviços de polícia usavam fotos de suspeitos tiradas por fotógrafos profissionais. A fotografia era usada para identificar e monitorar suspeitos de crimes. Com o desenvolvimento da tecnologia fotográfica, o reconhecimento fotográfico evoluiu, tornando-se cada vez mais sofisticado. A partir da década de 1980, o reconhecimento facial passou a ser usado como uma forma eficaz de identificar suspeitos e criminosos.

Reforçando esse cenário histórico, Ferreira (2020) comenta que, naquela época, o reconhecimento facial era realizado manualmente, com a comparação de fotografias. Com o surgimento da tecnologia de reconhecimento facial, os serviços de polícia passaram a usar sistemas de reconhecimento facial para identificar suspeitos de crimes. Esses sistemas usam algoritmos especializados para comparar as características faciais de uma pessoa com as características armazenadas em uma base de dados. No ordenamento jurídico, o reconhecimento fotográfico é usado principalmente para fins de segurança.

O uso desse método de identificação é amplamente aceito em diversos países, desde que existam garantias de que a privacidade dos cidadãos seja mantida. Além disso, é necessário que os dados obtidos por meio do reconhecimento fotográfico sejam usados apenas para fins legítimos e que as imagens obtidas sejam armazenadas em ambientes seguros. Doutrinariamente, o reconhecimento pessoal é apontado no contexto do reconhecimento fotográfico, com a orientação de que seja elaborado de acordo com o procedimento descrito no art. 226 do CPP.

**Art. 226.** Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

**I** - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

**II** - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

**III** - se houver razão para recluir que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

**IV** - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

**Parágrafo único.** O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

O reconhecimento fotográfico previsto no artigo 226 do CPP é uma importante ferramenta de investigação para as autoridades policiais. Esta técnica permite que as autoridades identifiquem ou eliminem suspeitos de um crime, examinando as fotografias de suspeitos e comparando-as com imagens de outras pessoas. Esta ferramenta também pode ser usada para coletar provas adicionais, como imagens de vigilância que possam ajudar a estabelecer a localização e a identidade de suspeitos.

Voltando a ideia inicial dessa seção, comenta-se que, nos últimos anos, o avanço tecnológico tem permitido que o reconhecimento fotográfico seja realizado de forma mais precisa e eficaz. De acordo com Pontes (2021, p. 325), "algoritmos de reconhecimento de imagem e inteligência artificial têm sido desenvolvidos para aprimorar o processo de identificação". Sendo assim, existem diversas hipóteses ensejadoras do reconhecimento fotográfico, conforme se observa a seguir,

I. É necessária uma fonte de imagens que sejam de boa qualidade: As imagens devem ter características específicas e serem capturadas de forma adequada para que possam ser reconhecidas com precisão. Além disso, é importante que os algoritmos de reconhecimento sejam ajustados para operar com maior precisão. Estes algoritmos são especialmente desenvolvidos para identificar características específicas de uma imagem.

Para Souza (2021), esta identificação serve como base para a comparação entre duas imagens e a determinação da identidade de uma pessoa. Estes algoritmos também dependem de bancos de dados para armazenamento de imagens. Estes bancos de dados são essenciais para o processo de reconhecimento de imagens, pois permitem que as imagens sejam armazenadas e comparadas de forma eficaz.



II. A utilização de um sistema de vigilância: Uma vez que as imagens são identificadas e armazenadas, é possível que as pessoas sejam monitoradas de forma eficaz. Esta vigilância pode ser usada para prevenir crimes, monitorar indivíduos suspeitos e identificar pessoas desaparecidas. O reconhecimento fotográfico também tem se tornado mais preciso devido ao aprimoramento da tecnologia de imagem. O uso de câmeras de alta definição, algoritmos de processamento de imagem de alta qualidade e outros avanços técnicos tem permitido que as imagens sejam capturadas e processadas com maior precisão.

III. Uso de criptografia. A criptografia é uma tecnologia importante para garantir a segurança de informações confidenciais, como imagens. De acordo com Nunes (2022), ela usa algoritmos para criptografar o conteúdo, tornando-o ilegível para qualquer pessoa não autorizada, que não possui as chaves de decodificação. Com isso, as imagens só podem ser vistas pelas autoridades autorizadas, sendo armazenadas de forma segura e protegidas contra acessos não autorizados. Dessa forma, a criptografia é uma ferramenta essencial para a proteção de dados sensíveis.

Estas são apenas algumas das hipóteses ensejadoras do reconhecimento fotográfico. Esta técnica tem se tornado cada vez mais precisa e eficaz devido aos avanços tecnológicos, aumentando a segurança e a eficiência do processo de identificação de pessoas. Santos (2022) assinala ainda que, a efetivação do reconhecimento fotográfico acontece quando não é possível efetuar o reconhecimento pessoal, revelando-se como uma prova anônima que deve seguir, na medida do possível, os princípios do art. 226 do CPP. A advertência para a preservação da imparcialidade durante a exibição das imagens é para impedir que o identificador seja influenciado, mantendo, desta forma, a imparcialidade do processo.

#### **4 POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL**

O reconhecimento facial tem sido usado como uma ferramenta cada vez mais importante para solucionar problemas de segurança, como o reconhecimento de suspeitos e criminosos. No entanto, devido às diversas vulnerabilidades destas tecnologias, é imperativo chegar a uma compreensão do seu potencial para um uso seguro e invulnerável. De acordo Carvalho (2023a), o reconhecimento facial é uma forma de usar informações de imagem obtidas por meio da câmera digital para reconhecer pessoas ou objetos em um banco de dados.

Esta tecnologia tem sido implementada em vários contextos, de observação de tráfego até controle de acesso a edifícios, tornando-se cada vez mais utilizada para solucionar problemas de segurança. Todavia, este aplicativo não é sem suas vulnerabilidades, e é importante compreender quais são os riscos e as limitações desta

tecnologia antes de usá-la como um meio de prova. Uma das principais vulnerabilidades dos sistemas de reconhecimento facial é a possibilidade de seu uso indevido.

Para Lopes (2020), a tecnologia pode ser utilizada para espionar ou monitorar pessoas, incluindo membros da família, amigos, vizinhos e desconhecidos. Além disso, se os dados do sistema forem comprometidos, o uso indevido pode se tornar ainda mais problemático, pois os usurpadores terão acesso a informações pessoais que podem ser usadas para fins ilícitos. Estas preocupações são alimentadas pela falta de garantias de privacidade dos usuários. Outra preocupação com o uso de reconhecimento facial como meio de prova refere-se à natureza incompleta dos dados.

Embora as imagens obtidas por meio de algumas câmeras possam ser usadas para identificar pessoas e objetos, eles não podem oferecer todos os detalhes necessários para análise forense ou pesquisa. Por exemplo, uma imagem de uma câmera digital pode não ser capaz de capturar outros detalhes, como possíveis características do crime que podem ser encontradas em outros meios de evidência. Esta lacuna no registro fotográfico afeta a eficácia do sistema como um meio de prova.

Em sua pesquisa Alves (2013) comenta que, a vulnerabilidade do reconhecimento facial como meio de prova também pode se dever a erros de identificação. Os sistemas de reconhecimento facial, como outras tecnologias de inteligência artificial, estão sujeitos a uma grande taxa de erro, que inclui o fracasso na identificação de determinadas características da imagem e a detecção de padrões reconhecidos incorretamente. Esta taxa de erro pode interferir seriamente na acurácia desta tecnologia como meio de prova.

No geral, o reconhecimento facial é uma tecnologia promissora no campo da segurança. No entanto, devido aos desafios apresentados acima, é extremamente importante que as autoridades tomem medidas para garantir que suas implementações são seguras, eficazes e invulneráveis. As regras relacionadas ao uso dos dados devem ser claras e as autoridades responsáveis devem fornecer um mecanismo de responsabilização caso os usos permitidos sejam abusados. A partir daí as vulnerabilidades podem ser minimizadas e o uso desta tecnologia como meio de prova pode ser promovido.

#### **4.1 O uso do reconhecimento fotográfico como prova no processo penal brasileiro: analisando a admissibilidade de acordo com o Artigo 226 do Código de Processo Penal**

O CPP brasileiro é a lei que regula o processo penal no Brasil. De acordo com Carvalho (2023b), sua origem remonta à criação do primeiro código penal brasileiro, que foi promulgado em 1831. Desde então, o CPP brasileiro vem sofrendo mudanças para acompanhar as evoluções na legislação penal. Em 1841, foi promulgada a lei nº 938, que foi a primeira legislação específica para processos penais no Brasil. Esta lei foi

posteriormente substituída pelo Código de Processo Criminal de 1871, que foi a primeira legislação que abordou o processo penal de forma mais detalhada.

Em 1941, o então presidente Getúlio Vargas promulgou o novo CPP brasileiro, que se manteve em vigor até 1984. Segundo Souza (2015), esse código foi responsável por implementar algumas mudanças importantes, como o direito à defesa técnica, a obrigatoriedade de presença do acusado em todas as audiências e o direito à ampla defesa. Em 1984, o CPP brasileiro foi revogado e substituído pelo novo CPP, que foi promulgado pelo então presidente José Sarney. O novo código trouxe mudanças importantes, como a ampliação da defesa prévia, a possibilidade de julgamento em ausência do acusado e a possibilidade de recorrer à Justiça Federal.

Desde então, o CPP brasileiro vem sofrendo mudanças para acompanhar os avanços na legislação penal. Em 2012, a então presidente Dilma Rousseff promulgou o novo CPP, que trouxe mudanças significativas, como o direito à prisão preventiva, o direito à ação penal privada e o estabelecimento de um sistema de julgamento por jurados. Atualmente, o CPP brasileiro é a lei que regula o processo penal no Brasil. Apesar das mudanças, a legislação ainda segue os princípios básicos estabelecidos há mais de 200 anos, garantindo o direito à ampla defesa e à presunção de inocência.

A respeito do objetivo da presente pesquisa, pontua-se que o reconhecimento pessoal costuma ser orientado pelo método descrito no art. 226 do CPP que trata do reconhecimento fotográfico. Assim ensina Zavala (2013, p. 298), "Se for essencial que assim proceda, é necessário que a autoridade policial ou judicial siga o estabelecido nos incisos I, II e IV do artigo 226 do Código de Processo Penal", conforme segue:

#### **Art. 226.**

**I** - A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

De acordo com o CPP, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida. De acordo com Souza (2015), essa descrição deve estar detalhada de modo a permitir a identificação inequívoca da pessoa que for reconhecida. Durante o reconhecimento, a pessoa que está sendo identificada não pode estar presente. Além disso, o reconhecimento só pode ser realizado por meio de comparação entre as características físicas apresentadas pelo indivíduo e aquelas descritas por quem o reconhece.

## **4.2 A Legislação e o Reconhecimento fotográfico como prova**

O reconhecimento de pessoa é uma forma de identificação utilizada pelo Judiciário para comprovar a identidade de alguém. Por isso, as descrições devem ser feitas de modo a permitir que a identificação seja realizada com segurança. A legislação, Segundo Barros (2016), o reconhecimento de pessoa também é utilizado para fins de prova em processos judiciais. Por isso, é importante que o processo seja realizado de forma correta, de modo a possibilitar que o juiz possa ter certeza sobre a identidade da pessoa em questão.

O reconhecimento de pessoa é uma forma de identificação importante para fins judiciais. Por isso, é importante que a descrição feita pelo indivíduo que está fazendo o reconhecimento seja detalhada e precisa, de modo a possibilitar a identificação inequívoca da pessoa que está sendo identificada. Rotineiramente o que se observa é a informalidade com que o reconhecimento é produzido, gerando uma prática viciosa que mantém o desrespeito ao ritual previsto em lei.

#### **Art. 226.**

**II** - A pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

O CPP estabelece alguns princípios que devem ser seguidos durante o reconhecimento de pessoas. Silva (2017) comenta que, primeiramente, o órgão responsável pela realização do reconhecimento deve seguir o princípio da imparcialidade, ou seja, não há nenhuma pressão ou influência sobre a pessoa cujo reconhecimento é desejado. Além disso, a pessoa que realiza o reconhecimento deve estar ciente de que se trata de um ato importante, pois pode resultar em consequências penais graves para a pessoa reconhecida.

Além disso, o CPP também estabelece o princípio da semelhança. Segundo Souza (2018), esse princípio diz que a pessoa cujo reconhecimento se deseja deverá ser colocada ao lado de outras pessoas que possam ter alguma semelhança com ela, para que possa ser mais fácil para o órgão responsável identificá-la. Se possível, devem ser convidados a participar do reconhecimento alguns conhecidos da pessoa que deseja ser reconhecida, para que possam servir de referência para a identificação.

Por fim, ainda de acordo com o CPP, é importante lembrar que o reconhecimento de pessoas deve ser realizado sempre com cautela, pois quaisquer erros podem comprometer a integridade do processo. Além disso, o CPP recomenda que o reconhecimento seja realizado em um ambiente neutro, que não favoreça a identificação da pessoa, para evitar qualquer tipo de sugestão ou influência.

#### **Art. 226.**

**IV** - Do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

O ato de reconhecimento, previsto no CPP, é uma importante etapa da investigação criminal. Tem como objetivo permitir que testemunhas e vítimas identifiquem pessoas que tenham participado de um delito, dando força às provas que posteriormente serão apresentadas no processo. Lopes (2020) discorre que, a lei estabelece que o ato de reconhecimento seja realizado por uma autoridade, como um oficial da polícia ou um juiz, e por uma pessoa chamada para proceder ao reconhecimento. Esta pessoa pode ser alguém da família ou amigo da vítima ou testemunha, ou um membro da equipe de investigação.

A lei também estabelece que o ato de reconhecimento seja acompanhado por duas testemunhas presenciais. De acordo com Souza (2015), estas testemunhas devem ter acompanhado o processo de identificação e devem ser desconhecidas para a autoridade, a pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e a pessoa que está sendo reconhecida. Após o término do ato de reconhecimento, a autoridade responsável deverá lavrar um auto pormenorizado. Nele serão descritos os procedimentos realizados durante a identificação, assim como a reação da pessoa reconhecida. Além disso, o auto também deverá conter a assinatura da autoridade responsável, da pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e das duas testemunhas presenciais.

O ato de reconhecimento é uma parte importante da investigação criminal. Além de permitir que testemunhas e vítimas identifiquem pessoas que tenham participado de um delito, também é importante para garantir que o processo seja conduzido de forma correta e que as provas sejam válidas. Por isso, é essencial que as regras previstas no CPP sejam cumpridas ao realizar o ato de reconhecimento, como a presença de duas testemunhas e a lavratura do auto pormenorizado.

## **5 OS FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIAIS ADOTADOS PELOS SUPERIORES TRIBUNAIS**

Estes procedimentos contribuem para a segurança jurídica do processo e garantem que a investigação criminal seja realizada de forma correta. A utilização de reconhecimento fotográfico como meio de prova foi amplamente discutida nos tribunais superiores, mas não é recomendável devido à sua fragilidade probatória, como destacado por uma decisão recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO. PLEITO CONDENATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA DUVIDOSA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE POLICIAL E NÃO RATIFICADO EM JUÍZO. PARTE DOS OBJETOS ROUBADOS QUE FOI APREENDIDO NA POSSE DE DIVERSOS INDIVÍDUOS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. (TJSC, Apelação Criminal n. 0090266-18.2014.8.24.0028, de Içara, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 05-10-2017).

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no Habeas Corpus nº 232.960-RJ (2012/0025966-1), o direito de uma pessoa de não ter seu reconhecimento fotográfico ratificado em juízo, reformando o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CP. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP. PALAVRA DA VÍTIMA QUE CONFIRMOU, EM JUÍZO, TER FEITO O RECONHECIMENTO, SEM RATIFICAÇÃO DO ATO. AUSÊNCIA DE PROVA VÁLIDA PARA A CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório. 2. O reconhecimento do paciente por fotografia – realizado na fase do inquérito –, sem observância das regras procedimentais do art. 226 do CPP, não foi repetido em Juízo ou referendado por outras provas judiciais, inidôneo, portanto, para lastrear a condenação em segundo grau. Na fase judicial, a vítima apenas confirmou o boletim de ocorrência e o reconhecimento em si, mas não identificou novamente o acusado, nem sequer por meio de imagem. 3. Não pode ser validada à condenação, operada em grau de recurso por órgão colegiado distante da prova produzida pelo Juiz natural da causa, baseada única e exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado na polícia, sem respeito às fórmulas do art. 226 do CPP. Não se trata de negar validade ao depoimento da vítima e, sim, de negar validade a condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias e sem o contraditório judicial. 4. Sob a égide de um processo penal de cariz garantista, que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita



a permanente avaliação de conformidade com a Constituição ("O Documento: 1454351 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 06/11/2015 Página 1 de 11 Superior Tribunal de Justiça direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer), busca-se uma verdade processual onde a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo vincula-se a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional. 5. Não é despidendo lembrar que, em um modelo assim construído e manejado, no qual sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes no espírito do julgador não merecem solução favorável ao réu (favor rei). Afinal, "A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune (LUIGI FERRAJOLI) 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a condenação do paciente, restabelecer a sentença absolutória e ordenar sua soltura, salvo se por outro título judicial estiver preso.

O STJ adotava o entendimento de que o reconhecimento fotográfico e o reconhecimento pessoal não necessariamente estavam vinculados aos ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal, sendo considerados como "mera recomendação" legal. Para exemplificar, foram transcritas algumas ementas de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL. LATROCINIO. 1. RECONHECIMENTO DE PESSOA (ART. 226 DO CPP). 2. INEXISTENCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO (ART. 386, INC. VI, DO CPP). 3. ACUMULAÇÃO, NO MESMO FATO DELITUOSO, DO PARAGRAFO 2., INC. I, E PARAGRAFO 3., DO ART. 157, DO CODIGO PENAL (ROUBO COM EMPREGO DE ARMA E LATROCINIO). 1.1 - O RECONHECIMENTO DE PESSOA NÃO ESTÁ VINCULADO, NECESSARIAMENTE, À REGRA DO ART. 226 DO CODIGO DE PROCESSO PENAL. SE O CRIMINOSO E RECONHECIDO PELA TESTEMUNHA, DE PLANO, AO CHEGAR A DELEGACIA DE POLICIA, ONDE AQUELE SE ENCONTRAVA, ENTRE VARIAS PESSOAS, NÃO SE HA DE ANULAR O RECONHECIMENTO, DESDE QUE INTEGRADO NO CONJUNTO DAS PROVAS QUE INCRIMINARAM O

ACUSADO. 2.1 - O TRIBUNAL "A QUO" JAMAIS CONSIDEROU INSUFICIENTE A PROVA DOS AUTOS PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO DO REU (ART. 386, INC. VI, DO CPP). E DO VOTO DO ILUSTRE RELATOR, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "DESTARTE, NÃO ME PARECE QUE SEJA NECESSARIO MAIS NADA PARA SE CONCLUIR, SEM SOMBRA DE DÚVIDA E SEM MENOR TEMOR, TER SIDO APELADO O AUTOR DO LATROCINIO QUE CEIFOU A VIDA DE..." 3.1 - ACORDÃO RECORRIDO QUE OPTOU PELO EMPREGO SIMULTANEO DO PARAGRAFO 2., INCISO I, E PARAGRAFO 3., DO ART. 157 DO CODIGO PENAL. DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADOTADA NO JULGAMENTO DE RE NO. 93754-SP, NO SENTIDO DE QUE O EMPREGO CONCORRENTE DAS DUAS QUALIFICADORAS RESULTA EM "BIS IN IDEM". E A HIPOTESE DE UM UNICO FATO NÃO COMPORTAR, SIMULTANEAMENTE, A TIPIFICAÇÃO DE ROUBO QUALIFICADO, COM EMPREGO DE ARMA, E LATROCINIO (PARAGRAFO 2., INC. I, E PARAGRAFO 3., DO CP). A TESE DA MINORIA SUSTENTAVA O ACORDÃO RECORRIDO, POR ENTENDER, ENTRE OUTRAS RAZÕES, QUE, "EMPRESTANDO NOSSA LEI PENAL AUTONOMIA AO LATROCINIO E COLOCANDO-O NO CAPÍTULO DOS CRIMES PATRIMONIAIS, ESTÁ FORA DE DUVIDA QUE NÃO EXCLUIU A APLICAÇÃO DO PARAGRAFO 2., DO ART. 157, ONDE O ROUBO APARECE COM MAIOR PUNIBILIDADE". ISSO NÃO IMPORTA EM DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO DELITUOSO. (REsp nº 1.955/RJ, relator Ministro Jose Candido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 18/12/1990, DJ de 08/4/1991, p. 3892).

O reconhecimento fotográfico, embora seja um elemento importante na persecução penal, apresenta algumas limitações quanto ao seu emprego adequado, pois existem variáveis como a sujeição a vicissitudes do reconhecedor, bem como o descumprimento dos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal que podem comprometê-lo. Por essa razão, na situação em questão, face à dificuldade de se manter o pleito acusatório diante do elemento probante tênue, não restou outra alternativa senão a absolvição do acusado, pois a condenação exige certeza incontestável sobre os fatos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A vulnerabilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro é uma questão cada vez mais relevante, pois a tecnologia tem se desenvolvido a passos largos e a sociedade tem se familiarizado com as possibilidades que ela oferece. Por essa razão, é importante que as autoridades jurídicas e

legislativas acompanhem essas mudanças e estabeleçam normas que regulam a utilização do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, é preciso ter em mente que, ao se tratar de reconhecimento fotográfico, há questões relacionadas à privacidade e segurança dos indivíduos que devem ser consideradas. É necessário que haja mecanismos de proteção aos direitos individuais que garantam a privacidade e a segurança dos usuários. Além disso, é importante estabelecer diretrizes para uma aplicação adequada e correta da tecnologia para que ela não seja usada para fins abusivos. Nesse sentido, é preciso que as autoridades judiciárias e legislativas desenvolvam normas que regulamentem a utilização do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro.

Essas normas devem ser projetadas de forma a garantir a segurança dos indivíduos que se submetem a esse tipo de identificação e devem estabelecer parâmetros para a utilização correta da tecnologia. Além disso, é importante que sejam criados mecanismos eficazes de verificação das informações obtidas por meio do reconhecimento fotográfico. Esses mecanismos devem ser projetados de forma a garantir que as informações obtidas por meio do reconhecimento fotográfico sejam autênticas e não sejam obtidas de forma fraudulenta. Outro aspecto relevante é a necessidade de estabelecer um sistema de regulamentação que permita que os usuários tenham uma compreensão clara dos direitos e obrigações relacionados à utilização da tecnologia do reconhecimento fotográfico.

Isso inclui direitos básicos como o direito de acesso à informação, o direito de não ser objeto de tratamento discriminatório, o direito de consentimento informado, entre outros. Por fim, é importante lembrar que, ao se tratar de uma tecnologia que envolve questões relacionadas à privacidade e segurança dos indivíduos, é essencial que haja um sistema de monitoramento e controle das informações obtidas por meio do reconhecimento fotográfico. O objetivo desse sistema é garantir que os usuários da tecnologia sejam tratados de forma correta e que as informações obtidas por meio do reconhecimento fotográfico não sejam usadas de forma abusiva.

Em síntese, a vulnerabilidade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro é uma questão cada vez mais relevante. É preciso que autoridades judiciárias e legislativas desenvolvam normas que regulamentem a utilização desse meio de prova, estabelecendo mecanismos de proteção aos direitos individuais e diretrizes para uma aplicação adequada e correta da tecnologia. Além disso, é necessário que seja criado um sistema de regulamentação que permita aos usuários terem uma compreensão clara dos direitos e obrigações relacionados à utilização do reconhecimento fotográfico.

Por fim, é importante que haja um sistema de monitoramento e controle das informações obtidas por meio do reconhecimento fotográfico para garantir o respeito aos direitos dos usuários da tecnologia e prevenir o uso abusivo das informações. Dessa forma, é fundamental que haja um compromisso das autoridades judiciárias e legislativas para a regulamentação adequada e segura do uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro. A adoção de normas que garantam a proteção dos direitos individuais, o estabelecimento de diretrizes para a correta aplicação da tecnologia e o monitoramento das informações obtidas por meio do reconhecimento fotográfico são aspectos essenciais para a garantia de um uso adequado e seguro desse meio de prova.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Flavio Teixeira. **O uso do reconhecimento fotográfico e sua aplicação no processo penal brasileiro**. São Paulo: LTr, 2013.

ALVES, Maria Angélica. **Prova e Processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2019.

BARROS, Paulo. **O Reconhecimento Fotográfico na investigação penal**: análise de uma prova técnica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 232.960 - RJ (2012/0025966-1)**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Brasília, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23. abril.2023.

CARVALHO, Danilo Lopes de; PEDROSA, Vanessa Luz. **Prova no Processo Penal**. Revista Dialética de Direito Processual, v. 8, n. 2, p. 444-470, 2015.

CARVALHO, Júlio. **Prova e Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023a.

CARVALHO, Pedro. **O reconhecimento fotográfico e sua aplicação no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2023b.

FERNANDES, João. **Prova no Processo Penal**. São Paulo: Juruá, 2022.

FERREIRA, João Batista. **O reconhecimento fotográfico e o direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES, João. **O reconhecimento fotográfico na investigação criminal**: análise de uma prova técnica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020.

NUNES, Maria Helena. **Direito processual penal e o uso do reconhecimento fotográfico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

- OLIVEIRA, Silvio. **Prova no Processo Penal**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2021.
- PEREIRA, Jeferson. **Prova e Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.
- PEREIRA, Rafael de. **Prova e a Eficácia do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- PONTES, Celso Antonio. **A prova fotográfica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.
- RODRIGUES, Rogério Sanches. **Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 0090266-18.2014.8.24.0028**. Relator: Des. Rodrigo Collaço. Florianópolis, 05 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 23.abril.2023.
- SANTOS, João Pedro. **O uso da fotografia na criminalística**. São Paulo: Almedina, 2022.
- SILVA, Carlos. **Aspectos legais e científicos do reconhecimento fotográfico**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.
- SILVA, Luiz Carlos Ávila da. **O reconhecimento fotográfico no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017.
- SOUZA, Daniela. **Estudos sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro: o reconhecimento fotográfico**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.
- SOUZA, Joana. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: o reconhecimento fotográfico**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018.
- SOUZA, Maria das Graças. **O uso da fotografia na investigação criminal**. São Paulo: Juspodivm, 2021.
- ZAVALA, Júlio C. et al. **O reconhecimento fotográfico na investigação criminal: análise comportamental e técnica probatória**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

## É PRECISO AVANÇAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE A MP 1167/2023

**JANDESON DA COSTA BARBOSA:**  
*Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Ceub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Ex-Especialista Sênior e Ex-Diretor da área de licitações e contratos do TCU. Servidor do TCU. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do Ceub. Professor. Advogado.*

**FRANCISMARY SOUZA PIMENTA MACIEL**<sup>88</sup>

**NICOLA ESPINHEIRA DA COSTA KHOURY**<sup>89</sup>

**TÂNIA LOPES PIMENTA CHIOATO**<sup>90</sup>

(coautores)

Steven Johnson, um *best-seller* em inovação, em seu já clássico “De onde vêm as boas ideias: uma breve história da inovação”, explora o interessantíssimo conceito do “possível adjacente”[1]. O argumento principal a dar substância ao conceito cuida, grosso modo, de desmistificar as inovações revolucionárias e transcendentais, tão romantizadas. Conforme Johnson explica – e exemplifica fartamente –, as inovações que de fato prosperaram ao longo da história resultaram de um trabalho de bricolagem; foram fabricadas a partir de detritos das velhas ideias. A inovação é um futuro que paira “nas bordas do estado atual de coisas”.

A Lei 14.133/2021, a chamada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA), invoca o “possível adjacente” de Steven Johnson. A norma é fruto de um processo de amadurecimento há tempos em progresso; da sistematização de institutos já cogitados ou até já elaborados e utilizados. Enfim, é inovação, mas é também um arranjo evolutivo possível.

Deve-se reconhecer, no entanto, que o processo de amadurecimento das normas de contratação pública, que culminou com a NLLCA, não foi uniforme no país. Há, sob muitos aspectos, certo protagonismo do governo federal em regulamentação e em experimentação das práticas e institutos. Ademais, há diferenças estruturais abissais entre os entes submetidos à nova legislação. Por vezes, entre os órgãos e entidades que os compõem.

---

88 *Mestranda no Mestrado profissional em Administração Pública pelo IDP. Secretária de Licitações, Contratos e Patrimônio do TCU. Servidora do TCU. Especialista em Gestão de Logística na Administração Pública. Graduada em Administração.*

89 *Secretário de Administração Pública Consensual do TCU. Ex-Secretário-Geral Adjunto de Controle Externo do TCU. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Ceub. Especialista em Pavimentação pela UFBA. Auditor do TCU. Engenheiro Civil pela UFBA. Advogado.*

90 *Secretária da Função Jurisdicional do TCU. Ex-Secretária de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU. Auditora do TCU. Graduada em Engenharia Civil e Matemática pela UnB.*



Dessa evolução desigual parecem decorrer as maiores angústias em relação à transição entre os regimes gerais de licitação. Do sentimento de despreparo germinam, aparentemente, os esforços por um prazo mais dilatado para a adequação às novas normas. Voltaremos a essa reflexão.

Se as causas das inseguranças em relação à NLLCA são, deve-se admitir, meras conjecturas, as suas consequências são agora reais. No último dia útil do mês de março, precisamente a data limite estipulada para a convivência entre os regimes, foi editada a Medida Provisória 1.167/2023, que deu sobrevida às regras anteriores à NLLCA.

Mas as primeiras impressões sobre a MP, prestes a ser definitivamente apreciada pelo Congresso Nacional, revelam que pouco se ganhou de tempo adicional para a conformação dos entes às regras da NLLCA. É pouco, pelo menos, se tomado como parâmetro o que já havia sido recentemente estabelecido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão 507/2023-Plenário, proferido na sessão de 22/3/2023 [2].

Na oportunidade, o TCU firmou entendimento no sentido de que “os processos licitatórios e os de contratação direta nos quais houve a ‘opção por licitar ou contratar’ pelo regime antigo (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011) até a data de 31/3/2023 poderão ter seus procedimentos continuados com fulcro na legislação pretérita, desde que a publicação do Edital seja materializada até 31/12/2023”.

Além disso, a Corte entendeu que a expressão “opção por licitar ou contratar” disposta na NLLCA se materializa por manifestação expressa da autoridade competente, ao optar por um ou outro regime, ainda na fase preparatória do certame, em processo administrativo já instaurado. Os processos que não contivessem a referida opção até o final de março deveriam observar com exclusividade os comandos contidos na Lei 14.133/2021.

Em função dos entendimentos fixados, o TCU determinou ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI) que procedesse aos necessários ajustes na regulamentação até então vigente sobre o assunto aplicável aos órgãos da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional e aos demais órgãos e entidades aderentes ao sistema de compras do poder executivo federal, materializada na Portaria Seges-MGI 720/2023 [3], de modo a contemplar as conclusões do acórdão.

Verifica-se que a decisão do TCU se divide em duas partes. A primeira delas aclara o texto legal quanto à expressão “opção por licitar ou contratar”. Pensamos que a interpretação pode e deve ser adotada por todas as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não descuidamos das críticas – merecedoras de atenção – ao caráter abstrato-normativo de que acabam se revestindo decisões do TCU, como essa, vinculativas. No entanto, é de se reconhecer que a aplicação da lei, no ponto, carecia realmente de esclarecimento, circunstância que justifica a atuação, nos termos da Súmula TCU 222 [4]:

“As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas

pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Na segunda parte da decisão, a Corte fixa um prazo razoável para a publicação do edital. Não se trata, aqui, de pura interpretação da norma. O TCU fez uso do princípio da razoabilidade, no âmbito das competências próprias de sua missão constitucional de zelar pelo interesse público, ao identificar “risco de excessiva dilação no prazo de aplicação das normas que o Parlamento buscou revogar” (voto do Acórdão-TCU Plenário 507/2023). Entendemos que, por isso, nesse ponto, restringe-se a aplicação da Súmula 222, de modo que a abrangência do julgado alcança somente os entes federais sob a jurisdição do órgão.

Não por outra razão, o TCU encaminhou cópia da deliberação ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon). Reconheceu, ao que tudo indica, os limites de sua decisão. Ademais, primou pela segurança jurídica na publicação dos editais com base no regime anterior, na expectativa de que tais entidades pudessem induzir uma uniformidade, respeitadas distintas realidades e resguardado o interesse público.

De todo modo, a MP, tal como o julgado, estipulou o final do presente exercício como limite máximo para a publicação de editais construídos sob a égide do arcabouço normativo mais antigo. Assim, eventuais divergências quanto ao efeito vinculante do Acórdão-TCU Plenário 507/2023 perdem, em boa medida, a importância.

É certo que a MP conferiu maior elasticidade para a opção a ser feita pela Administração contratante do que a decisão do TCU, conforme leitura combinada das alterações promovidas nos arts. 191 e 193 da NLLCA. A essência de ambos os instrumentos, no entanto, segue a mesma, qual seja, a de que a opção a que se refere a NLLCA deve se dar até o término da vigência do regime anterior. A lógica é simples: não há que se falar em opção por regime já extinto. Uma vez prorrogada a vigência, contudo, prorroga-se, automaticamente, o prazo para a opção por licitar ou contratar por um ou outro regime. Portanto, as mudanças advindas da MP estão, na essência, alinhadas à decisão da Corte de Contas federal.

Se, por um lado, a MP apaziguou a maioria das dúvidas sobre a abrangência e os efeitos das regras de transição dos regimes – afora garantir um prazo extra aos gestores –, por outro lado não resta claro se ela de fato resolverá todos os problemas aos quais parece ter sido endereçada.

Conforme a exposição de motivos que a justifica, a MP veio como uma resposta ao risco de paralisação nas contratações públicas “ante a dificuldade de atender de modo pleno a nova legislação diante da complexidade das alterações, em especial em municípios de menor porte”[5]. Sabe-se, ainda, que as alterações são resposta a pleito da Confederação Nacional dos Municípios e da Frente Nacional de Prefeitos, após a repercussão da Marcha dos Prefeitos ocorrida na semana de 27 a 30 de março de 2023, em Brasília. O alargamento do prazo, nos termos da exposição de motivos, permitiria os legislados “adaptar as suas estruturas e se capacitar em seus próprios regulamentos e sistemas de informação”.

Ao que tudo indica, após mais de dois anos da promulgação da NLLCA, avaliou-se que os cerca de nove meses de convivência adicionais seriam suficientes à implementação pelos estados e municípios, especialmente os de menor porte.

Mas parece-nos legítimo questionar: se dois anos não foram suficientes à plena operação da lei, como, em apenas mais alguns poucos meses tudo será resolvido para que a transição ocorra adequadamente? Diante desse cenário, avulta-se, de fato, o risco de prorrogações sucessivas ou demasiado ampliadas, o que atrasaria ainda mais importantes avanços esperados com a NLLCA. Tal risco já se materializou no próprio processo legislativo para apreciação da MP, eis que a Emenda 3 à MP 1.167/2023 [6] propõe alterar o prazo citado para o final do ano de 2024.

É preciso ponderar ainda que o novo marco de vigência do regime antigo é agora a data limite, tanto para a opção do gestor pelo regime novo ou antigo, quanto para a publicação dos editais construídos com base no regime antigo. Logo, mantidas as regras da MP, a partir de janeiro de 2024 os novos editais já deverão, todos, ser publicados com base na NLLCA. Como toda licitação necessita passar por uma regular fase de planejamento, imperioso concluir que os entes devem estar preparados, e já aplicando efetivamente a NLL, muito antes do término do ano, para que possam construir os editais a serem publicados até o prazo limite.

Na prática, os entes, órgãos e entidades têm poucos meses adicionais – talvez três ou quatro, em previsão otimista – para adaptarem suas estruturas, se capacitarem em seus regulamentos próprios e implementarem as necessárias ferramentas tecnológicas à plena implementação da NLLCA. Assim, o prazo adicional poderá contribuir com a conclusão da implementação, antes da virada de chave, para aqueles que já estiverem em fase adiantada, mas não socorrerá os que não souberam aproveitar o prazo de transição de dois anos inicialmente previsto.

O risco de se constatar, ao final do novo prazo de vigência do regime antigo, que a almejada preparação não foi concluída é alto. E o custo desse processo moroso para a sociedade brasileira pode ser ainda maior. E talvez não fosse mesmo necessário lidar com esses riscos e custos.

Em primeiro lugar, como já se argumentou, a inovação promovida pela lei não é, de fato, inteiramente inédita. Ademais, o próprio modelo de organização das normas e institutos que a compõem é benéfico ao aplicador inexperiente. Em que pesem as inúmeras críticas quanto ao caráter maximalista da NLLCA, que mescla questões estratégicas de governança pública com prescrições estritamente operacionais, os caminhos delineados conduzem naturalmente o gestor a uma reflexão mais acurada acerca da finalidade e dos resultados pretendidos com as contratações. Isso, por si, é um avanço que facilita a mitigação de alguns dos riscos mais significativos associados às compras públicas.

Além disso, a lei estabelece uma maior organização institucional, com papéis mais bem definidos. Promove também a transparência e o acesso à informação em todas as fases do processo. Viabiliza, portanto, o aprimoramento da contratação, tanto por via da delimitação mais clara de responsabilidades dos agentes públicos, quanto por meio do controle cidadão.

Sob o ponto de vista estritamente operacional, não se vislumbram empecilhos incontornáveis a obstar a aplicação imediata do novo regime. De acordo com o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, em informação divulgada por meio do Comunicado nº 1/2023 [7], o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) “encontra-se operacionalmente apto a viabilizar a divulgação centralizada e obrigatória dos atos essenciais praticados sob a égide da

NLL”. O portal pode ser adotado por qualquer órgão ou entidade interessado, por meio de utilização direta ou de integração com outro sistema público ou privado contratado pelo ente.

Nem mesmo a carência de regulamentação se mostra entrave invencível. Em que pese a justa e plausível argumentação de que a regulamentação própria é essencial para refletir a realidade vivenciada pelos entes municipais e estaduais, o caminho já percorrido no âmbito federal pode ser um porto seguro de referência. A maturidade alcançada nos muitos regulamentos expedidos pelo poder executivo federal – suficientes ao pleno atendimento da NLLCA – pode ser aproveitada, como base aos regulamentos próprios dos entes<sup>91</sup>.

Sobre o ponto, a NLLCA não apenas traz explícita a possibilidade, em seu art. 187, de aplicação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos regulamentos editados pela União para a sua execução, como abre espaço para raciocínio semelhante em diversos outros dispositivos. É o caso, por exemplo, das disposições do art. 19, incisos II e IV, que tratam da adoção do catálogo eletrônico de padronização e de modelos de minutas de editais, de termos de referência, contratos e outros instrumentos.

Verifica-se, portanto, que é possível a adoção imediata dos instrumentos, sistemas e regulamentos já vigentes, sem prejuízo da paulatina adaptação às realidades e dificuldades peculiares de cada ente e, com muito mais propriedade, a partir da vivência prática da condução das contratações com base nas novas regras. Esse caminho parece ser muito menos tortuoso e mais racional do que a preparação prévia na busca do ambiente ideal – se é que isso seria possível – para a implementação das mudanças exigidas pela nova lei. Alinhamo-nos ao Ministro Benjamin Zymler na reflexão de que “o açodamento, na tentativa desenfreada de regulamentar tudo desde logo, pode não ser interessante, pois a normatização surge também da experiência e da observação de boas práticas na utilização da lei.”.

É preciso reconhecer que a aplicação da NLLCA significa avanços importantes no cenário das contratações públicas nacionais. A postergação da sua plena exigibilidade, ainda que avidamente desejada, pode não ser a medida mais alinhada ao interesse público. Postas, como já estão, as bases estruturais mínimas, é preciso coragem de avançar.

#### NOTAS:

[1] JOHNSON, Steven. **De onde vêm as boas ideias: Uma breve história da inovação** / Steven Johnson; tradução Maria Luiza X. de A. Borges, 1ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

[2] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 507/2023 - Plenário**. Relator: Ministro Augusto Nardes. Julgado em 22/3/2023.

[3] BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Portaria Seges-ME nº 720, de 15 de março de 2023**: Fixa o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

---

<sup>91</sup> A lista completa dos regulamentos pode ser obtida no endereço <https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc>

[4] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula TCU nº 222**. Decisão nº 759/1994-Plenário. Relator: Ministro Iram Saraiva. Julgada em 13/12/1994.

[5] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. EM nº 00046/2023 MGI, de 31 de março de 2023: **Exposição de motivos do projeto de Medida Provisória** que altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1167-23.pdf](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1167-23.pdf). Acesso em 14 abr. 2023.

[6] BRASIL. Comissão Mista da Medida Provisória nº 1167/2023. **Emenda 3 à MP 1167/2023**, de 4 de abril de 2023. Deputado Federal Paulinho Freire. União/RN. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9309774&ts=1681305070926&disposition=inline&ts=1681305070926>. Acesso em 14 abr. 2023.

[7] BRASIL. Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas. **Comunicado nº 1/2023 - Portal Nacional de Contratações Públicas, de 3 de março de 2023**. Disponível em <https://www.gov.br/pncp/pt-br/aceso-a-informacao/comunicados/comunicado-no-1-2023-portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp>. Acesso em 14 abr. 2023.



## A FIGURA DO PSICOPATA NO ORDENAMENTO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

**MAIDSON OLIVEIRA DOS SANTOS:**  
Graduando do Curso de Direito no Centro  
Universitário Luterana de Manaus.<sup>92</sup>

RUBENS ALVES DA SILVA<sup>93</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a figura do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro" aborda a questão do diagnóstico de psicopatia e sua relação com o sistema judicial brasileiro. O trabalho apresenta uma revisão bibliográfica sobre a definição de psicopatia e as principais características do transtorno. Em seguida, o trabalho explora a forma como o sistema judicial brasileiro lida com os psicopatas, examinando a legislação penal e as possibilidades de defesa para indivíduos diagnosticados como psicopatas. Por fim, o artigo apresenta conclusões e recomendações para lidar com a figura do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a necessidade de maior formação e conscientização dos profissionais do sistema judicial, a importância da avaliação e tratamento adequados de indivíduos com psicopatia e a necessidade de uma abordagem mais justa e equitativa para lidar com crimes cometidos por indivíduos com o transtorno.

### 1. INTRODUÇÃO

A figura do psicopata tem sido objeto de estudo e discussão em diversas áreas, incluindo a psicologia, a psiquiatria, o direito e a criminologia. No Brasil, a questão ganha ainda mais relevância quando se trata do seu impacto no ordenamento jurídico e no sistema judicial.

O diagnóstico de psicopatia é frequentemente associado a comportamentos criminosos e violentos, o que pode ter implicações significativas para a justiça criminal e para a sociedade como um todo. Por essa razão, é fundamental compreender como a figura do psicopata é tratada pelo sistema judicial brasileiro e quais as possíveis consequências disso.

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo principal investigar a figura do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro, abordando questões relacionadas ao diagnóstico, à avaliação e ao tratamento de indivíduos com o transtorno. O trabalho também examinará as implicações éticas e morais do diagnóstico de psicopatia e sua

---

<sup>92</sup> E-mail: silva.alex.corde@gmail.com

<sup>93</sup> Advogado. Professor e orientador do Curso de Direito no Centro Universitário Luterana de Manaus.



relação com a justiça criminal, bem como as possíveis falhas e limitações do sistema jurídico brasileiro para lidar com a figura do psicopata.

Para alcançar esses objetivos, o trabalho será estruturado em quatro seções principais. Na primeira seção, serão apresentadas as principais características e definições do transtorno de personalidade psicopática. Em seguida, a segunda seção abordará a forma como o sistema judicial brasileiro lida com os psicopatas, examinando a legislação penal e as possibilidades de defesa para indivíduos diagnosticados como psicopatas. A terceira seção discutirá as implicações éticas e morais do diagnóstico de psicopatia, bem como as possíveis falhas na avaliação e tratamento de indivíduos com o transtorno. Por fim, a quarta seção apresentará conclusões e recomendações para lidar com a figura do psicopata no ordenamento jurídico brasileiro.

Espera-se que este trabalho contribua para um melhor entendimento da figura do psicopata no contexto do sistema jurídico brasileiro, promovendo reflexões importantes sobre a justiça criminal e os direitos humanos.

## **2. CONCEITO DA PSICOPATIA**

No início do século XIX, por volta de 1801, Phillippe Pinel foi o primeiro a conceituar a perturbação moral. Ele é conhecido por criar o conceito de "Manie sans delire", que pode ser traduzido como "loucura sem delírio" ou "racional" em português. Esse conceito foi usado para caracterizar pessoas que apresentavam comportamento beligerante e anormal (SILVA, 2015).

De acordo com Ana Beatriz Barbosa esclarece que:

É importante destacar que o termo "psicopata" pode levar a uma interpretação equivocada de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. Na verdade, a palavra psicopata deriva do grego "psyche" (mente) e "pathos" (doença), mas em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se enquadra na visão tradicional das doenças mentais. Os indivíduos com psicopatia não são considerados loucos e não apresentam desorientação. Além disso, eles não sofrem de delírios ou alucinações (como na esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como na depressão ou no transtorno do pânico, por exemplo) (SILVA, 2014, p. 38)

Atualmente, há três teorias que buscam conceituar a psicose: a primeira a considera como uma doença mental, a segunda a considera como uma doença moral e a terceira a considera como um transtorno de personalidade (SILVA, 2015).

A atual defesa da teoria que considera a psicose como uma doença mental afirma que essa condição decorre de fatores biológicos, como a suscetibilidade genética e alterações em certas áreas do cérebro dos pacientes com esse transtorno. Essas alterações resultam na distorção dos requisitos legais e são defendidas por alguns especialistas. A segunda teoria é que a psicopatia é uma espécie de doença moral, na qual os pacientes mentais obedecem às regras, mas não possuem consciência moral. Essa condição também pode resultar na distorção dos requisitos legais e é defendida por alguns profissionais da área.

A terceira tendência é a de que a maioria dos especialistas concorda que a psicose é um transtorno de personalidade. De acordo com a definição da American Psychiatric Association, personalidade é uma tendência a sentir, se comportar e pensar de maneira relativamente consistente ao longo do tempo, e quando as características podem ser expressas (MECLER, 2015, p.35). A medicina atualmente considera a psicose como um transtorno de personalidade antissocial, estabelecido como -F60.2 na CID 10 (Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde).

Pacientes psiquiátricos são indivíduos com transtornos de personalidade específicos. Eles apresentam "graves distúrbios na composição do caráter pessoal e nas tendências comportamentais, geralmente envolvendo múltiplos aspectos da personalidade e quase sempre associados a um considerável caos social". (CAITANO, 1998, p.109).

Em relação às características dos pacientes mentais, alguns atributos mais comuns são: falta de arrependimento e sentimentos, instabilidade e intolerância à frustração e impulso (BITTENCOURT, 1981).

Em consonância com isso, o autor Genival Veloso apontou:

As características mais acentuadas nas personalidades psicopáticas são: distúrbios da afetividade, ausência de delírios, boa inteligência, inconstância, insinceridade, falta de vergonha e de remorso, conduta social inadequada, falta de ponderação, egocentrismo, falta de previsão, inclinação à conduta chocante, raramente tendem ao suicídio, vida sexual pobre e não persistem num plano de vida (FRANÇA, 2004, p. 424).

Por fim, deve-se ressaltar que os pacientes com doenças mentais podem desfrutar plenamente suas habilidades mentais, não terão alucinações, não serão considerados doentes mentais e nem todos estes cometerão atos criminosos. Concluída a compreensão do conceito de psicopatia, será analisado como a legislação brasileira prevê punições para crime cometidos por pessoas com diagnóstico de psicopatia.

## 2.1. Psicopatas Homicidas e o Direito Penal

Como bem se sabe, o Tribunal do Júri é quem tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. Desta forma ocorre com os homicídios em série praticados por psicopatas, que neste caso vão a julgamento perante o Conselho de Sentença. Com base no laudo do perito, os quesitos são elaborados; desta forma, se o laudo determinar a imputabilidade do agente, os quesitos acerca da semi-imputabilidade não são necessários (MATTEI, 2016).

Caberá à comissão julgadora decidir se existem motivos especiais para a comutação prevista no artigo 26 da Lei Penal; se entender que tal presunção é adequada, o juiz reduzirá a pena de um terço a dois terços quando o juiz realizar a dosimetria ou o agente será submetido a medidas de segurança (MATTEI, 2016).

Conforme já mencionado no decorrer do trabalho, não há previsão legal para punir os portadores de transtorno mental por comportamento criminoso, para este estudo o foco é punir os homicídios em série diagnosticados como doentes mentais. Posteriormente, discutiremos o mecanismo de punição atualmente "disponível" no sistema penal brasileiro como forma de sanção contra pacientes com doença mental. Antes disso, alguns conceitos são necessários.

## 3 CULPABILIDADE

Quando uma pessoa comete um crime e é responsabilizada, a culpa é dela, o que é uma característica negativa da desaprovação. Capez (2016) explica que a culpa não é um elemento do crime cometido, mas uma condição para a punição do agressor. É a reprovação de comportamento típico e ilegal (MIRABETE, 2016).

De acordo com a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, é imputável o elemento que constitui a culpa, o que será melhor esclarecido a seguir; ciente da ilegalidade dos fatos, ou seja, o agente deve conhecer ou estar apto a conhecer a natureza anti-jurídica de suas ações e, finalmente, para condenar a culpa sexual, o sujeito deve ser capaz de agir de maneiras diferentes, ou seja, exigir comportamentos diferentes.

Assim, a culpabilidade pode ser excluída pela ausência de qualquer um dos elementos citados. Pode ocorrer por casos de inimputabilidade do sujeito, previstos nos artigos 26 (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado), 27 (desenvolvimento mental incompleto do menor de 18 anos) e 28, § 1º (embriaguez) do Código Penal. Ainda, pela inexistência da possibilidade de conhecimento do ato ilícito por erro sobre a ilicitude (art. 21), discriminantes putativas (art. 20, § 1º) ou obediência à ordem de superior hierárquico (art. 22, segunda parte). A primeira parte do art. 22 do Código Penal

traz a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (BELING, 2017).

Este trabalho não é adequado para uma maior conceituação sobre isso, pois não é o foco da pesquisa, mas acredita-se que a menção desses elementos é importante para o leitor contextualizar e compreender melhor os tópicos que se seguem.

### **3.1. Imputabilidade**

Em suma, a responsabilidade criminal pode ser definida como a capacidade de um indivíduo de cometer um fato ilegal típico e responder criminalmente a ele. Trata-se de compreender a natureza ilegal dos fatos e agir de acordo com esse entendimento CAPEZ, 2017).

Além de descrever o conceito de responsabilidade, Fernando Capez (Fernando Capez) aprofundou seu entendimento ao falar sobre a necessidade de um agente saber que está cometendo um ato ilegal:

“O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento”.

Embora ele não tenha mencionado esse tópico, pode-se perceber pelas palavras do autor que um paciente mental com deficiência cognitiva não preenche os requisitos para ser considerado atribuível. Uma pessoa que é puramente diagnosticada como doente mental não será afetada por condições que prejudiquem sua capacidade de compreender a realidade, portanto, não há como ser considerada sem desculpa.

A imputabilidade, portanto, é a capacidade de uma pessoa entender o quão ilegal é seu comportamento. Não deve ser confundido com carga total ou engano. Em suma, em relação ao primeiro, entende-se que a responsabilização é uma habilidade a ser utilizada no campo penal. Por sua vez, a intenção é a vontade de realizar a ação, e a atribuívelidade faz com que o agente compreenda essa vontade.

“A imputabilidade é a face criminal da liberdade do querer; é aquela disposição espiritual na qual está presente o poder de resistência como poder de ser obediente ao direito. É a condição prévia, sempre que uma ação concreta seja examinada para estabelecer se foi cometida de forma culpável.” (BELING, 2017).

O Direito Penal Brasileiro entende extraindo do teor do texto do artigo 26 do Código Penal que o imputável é que "por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é completamente impossível compreender a ilegalidade dos fatos ou com base nisso devido a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou atrasado. Essa compreensão é determinada por você ". Os artigos 27 e 28 listam outras formas de não atribuição. Conforme já mencionado no artigo, a não atribuição exclui a falha.

O parágrafo único do referido artigo ainda revela que o agente pode ter sua pena diminuída de um a dois terços se sofrer de perturbação mental que ou tiver desenvolvimento mental incompleto ou retardado que dificulte sua compreensão de ilicitude dos seus atos. Trata, tal dispositivo, da semi-imputabilidade do agente.

Ressalte-se novamente que o doente mental não é um doente mental, portanto não está isento de desculpas (além das características de personalidade do doente mental, o agente também pode sofrer de transtornos mentais, defeitos, etc .; nestes casos, o laudo pericial determinará este (A extensão em que esta situação ocorre, mas é importante enfatizar que a doença mental em si não prejudica as habilidades do indivíduo). Portanto, Hare (2016) entende que:

"Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente."

Desta forma, Silva ainda possui a pertinente opinião:

"Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo) (PALOMBA, 2016).

Ao contrário, seu comportamento criminoso não provém de uma mente doentia, mas de um raciocínio frio e calculista, além de uma total incapacidade de considerar os outros como pessoas pensantes e emotivas. "

No entanto, de acordo com o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, o atual sistema penal brasileiro trata os homicídios seriais com doença mental como indivíduos semi-imputáveis na maioria dos casos. O paciente mental tem a capacidade de distinguir o certo do errado, de forma que assuma a responsabilidade por seus atos, porém, entende-se que carecem de aspectos éticos / morais.

#### **4 DAS SANÇÕES PENAIS**

Vale a pena revisar neste tópico o problema de que criminosos com diagnóstico de doença mental têm alta probabilidade de reincidência, o que também significa que sua ressocialização é extremamente difícil, quase impossível, porque a doença não tem cura.

No sistema penal brasileiro, as sanções penais incluem penas e medidas de segurança, como todos sabemos, a base para a punição do agressor é a culpa, enquanto as medidas de segurança se baseiam no perigo. As multas são atribuídas a agentes atribuíveis e semi-imputáveis, sendo que as medidas de segurança são atualmente aplicadas principalmente a agentes não atribuíveis, mas também existem casos de agentes semi-imputáveis

Segundo Damásio, a punição inclui “o estado impõe sanções penosas aos autores de crimes (criminais) por meio de procedimentos criminais como retaliação por ações ilegais, incluindo a redução de bens legais” (JESUS, 2005, p.519). em termos de função, as palavras de Nugi são bastante proeminentes. Para ele, a pena é “reeducar os infratores, retirar-los do convívio social quando necessário e reafirmar os valores e a intimidação protegidos pelo direito penal”. A sociedade evitou esse crime (2005, p.341).

Porém, “o maior problema com o princípio punitivo aplicado aos casos de portadores de transtorno é que eles não conseguem entender as dimensões do comportamento cruel cometido, ou seja, a punição deles não impede a implementação de novos atos criminosos” (FERRARI, 2001, p.102). Nesse sentido, o professor Odon Ramos Maranhão acrescentou:

O doente mental (antissocial) não reflete claramente essa experiência. A punição, ou mesmo a prisão, não mudará seu comportamento. Cada experiência é tratada como um fato isolado de se viver e sentir. Experimente o presente, sem conexão com o passado O doente mental (antissocial) não reflete claramente essa experiência. A punição, ou mesmo a prisão, não mudará seu comportamento. Cada experiência é tratada como um fato isolado de se viver e sentir. Experimente o presente, sem conexão com o passado ou o futuro. A capacidade crítica e a consciência moral foram severamente prejudicadas (2008, p. 88).



Atualmente, o sistema jurídico não impõe penalidades específicas a criminosos e portadores de doenças mentais, o que expõe a fragilidade do sistema. Portanto, o modelo de punição é amplo, ou seja, a punição de portadores de transtorno mental é prevista por meio de medidas de segurança, porém, medidas de segurança também podem ser aplicadas a pacientes não psicóticos, o que a torna (ineficaz). (ZAFFORONI; PIERANGELI, 1997).

No entendimento do professor Guilherme Nucci, as medidas de segurança podem ser denominadas como uma espécie de sanção penal, que se dirigem a pessoas ilícitas e factuais típicas, não imputável e semi-imputáveis em circunstâncias especiais, e devem ser submetidas a internação ou tratamento ambulatorial (NUCCI, 2005, p.459).

Há muito que se discute qual é o prazo adequado para a aplicação de medidas de segurança. Porém, em 2012, o Tribunal Superior instituiu o conceito de Supremo Tribunal Federal, eliminando a duração das medidas de segurança, e assim por diante, o limite máximo previsto pela legislação penal é de 30 anos, em seu art. 75 (STJ, 2012). Portanto, após o período de internação, o substituto não deve ser hospitalizado novamente.

Em outras palavras, um paciente com transtorno não tem a capacidade de se arrepender, ele entende o que é certo e errado, então mesmo que finalmente cumpra sua pena, ela não se arrependerá do que fez. Portanto, ao ser liberado, o paciente pode repetir o mesmo crime que o motivou (UGIETTE, 2008).

Portanto, ver mais uma vez que as medidas de segurança são administradas e preventivas por natureza, visam claramente o tratamento e a proteção social dos pacientes, enquanto os doentes não o são, pois como mencionado acima, a personalidade não pode ser curada, por este motivo, o prazo para observar ou curar pacientes com esse distúrbio é extremamente errado ou inválido (ZAFFORONI; PIARENGELI, 1997).

Para Oliveira, a legislação penal brasileira trata criminosos com doenças mentais:

Não serve como forma de punição aos psicopatas [...] uma vez que apresenta inteira indiferença aos institutos penalizadores diante da sua carência afetiva. E sem o adequado acompanhamento "brincarão" com o sistema carcerário, tendo em vista que poderão manipular a realidade apresentando bom comportamento para serem beneficiados com a progressão de regime, por exemplo, voltando mais rápido à convivência com a população (2012, p. 2).

Portanto, as medidas de segurança aplicáveis ao portador de transtorno mental brasileiro mostraram-se ineficazes, por outro lado, o encarceramento comum mostrou-se

insuficientemente para pessoas com diagnóstico de doença mental (psicopatia). Além de serem indomáveis à reeducação, advertências e correções, costumam ser as pessoas mais indisciplinadas do sistema prisional (GRECO, 2012).

Existem várias soluções para este problema, incluindo a solução por Christian Costa, que forneceu:

A solução para o problema estaria na criação de prisões especificamente destinadas a psicopatas, onde estes ficariam isolados dos presos comuns, de maneira que não poderiam controlá-los. Esta prisão deveria receber uma atenção especial do governo, contando sempre com equipe médica e psicológica para acompanhamento permanente, caso contrário o que seria a resolução do problema, acabaria sendo verdadeira bomba prestes a estourar. Na impossibilidade de prisões específicas para os dissociais, [...] o compartilhamento de instituições prisionais com presos comuns também surtiria efeitos, se psicopatas e presos comuns não fossem colocados em contato, a partir de uma escala de horários diferenciada, e de selas equidistantes (2008, P. 97).

Por outro lado, José Alves Garcia, partindo do pressuposto de que os doentes mentais não podem ser tratados, recomenda a prisão perpétua:

(...) nem uma absolvição perigosa e nem uma punição ilógica; mas o direito de defesa social exige que nos pronunciemos por um isolamento definitivo de certos psicopatas, em especial dos recidivistas. (1942, p. 418)

Outros autores defenderam certas políticas criminais a aplicação de sanções criminais. Nesse sentido, Natalia Christina Soto Banha:

(...) deve ser observada pela política criminal para o psicopata que mesmo após o fim da punição, seja ela medida de segurança ou não, ele precisa ser monitorado eternamente, já que possui em si a capacidade de cometer crimes, bastando uma válvula de escape, que pode se dar nas situações mais inusitadas; para isso ele poderia fazer uso da "tornozeleira eletrônica", de maneira que sempre seria possível achá-lo. Outro ponto interessante é que mesmo em liberdade e com a tornozeleira, ele passasse por perícias periódicas (por uma equipe interdisciplinar) para que fosse analisado como anda seu transtorno (2008, p. 3).

Neste caso, a doença mental parece ser um verdadeiro desafio para a psiquiatria forense, não tanto pela dificuldade de identificá-la, mas para ajudar o juiz a encontrar o melhor lugar para esses pacientes e como tratá-los: hospital psiquiátrico forense, prisões ou outras instituições (MAIS, 2018).

A falta de penas específicas aplicáveis aos criminosos com esse problema no ordenamento jurídico dificulta o atendimento adequado aos seus crimes, levando à necessidade de tratamento diferenciado, principalmente à necessidade de estruturas adequadas para lidar com todas as peculiaridades do criminoso com transtorno mental no sistema penal.

#### **4.1. Qual o Tratamento Adequado?**

No decorrer deste trabalho, pode-se perceber que a doença mental é um transtorno de personalidade, que não tem cura, e os tratamentos e tratamentos não surtem efeito. Portanto, é de interesse social buscar medidas alternativas cabíveis para punir os crimes cometidos por tais indivíduos.

Segundo Hare (2016) acredita-se que, se o tratamento for iniciado na infância da pessoa, é possível controlar as características da psicose. Ao discutir o diagnóstico de doença mental, alguns fatores utilizados pela Escala de Lebre são listados, incluindo transtornos de comportamento na infância. É lógico pensar que o tratamento desde a infância pode evitar o desencadeamento de comportamentos criminosos em pacientes com transtorno mental, pois as personalidades estão se formando. O tratamento de adultos com personalidades maduras é muito mais complicado.

Uma pessoa com doença mental pode fingir que está arrependida, fingir que está arrependida, fingir que aprendeu uma lição com sua punição e jurar que o comportamento que cometeu nunca mais acontecerá. Obviamente, uma política criminal / criminal que possa punir adequadamente os criminosos com doenças mentais precisa ser desenvolvida. Vale destacar que o judiciário confunde doença mental com doença mental, além disso, a legislação penal não prevê penas para tais crimes, portanto, o assassino com doença mental é considerado assassino comum.

A lei como um todo deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade. A doença mental não é uma questão relativamente nova no campo jurídico, mas nos últimos anos, a necessidade de supervisão específica para crimes envolvendo essas doenças tornou-se mais evidente. A lei criminal precisa ser revisada para fornecer tratamento adequado para pacientes com diagnóstico de doença mental.

Portanto, é compreensível que seja necessário estabelecer um sistema de supervisão contínua de criminosos com doenças mentais e profissionais altamente treinados para estabelecer etapas de tratamento e monitoramento extremamente detalhados; uma vez que violações ou comportamentos puníveis sejam encontrados, os pacientes com doenças mentais retornarão a A "sistema" mais vigilante e preocupado. A interação entre a área jurídica e a saúde mental é muito importante, na busca de soluções. Como os pacientes mentais são extremamente capazes de mentir e enganar as pessoas ao seu redor, cada vez mais profissionais bem treinados são necessários para lidar com eles.

## 5. CONCLUSÃO

A pesquisa busca evidenciar o conceito de doença mental discutindo as três principais e ao mesmo tempo, mostrar as características de um indivíduo portador de transtorno mental, que é a base para distingui-lo dos criminosos comuns.

O foco da pesquisa sobre a teoria do crime é a responsabilização, não atribuição e atribuível para determinar se os indivíduos diagnosticados com psicopatia podem e devem ser responsabilizados, bem como os meios de punição mais comumente usados.

Também comprova a ineficácia das medidas de segurança aplicadas aos doentes mentais, pois essas pessoas não podem se arrepender, embora saibam o que é certo, semelhante à prisão comum, que não é suficiente para ser diagnosticado como psicopatas.

Ao longo do artigo, verifica-se que a psicopatia não pode ser considerada um criminoso plenamente capaz, nem pode ser considerado totalmente incapaz, originando um verdadeiro impasse que infelizmente, continua por resolver, o que nos leva a crer que se trata de pessoas que estão a ser tratadas. Antes do tratamento jurídico adequado, as discussões sobre o assunto devem prevalecer e ser descobertas.

Por fim, é indiscutível mostrar que há uma necessidade clara de solucionar esse problema e preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro para estabelecer normas específicas e adequadas para o tratamento de pacientes mentais que ajudem a prevenir reprimir o comportamento criminoso das pessoas. Foi diagnosticado com psicopatia.

## REFERÊNCIAS

BANHA, Nathalia Cristina Soto. **A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5321](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321)>. Acesso em

BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral**. 10° ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Maria Inês G. F. **Conceito de psicopatia: elementos para uma Definição**. Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/abp/article/view/18612/17353>>. Acesso em

CAETANO. Dorgival. **Classificação de Transtornos mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas – Coord. Organiz. Mund. da Saúde**, Porto Alegre: Artmed, 1993.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal** – 19°, Editora: Saraiva, 2015.

COSTA, Chirstian. **Curso de Psicologia Criminal**. Belém: Planeja RH, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

GARCIA, José Alves. **Compendio de psiquiatria**. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1942. Disponível em <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/21158/21158.PDF>> Acesso em: 25 abr. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 11 ed. Niterói: Ímpetus: 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14.ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 28 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA JR, José César Naves. **Manual de Criminologia**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MASI, Carlo Velho. **Transtorno de personalidade antissocial e Direito Penal**. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/transtorno-personalidade-antissocial/>> acesso em

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

MECLER, Katia. **Psicopatas do cotidiano**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de. **A Responsabilidade Penal dos Psicopatas**. 2012. Disponível em <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/21158/21158.PDF>> Acesso em:

PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais. 2010.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal – Fundamentos e Teoria do Direito**. São Paulo: Revista do Tribunal, 2007.

QUEIROZ, Paulo, **Conceito de Direito Penal**. 2011. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/>. Acesso em: 20 de abril. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA. De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. Forense, 2009, V.02, p.802 Sociopatia x Moralidade, um mal antigo. Revista Jurídica Consulex. Nº 347, Ano XV, edição de Jul. de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Internação por medida de segurança não pode ultrapassar tempo máximo da pena**. STJ. 2012. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/porta1\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105635](http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105635) Acesso em:

SZKLARZ, Eduardo. **O Psicopata na Justiça Brasileira**. Super Interessante, São Paulo, jul. 2009. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cotidiano/psicopata-justicabrasileira-620213.shtml>>. Acesso em:



TANGERINO, Davi. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VASCONCELLOS, Silvio José Lemos.; GAUER, Gabriel José Chittó.; HAACK, Karla Rafaela.; PEREIRA, Rossana Andriola.; SILVA, Roberta Salvador. **A Semi-imputabilidade Sob o Enfoque da Neurociência Cognitiva**. Revista de Estudos Criminais, n. 34, p. 57-67, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFORONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

## O BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOBRE AS EXCEÇÕES PRELIMINARES APRESENTADAS PELO ESTADO BRASILEIRO

**LEONARDO SEEFELDT CUOGHI:**

Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP); Pós-graduando em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos pela Internet (CEI); Advogado. OAB/SP.<sup>94</sup>

**Resumo:** No âmbito do processo internacional previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem por objetivo apurar a responsabilidade internacional do Estado com relação ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o Estado processado possui o direito de defesa, podendo apresentar contestação e produzir provas. Neste momento, é possível que alegue exceções preliminares, que consistem em objeções acerca da admissibilidade do caso ou da competência da Corte para julgar o objeto do processo. O presente artigo analisou todas as exceções preliminares já opostas pelo Estado brasileiro e as conclusões da Corte sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Exceções preliminares. Jurisprudência internacional.

**Resumen:** Em el ámbito del procedimiento internacional previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene por objeto determinar la responsabilidad internacional del Estado em relación com el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el Estado demandado tiene derecho a la defensa, sendo capaz de presentar contestación y producir pruebas. En este momento, es posible opor excepciones preliminares, que consisten em defensas sobre la admissibilidad del caso o la competencia de la Corte para juzgar el objeto del processo. El presente artículo analizó todos las excepciones ya opostas por el Estado brasileño y las conclusiones de la Corte sobre el tema.

**Palabras clave:** Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares. Jurisprudencia internacional.

### 1. INTRODUÇÃO

---

94 leonardo.s.cuoghi@gmail.com

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é um órgão criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), principal tratado internacional no âmbito interamericano que dispõe sobre direitos humanos na região. Possui jurisdição consultiva e contenciosa. Isto é, possui como função emitir opiniões consultivas sobre determinados temas em que provocada (numa verdadeira consulta acerca da temática de direitos humanos) e também uma função contenciosa, de julgar os Estados supostamente violadores de direitos humanos, uma vez que tenham aceito tal competência.

Desde que o Estado brasileiro aceitou a competência contenciosa da Corte, em 1º de dezembro de 1998, nos termos do artigo 62 da CADH, já foi processado vinte e uma vezes, tendo sido condenado em doze, existindo ainda nove casos pendentes de julgamento. Ou seja, foi condenado em todos os processos que já foram concluídos.

Durante o processo internacional, à similitude do direito processual brasileiro, o Estado pode alegar questões de mérito e questões “processuais”, que recebem a denominação de “exceções preliminares” no Regulamento da Corte IDH. Nas palavras de André de Carvalho Ramos (2020, p. 447), são “exceções preliminares toda a matéria que impeça a Corte de se pronunciar sobre o mérito da causa, como, por exemplo, ausência de esgotamento prévio dos recursos internos”. Funcionam, assim, num paralelo com o direito processual interno, como questões preliminares ou prejudiciais, que afetam ou impedem o julgamento do mérito. No *Caso Escher e outros vs. Brasil* (2009), é possível extrair o conceito dado pelo própria Corte:

15. Si bien la Convención Americana y el Reglamento no explican el concepto de “excepción preliminar”, en su jurisprudencia reiterada la Corte ha afirmado que por este medio se cuestiona la admisibilidad de una demanda o la competencia del Tribunal para conocer determinado caso o alguno de sus aspectos, en razón de la persona, la materia, el tiempo o el lugar. De tal manera, la Corte ha señalado que una excepción preliminar tiene por finalidad obtener una decisión que prevenga o impida el análisis sobre el fondo del aspecto cuestionado o del caso en su conjunto. Por ello, el planteo debe satisfacer las características jurídicas esenciales en contenido y finalidad que le confieran el carácter de “excepción preliminar”. Los planteamientos que no tengan tal naturaleza, como por ejemplo los que se refieren al fondo de un caso, pueden ser formulados mediante otros actos procesales previstos en la Convención Americana, pero no bajo la figura de una excepción preliminar.

O presente artigo tem por objeto, assim, a análise de todas as exceções preliminares já apresentados pelo Estado brasileiro perante a Corte IDH, limitando-se a análise aos casos que já foram julgados e a Corte já realizou a cognição sobre tais questões. A metodologia empregada foi a consulta direta das sentenças proferidas, tal como a bibliografia indicada.

## **2. UMA BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE O PROCESSO INTERNACIONAL PREVISTO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A competência contenciosa da Corte IDH traduz-se na possibilidade de julgar um Estado supostamente violador de direitos humanos, sejam aqueles previstos na própria CADH ou em outros instrumentos internacionais, diante de um caso concreto submetido a ela, declarando sua responsabilidade internacional. Em inteligência ao art. 62 da CADH, constata-se que tal competência não é decorrência lógica da ratificação à Convenção, ou seja, é possível que um Estado ratifique a CADH porém não se submeta à jurisdição da Corte IDH. Faz-se necessário, nos termos do artigo citado, uma declaração específica do Estado, apontando expressamente que reconhece tal competência.

O Brasil, não obstante tenha ratificado e incorporado a CADH em 1992, somente em 1998 é que fez a declaração específica, por meio do Decreto Legislativo n. 89/98, decretado pelo Congresso Nacional, devidamente comunicada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 10 de dezembro de 1998, conforme exige o art. 62.2 da Convenção. Nos termos do referido Decreto, o Estado brasileiro reconheceu a competência da Corte IDH "em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para os fatos ocorridos a partir do reconhecimento" (BRASIL, 1998). Vale dizer, o reconhecimento da competência possui um marco temporal: somente os casos ocorridos a partir de então é que poderiam ser julgados perante o órgão jurisdicional internacional.

Uma vez aceita a competência contenciosa, é possível que o Estado, então, seja julgado pela Corte IDH, diante de casos concretos a ela submetidos. A CADH traz as linhas gerais do processo internacional, complementada pelos Regulamentos da Corte IDH e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

No sistema interamericano, somente a CIDH ou outro Estado possui legitimidade ativa para provocar a atuação da Corte IDH, não podendo um indivíduo, diretamente, acioná-la (art. 61.1, da CADH). O que se vê na prática é que a provocação da Corte em matéria contenciosa é exercida praticamente com exclusividade pela CIDH, não sendo diferente com o Brasil, sendo que todos os processos iniciados foram a partir da atuação da Comissão.

A CIDH é composta por sete membros, eleitos a título pessoal para um mandato de quatro anos, podendo haver uma reeleição (arts. 34 e 36, da CADH). Possui como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos, possuindo algumas funções específicas apontadas no art. 41 da CADH, sendo uma delas o recebimento e processamento de denúncias de violações de direitos humanos.

Conforme preceitua o art. 44 da Convenção, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais membros da Organização (leia-se Organização dos Estados Americanos - OEA), pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação da CADH por um Estado-parte.

Com relação à denúncia, interessante notar os requisitos de admissibilidade trazidos pelo art. 46.1 da Convenção, sendo eles: a) a necessidade de esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado; b) que seja apresentada dentro de seis meses, contados a partir da comunicação da decisão definitiva que tenha supostamente violado os direitos da vítima; c) que a questão não esteja pendente de outro processo de solução internacional; d) que seja indicado o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou das pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição, caso a denúncia seja oriunda de particulares, e não do próprio Estado (denunciando outro Estado, conforme permite o art. 45). Tais requisitos, porém, podem ser mitigados, nos termos do art. 46.2, dispensando-se o esgotamento dos recursos internos ou a observância do prazo de seis meses quando: a) não existir, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a tutela dos direitos violados; b) não tiver sido permitido à suposta vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna ou houver sido impedida de esgotá-los; c) existir demora injustificada na decisão sobre tais recursos. Em termos positivados, são estes os requisitos de admissibilidade do sistema interamericano; porém, é possível encontrar outras exceções na jurisprudência da Corte IDH e da CIDH, criadas diante da especificidades de casos concretos.

No âmbito da CIDH, a denúncia será recebida pela Secretaria Executiva do órgão, que realizará o trâmite inicial (art. 26 do Regulamento da CIDH). Dentre outros atos, será dado ao Estado a possibilidade de apresentar sua resposta no prazo de dois meses (art. 30.3 do referido Regulamento), sendo que, após os tramites necessários, a Comissão fará o juízo de admissibilidade da denúncia, passando, então, a se concentrar no mérito da questão. A resposta do Estado neste momento é de especial importância para a análise das defesas processuais, uma vez que, conforme será visto, há determinadas matérias que, se não arguidas neste momento, a Corte IDH entende pela sua preclusão, não cabendo ao Estado, pois, alegar a questão apenas perante a Corte IDH, posteriormente.

Após o trâmite processual, é possível que se chegue a uma solução amistosa. Em tais casos, conforme dispõe o art. 49 da CADH, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário (denunciante) e aos Estados-Partes da Convenção e, posteriormente, transmitido ao Secretário-Geral da OEA, para sua publicação. Tal relatório indicará brevemente os fatos e a solução alcançada.

Caso não seja alcançada a solução amistosa, caberá à CIDH, apreciando o mérito da denúncia, produzir um relatório expondo os fatos e suas conclusões (art. 50, da CADH). Tal relatório é sigiloso (art. 50.2), devendo ser transmitido ao Estado denunciado, podendo conter proposições e recomendações que a Comissão julgar adequadas para a solução da controvérsia (art. 50.3). Tal documento é denominado pela doutrina de Primeiro Informe ou Primeiro Relatório (RAMOS, 2020, p. 442), ou ainda de Relatório Preliminar (art. 47 do Estatuto da CIDH).

Acatando o Estado tais proposições e tomando as medidas recomendadas, a questão estará resolvida. Porém, se no prazo de três meses, contados da comunicação do relatório, não houver adotado as providências adequadas e necessárias, reparando os danos, surgirá duas possibilidades para a CIDH: a produção de um segundo relatório, definitivo, ou submeter o caso ao julgamento da Corte IDH (art. 51 e 61.2, da CADH).

O segundo relatório é público, diferentemente do primeiro, tendo a finalidade de constranger politicamente o Estado no âmbito internacional. Não havendo a solução da questão no prazo de três meses, a Comissão então, por maioria absoluta de votos, poderá produzir o relatório definitivo, contendo seu parecer e suas conclusões e recomendações. Conforme ressalta Ramos (2020, p. 443), no caso de descumprimento deste segundo relatório, a CIDH encaminhará seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA, apontando as deliberações não cumpridas pelos Estados, a fim de que a OEA adote medidas para convencer o Estado violador a restaurar os direitos protegidos. Como se vê, o segundo relatório possui um cunho eminentemente político, despido de uma sanção propriamente jurídica. Tem cabimento em especial quando o Estado não reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH, sendo impossível, pois, submetê-lo a julgamento.

Em não se optando pela produção do segundo informe, é possível que a CIDH submeta o caso à Corte IDH, a qual exercerá sua função jurisdicional e julgará a demanda.

O processo perante a Corte IDH é regulado, em termos gerais, pela CADH, e de forma minuciosa pelo Regulamento da própria Corte. Em linhas gerais, trata-se de um procedimento contraditório, no qual a vítima será intimada a apresentar suas razões, bem como o Estado a oferecer contestação, podendo-se produzir provas documentais e orais, admitir-se a participação de *amicus curiae*, debates etc. Interessa para este artigo, mais detidamente, a contestação do Estado. É neste momento, afinal, que serão opostas perante a Corte eventuais exceções preliminares.



Nos termos do art. 41 do Regulamento da Corte IDH, o Estado goza do prazo de dois meses para apresentar sua contestação, podendo aceitar os fatos apresentados na denúncia e reconhecer sua responsabilidade internacional ou efetivamente contestar os fatos, apresentado sua versão, indicando os fundamentos de direito e suas provas. É possível, ainda, que alegue exceções preliminares, objeto de análise deste artigo.

As exceções preliminares devem obrigatoriamente ser alegadas em sede de contestação, nos termos do art. 42.1 do Regulamento citado. Da mesma forma que no mérito, cabe ao Estado indicar as razões de direito que fundamentam sua alegação, bem como indicar documentos e provas que a embasem (art. 42.2). Tais alegações não tem o condão de suspender o processo, podendo ser objeto de contraditório e de prova específica (art. 42, itens 3, 4 e 5). Ademais, podem ser resolvidas juntamente com a sentença de mérito, prática reiterada da Corte (art. 42.6).

Após o trâmite processual, a Corte IDH proferirá sua sentença, resolvendo as questões de mérito e as defesas preliminares, pondo fim, assim, à controvérsia.

### **3. AS EXCEÇÕES PRELIMINARES ARGUIDAS PELO BRASIL**

Até a data de conclusão deste artigo (07/06/2023), o Brasil já foi condenado doze vezes, sendo as condenações dos seguintes casos: 1) Ximenes Lopes; 2) Nogueira de Carvalho e outro; 3) Escher e outros; 4) Garibaldi; 5) Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”); 6) Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde; 7) Favela Nova Brasília; 8) Povo Indígena Xucuru e seus membros; 9) Herzog e outros; 10) Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e familiares; 11) Márcia Barbosa de Souza; 12) Sales Pimenta. Em todos os casos, o Estado brasileiro arguiu exceções preliminares. De forma a sistematizar as questões levantadas, a análise será feita por questão, e não por caso, indicando-se, porém, em qual caso foram devidamente discutidas.

#### **3.1. Primeira exceção: Ausência de esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado**

Conforme exposto no capítulo anterior, um dos requisitos exigidos pela CADH para o acesso à jurisdição internacional é o esgotamento dos recursos internos do Estado (art. 46.1, da CADH), evidenciando a subsidiariedade do sistema interamericano de proteção, resguardando-se, assim, a soberania estatal. Importante ter-se em mente que o termo “recursos” não deve ser interpretado num sentido à luz do direito processual brasileiro. A CADH emprega tal termo de forma ampla, compreendendo-se nele todo e qualquer instrumento capaz de tutelar os direitos humanos, sejam recursos propriamente ditos (desdobramento de uma ação já instaurada), ou ações autônomas de impugnação, ações ordinárias etc. Conforme leciona Ramos (2020, p. 438):

O esgotamento dos recursos internos exige que o peticionante prove que tenha esgotado os mecanismos internos de reparação, quer administrativos, quer judiciais, antes de que sua controvérsia possa ser apreciada perante o Direito Internacional. Fica respeitada a soberania estatal ao se enfatizar o caráter subsidiário da jurisdição internacional, que só é acionada após o esgotamento dos recursos internos.

Contudo, os Estados têm o dever de prover recursos internos aptos a reparar os danos porventura causados aos indivíduos. No caso de inadequação destes recursos, o Estado responde duplamente: pela violação inicial e também por não prover o indivíduo de recursos internos aptos a reparar o dano causado.

A presente exceção foi arguida em todos os casos pelo Estado brasileiro, não tendo sido acolhida nenhuma vez pela Corte IDH.

No entendimento da Corte, o requisito de esgotamento dos recursos internos trata-se de requisito de admissibilidade da própria denúncia perante a CIDH, em inteligência ao disposto na CADH. Assim, tal exceção deve ser invocada logo na manifestação do Estado ainda perante a Comissão, de forma a demonstrar que a denúncia sequer deve ser admitida. Não pode o Estado, diante do seu silêncio na fase de admissibilidade, inovar em sua contestação perante a Corte IDH e invocar tal argumento, agindo, assim, de forma contraditória. Para a Corte, tal defesa que assiste o Estado é passível de renúncia, e, não tendo sido arguida no momento oportuno, entende-se pela sua renúncia tácita. O trecho extraído da sentença do *Caso Nogueira de Carvalho vs. Brasil* (2006) é conciso no ponto:

51. La Corte ya ha establecido criterios claros que deben atenderse sobre la interposición de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. De los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, a los cuales se refiere la regla del agotamiento de los recursos internos, resulta, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de esa regla. En segundo lugar, la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella. En tercer lugar, la Corte ha señalado que la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad y que el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como acreditar que esos recursos son adecuados y efectivos.

Nesse sentido, Ramos (2020, p. 439) esclarece que “se o Estado nada alega durante o procedimento perante a Comissão, subentende-se que houve desistência tácita dessa objeção. Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do princípio do *estoppel*, ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário a sua conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium*)”.

No *Caso Ximenes Lopes* (2005), a Corte IDH assentou a não alegação pelo Estado brasileiro da exceção no momento oportuno (no momento da admissibilidade de denúncia, realizada pela CIDH), só trazendo a questão perante a Corte. Por tal razão, não a acolheu. Interessante notar que já neste momento (a sentença que resolveu a exceção preliminar é 30 de novembro de 2005, tendo sido a primeira condenação do Brasil no sistema interamericano), a Corte já possuía jurisprudência firme em tal sentido, indicando expressamente na sentença diversos casos já decididos. Não obstante, tal alegação foi afastada em todos os casos que ainda estariam por vir, sendo por diversas vezes pelo mesmo fundamento: a falta de alegação no momento adequado.

No *Caso Nogueira de Carvalho e outro* (2006), a Corte entendeu que a alegação do Estado brasileiro perante a CIDH foi inadequada, e portanto, insuficiente. Entendeu-se que o Brasil preocupou-se mais em apontar que teria cumprido as recomendações do relatório preliminar do que propriamente ter invocado tal exceção. Apontou-se que o processo estaria em trâmite perante o juiz competente, porém não discutiu de maneira expressa e adequada tal requisito de admissibilidade, não indicando quais recursos ainda estavam pendentes e se eram realmente efetivos e adequados, ônus que lhe compete, sendo que somente perante a Corte apontou a pendência de um recurso extraordinário e um especial.

Aqui, pois, reside outro aspecto importante sobre a exceção: além de existir o momento adequado de alegá-la, sob pena de preclusão, é necessário que o Estado indique quais os recursos não foram esgotados e estavam à disposição da vítima. Ou seja, é ônus do Estado demonstrar que os recursos internos não foram esgotados, não bastando a mera alegação. Na sentença do caso apontou-se (2006):

53. La Corte observa que el Estado, de acuerdo con los criterios citados anteriormente, al no indicar expresamente durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión Interamericana cuáles serían los recursos idóneos y efectivos que deberían haber sido agotados, renunció implícitamente a un medio de defensa que la Convención Americana establece en su favor e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o del oportuno agotamiento de éstos. El Estado estaba,

por lo tanto, impedido de alegar el no agotamiento de los recursos especial y extraordinario en el procedimiento ante la Corte.

No *Caso Escher e outros* (2009), o Estado brasileiro agiu parcialmente de forma adequada. Dos três fundamentos que alegou, dois foram feitos no momento oportuno, tendo havido efetivamente a indicação de quais recursos não teriam sido esgotados; o último foi alegado somente na contestação. Com relação a este, como visto, a Corte possui jurisprudência firme com relação ao momento adequado de alegação, razão pela qual não foi acolhido. Com relação aos demais, a Corte reconheceu a adequação do procedimento e enfrentou propriamente o mérito da exceção, porém não concordou com o Estado brasileiro, apontando, em suma, que as ações indicadas por este não eram corretas e adequadas para fazer cessar a violação dos direitos humanos, bem como as ações penais subjacentes à discussão já haviam findado, evidenciando o esgotamento dos recursos internos.

Nesse caso, é evidenciado mais um aspecto exigido com relação ao exame da questão, pois, como visto, além de ser necessário a alegação no momento oportuno e a indicação dos recursos que não foram esgotados, faz-se também uma exigência que os recursos indicados revelem-se efetivos para a tutela dos direitos humanos violados; é imprescindível, assim, tal predicado nos recursos indicados, o qual inevitavelmente gerará um dever à Corte de conhecer e exercer um juízo de valor sobre a alegação para verificar se havia efetividade ou não. Para a Corte, não tem fundamento exigir o esgotamento de um recurso interno que não seja capaz de alterar as circunstâncias fáticas, ou seja, não seja capaz de tutelar os direitos humanos discutidos, em outras palavras, eficaz e adequado. Assim constou na sentença (2009):

28. (...) Respecto de los presupuestos materiales, se observará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; en particular, si el Estado que presenta esta excepción ha especificado los recursos internos que aún no se han agotado, y será preciso demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos. Por tratarse de una cuestión de admisibilidad de una petición ante el Sistema Interamericano, deben verificarse los presupuestos de esa regla según sea alegado, si bien el análisis de los presupuestos formales prevalece sobre los de carácter material y, en determinadas ocasiones, estos últimos pueden tener relación con el fondo del asunto

No *Caso Garibaldi* (2009), a Corte ressaltou que o Brasil somente apresentou tal alegação dois anos e quatro meses após a primeira solicitação da CIDH sobre informações acerca do caso. Não obstante, como ainda foi apresentada antes da realização do juízo de

admissibilidade da denúncia pela Comissão, considerou que foi apresentada oportunamente. No aspecto material, porém, as alegações do Estado apontavam a existência de recursos penais pendentes. A Corte ressaltou, no caso, que o processo penal tem por finalidade assentar a responsabilidade penal dos suspostos infratores, sendo que no momento do Informe da Comissão, a investigação havia sido arquivada. E com relação à eficácia e à demora injustificada da investigação, são temas relacionados com o próprio mérito da demanda, e não propriamente uma exceção preliminar. Por tais razões, afastou-a.

No *Caso Gomes Lund e outros ("Caso Guerrilha do Araguaia")* (2010), à semelhança do *Caso Escher e outros*, o Estado brasileiro sustentou a exceção perante a CIDH apenas parcialmente, pois em contestação, perante a Corte IDH, inovou no tema trazendo novos argumentos. Em razão da preclusão ocorrida, a Corte não acolheu os argumentos novos, analisando apenas aqueles alegados oportunamente. Com relação a estes, apontou-se que não seria razoável, no caso concreto, exigir o esgotamento dos recursos internos, pois, em que pese a ação ordinária que tratava dos fatos ainda estivesse em andamento, já tramitava por mais de 19 anos, sem uma decisão definitiva. A Comissão, assim, aplicou a exceção prevista no art. 46.2.c da CADH, que dispensa o requisito do esgotamento dos recursos internos diante da demora injustificada. A Corte concordou com tal procedimento e asseverou que o Estado não justificou, em qualquer momento, o porquê da demora. Assim, não acolheu a exceção alegada.

No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), a exceção preliminar não foi acolhida pois a Corte apontou que, embora alegada oportunamente, o Brasil não indicou quais recursos não foram esgotados e tampouco esclareceu a eficácia deles. Aplicou-se, assim, sua jurisprudência consolidada, asseverando que não cabe à CIDH nem à Corte a identificação de ofício de eventuais recursos internos não exauridos, sendo tal ônus do Estado demandado. A Corte apontou (2016):

91. Por tanto, durante la etapa de admisibilidad del caso ante la Comisión el Estado debe precisar claramente los recursos que, a su criterio, aún no han sido agotados ante la necesidad de salvaguardar el principio de igualdad procesal entre las partes que debe regir todo el procedimiento ante el Sistema Interamericano. Como la Corte ha establecido de manera reiterada, no es tarea de este Tribunal, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, en razón de que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado<sup>55</sup>. Asimismo, los argumentos que dan contenido a la excepción preliminar interpuesta por el Estado ante la Comisión durante la etapa



de admisibilidad deben corresponder a aquellos esgrimidos ante la Corte.

No *Caso Favela Nova Brasília* (2017), a exceção preliminar foi apresentada nos mesmos moldes do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*. Assim, a Corte chegou a mesma conclusão.

No *Caso Povo Indígena Xucuru* (2018), mais uma vez, a Corte entendeu pela insuficiência da alegação do Estado no momento oportuno, por não ter indicado quais recursos internos não haviam sido esgotados e esclarecido sobre a eficácia deles. Asseverou, ainda, que alguns recursos foram indicados somente na contestação perante a Corte, já superada a fase de admissibilidade da denúncia (perante a CIDH).

No *Caso Herzog e outros* (2018), a Corte constatou que a exceção não foi apresentada perante a CIDH, durante o juízo de admissibilidade, tendo o Estado brasileiro inovado em sua contestação perante a Corte. Assim, como já visto, operou-se a preclusão.

No *Caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus* (2020) ocorreu uma situação interessante. O Brasil apresentou a exceção oportunamente e esclareceu a eficácia dos recursos não esgotados. Porém, em audiência pública realizada no âmbito da CIDH, o Estado brasileiro apontou que não questionaria qualquer aspecto acerca da admissibilidade do caso, tendo sido iniciado, após, uma tentativa de solução amistosa, que restou infrutífera. Perante a Corte, porém, o Estado alegou novamente tal exceção. Para a Corte, o comportamento do Brasil foi contraditório, violando o princípio do *estoppel*, que veda comportamentos contraditórios. Assim, não acolheu a exceção.

No *Caso Márcia Barbosa de Souza* (2021), reconheceu-se que a exceção foi arguida oportunamente e de forma correta. A Corte, assim, enfrentou a exceção. Em seu aspecto material, porém, foi afastada, com base nas peculiaridades do caso. O caso tratava-se de um homicídio praticado um por deputado estadual da Paraíba. Um dos aspectos da discussão do mérito do caso, quando da apresentação da denúncia à CIDH, era justamente a impossibilidade das vítimas de esgotarem os recursos internos (no caso, principalmente o processo penal contra o agressor) em razão da imunidade parlamentar existente, a qual não foi levantada pela corresponde casa legislativa. E, quando da realização do Primeiro Informe pela CIDH, em que pese o processo penal tivesse iniciado, já havia transcorrido mais de 9 anos, sendo que a demora em tal processo passou a figurar como uma faceta do próprio mérito da demanda. Assim, a Corte entendeu que não cabia analisar a questão como exceção preliminar, e sim como mérito.

Por fim, no *Caso Sales Pimenta* (2022), a Corte constatou que o Brasil não alegou em nenhum momento perante a CIDH tal exceção – embora tenha se manifestado em 3



ocasiões distintas antes do juízo de admissibilidade da denúncia -, tendo inovado perante a Corte. Assim, aplicando a jurisprudência consolidada já exposta, não acolheu a exceção.

### **3.2. Segunda exceção: Incompetências da Corte IDH**

Um segundo gênero identificado de exceções preliminares arguidas pelo Estado brasileiro consiste nas alegações de incompetência da Corte IDH para a apreciação de determinada questão. Como visto, a Corte é um órgão criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual estipula suas competências. O tema, portanto, tem por objeto discutir se para determinado caso concreto a Corte possuiria competência para julgá-lo. Tais alegações variam em alguns aspectos, podendo ser agrupadas conforme o objeto impugnado: a) questões temporais; b) questões sobre pessoas; c) questões sobre a matéria.

#### **3.2.1. Incompetência *ratione temporis***

Dentre as exceções acerca da incompetência da Corte IDH, a discussão acerca da incompetência *ratione temporis* é a que mais se destacada nas alegações do Estado brasileiro, sendo de importantíssima compreensão a visão da Corte sobre tal temática, uma vez que se trata de uma questão constante na jurisprudência do Tribunal, presente nos mais diversos casos, bem como permite compreender diversas perspectivas das violações dos direitos humanos, que por vezes extrapolam o próprio fato em si.

Tal discussão consiste em reconhecer a existência de um marco temporal para que a Corte IDH possa conhecer de determinado caso; vale dizer, caso os fatos tenham ocorrido anteriormente a tal marco, não poderia a Corte exercer cognição sobre eles, tampouco responsabilizar internacionalmente o Estado. A questão é corolária da segurança jurídica e do princípio da irretroatividade dos tratados, extraído do art. 28 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados.

Conforme visto, o Decreto Legislativo n. 89/98 do Congresso Nacional, que reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH, expressamente indicou que tal reconhecimento ocorria somente para os fatos ocorridos a partir de então, de forma que não poderia o Brasil ser condenado por fatos ocorridos anteriormente. A data que constitui o marco temporal é aquela em que foi comunicado ao Secretário-Geral da OEA tal reconhecimento, em 10 de dezembro de 1998. Logo, somente os fatos ocorridos a partir de tal data é que poderiam ser levados ao conhecimento da Corte.

Em diversos casos brasileiros, o Estado alegou tal tese defensiva, aduzindo que o fato objeto do processo internacional teria ocorrido anteriormente ao marco temporal, razão pela qual não poderia ser objeto de apreciação.

O primeiro caso brasileiro em que se discutiu a temática foi o *Caso Nogueira Carvalho* (2006). Oportuno entender o caso para compreender a visão da Corte. Em síntese, trata-se da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, um padre defensor dos direitos humanos, que denunciou diversos atos de um grupo de extermínio formado por agentes estatais em sua cidade, Macaíba/RN; o grupo sequestrava, torturava e assassinava inúmeras pessoas sem qualquer punição; a morte ocorreu em 20 de outubro de 1996, sendo que nunca houve uma efetiva investigação e punição dos culpados. A morte da vítima ocorreu antes do marco temporal, o que impediria a análise do caso. Porém, o entendimento da Corte é mais complexo do que a mera análise da data dos fatos. Com efeito, a Corte reconheceu que não podia apreciar diretamente as questões que envolvem a morte do senhor Gilson Nogueira de Carvalho, em razão do princípio da irretroatividade, bem como da própria sistematicidade da CADH e do ato de reconhecimento da sua competência pelo Estado brasileiro. Porém, assentou que possuía competência para apreciar as violações que decorrem de tal fato e são permanentes, ou seja, alongam-se no tempo de forma a ultrapassar o marco temporal referido; no caso, a impunidade dos ofensores e a falta de indenização aos familiares. Para estes, não haveria qualquer óbice à cognição internacional, uma vez que ocorreram após o marco temporal, ainda que vinculados ao fato ocorrido anteriormente.

No caso em tela, por exemplo, a CIDH, ao apresentar o caso à Corte, entendeu que foram violados, dentre outros, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (arts. 8 e 25, da CADH) dos pais da vítima, os quais não tiveram um acesso efetivo aos recursos internos para obter uma compensação pelos danos sofridos e para obter uma justa responsabilização dos infratores. Ou seja, o Estado brasileiro, ao não garantir o acesso a tais direitos humanos aos familiares da vítima, de forma permanente, acabou por violar a CADH após o marco temporal. Na sentença do caso foi apontado (2006):

44. La Corte ya ha expresado que no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal. En consecuencia, la Corte no puede conocer del hecho de la muerte de Gilson Nogueira de Carvalho.

45. Sin embargo, el Tribunal es competente para examinar las acciones y omisiones relacionadas con violaciones continuas o permanentes, las cuales comienzan antes de la fecha de reconocimiento de la competencia de la Corte y persisten aún después de esa fecha, sin infringir el principio de irretroactividad, y cuando los hechos violatorios son posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia.

46. Por lo tanto, la Corte es competente para conocer las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a partir de la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa por parte del Estado, y en consecuencia se rechaza la presente excepción preliminar.

Possível concluir, assim, que, na visão da Corte IDH, a omissão do Estado em relação a devida investigação, processamento e punição dos culpados por fatos violadores de direitos humanos, a prática de novos atos violadores de direitos humanos durante a investigação, processamento etc., bem como a falta de acesso das vítimas (*lato sensu*, que podem ser também familiares etc.) a recursos internos constituem, também, violações a direitos humanos, e que por se tratar de fatos permanentes, que ocorrem posteriormente ao marco temporal, é possível o conhecimento do caso para apreciar tais violações.

No *Caso Gomes Lund* (2010), mais uma vez, a Corte reafirmou sua jurisprudência, reconhecendo sua competência para apreciar os fatos violadores permanentes. O caso, porém, ostenta uma peculiaridade. Um dos principais objetos do mérito é a prática de desaparecimento forçado praticada pelo Estado brasileiro. Sobre o tema, a Corte relembrou o caráter permanente de tal prática até o devido esclarecimento do ocorrido e a punição dos responsáveis, o que dá ensejo à sua competência mesmo que o fato em si tenha ocorrido anteriormente ao marco temporal. Assim asseverou:

17. Por el contrario, en su jurisprudencia constante este Tribunal ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional. En concordancia con lo anterior, la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos. Por tanto, la Corte es competente para analizar las alegadas desapariciones forzadas de las presuntas víctimas a partir del reconocimiento de su competencia contenciosa efectuado por Brasil.

Nos demais casos brasileiros os fatos são semelhantes, o que deu ensejo à aplicação do entendimento consolidado da Corte. No *Casos Garibaldi, Fazenda Brasil Verde, Favela Nova Brasília, Povo Indígena Xucuru, Herzog e outros, Barbosa de Souza e*

*Sales Pimenta*, a Corte reiterou sua jurisprudência, assentando sua competência para apreciar as violações de caráter permanente decorrentes dos fatos ocorridos, seja a completa omissão estatal (na investigação, punição, indenização etc.), sejam novos fatos violadores decorrentes das investigações, processos etc.

### **3.2.2. Incompetência *ratione personae***

Uma segunda espécie de incompetência da Corte IDH sustentada pelo Estado brasileiro diz respeito às supostas vítimas dos atos violadores de direitos humanos discutidos, seja ante a falta de identificação ou a falta de legitimidade para apresentar fatos diretamente à Corte.

A tese defensiva foi levantada nos *Casos Fazenda Brasil Verde, Favela Nova Brasília e Herzog*. Nos dois primeiros os casos, o Brasil questionou a individualização das vítimas, a devida representação destas, a menção expressa pela CIDH destas e o necessário nexo causal entre as elas e os fatos apurados. Para o Brasil, diante da deficiência destes pontos com relação a algumas vítimas, a Corte não poderia conhecer do caso com relação a elas. Com relação ao último caso, o Estado insurgiu-se contra pedidos deduzidos pelas vítimas diretamente à Corte, apontando que inovaram com relação ao relatório da CIDH, o qual delimita as questões submetidas a julgamento.

Nos termos da CADH, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar denúncia à CIDH (art. 44). Nota-se, portanto, que o sistema interamericano não exige que seja a própria vítima que o provoque. Não obstante, por força do art. 35.1 do Regulamento da Corte IDH, é requisito para a submissão do caso a ela que as supostas vítimas sejam devidamente identificadas pela CIDH. Porém, o próprio Regulamento prevê uma exceção: quando se justificar que não foi possível identificar alguma ou algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por se tratar de violações massivas ou coletivas, a Corte decidirá em sua oportunidade se as considerará vítimas (art. 35.2).

No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), tal tese defensiva foi alegada em duas perspectivas: primeiro, questionando a correta identificação das vítimas; segundo, questionando uma medida de reparação abstrata pleiteada, que não se relacionava diretamente com as vítimas (estas solicitaram que o Estado fosse condenado a se abster de tomar medidas legislativas que representassem um retrocesso no combate ao trabalho escravo, haja vista projetos de leis em trâmite com este tema).

Com relação à primeira tese, a Corte entendeu ser aplicável a exceção prevista em seu Regulamento, haja vista: a) as peculiaridades do caso (diversas vítimas); b) o transcurso de mais de 20 anos; c) a dificuldade de realizar contato com as vítimas dada suas condições de vulnerabilidade e exclusão; d) atos omissivos de registro atribuíveis ao próprio Estado.

Assim, diante da impossibilidade de se individualizar efetivamente as vítimas, entendeu-se por dispensável tal requisitos. Já quanto à segunda tese, a Corte entendeu que uma medida de reparação (medidas concedidas pela Corte ao final do julgamento) é uma questão de mérito, devendo ser analisada sob à luz do nexos causal dos fatos apurados, das violações ocorridas e dos danos perpetrados, e portanto não caberia analisar a questão como exceção preliminar, posto que a alegação do Estado não configura uma.

Já no *Caso Favela Nova Brasília* (2017), a Corte acolheu parcialmente a exceção sustentada. Concordou com o Estado brasileiro quanto à falta de identificação adequada de algumas vítimas, o que seria possível na visão da Corte, considerando, especialmente, que o caso tramitou por 21 anos na CIDH. Entendeu que as circunstâncias não autorizavam a aplicação da exceção prevista no art. 35.2 de seu Regulamento, pois seria possível a individualização adequada daquelas. Assim, considerou somente aquelas pessoalmente identificadas e listadas no Relatório da CIDH, excluindo aquelas que foram indicadas como supostas vítimas, porém não devidamente individualizadas. Na parte em que rejeitou a exceção, entendeu que as demais vítimas estavam devidamente representadas e que a suposta conexão ou não com os fatos seria matéria de mérito, devendo ser apreciado como tal.

Com relação ao *Caso Herzog* (2018), a insurgência brasileira diz respeito aos pedidos novos apresentados pelas vítimas diretamente à Corte, que distoavam daqueles apresentados pela CIDH. Ou seja, segundo o Estado, a Corte não teria legitimidade para a apreciação de tais pedidos, posto que, em inteligência ao art. 61 da CADH, “[s]omente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte” (BRASIL, 1992). O Tribunal, porém, entendeu que as questões trazidas pelas vítimas não inovaram faticamente, mas apenas consubstanciavam-se em desdobramentos dos fatos apontados pela CIDH. Apontou que as vítimas podem expor fatos que permitam explicar, esclarecer ou contrariar o que foi mencionado no Relatório da CIDH, sendo o que ocorreu no presente caso. Em resumo, a Corte entendeu que todas as matérias trazidas pelas vítimas estavam contempladas no relatório da CIDH, e que portanto não se tratou de novos pedidos. Por tal razão, não acolheu a exceção.

### **3.2.3. Incompetência *ratione materiae***

A última espécie de tese acerca da incompetência da Corte IDH é sobre aspectos materiais propriamente ditos. Em diversos casos, o Estado brasileiro apontou a incompetência da Corte para exercer sua jurisdição sobre determinada matéria sob os mais diversos argumentos.

A tese mais recorrente nessa temática é a Teoria da Quarta Instância, tendo o Brasil a sustentado em 5 casos: *Gomes Lund, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, Favela Nova Brasília, Herzog e Sales Pimenta*.

Segundo referida tese, não poderia a Corte IDH exercer uma função de “quarta instância”, ou seja, revisar decisões judiciais internas à luz do direito interno; não poderia funcionar como mais uma instância a se percorrer pelas partes que não se conformam com o resultado de um processo, visando a reavaliação das provas e a reaplicação do direito interno ao caso, sob pena de violação do princípio da subsidiariedade do sistema internacional (vazado da própria CADH, que exige o esgotamento dos recursos internos).

No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), a Corte esclareceu que a teoria – em abstrato – possui fundamento, porém indicou quais elementos se fazem necessários estar presentes para configurá-la:

73. Esta Corte ha establecido que para que la excepción de cuarta instancia sea procedente, “es necesario que el solicitante busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal”. Además, este Tribunal ha establecido que, al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno. Por tanto, la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana.

Vê-se, assim, que a Corte visualiza procedente tal alegação somente quando as vítimas buscam a revisão de um processo interno sem apontar qualquer violação a tratados internacional de direitos humanos os quais a Corte pode conhecer, mas tão-somente a reanálise do caso à luz do direito interno. Ressaltou que é inevitável, em determinados casos, que para se verificar se houve ou não violação a algum tratado que o Estado assumiu compromisso, seja necessária a análise de processos judiciais internos, porém, o parâmetro de julgamento será os tratados internacionais, e não o direito interno. Assim, a Corte julgará se o Estado possui responsabilidade internacional à luz dos tratados com o quais assumiu compromisso, e não se houve violação a alguma norma interna.

Nos 5 casos em que o Brasil sustentou a tese, a Corte reafirmou sua jurisprudência e rejeitou todas as vezes a exceção. Reconheceu-se que as vítimas e a CIDH haviam



apontado violações do Estado brasileiro a tratados internacionais de direitos humanos, sendo estes o parâmetro para análise, e que não buscavam simplesmente o reexame dos fatos à luz do direito interno.

Para além da teoria da quarta instância, o Estado brasileiro levantou outras objeções acerca da competência material da Corte.

Nos *Casos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016) e *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus* (2020), o Brasil sustentou a impossibilidade da Corte analisar violações sobre direito ao trabalho, posto que contemplado exclusivamente no Protocolo Facultativo da CADH (Protocolo de San Salvador), o qual consagra os direitos econômicos, sociais e culturais, e que prevê que somente os direitos à educação e os direitos sindicais, salvo greve, podem ser levados ao conhecimento da Corte IDH sob sua competência contenciosa (art. 6 do Protocolo de San Salvador). No primeiro caso, a Corte entendeu que a matéria não era objeto de análise, e no segundo entendeu que possuía competência para julgar a temática a partir do art. 26 da CADH (que consagra a cláusula de progressividade dos direitos sociais), porém entendeu que a matéria confundia-se com o mérito e resolveria como tal.

Ainda no *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), o Brasil sustentou a incompetência da Corte para conhecer a responsabilidade do Estado acerca da violação de compromisso internacionais assumidos acerca da proibição do tráfico de pessoas, apontando que o art. 6º da CADH versou apenas sobre o tráfico de escravos e mulheres, razão pela qual tanto a CIDH quanto a Corte só possuiria competência para apreciar tais matérias. A Corte asseverou que não era objeto de análise suposta violação pelo Brasil de compromissos assumidos em outros tratados, mas que, segundo o art. 29 da CADH e das regras gerais de interpretação de tratados (reconhecidos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), é possível interpretar a CADH com relação a outros instrumentos internacionais, assim, pode a Corte analisar outros tratados para verificar a responsabilidade do Estado perante a própria Convenção. Por tais razões, não acolheu a tese defensiva.

No *Caso Favela Nova Brasília* (2017), o Brasil sustentou a incompetência da Corte para apreciar violações à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPPT) e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). No primeiro caso, apontou que a própria CADH limita a competência da Corte e que seria necessário reconhecimento expresso acerca de sua competência contenciosa para ter como parâmetro a CIPPT; no segundo, apontou que a própria Convenção não outorga competência à Corte, mas somente à CIDH.

Quanto à CIPPT, a Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que quando uma convenção prevê como mecanismo de supervisão internacional o sistema de petições individuais (denúncias), ela possui competência para analisar supostas violações a tal convenção, de forma que basta o reconhecimento de sua competência contenciosa nos termos do art. 62 da CADH para possibilitar a análise de outros tratados que formam o Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos. Destacou, ainda, que a omissão sobre sua competência na referida convenção possuía razões históricas, pois existiam (e ainda existem) países que são membros da OEA mas não da CADH, e que prever a competência da Corte (órgão jurisdicional vinculado à CADH) poderia ser um obstáculo à adesão desses Estados.

Já quanto à Convenção de Belém do Pará, a Corte assentou que, embora tal Convenção não faça menção expressa sobre sua competência, apenas da CIDH, dispõe, em seu art. 12, que este órgão deve “considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em os Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições” (BRASIL, 1996). Entende, assim, que possui competência para a análise, já que referida Convenção não fez qualquer exceção sobre o tema e que, de acordo com o procedimento da CADH – que deve ser observado -, pode a CIDH submeter o caso a ela.

No *Caso Herzog* (2018), o Brasil sustentou a mesma exceção quanto à competência da Corte sobre a CIPPT, tendo a Corte adotado o mesmo posicionamento do Caso Favela Nova Brasília, exposto acima.

Por fim, no *Caso Povo Indígena Xucuru* (2018), o Estado brasileiro sustentou a incompetência da Corte para analisar violações à Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – principal tratado sobre direitos dos povos indígenas -, sob o argumento de que tal instrumento internacional não integra o sistema de proteção da OEA. A Corte apontou que, de fato, em matéria contenciosa, só tem competência para declarar violações à CADH e outros instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos, porém, em diversos casos considerou apropriado e útil utilizar-se de outros tratados internacionais (como a Convenção n. 169/OIT) para definir o conteúdo e o alcance dos direitos consagrados em instrumentos interamericanos, de acordo com a evolução de tal sistema. Ou seja, embora não se possa declarar violações sobre tais tratados, é possível utilizá-los com uma função hermenêutica, de forma integrativa com os instrumentos interamericanos. Como a Corte entendeu que não se buscava a declaração de violação à Convenção n. 169/OIT, mas apenas sua utilização para tais fins, não acolheu a tese defensiva apresentada.

### **3.3. Terceira exceção: Publicação do Segundo Informe pela CIDH**

Para compreender este terceiro gênero de exceção preliminar arguida pelo Brasil, é necessário relembrar o procedimento previsto na CADH exposto no capítulo anterior. Após o processamento da denúncia pela CIDH, não se chegando a uma solução amistosa, esta possui a possibilidade de produzir um relatório (Relatório Preliminar), com suas observações e recomendações sobre o caso, o qual será transmitido ao Estado de forma sigilosa e confidencial. Este, por sua vez, possui o prazo de três meses para adotar eventuais medidas necessárias. Esgotado o prazo, surgem duas possibilidades à CIDH: a) produzir um segundo relatório (Relatório Definitivo), o qual será público e comunicado à OEA, tendo por finalidade precípua constranger o Estado internacionalmente; b) submeter o caso à Corte IDH. Esse é regramento trazido pelos arts. 50 e 51 da CADH.

Nota-se que o Relatório Definitivo e a submissão do caso à Corte são hipóteses excludentes entre si, não podendo a CIDH adotar as duas providências simultaneamente. No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), a Corte IDH deixa claro tal exegese:

23. Es interpretación constante de este Tribunal que los artículos 50 y 51 de la Convención aluden a dos informes distintos, el primero identificado como informe preliminar, y el segundo como definitivo. Cada uno tiene distinta naturaleza, al corresponder a etapas distintas.

24. El informe preliminar responde a la primera etapa del procedimiento y está previsto en el artículo 50 de la Convención, el cual dispone que la Comisión, si no llegare a una solución, redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, mismo que transmitirá al Estado interesado. Este documento es de carácter preliminar, por lo que el informe se transmitirá con calidad de reservado al Estado a efecto de que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión y solucione el problema planteado. La calidad de preliminar y reservado del documento hacen que el Estado no tenga la facultad de publicarlo, por lo que, en observancia a los principios de igualdad y equilibrio procesal de las partes, es razonable considerar que la Comisión tampoco se encuentra en posibilidad material y jurídica de publicar ese informe preliminar.

O Estado brasileiro, diante de tal regramento, suscitou nas contestações dos *Casos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, Favela Nova Brasília, Povo Indígena Xucuru, Herzog e Trabalhadores da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus*, como exceção preliminar, a indevida atuação da CIDH. Isso porque, segundo o Estado, a Comissão publicou o seu Relatório Preliminar em sua página na internet, mantendo-o público – e que deveria ter natureza sigilosa nos termos da CADH -, e mesmo assim submeteu o caso à Corte, em

procedimento vedado pela Convenção. Assim, defendeu que diante da publicação do relatório, restaria vedada a possibilidade de submissão do caso à jurisdição da Corte.

A Corte, porém, não acolheu a exceção. Para o Tribunal, o sigilo do primeiro relatório possui fundamento no princípio do equilíbrio processual entre as partes, de forma a resguardar a possibilidade do Estado em tomar as atitudes para salvaguardar os direitos humanos vilipendiados e impedir que a CIDH publique tal documento, constringendo-o internacionalmente.

Tal sigilo, porém, na visão da Corte, só possui razão de existir durante o prazo que goza o Estado para a solução da controvérsia (três meses), uma vez que seria indevido constringê-lo internacionalmente neste interregno, em violação ao princípio citado. Uma vez superado o prazo e já submetido o caso à Corte, não haveria óbice a publicação do Relatório Preliminar, posto que o Estado já teve conhecimento prévio dele e a oportunidade de cumprir com suas recomendações. Para a Corte, a publicação do Relatório Preliminar, após a submissão do caso a sua jurisdição, não se confunde com a realização e publicação do Relatório Definitivo – este sim incompatível com sua jurisdição -, posto que o primeiro relatório apenas fez recomendações prévias, sem assentar qualquer responsabilidade do Estado, diferentemente do segundo. Constatou, ainda, que se trata de uma prática reiterada da CIDH, em especial desde a reforma de seu Regulamento, em 2009.

Em todos os casos brasileiros em que foi arguida a exceção, a Corte asseverou que, embora seja possível a publicação do relatório preliminar, é indispensável que esta seja feita somente após a submissão do caso a sua jurisdição. Concluiu, porém, que o Estado brasileiro não demonstrou, em nenhum caso, que a publicação do relatório se deu antes da submissão do caso à Corte, ao passo que a CIDH comprovou que se deu em momento posterior. Anotou, assim, que não houve qualquer violação às normas da Convenção. Assim, rejeitou a tese defensiva em todos os casos.

### **3.4. Quarta exceção: Inobservância do prazo regulamentar para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas**

Para a Corte IDH, a presente tese defensiva não consubstancia propriamente em exceção preliminar, razão pela qual rejeitou em todos os casos, porém como foi arguida sob tal instituto assim será analisado, como fez a própria Corte.

Dispõe o art. 36 do Regulamento da Corte IDH que a vítima, seus familiares ou representantes dispõem de um prazo improrrogável de dois meses para apresentar seu escrito de petições, argumentos e provas (EPAP), após sua notificação. No *Casos Escher e Garibaldi*, o Estado brasileiro arguiu que não houve a observância de tal prazo pelas vítimas/familiares, prejudicando, assim, sua defesa.

Na visão da Corte, a tese não consubstancia exceção preliminar, pois não impede a admissão e a análise do caso, mas em verdade diz respeito sobre às provas do caso, de forma a permitir ou não a análise das alegações das vítimas. Logo, a exceção preliminar foi rejeitada em todos os casos, porém o Tribunal ressaltou que analisaria as alegações quando da análise das provas produzidas.

### **3.5. Quinta exceção: Falta de interesse processual**

No *Caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia")* (2010), o Estado brasileiro sustentou a falta de interesse de agir, uma vez que a CIDH havia reconhecido e valorado as medidas de reparação adotadas pelo Estado diante do Relatório Preliminar, porém teria apontado de forma genérica que outras medidas deveriam ter sido implementadas.

A Corte ressaltou que o juízo de conveniência de submeter um caso à Corte é exclusivo da CIDH, não cabendo ao Tribunal imiscuir-se em tal assunto, salvo se restar configurado alguma ofensa às normas convencionais ou algum procedimento que prejudica o direito de defesa das partes. No caso, não entendeu que a CIDH havia agido de forma indevida. E quanto às medidas de reparação adotadas, a Corte ressaltou sua jurisprudência no sentido de que a responsabilidade internacional surge imediatamente após o cometimento de um ato ilícito (inconvenção), e que a vontade de repará-lo não inibe a atuação da Comissão ou da Corte para conhecer do caso, uma vez que a proteção internacional dos direitos humanos é coadjuvante e complementar a que oferece o direito interno (conforme consta no preâmbulo da CADH). Apontou que não havendo o cumprimento cabal das obrigações de reparar os danos, cabe a Corte conhecer do caso, sendo que todas as medidas adotadas pelo Estado invariavelmente serão relevante para a análise do caso, porém não tem o efeito de obstar a competência do Tribunal.

### **3.6. Sexta exceção: Prescrição**

No *Casos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016) e *Herzog* (2018), o Estado brasileiro sustentou a prescrição do caso, quanto a este último, e a possibilidade de indenização por danos morais e materiais, quanto ao primeiro. Sustentou suas alegações no disposto no art. 46.1.b da CADH, que exige que a denúncia perante a CIDH seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que as vítimas tenham sido notificadas da decisão definitiva, e, subsidiariamente, na proporcionalidade, apontando que excepcionalmente na inaplicabilidade de tal prazo (em caso de inexistência de recursos internos, por exemplo), a petição deve ser apresentada num prazo razoável.

No *Caso Herzog*, a Corte ressaltou que a exceção preliminar arguida diz respeito ao próprio juízo de admissibilidade da denúncia no sistema interamericano, realizado pela CIDH. Assim, para que o Tribunal possa realizar o controle de tal ato, seria necessário



verificar se, no momento oportuno – perante a CIDH -, o Estado devidamente realizou a objeção.

No *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, a Corte verificou que o Brasil não havia discutido a questão no momento oportuno, tendo inovado em sua contestação. Assim, a defesa era extemporânea, razão pela qual não merecia acolhida. Já no *Caso Herzog*, a Corte verificou que o Estado brasileiro arguiu oportuna e adequadamente a questão, enfrentando, assim, seu mérito.

No mérito, porém, o Estado não obteve êxito. A Corte asseverou que o Brasil reconheceu - ficando incontroverso -, que na hipótese do caso inexistia recursos internos disponíveis às vítimas para a tutela dos direitos humanos violados (em razão da lei de anistia promulgada). Assim, assentou a inaplicabilidade do prazo de seis meses, devendo ser verificada a razoabilidade em que foi apresentada a denúncia à CIDH. E neste ponto, entendeu que, à luz do caso concreto, foi razoável o lapso entre diversos acontecimentos internos e a apresentação da denúncia. O caso tratava da falta de investigação e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog, ocorridos durante o período de ditadura militar. Em resumo, a Corte entendeu que as vítimas (familiares de Vladimir Herzog) possuíam uma razoável expectativa que a situação de impunidade fosse resolvida, em razão de diversos acontecimentos internos: a) redemocratização do país; b) a criação da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, pela Lei n. 9.140/95, tendo esta emitido seu relatório em 2007; c) a apresentação de denúncia pelo Ministério Público Federal com base em tal relatório, que foi arquivado em 9 de janeiro de 2009. Tendo em vista que a denúncia perante a CIDH ocorreu em 10 de julho de 2009 (poucos meses depois do arquivamento do processo movido pelo MPF), o Tribunal entendeu razoável o prazo e não acolheu a exceção sustentada.

### **3.7. Sétima exceção: Impossibilidade de analisar violações não discutidas perante a CIDH**

A presente tese defensiva foi levantada nos *Casos Escher* (2009) e *Garibaldi* (2009). Segundo o Estado brasileiro, não seria possível discutir violações de direitos que não foram expressamente discutidos perante a CIDH. Ou seja, esta não poderia, ao submeter o caso à Corte, acrescentar dispositivos que teriam sido violados pelo Estado mas que não foram devidamente debatidos em seu procedimento.

Em ambos os casos, o Brasil insurgiu-se contra a indicação da CIDH da violação do art. 28 da CADH, o qual não teria sido discutido perante a Comissão. Ainda, alegou que referido artigo contém apenas uma regra de interpretação, não consagrando qualquer direito ou liberdade do indivíduo, o que impediria a Corte de declarar qualquer violação a ele, pois conforme o art. 48.1 e 63 da Convenção, os órgãos do Sistema Interamericano só podem examinar eventuais violações a direitos e liberdades. Referido artigo consagra a



cláusula federal, apontando que o governo nacional cumprirá todas as disposições da Convenção, devendo adotar, ainda, as medidas pertinentes para que os demais entes da federação cumpram com as obrigações assumidas.

A Corte IDH, ao enfrentar a exceção, destacou que a CIDH possui autonomia em sua atuação, cabendo a supervisão de sua atuação somente nos casos em que o Tribunal vier e conhecer e somente se restar configurado algum erro grave que viole o direito de defesa das partes. Na hipótese, o Tribunal entendeu que não restou configurado qualquer erro grave. Isso porque, a despeito da alegação estatal, a CIDH havia apreciado os fatos à luz do disposto no art. 28, tendo o Estado a oportunidade de se manifestar ainda nessa fase do procedimento; ou seja, em momento alguma havia inovado ao apresentar o caso à Corte. Ademais, assentou que, nos termos do art. 62.3 da CADH, possui competência para “conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção (...)” (BRASIL, 1992), e que portanto sua competência envolvia a análise de qualquer dispositivo independentemente de sua natureza jurídica, seja uma obrigação geral, um direito ou uma norma de interpretação, não se limitando a análises de violações de direitos e liberdade, como sustentando pelo Estado.

### **3.8. Oitava exceção: Momento adequado para se analisar os requisitos de admissibilidade**

No *Caso Favela Nova Brasília* (2017), o Estado brasileiro apresentou exceção preliminar articulando dois argumentos: a CIDH teria analisado de forma incorreta a demora injustificada dos processos internos e o não esgotamento dos recursos internos.

Segundo apontado pelo Estado, os requisitos de admissibilidade da denúncia perante o Sistema Interamericano não estavam presentes quando da sua apresentação. Apontou que não havia se esgotado os recursos internos, tampouco havia transcorrido um prazo demasiado de forma injustificada dos processos internos de forma a permitir a incidência da exceção a tal requisito. Oportuno lembrar que o art. 46.1.a da CADH exige o prévio esgotamento dos recursos internos para a realização da denúncia, excepcionando tal regra diante de uma demora injustificada (art. 46.2.c).

A CIDH considerou que os requisitos de admissibilidade devem restar preenchidos quando do juízo de admissibilidade realizado por ela, e não propriamente quando da apresentação da denúncia. Ou seja, seria possível que os requisitos fossem preenchidos durante a tramitação perante a Comissão, o que teria ocorrido no caso. Assentou que, no momento em que realizou o juízo de admissibilidade sobre a denúncia, estava caracterizada a demora injustificada dos processos internos.

A Corte apontou que já havia entendido correto o procedimento da CIDH no *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, destacando que os requisitos de admissibilidade devem estar presentes no momento do juízo de admissibilidade, e não propriamente no momento de denúncia. Ainda, apontou que a análise acerca da demora dos processos internos e sua efetividade confundiam-se com o mérito da questão, e que portanto deveria ser analisado como tal, e não como exceção preliminar. Outrossim, destacou que o Brasil não havia indicado, no momento oportuno (perante a CIDH), os recursos internos que ainda não estavam esgotados, tampouco esclareceu sobre a efetividade deles. Por tais razões, a Corte não acolheu a exceção arguida.

#### **4. CONCLUSÃO**

Após a análise da atuação do Estado brasileiro em sua defesa com relação às exceções preliminares apresentadas perante a Corte IDH, constata-se a quase inexpressiva taxa de sucesso alcançada, não obstante a arguição de teses defensivas nesta rubrica em todos os casos já julgados.

Verifica-se, ademais, a presença marcante de alguns tipos de exceções, como a tese atinente a ausência de esgotamento dos recursos internos, presentes em todos os casos, ou a tese acerca de incompetências da Corte, presentes na grande maioria deles, assumindo formas e focos diversos em cada um.

Nota-se, ainda, que a Corte IDH enfrenta com regularidade exceções preliminares arguidas pelos Estados, construindo uma jurisprudência sólida e coerente em suas sentenças, nos quais sempre dialoga com os precedentes do tema e indica-os expressamente, evidenciando sua preocupação com a estabilidade e a segurança jurídica de seus julgados.

Ainda, é possível concluir pela falta de técnica adequada do Estado brasileiro com relação a sua defesa perante o Sistema Interamericano, em especial com relação a algumas exceções, o que justifica, em parte, o insucesso constatado. Salta aos olhos, por exemplo, a quantidade de vezes que Corte não acolheu uma exceção preliminar sob o argumento de que ela não foi alegada no momento oportuno perante a CIDH, por se tratar de tese atinente ao juízo de admissibilidade da denúncia, e que portanto deveria ter sido discutida perante aquele órgão, ao qual compete tal juízo. No *Caso Ximenes Lopes*, por exemplo, a primeira condenação do Brasil, a Corte já havia jurisprudência consolidada exigindo que a exceção sobre a falta de esgotamento dos recursos internos fosse alegada perante a CIDH, dado que é um requisito de admissibilidade da denúncia, apontando como indevido o comportamento do Estado em trazer tal questão somente em sua contestação perante o Tribunal, etapa posterior ao juízo de admissibilidade. Não obstante, em inúmeros outros casos posteriores, como os *Casos Herzog e Sales Pimenta*, o Estado brasileiro insistiu na atuação em descompasso com o entendimento da Corte.

Como exposto inicialmente, na data de encerramento deste artigo (07/06/2023) encontram-se pendentes de julgamento nove casos contra o Estado brasileiro na Corte IDH. Cabe aguardar o pronunciamento do Tribunal da CADH para verificar se o Estado adequará sua estratégia à luz da jurisprudência da Corte ou continuará insistindo nos mesmos erros.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 9/11/1992. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 07 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2/8/1996. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em 07 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 89/1998. **Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 04/12/1998. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/537575>. Acesso em: 06 jun. 2023.

Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**, 30 de novembro de 2005. Serie C No. 139. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 03 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Nogueira de Carvalho vs. Brasil**, 4 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 03 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Escher e outros vs. Brasil**, 6 de julho de 2009. Serie C No. 200. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 05 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Garibaldi vs. Brasil**, 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 05 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**, 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 03 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**, 20 de outubro de 2016. Serie C No. 318. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 06 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**, 16 de fevereiro de 2017. Serie C No. 333. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 06 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil**, 5 de fevereiro de 2018. Serie C No. 346. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 04 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Herzog e outros vs. Brasil**, 15 de março de 2018. Serie C No. 353. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 06 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**, 15 de julho de 2020. Serie C No. 407. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 06 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**, 7 de setembro de 2021. Serie C No. 435. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 06 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Sales Pimenta vs. Brasil**, 30 de junho de 2022. Serie C No. 454. Disponível em:

[https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm?lang=pt](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt). Acesso em: 06 jun. 2023.

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

## **O ABANDONO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: AS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE VIGILÂNCIA POR PARTE DOS RESPONSÁVEIS**

**GABRIELLE CAMARGO MATIAS GOMES:**  
Bacharelada em Direito pela Universidade  
de Gurupi – UnirG<sup>95</sup>.

VERÔNICA DO PRADO DISCONZI <sup>96</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** Um dos maiores atentados referentes à dignidade de crianças e adolescentes é o abandono. Dentre as várias formas de abandono, encontra-se o por meio digital. Esse tipo de abandono é caracterizado pela ausência de supervisão dos pais, ou seja, a falta da obrigação do cuidado, zelo e proteção dos filhos no espaço digital. Diante desse cenário, esse estudo teve o objetivo de discorrer sobre os efeitos do abandono digital de crianças e adolescentes, além de analisar as consequências jurídicas advindas desse ato. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura, baseada em artigos científicos, doutrina jurídica, jurisprudência e legislação vigente. A coleta de dados se deu por meio do banco de dados da Scielo e Google Acadêmico. Nos resultados encontrados por esse estudo, ficou evidente constatar que o acesso ilimitado e constante de crianças e adolescentes aos conteúdos encontrados no meio digital traz danos perigosos a esses indivíduos. Quando esse contato é aliado a falta de supervisão dos pais, os seus efeitos são ainda maiores, em razão das inúmeras situações de vulnerabilidade e risco a que estes estão expostos.

**Palavras-chave:** Abandono. Digital. Efeitos jurídicos. Responsáveis.

### **THE DIGITAL ABANDONMENT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN BRAZIL: THE CONSEQUENCES OF THE LACK OF SURVEILLANCE BY THOSE RESPONSIBLE**

**ABSTRACT:** One of the greatest attacks on the dignity of children and adolescents is abandonment. Among the various forms of abandonment is the digital through. This type of abandonment is characterized by the absence of parental supervision, that is, the lack of the obligation of care, zeal and protection of children in the digital space. Given this scenario, this study aimed to discuss the effects of digital abandonment of children and adolescents, as well as analyze the legal consequences arising from this act. In the methodology, it was a literature review, based on scientific articles, legal doctrine, jurisprudence and current legislation. Data collection was through the Scielo and Google

---

95 E-mail: [@gmail.com](mailto:@gmail.com)

96 Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: [veronicadesconzi@gmail.com](mailto:veronicadesconzi@gmail.com).



Academic database. In the results found by this study, it was evident that the unlimited and constant access of children and adolescents to the contents found in the digital environment brings dangerous damage to these individuals. When this contact is allied to the lack of parental supervision, its effects are even greater, due to the numerous situations of vulnerability and risk to which they are exposed.

**Keywords:** Abandonment. Digital. Legal effects. Responsible.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Autoridade Parental. 3. A proteção a crianças e aos adolescentes no meio ambiente virtual. 4. A responsabilidade parental no abandono digital. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais as crianças e adolescentes tem uma facilidade de acesso à Internet. A título de exemplo, em pesquisa realizada pela TIC Kids Online Brasil, do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) apontou que o número de crianças e adolescentes do Brasil com acesso à internet cresceu no ano de 2021. Na presente pesquisa, mostrou que 93% das crianças e adolescentes do país entre 9 e 17 anos são usuárias de internet, o que corresponde a cerca de 22,3 milhões de pessoas conectadas nessa faixa etária (CRUZ, 2022).

Apesar desse crescimento, muito tem-se discutido de que forma esse acesso em demasia pode afetar o desenvolvimento desse público, principalmente no que concerne ao seu crescimento educacional, psicológico, familiar e social. Algo que é extremamente relevante para auxiliar nas escolas, também é um dos que causam mais incidentes relacionados ao acesso de conteúdo impróprio.

Neste cenário, o que se tem percebido nas últimas décadas é que o acesso ilimitado à internet feito por crianças e adolescentes em grande parte é causada pelo abandono digital. Conceitualmente, Ruiz (2022) explica que esse instituto corresponde à ausência dos pais na observação e zelo com os filhos no campo digital. Ou seja, os pais, estão negligentes nos cuidados dos seus filhos quando estes acessam livremente a internet. Dessa feita, pode-se considerar que o maior fator relacionado ao abandono de crianças e adolescentes na internet, é em decorrência da negligência dos adultos, pois são obrigados a proteger os menores perante o Estado.

Portanto, o legislador, por esses e outros casos, observou que era necessário desenvolver regras para o resguardo dos menores na sociedade. Ao logo dos anos, são criadas cada vez mais políticas governamentais em favor da criança. Tem-se como basilar

de tais proteções o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabelecesse seus direitos e obrigações, além de outras normas infraconstitucionais.

Mesmo com todo o amparo jurídico já existente, cada vez mais o abandono digital vem se tornando uma situação recorrente. Assim, observa-se que se deve analisar sempre a criação de ações para combater ou mitigar o abandono, como orientações sobre a utilização de todos os meios da Internet, carecem de autorização governamental especial para menores, cabe, portanto, ao responsável legal fiscalizar toda a atividade gerada pelo navegador (internet).

O destaque do abandono digital, principalmente no que se tange o cenário pandêmico (COVID-19) e pós pandemia, foi o tempo que esses menores ficavam em casa, dando brecha então para que o ambiente virtual fosse o mais utilizado para o entretenimento por parte desses menores. Percebeu-se que a utilização desse meio virtual ocorria e permanece ocorrendo, sem supervisão de um adulto ou informações necessárias sobre o que eles estão fazendo, sem norte de certo ou errado no mundo digital.

Frente a esse cenário, o presente estudo teve o objetivo de discorrer sobre os efeitos do abandono digital de crianças e adolescentes, além de analisar as consequências jurídicas advindas desse ato.

Para discutir o presente assunto de forma clara e desembaraçada, o método de pesquisa utilizado é o qualitativo, onde foi elaborada a pesquisa através das formas bibliográfica e descritiva, com base na legislação, doutrina, artigos científicos virtuais, etc.

Sob a ótica de nossa comunidade judiciária, a pesquisa sobre este tema tem o direito de olhar para a responsabilidade civil em relação a esses casos, pois cada caso e circunstância que ocorre deve ser analisado exhaustivamente.

## **2. AUTORIDADE PARENTAL**

Antes de adentrar na discussão central desse estudo, é necessário entender primeiramente o conceito de criança. Para isso, tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente que traz em seu texto explicitando que é considerado criança a pessoa com até 12 anos incompletos de idade (BRASIL, 1990). Essa delimitação é oriunda do fato de que se entende que esse período, o cérebro de uma criança ainda está em desenvolvimento, assim como o seu aspecto físico, psicológico, social e familiar. São também, para fins jurídicos, considerados pessoas vulneráveis, ou seja, não possuem o total discernimento para a vida adulta (VATANABE, 2017).

É também nessa faixa etária, que o desenvolvimento intelectual está em constante crescimento, onde a busca pelo conhecimento e pelo saber fazem parte desse momento. Dessa forma, Vatanabe (2017) afirma que é no período infantil que se desenvolvem

aptidões, valores e crenças, muitas delas influenciadas pelos pais, que devem a todo momento estarem presentes.

É nesse ponto que se adentra a autoridade parental. Preliminarmente, a autoridade parental pode ser vista como um conjunto de direitos e obrigações relacionados à pessoa e aos bens dos menores e dos filhos não liberados, destinados a promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Há quem diga que a autoridade parental pode ser chamada de “função”, considerando que, embora seja exercida pelos pais, também é em benefício dos filhos (FILHO, 2021).

O poder familiar, portanto, decorre não apenas da relação natural entre pais e filhos, mas também da relação jurídica, que é inalienável e eterna. As obrigações que cria são muito pessoais. Além de fornecer assistência material, essas obrigações também incluem a obrigação de apoiar o desenvolvimento das crianças em indivíduos úteis e membros da sociedade (MIRANDA, 2020).

As autoridades responsáveis, em ambiente digital, por meio do monitoramento do acesso às plataformas de internet, estão diretamente relacionadas ao seu dever de cuidar e proteger as crianças e adolescentes, no entanto, este continua sendo um tema pouco discutido, pois muitos pais desconhecem a falta de conscientização dos filhos. A vigilância do uso da internet por adolescentes pode levar ao abandono digital, permitindo a exposição de dados pessoais do público, que sem dúvida são vulneráveis, deixando-os suscetíveis a fraudes e outros riscos psicológicos e emocionais (MENDES; SANTOS, 2022).

Nas palavras de Alves e Santana (2022, p. 13) os pais são responsáveis socialmente e juridicamente. Dessa forma, eles possuem o dever de vigiar os filhos, que no caso prático “também seria saber com que eles estão, como estão e onde estão, principalmente no meio digital, que é um local onde os filhos menores nos dias atuais, frequentam constantemente”.

Desta forma, os deveres de guarda são essenciais para realizar a vigilância necessária. Sendo o progenitor civilmente responsável pelo comportamento do filho menor, o poder de tutela faz vigorar o poder de orientar a formação moral do menor.

### **3. A PROTEÇÃO A CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES NO MEIO AMBIENTE VIRTUAL**

No caso presente, o que se pode constatar e que é uma situação bastante caracterizada na sociedade, indo além de várias questões inerentes aos ambientes virtuais, visto a brevidade, não há menção legal explícita de possíveis penalidades para a renúncia digital de configurações. Diante disso, faz-se necessária uma construção que utilize as

possíveis sanções já prescritas em outras situações de exposição de crianças e adolescentes.

Segundo Pereira (2008) o abandono digital é uma falha da obrigação de informação, onde os pais deveriam supervisionar seus filhos e são responsáveis por quaisquer danos causados.

O texto legal menciona, ainda que de forma breve, que os pais ou responsáveis legais devem exercer o poder familiar sobre os filhos menores e são responsáveis por seus atos perante terceiros, além de emitir juízos sobre a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores. Na internet, vale destacar que quando o próprio Estado deixa de fiscalizar seu acesso, as crianças e adolescentes não são os autores dos atos ilícitos, mas as vítimas, e não há regras sobre a responsabilidade dessas pessoas. ao mundo virtual (TIBÚRCIO, 2018).

Gonçalves (2020) dispõe que o abandono digital, objeto desse estudo, se caracteriza pela imprudência e omissão dos pais quanto à segurança dos filhos em ambiente virtual, momento este, que se agravou principalmente no período de pandemia da Covid-19.

A Covid-19 é uma doença contagiosa que adentrou no cenário mundial mais precisamente em meados do fim do ano de 2019, na China. Desde então se espalhou ao redor do mundo, tornando-se uma pandemia. Com a pandemia, a sociedade, principalmente nos anos de 2020 a 2021 teve-se que se adaptar a uma nova realidade. Milhares de escolas, comércios, indústrias, e demais estabelecimentos tiveram que ser fechados, em decorrência do crescimento do contágio da doença, que é mortal (ALVES; SANTANA, 2022).

As medidas de segurança impostas foram principalmente o isolamento e o distanciamento social. É nesse contexto, que muitas crianças e adolescentes, estando temporariamente integrados em seus domicílios em tempo integral ficaram mais suscetíveis ao contato ilimitado à internet. Com isso, houve uma crescente onda de uso da internet e tudo o que nela pode aparecer (ALVES; SANTANA, 2022).

A Covid-19, muito além da doença, também impactou as relações familiares. Muitos pais acabaram por “abandonarem” seus filhos no período em que poderiam ter uma maior proximidade e convivência. Com isso, deixaram que eles utilizassem cada vez mais a internet ou outro aparato tecnológico, configurando assim, o abandono digital.

Sobre esse aspecto, cita-se:

O bloqueio das atividades cotidianas da sociedade por muitos meses, ocasionou impactos econômicos e conseqüentes altos custos para a vida das populações, assim como também a mudança da maioria dos

trabalhos para o home office, trazendo ainda mais mudança na vida da população e das crianças, com o teletrabalho dos pais, em que todos passaram a trabalhar de casa, trazendo assim uma sobrecarga de trabalho e rotina sobretudo para a maioria dos pais, que tiveram o acúmulo desordenado das atividades relacionadas à profissão, compromissos com as tarefas do lar, tendo que dar suporte também às atividades escolares dos filhos. Nesse momento, pais e familiares queriam maior privacidade para realizar suas funções e com isso as crianças poderiam estar agitadas e para acalmá-las entregavam aparelhos celulares, tablets e outros meios virtuais para que assim pudessem ficar calmas e permitir maior concentração nas atividades laborais, momento ao qual, não monitoravam ou realizavam a devida e imprescindível vigilância necessária do que os menores estavam acessando, ademais, muitos pais também precisaram compartilhar um mesmo aparelho celular com seus filhos para poder acompanhar as atividades escolares (ANDRADE et al., 2020, p. 11).

Andrade et al. (2020) ao discutirem sobre esse tema, continuam explicando o que são os principais riscos que as crianças e adolescentes podem ter ao terem acesso ilimitado à internet e sem supervisão dos pais. Os autores citam por exemplo, a divulgação de materiais inapropriados, tais como como pornografia ou de cunho violento e de práticas ilícitas; vídeos e imagens de agressões físicas contra terceiros; dentre outros.

Do mesmo modo, abre-se possibilidade de os próprios compartilharem informações sigilosas ou pessoais dos próprios pais ou de outros, gerando prejuízos de imagem e financeiro. Ou ainda de cometerem delitos, como por exemplo, a compra com cartões de créditos de terceiro, sem a anuência do titular (ANDRADE et al., 2020).

Com a possibilidade de perigo e de prejuízos nesse âmbito, a legislação brasileira vem nos últimos anos editando normas jurídicas que buscam regular de forma mais incisiva e direta as práticas abusivas e ilícitas no campo digital. A título de exemplo, destaca-se a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, que traz definições, penalizações e demais aspectos relacionados a essa matéria.

Pereira (2020) nos explica que o Marco Civil da Internet veio na esteira de normatizar o uso da internet no Brasil. É uma lei que visa limitar o uso desse mecanismo, bem como penalizar os seus agentes que a utiliza para cometimento de crimes. No entanto, apesar de ser de suma importância para a temática, para fins da discussão desse estudo, ela ainda é vaga, uma vez que ela não traz especificamente a regulamentação nos casos de *cyberbullying*, xenofobia, pedofilia, assalto virtual, roubo de identidade, entre diversas

ofensas, aliciamento de menores e a briga pelo direito autoral, relacionado ao tema aqui em análise.

Dessa forma Maciel (2018) acredita que a supracitada lei, apenas traz conceitos e termos técnicos, não fazendo um aprofundamento sobre os efeitos que o mundo digital pode trazer a criança e ao adolescente nesses espaços. Ou seja, não amplia a temática para alcançar esse público, que vem a cada ano se tornando o mais usual nesse campo.

Paralelo a essa norma, adentrou-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº. 13.709/2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Tal norma veio trazer um pouco mais de segurança a respeito dos males que o meio digital pode trazer aos menores. Aqui, frisa-se a importância do consentimento específico dos pais ou responsáveis legais quanto ao tratamento dos dados pessoais das crianças. Desta forma, para que seja criada uma conta na internet, é preciso antes de tudo, a permissão dos responsáveis, para que o acesso seja permitido, gerando maior segurança no uso das ferramentas online (YANDRA; SILVA; SANTOS, 2020).

A LGPD em seu art. 14 § 1º traz exatamente a necessidade de consentimento dos pais ao acesso da internet realizado pelos filhos. Contudo, esse texto é considerado frágil, haja vista que não menciona os adolescentes. Isso se destaca em razão do fato de tanto crianças quanto adolescentes utilizam da internet quase que diariamente e são suscetíveis a cometerem qualquer delito indireto e de serem influenciados negativamente em razão da exposição ao qual se sujeitam nesse meio (BRASIL, 2018).

De todo modo, é evidente constatar que o abandono digital gera enormes efeitos. Alves e Santana (2022) ao analisarem as consequências desse tipo de abandono, explicam que ele pode trazer efeitos psicológicos, em especial nas crianças (devido ao seu desenvolvimento intelectual), que são vulneráveis e “fáceis” de serem manipuladas ou de serem vítimas de abuso. Uma vez se tornado vítimas, muitas crianças acabam adquirindo transtornos psicológicos e traumas que podem repercutir na fase adolescente e adulta.

Por conta disso, é obrigação dos pais e responsáveis realizar um acompanhamento contínuo para que o crescimento saudável da criança ou do adolescente seja garantido e eficaz. Esse zelo deve ser feito inclusive no meio digital, principalmente quando se é sabido que esse ambiente pode oferecer perigos que podem afetar o desenvolvimento destes. Em situação contrária, eles deverão ser responsabilizados. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

#### **4. A RESPONSABILIDADE PARENTAL NO ABANDONO DIGITAL**

A questão do abandono digital e as consequentes responsabilidades dos pais ou responsáveis ainda não são legalmente regulamentadas especificamente no ordenamento



jurídico brasileiro, entretanto, a ausência dessa norma não os exime da responsabilidade civil por seus atos, podendo ser aplicadas as normas existentes.

Não há dúvida de que os pais têm a responsabilidade de monitorar as atividades de seus filhos no mundo virtual e educá-los sobre os danos que o mundo digital pode causar à saúde mental das pessoas. Os pais têm a complexa tarefa de alocar tempo de qualidade às crianças e adolescentes sob suas responsabilidades e poderes como um porto seguro de situações difíceis que possam surgir, seja no mundo físico ou digital.

A Lei da Criança e do Adolescente também inclui disposições que tratam das responsabilidades familiares, conforme estabelecido na Lei da Criança e do Adolescente em seu art.4º.

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

(BRASIL, 1990)

Assim, consequências do abandono digital de uma criança ou adolescente são configurações negligentes por parte de seus pais ou responsáveis. Essa negligência configura-se como uma atitude negligente dos pais que não têm interesse em participar ou verificar as atividades de seus filhos no mundo virtual.

Criança conectada à Internet sem a supervisão de um adulto é um menor abandonado digital. Por isso, os responsáveis precisam estar mais presentes na vida dos filhos, ouvindo e conhecendo suas aventuras no mundo on-line, sabendo de que e com quem os filhos estão brincando, inclusive no ambiente digital. Isso o fará se sentir acolhido, facilitando maior proximidade e controle sobre o que faz quando está conectado (CRUZ JÚNIOR, 2020, p. 10).

De acordo com Gonçalves (2020) o abandono digital infantil está ligado diretamente ao consumo ilimitado e exacerbado das crianças na internet sem que se tenha a supervisão dos pais ou responsáveis, ao ponto de que os efeitos nocivos que esse ato pode gerar não seja levado em consideração pelos pais.

Klunck e Azambuja (2020) ao estabelecer o que o abandono digital afirmam que é uma forma de negligência parental, porque é oriunda da desatenção dos pais no que tange a segurança dos filhos no espaço virtual, expondo-os a uma série de riscos.

Sabendo-se que a internet é um campo vasto e ao mesmo tempo nocivo, os pais devem estar atentos ao que seus filhos consomem nesse ambiente. Quando não há um acompanhamento nesses casos, configura-se o abandono digital.

No campo jurisprudencial, ainda que pouco, já existem julgados nessa linha entendendo que a ausência de supervisão dos pais no uso contínuo da internet pelos filhos, pode ensejar a eles a responsabilização civil. Nesse ponto, destaca-se a seguinte jurisprudência:

**APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. USO DE IMAGEM PARA FIM DEPRECIATIVO. CRIAÇÃO DE FLOG – PÁGINA PESSOAL PARA FOTOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. RESPONSABILIDADE DOS GENITORES. PÁTRIO PODER. BULLYING. ATO ILÍCITO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. OFENSAS AOS CHAMADOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DISPONIBILIZADO. COMPROVAÇÃO DE ZELO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO. AÇÃO. RETIRADA DA PÁGINA EM TEMPO HÁBIL. PRELIMINAR AFASTADA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. Apelo do autor [...] VI. **Aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932, do Código Civil.** Hipótese em que o filho menor criou página na internet com a finalidade de ofender colega de classe, atrelando fatos e imagens de caráter exclusivamente pejorativo. Incontroversa ofensa aos chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra, restando, ao responsável, o dever de indenizar o ofendido pelo dano moral causado, o qual, no caso, tem natureza *in re ipsa*. VIII. Quantum reparatório serve de meio coercitivo/educativo ao ofensor, de modo a desestimular práticas reiteradas de ilícitos civis. Manutenção do valor reparatório é medida que se impõe, porquanto harmônico com caráter punitivo/pedagógico comumente adotado pela Câmara em situações análogas. APELOS DESPROVIDOS (Apelação Cível, Nº 70031750094, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em: 30-06-2010). (grifo meu)**

Com base no julgado acima, verificou-se que a ausência dos pais no acompanhamento do filho como usuário da internet, fez com que o mesmo criasse uma página na internet com o intuito de ofender um colega de classe, o que mostra claramente que esse é um campo ao qual se deve ter toda uma atenção.

Neste cenário, surge uma questão: de que forma se responsabiliza o abandono digital infantil, uma vez que esse tema é recente e sem uma legislação específica?

Alves e Santana (2022) entendem que caso os pais ou responsáveis legais sejam leigos quanto ao uso da tecnologia e suas atribuições, caberá ao Estado proporcionar a eles, políticas públicas que tragam dados e informações, quanto ao uso da internet, a fim de evitar, que os pais sejam omissos aos filhos no poder de guardiões, em relação ao uso exacerbado da internet e das redes sociais, evitando assim que os filhos sejam expostos aos perigos do mundo virtual.

Portanto, neste sentido, uma vez configurada a situação de abandono digital, é imperativa a intervenção do Estado para salvaguardar os direitos dos grupos vulneráveis nesta situação. No entanto, por se tratar de uma realidade recente, ainda não há uma definição clara das sanções aplicáveis em tais casos de renúncia (LOPES, 2022).

No mais, já existem algumas ações que podem ajudar os pais no processo de cuidado e zelo aos filhos nesse campo. Como exemplos, cita-se primeiramente a ferramenta do Google Family (Family link), onde através deste aplicativo tem-se a possibilidade de controlar o conteúdo que os filhos baixam (além da exigência de senha dos responsáveis para permitir o seu uso), e o tempo que usam cada app, como WhatsApp e jogos. Outra alternativa é o Youtube Kids, que funciona como um filtro para selecionar o conteúdo que as crianças podem acessar (CAMPOS, 2020). Dessa forma, é possível que os pais possam de forma segura evitar que o uso da internet se torne um problema para seus filhos e para si mesmos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O advento da Internet trouxe ao mundo novos modelos sociais de convivência, comunicação, consumo, aprendizado e convívio. Não há dúvidas de que as conexões entre pessoas das mais diversas regiões do mundo foram fomentadas e ampliadas. No entanto, essa globalização para o mundo digital, juntamente com seus muitos benefícios, também traz perigos para a saúde dos seres humanos, especialmente crianças e adolescentes.

A verdade é que muitas pessoas passam a maior parte do tempo na Internet, seja nas redes sociais, usando e-mail, pesquisando, trabalhando, estudando ou apenas por diversão.

Uma preocupação hoje é o fato de muitas crianças e adolescentes estarem expostos ao mundo digital por horas, fato que pode prejudicar o aprendizado, a concentração, o humor e até expô-los a crimes cibernéticos como cyberbullying, redes de pedofilia, crimes sexuais e outras práticas que prejudicam não apenas crianças e jovens, mas famílias inteiras.

É fundamental compreender que nem sempre as crianças e os adolescentes são protegidos e reconhecidos como titulares de direitos, pois o reconhecimento do conceito de criança e a santificação do princípio da prioridade absoluta, traz a proteção necessária a essas pequenas e vulneráveis vidas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a receber atenção especial do Estado, da família e da sociedade pela falta de cuidado e descaso com o seu desenvolvimento humano.

Assim, o abandono digital é caracterizado pela negligência dos pais em restringir, censurar e direcionar o uso da Internet pelas crianças. Tal negligência pode prejudicar crianças e adolescentes influenciados pela autoridade parental e de terceiros. Crianças e adolescentes cujos pais são responsáveis por cuidar, prover e acolher seus filhos, tendo em vista que tanto o Código Civil quanto o Estatuto estabelecem sua obrigação de cuidar, prover e acolher seus filhos, uma vez constatado o abandono e o dano à saúde é causado.

Ainda não existem normas específicas em nosso ordenamento jurídico sobre a questão da responsabilidade parental por abandono digital, mas isso não pode e não deve ser ignorado, dada a análise sistemática da Constituição Federal, da Lei da Criança e do Adolescente e do Código Civil.

Concluindo, é importante cultivar a função social da família contemporânea, que não mais possui características puramente econômicas, mas deve ser encarada como um ambiente saudável e propício ao bom desenvolvimento de quem nela vive, principalmente das crianças e jovens, santificando assim os direitos fundamentais de qualquer pessoa e a dignidade da pessoa humana.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Letícia dos Santos; SANTANA, Fernanda da Silva Sousa. **Abandono digital infantil: aspectos jurídicos e conjecturas sociais da responsabilização dos pais**. JNT- Facit Business and Technology Journal. Qualis B1. Fluxo contínuo. ed. 36. v. 2. Págs. 440-480; 2022.

ANDRADE, D. M. et al. **Atividades remotas em tempos de pandemia da COVID-19: possíveis legados à Educação**. Revista de Estudos e Pesquisas sobre Ensino Tecnológico (EDUCITEC), v. 6, Ed. Esp. Desafios e avanços educacionais em tempos da COVID-19, e150120, 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 02 mai. 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

CAMPOS, Tatiana. **Abandono digital: o que o seu filho faz na internet é responsabilidade sua**. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/abandono-digital-o-que-o-seu-filho-faznainternet-e-responsabilidade-sua/833013207>. Acesso em: 04 jun. 2023.

CRUZ, Elaine Patrícia. **Nove em cada dez crianças e adolescentes são usuárias de internet**. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2022-08/nove-em-cada-dez-criancas-e-adolescentes-sao-usuarias-de-internet>. Acesso em: 04 jun. 2023.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15º ed. Editora: Atlas, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. vol. 1 - 18ª Edição 2020.

KLUNCK, Patrícia; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas**. 2020. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2020/04/patricia\\_klunck.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2020/04/patricia_klunck.pdf). Acesso em: 04 jun. 2023.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 11ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Daniella Salvador Trigueiro; SANTOS, Isadora Beatriz Magalhães. **Abandono digital e tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: novas perspectivas a partir da LGPD e do Direito de Família**. Revista de Direito de Família e Sucessão, v. 8, n. 1, 2022.

MIRANDA, Alda Adriana Henriques Moreira. **Parentalidade distraída e abandono afetivo na era tecnológica: a mediação como instrumento de proteção dos direitos das crianças e adolescentes no direito de família**. Repositório de Trabalhos de Conclusão de Curso, 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 11.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Editora Forense, 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUIZ, Karina Cavalcanti Cardoso. **O abandono digital de crianças e adolescentes e a responsabilidade civil dos pais**. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/377070/o-abandono-digital-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 01 jun. 2023.

TIBÚRCIO, Lara Pinto. **Novos desafios frente a legislação civil: O impacto do Meio digital no dever de vigilância parental**. Encontros de Iniciação Científica UNI7, v. 8, n. 1, 2018.

VATANABE, Juliane. **O abandono digital infantil como hipótese de negligência prevista no artigo 98, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Cacoal, RO, 2017. p. 39-41.

YANDRA, Barbara Fernanda; SILVA, Amanda Cristina; SANTOS, Jéssica. **Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais**. Internet & Sociedade, v.1, 2020.



## NOVA LEI DE LICITAÇÕES: POEMA DE SETE PRAZOS

**JANDESON DA COSTA BARBOSA:**

*Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Ceub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Ex-Especialista Sênior e Ex-Diretor da área de licitações e contratos do TCU. Servidor do TCU. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do Ceub. Professor. Advogado.*

**FRANCISMARY SOUZA PIMENTA MACIEL<sup>97</sup>**

**NICOLA ESPINHEIRA DA COSTA KHOURY<sup>98</sup>**

**TÂNIA LOPES PIMENTA CHIOATO<sup>99</sup>**

(coautores)

*O bonde passa cheio de pernas:*

*pernas brancas pretas amarelas.*

*Para que tanta perna, meu Deus, pergunta meu coração.*

*Porém meus olhos*

*não perguntam nada.<sup>100</sup>*

O nosso nobre leitor deve estar se perguntando qual a relação entre o trecho desse famoso poema de Carlos Drummond e as licitações. Já chegaremos lá. O fato é que em 1º de abril de 2021 finalmente foi publicada a Lei nº 14.133. Nome completo: (Nova) Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nós, como bons servidores públicos, rapidamente lhe arrumamos uma sigla: NLLCA. E a Lei veio com uma regra de vigência

---

<sup>97</sup> *Mestranda no Mestrado profissional em Administração Pública pelo IDP. Secretária de Licitações, Contratos e Patrimônio do TCU. Especialista em Gestão de Logística na Administração Pública. Graduada em Administração.*

<sup>98</sup> *Secretário de Administração Pública Consensual do TCU. Ex-Secretário-Geral Adjunto de Controle Externo do TCU. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Ceub. Especialista em Pavimentação pela UFBA. Auditor do TCU. Engenheiro Civil pela UFBA. Advogado.*

<sup>99</sup> *Secretária da Função Jurisdicional do TCU. Ex-Secretária de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU. Auditora do TCU. Graduada em Engenharia Civil e Matemática pela UnB.*

<sup>100</sup> Estrofe de *Poema de Sete faces*. *Tr.* ANDRADE, Carlos Drummond de. **Alguma Poesia**, 1930.

curiosa: entraria em vigor na data da sua publicação, mas teria vigência concomitante com a legislação anterior pelo período de dois anos. Mas por quê? Em síntese:

“A vigência imediata da Lei, permitindo esse período de transição, deve ser entendida como um recado aos referidos poderes e aos órgãos e entidades públicas de que a implantação da Lei é gradativa, devendo, assim, ser amparada técnica e juridicamente a cada caso concreto. [...] a operacionalização da Lei depende, conforme cada caso concreto, entre outras providências, da adequação de recursos humanos e tecnológicos, sistemas estruturantes e rotinas internas”.<sup>101</sup>

Em outro artigo<sup>102</sup>, esmiuçamos os diversos prazos de (sobre)vigência da Lei 8.666/1993 e demais diplomas anteriores trazidos pela Lei n 14.133/2021. O intuito do presente artigo é avaliar a adequação de tais prazos, e, claro, sugerir alterações à Medida Provisória nº 1.167/2023, que os modificou.

De início, podemos ponderar sobre o prazo de vigência concomitante das duas legislações assinados pela NLLCA: 2 anos. É pouco ou muito? É aqui que entra o poema de Drummond. A estrofe transcrita acima narra o paradoxo em que está envolto o autor: de um lado a razão (curiosamente retratada no poema como o “coração”) e de outro os sentidos, o concreto, o “olhável”, acessível aos sentidos (descrito como os “olhos” do autor).

O poeta mineiro indaga-se com aquele cenário “para que tanta perna, meu Deus”. A razão não sente, ela só “raciocina”. Ora, já aprendemos que o ponto de vista é a vista de um ponto<sup>103</sup>, parcial porque visto com os privilégios e as limitações próprios do lugar de quem observa. Assim, poderiam os atores do controle externo, os acadêmicos, os observadores “de fora” indagar: 2 anos? Para que tanto prazo, meu Deus! E mais... com a prorrogação proporcionada pela MP 1.167/2023, serão (quase) mais nove meses. Precisa disso tudo? Há ainda os pedidos para que esses prazos sejam estendidos durante a tramitação da MP no Congresso. É necessário mais prazo?

Mas a estrofe continua. Enquanto a razão do autor indaga a cena, seus sentidos nada declaram: “meus olhos não perguntam nada”. Os olhos sentem, pois

---

101 CAMARGO, Bibiana Helena Freitas (org). ROSSI, Sergio Ciquera (org). **Reflexões sobre a nova lei de licitações**; revisor: Patrick Raffael Comparoni. – São Paulo : EPCP, 2022, p. 16.

102 MACIEL, Francismary Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **É preciso avançar: considerações sobre a MP 1167/2023**. *No prelo*.

103 BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**, 51a ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013, p. 9.

compõem um dos sentidos, a visão. E assim os sentidos do poeta nada manifestam: ficam absorvidos naquela visão. O sentir tem um privilégio em relação à razão: só ele entende o que a razão não alcança, apenas os sentidos descrevem nuances e desafios que a razão não poderia imaginar. Contudo, os sentidos “saem perdendo” em certo aspecto: se circunscrevem ao que sentem, ficam lá absortos.

Dessa forma, aqueles encarregados de implementação da NLLCA também não reclamam de excesso de prazo. E se possível pedem mais. Na esmagadora maioria dos casos, os agentes responsáveis por implementar a Lei são aqueles incumbidos também da própria operacionalização das contratações públicas em seus órgãos e entidades. Ou seja, esses servidores não estão lá dedicados exclusivamente a “fazer a transição”, mas estão absortos, absorvidos com os problemas e dificuldades das contratações que estão ocorrendo. E que ninguém duvide da dinamicidade que tem um setor de compras de um órgão público.

Façamos uma rápida crônica: o diretor de contratações de um órgão qualquer está saindo de casa em direção ao trabalho. Dá as últimas penteadas no já escasso cabelo lembrando de que mal dormira na última noite. O que te tirava o seu sono era um propósito: hoje vou me reunir com os demais atores e finalmente traçar um cronograma para implementar a NLLCA. Nosso diretor chega à sua sala, na porta três servidores já o esperam: cada um quer discutir um problema em licitações distintas. Antes de terminar de atender o último, a porta se abre, é sua secretária: “o chefe está te chamando na sala dele com urgência”. O diretor corre... Pois não?... Sente-se, vamos aproveitar a presença do nosso procurador para discutir aquele novo formato de contrato de terceirização. A reunião termina, o horário de almoço já passou faz tempo. Ele lembra que tem uma reunião prestes a começar, é sobre um problema em certo contrato. A reunião nem chega à metade e o celular toca: “Chefe, foi deferida liminar em um mandado de segurança, nossa licitação de *helpdesk* foi suspensa”. Desfaz-se a reunião, instaura-se outra, acaba o dia. O diretor vai pra casa pensando... e o prazo? Era prazo do quê mesmo?

De fato, são os executores da NLLCA que “sentem” as dificuldades. Mas aí também mora um perigo: se ficarmos presos aos sentidos, podemos entrar em uma espiral de urgências. Nisso a razão pode ajudar. Ela sabe que, se não adotadas medidas estruturantes para a implementação da NLLCA - que por sua vez também impõe um conjunto de medidas estruturantes de governança pública - , haverá sempre mais e mais urgências, os populares “incêndios a serem apagados”, jogando o órgão em um círculo vicioso e postergando indefinidamente a implantação.

Mas então? Quem arbitrará os pontos de vista da razão e dos sentidos? Quem indicará o prazo adequado para findar a vigência da Lei nº 8.666/1993? Ora, somente o

Legislativo poderá fazer tal arbitramento, e a tramitação da MP 1.167/2023 é a ocasião propícia para tanto.

Antes de mais nada, reafirmamos a viabilidade de aplicação imediata da NLLCA em todos os níveis federativos. Conforme defendemos anteriormente<sup>104</sup>, ainda que não plenamente aderentes às necessidades específicas, os sistemas, instrumentos e regulamentos já vigentes podem ser adotados e aprimorados com a experiência prática das instituições. Apesar disso, diante do risco de sucessivas ampliações do prazo de vigência do regime anterior, avaliam-se alternativas.

Nesse contexto, surge o ponto chave deste artigo: uma vez que se decida por nova prorrogação, qual prazo deveria ser adotado? Responder a esse questionamento, como visto acima, não é tarefa simplória, e a resposta pode variar bastante de acordo com o ponto de visão de quem responde. E eis que dessa história de ponto de quem vê pode surgir a resposta: não pode haver um prazo único para abarcar contextos tão distintos como são os órgãos e entidades de nível federal, estadual e municipal.

Dessa constatação pode surgir a seguinte ponderação: mas foi dado um prazo de dois anos justamente para que cada órgão atendesse às suas peculiaridades na implementação da NLLCA. É uma ponderação da razão. Os sentidos responderão: mas todo mundo não sabia de antemão que, dado o contexto de sobrecarga, muita gente iria deixar tudo para o final do prazo? A razão vai retrucar: porque faltou organização, faltou planejamento. Não, somente o Legislativo pode arbitrar esse conflito. E como? Disciplinando os sentidos e sensibilizando a razão.

São dois os principais pontos que devem nortear a fixação de prazos distintos: a esfera de governo e o tipo de contratação. De fato, "é a enorme discrepância entre as unidades federativas em seus níveis federal, estadual e municipal"<sup>105</sup>. Podemos começar a distingui-los pelos seus aparatos financeiros e de pessoal. Mas a diferença também está em nível de maturidade: enquanto a União, principalmente o Executivo federal, amadureceu bastante na temática das contratações públicas através de suas instruções normativas, sistemas informatizados e outros instrumentos, há municípios que detêm praticamente o mesmo instrumental da entrada em vigor da Lei nº 8.666/1993.

---

104 MACIEL, Francismary Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **É preciso avançar: considerações sobre a MP 1167/2023**. *No prelo*.

105 BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismary Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso: 12 abr 2023.

E podemos dar exemplos bem concretos: há anos os órgãos do Executivo federal já convivem com o Plano de Contratações Anual (PCA), os Estudos Técnicos Preliminares (ETP), mapa de gestão de riscos e outros instrumentos. Na outra ponta, há municípios cujos servidores jamais ouviram sequer a pronúncia de tais termos. Então a primeira possível segmentação de prazos parece óbvia: prazo menor para a União, um pouco maior para os estados e mais estendido para os municípios.

Mas essa segmentação não resolverá um outro problema: é possível que, cada um em seu prazo, deixe novamente tudo para a última hora. É preciso entender que, dada a dinâmica das contratações públicas, o Legislador necessita escalonar também a implementação em cada unidade federativa, concedendo prazos para etapas menores a fim de direcionar o gestor público à implementação progressiva da NLLCA.

A implementação de uma inovação normativa em etapas não seria bem uma novidade. Objetivando aprimorar o processo de planejamento das obras públicas, muitas das quais acabam sofrendo com paralisações, nova sistemática de modelagem dos projetos denominada de Building Information Modelling (BIM) foi estabelecida por meio do Decreto 10.306, de 2 de abril de 2020.

Ocorre que o referido normativo não teve a pretensão de impor o uso imediato para toda a administração pública federal, tampouco obrigou o uso para todas as obras públicas a serem contratadas pelos órgãos e entidades indicados para a atuação pioneira, destacando que o artigo 4º do referido decreto enunciou a implementação gradual.

Assim, o início ocorreu em momentos distintos para órgãos e entidades com maior ou menor grau de maturidade na contratação de obras públicas, sendo que os que iniciaram o novo paradigma eram justamente aqueles que possuíam maior possibilidade de implementação inicial, a exemplo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e o Exército Brasileiro, tradicionais contratantes de obras públicas.

Importante destacar que nem mesmo os mais experientes na contratação de obras públicas seriam obrigados a contratar com a modelagem BIM em todos os seus novos contratos. O Decreto dispôs que o DNIT adotaria tal modelagem para reforço e reabilitação estrutural de obras de arte especiais, mas não nas inúmeras obras rodoviárias, enquanto o Exército apenas nas obras relativas aos seus imóveis.

De igual modo, conforme exemplo anterior, seria possível que, respeitado o prazo total de cada unidade federativa, o estabelecimento de prazos sucessivos para implementação da NLLCA nos processos de dispensa e inexigibilidade, nos processos de licitação, nas atas de registro de preço, nos credenciamentos, nos contratos por prazo

indeterminado e assim sucessivamente. Observe-se que a própria Portaria-Seges nº 720/2023 acabou, por vias transversas, demonstrando em parte essa necessidade, ao dispor de prazos distintos para autorização da contratação, publicação dos editais e extratos, contratos por prazo indeterminado, atas de registro de preços, dentre outros.

Desse modo, o Legislador é chamado a - na sua peculiar e vocacionada função de aglutinar pontos de vistas distintos - arbitrar a tensão entre a razão e os sentidos para fixar os prazos de sobrevida da Lei nº 8.666/1993 e correlatas. Para tanto, a sugestão é que, na apreciação da MP 1.167/2023, sejam estabelecidos prazos distintos. Prazos totais diferentes para União, estados e municípios e, dentro de cada prazo total, prazos parciais para diferentes instrumentos previstos na legislação.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Alguma Poesia**, 1930.

BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. MACIEL, Francismery Souza Pimenta. **Aspectos hermenêuticos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista do Tribunal de Contas da União. Edição 147, 2021. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1695>>. Acesso: 12 abr 2023.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**, 51a ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013.

CAMARGO, Bibiana Helena Freitas (org). ROSSI, Sergio Ciquera (org). **Reflexões sobre a nova lei de licitações**; revisor: Patrick Raffael Comparoni. – São Paulo : EPCP, 2022.

MACIEL, Francismery Souza Pimenta. BARBOSA, Jandeson da Costa. KHOURY, Nicola Espinheira da Costa. CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. **É preciso avançar: considerações sobre a MP 1167/2023**. *No prelo*.



## **DIREITOS HUMANOS E A REALIDADE VIVENCIADA DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**THALLIA NUNES BRAGA:**  
graduanda em Direito pela  
Universidade Federal do  
Amazonas<sup>106</sup>

**RESUMO:** O principal objetivo dos Direitos Humanos é assegurar os direitos civis, direitos políticos e direitos econômicos e sociais de todos, no Brasil esses direitos são garantidos pela Constituição Federal de 1988 garantindo direito à vida, alimentação, moradia, educação até mesmo para pessoas encarceradas. O papel da prisão é punir e ressocializar os indivíduos, mas constantemente críticas apontam graves erros, violações dos direitos e desumanização dos indivíduos. Diante disto, o objetivo geral desta pesquisa foi analisar a respeito dos Direitos Humanos e a realidade vivenciada dentro do sistema prisional no Brasil. Os objetivos específicos são: i) Descrever os conceitos históricos que marcam o sistema penitenciário brasileiro; ii) analisar artigos que garantem os Direitos Humanos no sistema penal; iii) descrever a qualidade de vida dos detentos e a realidade vivenciada no sistema prisional na atualidade. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi baseada em abordagem qualitativa, onde foi possível investigar e realizar uma reflexão baseando-se nas reflexões e ideias dos pesquisadores a respeito da temática exposta. Este trabalho forneceu conhecimento a respeito da realidade vivenciada no cotidiano dos apenados dentro do sistema prisional brasileiro, servindo como material bibliográfico para a realização de uma reflexão a respeito deste tema.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos Humanos. Sistema Prisional. Qualidade de vida.

**ABSTRACT:** The main objective of human rights is to ensure civil rights, political rights and medical and social rights for all, in Brazil these rights are guaranteed by the Federal Constitution of 1988 guaranteeing the right to life, food, housing, education even for incarcerated people. The role of prison is to punish and re-socialize individuals, but constant criticism points to serious errors, violation of rights and dehumanization of individuals. In view of this, the general objective of this research was to analyze the respect for Human Rights and the reality experienced within the prison system in Brazil. The specific objectives are: i) To describe the historical concepts that mark the Brazilian penitentiary system; ii) analyze articles that guarantee human rights in the penal system; iii) describe the quality of life of detainees and the reality experienced in the prison system today. The methodology used in this research was based on a qualitative approach, where it was

---

106 E-mail: thalliabraga@hotmail.com

possible to investigate and carry out a reflection based on the reflections and ideas of the researchers regarding the exposed theme. This work provided knowledge about the reality experienced in the daily life of convicts within the Brazilian prison system, serving as bibliographic material for the realization of a reflection on this topic.

**KEY WORDS:** Human rights. Prison System. Quality of life.

## 1. INTRODUÇÃO

A obtenção de direito e liberdade é fundamental para a existência humana, não se trata de privilégios ou caprichos, é algo que não pode ser retirado, negado nem mesmo quando um indivíduo venha cometer algum crime ou em casos de violação da lei (GOMES; KOLLING; BALBINOT, 2015). Os Direitos Humanos têm como principal objetivo assegurar primeiramente os direitos civis, em segundo os direitos políticos e em terceiro os direitos econômicos e sociais de todos os indivíduos, sem distinção de raça, gênero, tendências políticas, ideologias ou religiosidade (BEDIN; TOSI, 2018).

No Brasil esses direitos são garantidos pela Constituição Federal de 1988 que garante o direito à vida, alimentação, moradia, educação mesmo nos casos de pessoas encarceradas, sendo proibida a utilização de tortura, tratamentos que venham ser considerados desumanos e degradantes. A prisão deve ter um papel de punição e ressocialização, mas diariamente críticas internacionais apontam violações de direitos e desumanização dos indivíduos, favorecendo principalmente as desigualdades sociais.

Baseado nesta temática, o objetivo geral desta pesquisa foi analisar a respeito dos Direitos Humanos e a realidade vivenciada dentro do sistema prisional no Brasil. Os objetivos específicos são: i) Descrever os conceitos históricos que marcam o sistema penitenciário brasileiro; ii) analisar artigos que garantem os Direitos Humanos no sistema penal; iii) descrever a qualidade de vida dos detentos e a realidade vivenciada no sistema prisional na atualidade.

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi baseada em abordagem qualitativa, onde foi possível investigar e realizar uma reflexão baseando-se nas reflexões e ideias dos pesquisadores a respeito da temática exposta, verificando os conceitos correlacionada com a realidade vivenciada no dia-a-dia, para a construção foram utilizadas fontes online das bases de dados: Google acadêmico, Scielo e LILACS, também foram considerados notas, entrevistas, artigos, registros, lembretes.

Esta pesquisa busca fornecer conhecimento e caracterizar o sistema penitenciário e a realidade vivida diariamente, além de servir para uma melhor compreensão dos desafios e da veracidade presente no ambiente prisional, servindo como base para atualização acerca do tema.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional passou por muitos processos evolutivos, desenvolvido de forma gradual e não de maneira isolada, muitos fatos históricos aconteceram para que o desenvolvimento humano pudesse ocorrer (SILVA et al, 2012). Dentro desse processo a sociedade precisou realizar métodos estratégicos que pudessem proteger os seus aliados mais próximos.

A liberdade é um dos direitos mais valiosos que os seres humanos possuem e desde da antiguidade é proibida em casos de infratores da lei como forma de punição e atualmente como forma de ressocialização do indivíduo (PEREIRA, 2017). Os autores Garutti e Oliveira (2012) relatam que desde dos primatas as punições podem ser observadas, durante esse período era imposto aos primatas em casos de escassez de alimentos a descerem das árvores, servindo com base para o entendimento de primeiro tipo de punição (GARUTTI; OLIVEIRA, 2012).

Desta maneira é possível observar que a punição era utilizada para organização e hierarquia social, para que se obtivesse ordem nesses espaços, mas a origem correta da utilização desse termo ainda é desconhecida. O conceito da prisão iniciou-se durante os mosteiros da Idade Média, onde o principal objetivo era de punir monges e clérigos que descumprisse suas funções, sendo coagidos a viver em celas e dedicar sua vida a meditação e arrependimento (MACHADO; SOUZA, 2013).

Durante o século XVI foram construídos pelos ingleses uma casa de correção chamada "House Of Correction" onde o principal objetivo era punição para pessoas pobres que tinham sido condenadas por pequenos delitos (HOUSES OF CORRECTION, 2023). No século XVII e XVIII muitas maneiras foram desenvolvidas para a correção de infratores, em muitos casos essas pessoas recebiam sentenças desumanas, danos físicos, desacreditando o réu, tornando-os espetáculo de horror e atrocidade (GARUTTI; OLIVEIRA, 2012).

As prisões no Brasil começaram a surgir durante o período da colonização, não como forma de presídio, mas como uma cadeia pública, onde o único objetivo era assegurar que a punição seria realizada, punição essas baseadas em tortura ou morte (GRINCHPUM; MARTINS, 2016). Os registros mostram que a primeira "cadeia" construída no Brasil estava localizada na cidade de São Paulo entre os anos de 1784 e 1788, chamada apenas de cadeia, sendo uma grande casa assombrada, funcionava ali também uma Câmara Municipal (NOVO, 2019).

Neste lugar eram direcionados todos e quaisquer indivíduo que cometesse crimes, infrações, incluindo escravos, os mesmos eram guardados e cumpriam penas como acoites, multas e degredo, já que durante esse período ainda não existiam penas.

Mas todo o processo de construção do sistema penitenciário brasileiro lembra o conceito de prisão medieval europeu onde os presos viviam em condições isoladas em busca de meditação e perdão divino (MELLO, 2022). Fica nítido que na história o sistema penitenciário é baseado na exclusão, na tortura, sem planejamento ou intenção de ressocialização do indivíduo,

Como instrumento de pena, o sistema prisional se deu início com o Código Penal Francês do ano de 1791, generalizando em seguida pelo mundo todo, uma legislação definida para punir de forma geral a sociedade, de maneira igual a todos (NOVO, 2019). Sendo uma ferramenta utilizada para manter a ordem no ambiente social e garantir a sociedade segurança.

Mas foi somente em decorrência a Segunda Guerra Mundial, mediante a Declaração dos Direitos Humanos que se deu início a preocupação com a dignidade humana, a realização de penas individualizadas, pensando na ressocialização dos indivíduos com critérios racionais (FRANÇA; PANTALEÃO, 2020). Os autores Grinchpum e Martins (2016) ressaltam que até a atualidade ainda é possível vivenciar e observar a identificação dos presídios com as velhas masmorras da idade média, ainda não sujas, fedidas e sem dignidade humana.

É necessário realizar essa compreensão da história do sistema prisional para entender todo o conceito e o sistema que está por trás das dificuldades vivenciadas ainda presentemente, ainda com todos os processos e luta por dignidade nos sistemas prisionais a realidade vivenciada ainda é de crise, com problemas graves na forma de punição dos apenados.

### **3. DIREITOS HUMANOS**

Os Direitos Humanos, é uma coleção de direitos indispensáveis para uma vida humana baseada na liberdade, igualdade e dignidade, sendo esses essenciais para uma vida digna (RAMOS, 2020). Segundo os autores Gomes, Kolling e Balbinot (2015) os direitos e a liberdade são indispensáveis para a existência e dignidade humana, não devendo ser retirado, nem substituído e nem negado, não são privilégios (GOMES; KOLLING; BALBINOT, 2015).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem como ideia comum promover respeito aos direitos e a liberdade para todos:

Art. 1 - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Art. 2 - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 1).

Os Direitos Humanos obtiveram um grande marco jurídico em 1988 com a Constituição Federal sendo considerada uma das constituições mais avançadas do mundo em matéria de direitos humanos (BARRETO, 2012). Foi aprovado pela Carta Magna de 1988 onde foi possível garantir o indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de áreas vulneráveis da sociedade brasileira (PIOVESAN, 2011, P. 76).

A expressão "Direitos Humanos" tem sido utilizada para atender vários conteúdos, variando o seu significado conforme a área de conhecimento, como também no contexto geopolítico nas relações nacionais ou internacionais (NETO, p.5, 2015). Mas o autor ainda relata que muitos outros nomes são utilizados para nomear esses direitos, como as derivações: direitos dos homens, direitos fundamentais, direitos naturais.

Os Direitos Humanos, é resultado de um enorme processo de revoluções, lutas históricas, guerras, revoluções e de conflitos que induziram os seres humanos a exercer um padrão civilizatório, constituindo liberdade, igualdade e fraternidade (BEDIN; TOSI, 2018).

<b>Tabela 1:</b> Processo histórico dos direitos humanos		
<b>ANO</b>	<b>LOCAL</b>	<b>HISTÓRIA</b>
1250 a.C	Egito	Moises recebeu os 10 mandamentos sendo considerado o primeiro documento com direitos humanos.
Século IV	China	Os filósofos Mêncio e Motseu realizaram uma reforma na teoria do altruísmo de Confúcio, reconhecida como teoria do amor universal.

1517	Alemanha	Martinho Lutero realizou a publicação de as "95 teses".
1628	Inglaterra	Ocorreu a votação da Petição de Direitos, onde foi exigido do Rei Carlos I respeito aos direitos das pessoas.
1679	Inglaterra	A instituição do a "Habeas Corpus Act" onde foi garantido liberdade aos cidadãos britânicos contra as prisões ilegais e abusivas.
1701	Inglaterra	Durante o reinado de Guilherme III foi realizado uma votação o "Act of Settlement".
1776	Estados Unidos	Declaração dos Direitos de Virginia a primeira declaração contemporânea a respeito dos direitos humanos.
1789	Estados Unidos	Divulgação da "Carta de Direitos" onde tinha as dez primeiras Emendas a Constituição
1789	França	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, baseado na Declaração de Direitos de Virgínea.
1790	França	O Olympe de Gouges liderou a Declaração dos Direitos da Mulher, em reivindicação aos Direitos dos Homem e do Cidadão.
1850	Brasil	Foi promulgada a Lei de Extinção do Tráfico Negroiro, Lei de número 581, conhecida como Lei Eusébio de Queiroz.



1854	Estados Unidos	O chefe indígena Seattle enviou uma carta ao presidente propondo comprar uma parte das terras da tribo, a carta é divulgada como um dos maiores atos em favor ao meio ambiente.
1863	Estados Unidos	O presidente Abraham Lincoln proclamou a emancipação dos escravos, em um documento que realizou a aprovação da 13 emenda da Constituição norte-americana, proibindo escravidão e trabalho forçado
1864	Suíça	Aprovação da Convenção da Cruz Vermelha sobre o socorro aos feridos em batalha.
1888	Brasil	Abolição da escravidão por intermédio da Lei Áurea, sendo o ultimo país a tomar essa atitude.
1890	Bélgica	Conferencia de Bruxelas a respeito do tráfico de escravos africanos.
1891	Roma	Papa Leão XIII promulgou a encíclica Rerum Novarum, sobre a realidade dos trabalhadores.
1908	Brasil	Fundada a Cruz Vermelha brasileira
1918	Rússia	Lênin realizou a proclamação a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado.
1951	Brasil	Lei Afonso Arinos que inclui contraversões penais a práticas de atos resultantes de preconceitos de raça ou cor.

**Fonte:** ADAPTADO CASTILHO, 2017.

Esta temática representa um marco longo e repletos de controversas, uma luta política onde pessoas acreditam que esses direitos só servem para proteger pessoas ricas e por outro lado pessoas acreditam que só defendem bandidos (BEDIN; TOSI, 2018). Os autores Tedeschi e Colling (2014) relatam que apesar da construção histórica dos Direitos Humanos ainda é considerada moderno, pois foi durante o século XX em decorrência a Segunda Guerra Mundial e as bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki que os movimentos começaram a efetivar esses direitos.

O autor Neto (2015) explica que a noção de dignidade da pessoa humana é fundamentada na argumentação de que todo ser humano é livre e usufrui dos mesmos direitos básicos, possuindo uma guarda indissociável proximidade com a igualdade e a liberdade.

#### **4. DIREITOS DOS APENADOS**

A Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura todos e quaisquer cidadãos brasileiros, sendo dever do Estado fornecer segurança, saúde e qualidade de vida a todos, os apenados são também cidadãos ainda que reclusos. Os autores Gomes, Kolling, Balbinot (2015) evidenciam que todos os seres humanos possuem direitos, sendo negada a sociedade ou Estado realizar acepção de pessoas, diante da lei todos são iguais, até mesmo quando alguém comete algum crime a sua dignidade deve ser preservada.

O cárcere não é motivo para não respeitar os direitos humanos, os documentos internacionais vedam quaisquer tipos de tortura, tratamento que seja considerado desumano e degradante, determina também separação entre condenados e provisórios, imputáveis e inimputáveis, adultos e jovens, mulheres e homens (SOUZA, 2015). A Lei de Execução Penal 7.210/1984 no art.10 e 11 prevê assistência ao preso e ao interno, sendo dever do Estado:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III -jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Os apenados têm direito de possuírem um trabalho remunerado e uma reserva de capital proveniente do seu trabalho, sendo parte direcionada a uma poupança que poderá ser readquirida ao sair da prisão, outra parte deve ser utilizada como indenização aos danos realizados pelo crime, assistência familiar, despesas pessoais e em restituição ao estado para manutenção do apenado (JUSBRASIL, 2015). A carta Magna de 1988 também prevê os direitos fundamentais dos apenados no artigo 41:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (BRASIL, 1984, p.4).

Os seres humanos possuem atividades básicas onde a saúde e a segurança são prioridades, pois estão relacionadas a vida, o direito capital do ser humano, exigindo a responsabilidade de zelo pela vida de todos que vive e convive, formando uma cidadania (COSTA, 2014). O apenado é assegurado para se ter respeito à sua integridade física e moral, não devendo ser sujeito a tortura, tratamento desumano ou degradante, não sendo aceito coações morais, psicológicas, ameaças, calúnias, coações físicas, violências sexuais.

O artigo 4º da Lei n.º 13.675 da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) propõe:

I - respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos;

II - proteção, valorização e reconhecimento dos profissionais de segurança pública;

III - proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana;

IV- eficiência na prevenção e no controle das infrações penais;

V - eficiência na repressão e na apuração das infrações penais;

VI - eficiência na prevenção e na redução de riscos em situações de emergência e desastres que afetam a vida, o patrimônio e o meio ambiente;

- VII - participação e controle social;
- VIII - resolução pacífica de conflitos;
- IX - uso comedido e proporcional da força;
- X - proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente;
- XI - publicidade das informações não sigilosas;
- XII - promoção da produção de conhecimento sobre segurança pública;
- XIII - otimização dos recursos materiais, humanos e financeiros das instituições;
- XIV - simplicidade, informalidade, economia procedimental e celeridade no serviço prestado à sociedade; XV relação harmônica e colaborativa entre os Poderes;
- XVI - transparência, responsabilização e prestação de contas.

Diante desta perspectiva é possível afirmar que o Estado deve garantir e assegurar os apenados de uma forma que os mesmos possam cumprir sua pena sem perder sua integridade e dignidade, cabendo aos mesmos respeito, proteção e ter seus direitos como qualquer outro cidadão que não tenha sido afetados pela sentença condenatória.

## 5. QUALIDADE DE VIDA E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM COMPLEXOS PENITENCIÁRIOS NO BRASIL

Os apenados possuem direitos garantidos por Lei consoante o Princípio da Dignidade Humana, mas, na prática, a realidade é um sistema prisional brasileiro cheio de problemas como: superlotação, oferta inadequada de saúde, rebeliões, tráfico de drogas, fugas, corrupção, falhas no processo de reabilitação, um índice alto de reincidência e um retorno não adequado do egresso para a sociedade.

O sistema prisional brasileiro é considerado obsoleto, insalutífero, cruel e representa uma série de distúrbios graves, lembrando as prisões da época dos mosteiros durante a idade média (PARRIÃO, 2020). No Brasil a quantidade de detentos por 100.000 habitantes cresce sistematicamente, duplicando os números nos últimos dez anos, uma variação excêntrica (ARRUDA et al, 2013).

É estabelecido pela Organização Mundial de Saúde que os apenados recebam uma vida digna para poderem manter sua saúde e força física, devendo todos terem condições de utilizar objetos pessoais e que a administração do presídio forneça uniformes conforme o previsto.

O autor Braga (2021) constata que a maioria das ocorrências no sistema populacional de pessoas presas é referente a crimes contra patrimônio, proveniente de uma baixa formação educacional, esses indivíduos possuem uma baixa formação educacional, correlacionando a prática de crimes com instrução educacional.

As superlotações e as insuficiências ações de reintegrações não fornece condições suficientes para a realização das determinações legais, os detentos vivem em celas precárias e cercadas de pessoas, na eminência de dormirem sentados e outros em pé até o seu horário para dormir (MELLO, 2022). Segundo Novo (2019) as superlotações e os envolvimento dos apenados nas organizações criminosas, falha na organização do pessoal são os principais fatores vivenciados nas penitenciárias brasileiras.

As rebeliões e fugas são diariamente noticiadas nos jornais, inclusive em escala internacional, sendo alvo de críticas devido aos resultados lastimáveis de indivíduos mortos pelos seus colegas, além da utilização de funcionários e familiares como reféns. Os autores Kuchnir et al (2022) relatam que essas rebeliões são organizadas e controladas pelas organizações criminosas a fim de reivindicar as superlotações, danos, qualidade ruim da alimentação e água, péssima higiene.

As superlotações e falta de humanidade nos presídios violam de maneira efetiva os direitos constitucionais dos apenados, tendo em vista que além da pena a ser cumprida também será efetivado uma sobre pena, já que os indivíduos dentro deste cenário sofreram desrespeito e violação da dignidade humana.

Dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional evidenciam que a população carcerária conta com 833.176 presos, onde 782.543 são homens e 42.280 são mulheres, contando com um total de 1549 estabelecimentos penais, onde 1180 são destinados para o sexo masculino, 138 para o sexo feminino, 231 para ambos os sexos, sendo estabelecimentos para recolhimento provisório, cadeia pública, estabelecimentos para cumprimento de regime semiaberto, centro de progressão, centro de integração social, centro de ressocialização e outros não informados.

Em geral, o perfil sociodemográfico da mulher encarcerada no Brasil é descrito como sendo o de jovens, solteiras, com baixo nível de escolaridade, renda familiar precária e com filhos (AUDI, SANTIAGO, ANDRADE & FRANCISCO, 2016; ORMENO & STELKO-PEREIRA, 2013). Outro problema vivenciado é a privação de direitos às necessidades especiais e relacionados à saúde por mulheres no sistema carcerário. Segundo Audi et al



(2016), as prisões foram construídas para os homens já que os mesmos representam 95% dessa população, e em muitos casos as necessidades das mulheres são ignoradas.

O INFOPEN registra que no Brasil entre os anos de 2000 a 2018 ocorreu um crescimento de cerca de 700% na população feminina, surgindo a necessidade expressiva de reconhecimento nas especificidades do gênero e na garantia dos direitos femininos (INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA, 2021). Quando o assunto é mulheres grávidas ou com crianças menores de 6 anos no sistema prisional é possível constar a invisibilidade, em sua grande maioria as informações a respeito dessas mães são imprecisas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022).

Segundo os últimos registros realizados no ano de 2019 evidenciou-se que o sistema de saúde prisional possui uma situação de precariedade, materiais reduzidos e insumos de trabalhos, além da quantidade reduzida de profissionais (FERREIRA et al, 2021). A prestação de assistência à saúde dos apenados é um direito fundamental, previsto na Lei de Execução Penal n.º 7.210/84, artigo 14:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

§ 4º Será assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido (BRASIL, 2011 p. 3).

Mas a realidade vivenciada é falta de condições e a falta de profissionais como ginecologistas, obstetras e pediatras em estabelecimentos adequados para a realização desses atendimentos. Em sua visita o MNPCT se deparou com um sistema onde os apenados recebem comidas estragadas, água imprópria para o consumo, recusa de atendimento adequado para os internos que necessitam de atendimentos médicos e a

proliferação de doenças como escabiose e dermatite, feridas inflamadas e desnutrição (BRASIL, 2021).

É notório que esses problemas e a ausência de uma prestação de serviços com qualidade nas penitências só aumentam a criminalidade e a reincidência desses indivíduos, o que se presencia são cenas de horror, caos, pessoas vivendo das maneiras mais críticas possíveis e em meio a doenças, a prisão deve ter caráter ressocializador e não de represália.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa teve como objetivo demonstrar a realidade vivenciada no sistema prisional brasileiro, na primeira parte da pesquisa foi abordado o contexto histórico acerca da origem dos presídios e das penas, o segundo tópico foram caracterizados os Direitos Humanos e toda história que envolve as garantias desses direitos, no terceiro tópico foram abordados os direitos que asseguram os apenados e no último tópico foi possível caracterizar a realidade vivenciada nos presídios.

A sensação de quem observa a realidade dos presídios e de impopularidade tendo em vista que a sociedade tem com relação aos apenados é de vingança, não de ressocialização. Realizar uma modernização atendendo a constitucionalidade do Direito Penal ainda é algo que a sociedade não luta a favor. É perceptível a urgência por melhorias voltadas para o sistema prisional, dentro deles as superlotações e más condições sanitárias, ocasionando em mais revoltas e reincidências.

A sociedade e o governo se omitem aos problemas presentes no sistema prisional, a sociedade de maneira geral crê que os apenados não merecem assistencialismo e merecem sofrer todos e quaisquer tipo de abusos e danos.

Este trabalho forneceu conhecimento a respeito da realidade vivenciada no cotidiano dos apenados dentro do sistema prisional brasileiro, servindo como material bibliográfico para a realização de uma reflexão a respeito deste tema.

## **7. REFERÊNCIAS**

AUDI, Celene Aparecida Ferrari et al. Inquérito sobre condições de saúde de mulheres encarceradas. *Saúde em Debate*, v. 40, p. 112-124, 2016.

ARRUDA, Aurilene Josefa Cartaxo Gomes et al. Direito à saúde no sistema prisional: revisão integrativa. *Revista de Enfermagem UFPE on line*, v. 7, n. 11, p. 6646-6654, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.675, DE 11 DE JUNHO DE 2018. Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília.

BRASIL. Ministério da mulher, da família e dos direitos humanos. **Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT**. Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília. 2021.

BEDIN, Gilmar Antonio; TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: uma conquista civilizatória**. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 6, n. 12, p. 297-301, 2018.

BINOTTO, Beatriz Calvo; DO PRADO, Florestan Rodrigo. **A Evolução do Sistema Prisional Brasileiro e seus Aspectos Gerais**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 16, n. 16, 2020.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. Direitos humanos. Saraiva Educação SA, 2017.

COSTA, Arthur Trindade; LIMA, Renato Sérgio. **Segurança pública. Crime, polícia e justiça no Brasil**, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mulheres presas e adolescentes em regime de internação que estejam grávidas e/ou que sejam mães de crianças até 6 anos de idade: sumário executivo. Brasília. 2022.

FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso; PANTALEÃO, Paulo Barcellos. **Finalidade ressocializadora da pena: Teoria e prática**. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 7, 2020.

FERREIRA, José Ferdinando Ramos et al. **Recomendações convergentes?: Documentos sobre a proteção à saúde prisional durante a pandemia de COVID-19**. REVISTA BRASILEIRA DE EXECUÇÃO PENAL-RBEP, v. 2, n. 1, p. 19-39, 2021.

GARUTTI, Selson.; OLIVEIRA, Rita de Cassia. **A prisão e o sistema penitenciário – uma visão histórica**. Universidade Estadual de Maringá. mai. 2012, p. 04. Disponível em: Acesso em: 26 jul. 2023.

GOMES, N. S; KÖLLING, G; BALBINOT, R. A. **Violações dos direitos humanos no presídio Roger, no estado da Paraíba**. R. Dir. sanit., São Paulo v.16 n.1, p. 39-58, mar./jun. 2015.

GRINCHPUM, Ana Paula Lemos; MARTINS, Vera Lúcia. **A origem do sistema prisional: as mulheres nas penitenciárias do Brasil.** 2016.

HOUSES OF CORRECTION. Disponível em:  
<https://www.londonlives.org/static/HousesOfCorrection.jsp>. Acesso em: 26 de abril de 2023.

JUSBRASIL. Conheça alguns direitos assegurados à pessoa presa. 2015. Disponível em:  
<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/conheca-alguns-direitos-assegurados-a-pessoa-presa/207508274>. Acesso em 4 de maio de 2023.

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). Implementação da prisão domiciliar para mulheres no Brasil à luz da Lei de Acesso à Informação [recurso eletrônico] / Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo: ITTC, 2021.

KUCHNIR, Taís et al. **A disponibilidade de ações de saúde, educação e trabalho para pessoas presas impactam na diminuição de situações de rebeliões nos presídios? Uma análise técnica.** REVISTA BRASILEIRA DE EXECUÇÃO PENAL-RBEP, v. 3, n. 1, p. 43-57, 2022.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. **Sistema penitenciário brasileiro—origem, atualidade e exemplos funcionais.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, p. 2176-1094, 2013.

MARTINS, Luiz. **O sistema prisional brasileiro e o problema da superlotação.** 2022.

MELLO, Júlia. **Histórico, Legislação, Superlotação e Privatização um estudo sobre o Sistema Prisional Brasileiro.** 2022.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos humanos.** Jornal do Brasil, p. 5, 2015.

NOVO, Benigno Núñez; PENAL, Direito. **A realidade do sistema prisional brasileiro.** 2019.

PARRIÃO, Bruna Ieuxino. **O mito da ressocialização e a situação vivenciada pela população carcerária brasileira.** 2020.

PEREIRA, Luciano Manegueti. **O Estado de Coisas Institucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro.** Capa > v. 5, n. 1. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** Saraiva Educação SA, 2020.

SILVA, Francisco de Assis Santos et al. **Trabalho, sociedade e educação: interdependência e conflitos em suas relações.** 2012.

## OVERSHARENTING E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS

**BÁRBARA DINIZ**

**ROSA:** graduanda em  
Direito pela UNIBH.

**MARINA PALHARES**<sup>107</sup>

(coautora)

**EDUARDO SIMÕES NETO**

(orientador)

**RESUMO:** O Presente trabalho, sob a metodologia indutiva e dedutiva, visa discutir a responsabilidade dos pais frente ao fenômeno Oversharenting, assim como abordar os institutos constitucionais e civilistas que ilustram os direitos personalíssimos do nascituro, da criança e do adolescente, consoante ao Estatuto da Criança e do Adolescente, importante lei infraconstitucional que serve de arrimo para reivindicar a não utilização da prática em análise. O artigo ainda apurou a respeito da popularização das redes sociais e a troca de informações produzida, acarretando um meio instável para a exposição de crianças e adolescentes, já que o compartilhamento não possui um controle seguro de quem recebe ou quem emana os arquivos, cabendo aos pais o monitoramento e fiscalização. Com a excessiva exposição e não vigilância dos pais perante as redes sociais, o Oversharenting, trouxe diversos malefícios para a criança. Abordamos também, as ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário, Legislativo e o Ministério Público, como forma de intervir para frear a exposição, dirimir e analisar os atos dos familiares que expõem as crianças ao meio, através da chave normativa, os mecanismos endo processuais, como a perícia psicológica e uma jurisprudência correlata ao tema proposto que discrimina de forma clara quais são os limites da exposição e em qual momento o Oversharenting diferencia-se da liberdade de expressão pelos pais, resguardando a proteção e segurança de seus filhos.

**Abstract:** The present work, under the inductive and deductive methodology, aims to discuss the responsibility of the parents in the face of the Oversharenting phenomenon, as well as to approach the constitutional and civil institutes, that illustrate the very personal rights of the unborn child, the child and the adolescent, authority to the Statute of the Child and the Adolescent, important infraconstitucional law that serves as a support to claim the non-use of the practice under analysis. The article also found out about the

---

<sup>107</sup> graduanda em Direito pela UNIBH.

popularization of social networks and the exchange of information produced, resulting in an unstable medium for the exhibition of children and adolescents, since sharing does not have a secure control of who receives or who emanates the files, leaving it to the parents monitoring and enforcement. With the excessive exposure and the non-vigilance of the parents in the face of social networks, the Oversharenting, brought several harms to the child. We also approach the tools used by the Judiciary, Legislative Power and the Public Prosecutor's Office, as a way of intervening to curb the exposure, resolve and analyze the acts of family members who expose children to the environment, though the normative key, endo procedural disorders, such as to psychologies and jurisprudence related to the proposed theme that clearly discriminates what are the limits of exposure and at what moment Oversharenting differs from freedom of expression by parents, safeguarding the protection and safety of their children.

**Palavras- Chave:** Oversharenting. Responsabilidade Civil. Zeitgeist. Estatuto da Criança e do Adolescente. Poder Judiciário.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2. O QUE CONSISTE O OVERSHARENTING E COMO IDENTIFICÁ-LO. 3. OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO NASCITURO EM FACE DA PRÁTICA ANALISADA. 4. COMO O JUDICIÁRIO, O LEGISLATIVO E O MINISTÉRIO PÚBLICO PODEM PROTEGER DIREITOS PERSONALÍSSIMOS EM PROL DO MENOR. 5. JULGADO ATINENTE AO FENÔMENO OVERSHARENTING. BREVE ANÁLISE. 6. CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito, como regra matriz sedimentada e vigorada em todas as sociedades pelo mundo, sempre visou garantir o apoio e vigilância para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Em nosso país, o ordenamento pátrio sempre foi a sentinela e o garantidor do desenvolvimento psíquico, físico e social do menor através de diversas ferramentas legislativas em constante evolução com o passar dos anos e da evolução da sociedade.

Através do Código do Menor de 1927, começamos a observar a consolidação gradativa da ideia da criança, como integrante importante da cápsula familiar e o regozijo dos seus direitos civis como cidadão. Com a inserção de seus direitos na CRFB (Constituição Federal) de 1988, com status de cláusula pétrea e a sedimentação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, mencionando também os direitos do nascituro sob a ótica civilista de 1916, além do aparecimento das diretrizes acerca da adoção de menores em sede internacional com o apoio e amparo da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) de 1942, observamos que o legislador pátrio é coerente e catequizador em tangenciar a criança e o nascituro como um componente catalizador das comunidades e portador de um legado para gerações futuras, portanto, merecedor da vigília e patrocínio de todos os envolvidos na pirâmide familiar, jurídica e social.



Ao passo em que foi-se aprimorando a relação criança, família e meio social, diversos entraves ocorreram e uma das mais corriqueiras, comentadas e dirimidas pelo poder judiciário é a questão da alienação parental, discutida desde 1985 e que assola as famílias e os processos de guarda de menores até os dias atuais. Entretanto, com o advento das ferramentas tecnológicas no dia a dia das famílias e as redes sociais como instrumento e método de interação social, culminou-se em uma onda de exposição excessiva da criança e do adolescente em escalas preocupantes. Denominado Oversharenting em países desenvolvidos e cuja classificação foi aceita em nosso ordenamento jurídico para identificar práticas que vão de encontro à proteção e segurança da imagem do menor e objeto de estudo do presente artigo.

Com a adoção da metodologia indutiva e dedutiva, o presente trabalho busca desmembrar o fenômeno Oversharenting com o amparo da psicologia jurídica, psicoterapia infanto-juvenil, as ferramentas coibidoras e sancionadoras do judiciário, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, as leis civilistas e criminalizadoras, no que couber, e o entendimento dos tribunais superiores e legislativo, por meio de mutações constitucionais, no tocante à conscientização e disciplinarização da sociedade, enquanto cápsula familiar, para deter práticas de cunho abusivo em detrimento a exposição da criança e do adolescente à meios desconhecidos e nada incólumes.

## **2.O QUE CONSISTE O OVERSHARENTING E COMO IDENTIFICÁ-LO.**

Conhecemos como Zeitgeist, o modus operandi de uma época, jeito de pensar e agir, logo, é inegável observarmos que a ótica comportamental de nossa era e da geração atual, é o uso de smartphones, tablets, computadores e gadgets adjacentes para comunicar, aproximar pessoas, educar e oferecer produtos e realizar serviços. Uma ferramenta utilizada por quase todas as classes sociais, faixas etárias e grupos empresariais, com o objetivo de otimizar o tempo e o acesso à informação, a entrega de produtos ou infoprodutos e também, a comunicação entre os amigos, familiares e pessoas distantes, através das mídias sociais. Tomamos como exemplos de mídias sociais populares no Brasil e no Mundo, o Facebook, WhatsApp, o Instagram, Twitter e outras plataformas operacionalizadas pela Meta Corporação.

Diante mão, com toda a exposição às mídias sociais e essa nova forma de exposição da sociedade em sede eletrônica, temos as crianças e adolescentes, cidadãos em formação que são expostos por seus pais nos meios mencionados, fato esse que gera vulnerabilidade e insegurança para o menor. Através do compartilhamento de fotos, cotidiano, locais e especificidades da criança, como por exemplo, onde ele gosta de comer ou brincar, por exemplo, acarreta em questões muito sensíveis e inseguras para o menor, pois como é sabido, na internet, não conseguimos frear a quantidade de

compartilhamentos e informações e muito menos se o recebedor dessas informações é indivíduo idôneo e bem intencionado, ao receber todos esses dados, classificando essa prática dos pais que detém o poder familiar e função importante no crescimento desse menor, como questionável e passível de fiscalização por todos aqueles responsáveis e interessados na segurança social e psicológica do menor exposto. Toda a narrativa descritiva acima, define o conceito e a denominação ilustrativa do fenômeno Oversharenting, termo em inglês que se coaduna a práticas encontradas em nossa sociedade. A saber sua denominação e característica sobre outro prisma literário:

Com a consolidação da internet na sociedade, surgiu as redes sociais, com o intuito de promover conexões entre as pessoas de diferentes lugares. Ao longo dos anos ocorreu um aumento no alcance dessas relações, diante disso tornou-se essencial na vida de todo corpo social. Oversharenting se caracteriza pelo compartilhamento excessivo que os pais fazem da imagem dos seus filhos nas redes sociais, essa prática começa antes mesmo do nascimento da criança e pode influenciar diretamente na sua vida futura. (Barbieri e Souza, 2020).

Outros autores acerca do mesmo tema:

Dessa forma, a prática do "Oversharenting" é caracterizada pelo compartilhamento excessivo e frequente, por parte de pais e responsáveis, de informações pessoais, imagens, vídeos e notícias de seus filhos menores nas redes sociais. Ressalte-se que, uma vez divulgadas informações dos menores na web, tais dados podem ser facilmente acessados mesmo após grande período desde a publicação. Consequentemente, é possível que anos depois as imagens e vídeos da criança sejam acessados tanto por terceiros quanto pelo próprio menor, que poderá sentir-se constrangido frente à exposição sofrida na internet. (Nunes Macedo, 2022.)

Ainda a respeito deste tema tão intrigante e à guisa de informação e esclarecimento, temos suas implicações:

Sobre a temática proposta, pode-se esclarecer que Oversharenting é definido como a exposição excessiva da imagem dos seus filhos menores em redes sociais pelos pais, tutores ou responsáveis. Há casos em que tal compartilhamento se inicia antes mesmo do nascimento, afetando diretamente em sua vida sem direito de escolha a tal exposição. Oversharenting é uma expressão da língua

inglesa. Este fenômeno é cada vez mais frequente e se dá pelo crescimento das redes sociais no cotidiano atual.

A infância e a adolescência são fases especiais, de amplas experiências e momentos extremamente importantes que é o da formação do indivíduo enquanto ser humano, a identificação das referências, valores sociais e pessoais, evolução física e emocional que conduzirão a fase adulta.

A exposição nas redes sociais nessa fase, se feita de forma descontrolada pode desencadear problemas de ordem comportamental, emocional e social. Por exemplo, um registro de uma criança nua ou seminua pode depois de anos ser utilizada para a prática de cyberbullying, bem como usada fora de contexto por pessoas criminosas para fomentar turismo sexual, prostituição de menores e munção para pornografia infantil. (Correa, Oliveira e Lopes, 2021.)

Qualquer indivíduo que possua relação direta com a família em que esse menor está inserido, ou até mesmo seus parentes, que conseguem de uma maneira mais direta observar o uso do poder familiar oriundo da relação maternal e paternal, pode identificar a prática do Oversharenting por meio das mídias sociais. O comportamento mais claro dessa prática é sem dúvida a exposição do menor de forma reiterada, assim como a divulgação de sua escola, locais em que ele frequenta, sua intimidade e também, tentar obter algum tipo de vantagem moral e pecuniária através dessa exposição. As autoras Correa, Oliveira e Lopes em seus estudos, foram assertivas em suscitar uma vertente do Oversharenting, pais que trabalham com mídias sociais e até mesmo influenciadores, utilizando da exposição do menor para lucrar com o uso de sua imagem. A seguir:

A ideia de sharenting, também, abarca as situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na internet, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando, constantemente, informações sobre sua rotina. É o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer. [EBERLIN, 2017, P. 258].

Tal fato ocorre principalmente com pais que são digitais influencers e tem como ferramenta de trabalho as redes sociais, utilizando a exposição como forma de estar sempre em alta com visualizações e engajamento em suas postagens. Quando algo é postado em redes sociais torna-se público e aquele conteúdo passa a ser acessado por

vários usuários, deixando assim de pertencer somente ao seu usuário de origem, ou seja, o autor da postagem. (Correa, Oliveira e Lopes, 2021.)

De acordo com a prática já identificada, seguimos para a explanação acerca dos direitos do menor e do nascituro em questão em detrimento ao Oversharenting, sob o olhar do Direito Pátrio.

### **3.OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO NASCITURO EM FACE DA PRÁTICA ANALISADA**

Sob a ótica civilista, a Constituição Brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente, temos alguns institutos de preservação e manutenção do direito dos da criança e do adolescente e do nascituro que devem ser abordados e amplificados, fazendo uma ponte com a prática mencionada de nossa tese e apontando as falhas, assim como a disciplina de contenção do Oversharenting e adjacentes. A saber:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com a menção do artigo 227 da CRFB/88, observamos que a manutenção e o oferecimento de mecanismos e ferramentas para o bom desenvolvimento do menor como alimentação, moradia, educação, à dignidade (Nessa toada, podemos amplificar a interpretação da dignidade com a proteção à intimidade para o correto e equilibrado crescimento do menor) e entre outros discriminados no texto pátrio, formam um meio saudável e equilibrado para o menor crescer e evoluir enquanto cidadão em fase de formação. Tal dispositivo é uma cláusula pétrea e entendemos essa importância devido à questões psicossociais e biológicas e educacionais, tendo em vista que um ambiente saudável para a criação do menor e a velação de sua privacidade, além de direitos personalíssimos, na verdade, são um inventário moral da vida da criança onde seu legado no futuro será o crescimento de um cidadão sem problemas sociais ou psicológicos e melhor atuando em sua vida civil e social, ficando pouco provável uma disfunção social. Observemos o que diz outros autores à respeito do texto de lei constitucional.

Os direitos personalíssimos são cláusula pétreas, ou seja, não podem ser mudadas. São também irrenunciáveis, pois ninguém pode dizer que não quer mais usufruir de seus direitos de personalidade, e

intransmissíveis pois não podem ser passados a outra pessoa, o que se encontra disposto no artigo 11 do Código Civil de 2002: *“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

A saber, os direitos personalíssimos são totalmente baseados na dignidade da pessoa humana, tal feito inquestionavelmente limita até mesmo a própria ação do detentor dos direitos, pois não há o que se falar em “desistência” aos direitos de personalidade garantidos por lei. Deste modo, aqueles que possuem o poder familiar devem sim respeitar a imagem e privacidade do menor. [...]

Em suma, é inegável que os direitos garantidos por lei são de extrema necessidade, a construção da vida e da pessoa como sujeito de direitos. Deve-se preservar a dignidade humana de qualquer acometimento que possa vir a violar seus direitos, tais como imagem, privacidade e nome (Silva, 2009). (Correa, Oliveira e Lopes, 2021.)

Especialmente no tocante à privacidade e veiculação da imagem, a Constituição Federal taxou de forma precisa a inviolabilidade da intimidade do indivíduo e a preservação de sua imagem e intimidade. Logo, é direito do menor:

Art. 5º, X.: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda assevera o entendimento mencionado, o Constitucionalista Alexandre de Moraes em sua obra Direito constitucional, de 2009, o referido manto constitucional consegue sofrer uma importante mutação constitucional<sup>108</sup>, entender nosso, abrangendo a interpretação atualizada e abraçar a sociedade atual no que tange aos meios de comunicação convencionais e eletrônicos, onde inserimos as mídias sociais:

A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5.o refere-se tanto a pessoa física quanto a pessoas jurídicas, abrangendo,

---

<sup>108</sup> As mutações constitucionais são decorrentes das modificações do sentido, significado e alcance de algum dispositivo do texto da Constituição, modificações essas que acontecem sem os processos de emenda e revisão.

inclusive, à proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa. (Moraes, 2009).

Fazendo um importante link com a realidade analisada, a criança que ainda não possui bem fortificados seus direitos de escolha e entender os riscos que acarretam a exposição, é exposta por seus pais ao aparecer nas mídias sociais, de forma que pode expor a sua segurança a riscos, sem os devidos cuidados necessários à proteção da imagem e segurança deste pequeno cidadão em desenvolvimento da personalidade, periclitando sua intimidade em detrimento à terceiros que podem se valer dessa omissão dos pais para fazer algum mal para o menor.

Art. 5º. ECA: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. [BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente.1990] [...]

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais

A partir das teorias concepcionistas e natalistas que embalam o direito do nascituro, regozijando seus direitos fundamentais da personalidade, lastreado pelo Codex Pátrio Civilista, observamos a infringência dessa ferramenta aliada ao mecanismo do Oversharenting desde muito cedo, por seus genitores. À guisa de ilustração:

Art. 2 do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Sob esse entendimento, qualificaremos a seguir acerca das teorias que embalam os direitos personalíssimos em nosso ordenamento jurídico, as teorias natalistas e concepcionistas, trazendo a visão dos Egrégios Tribunais Superiores para a correta aplicação dessas teorias, sanando qualquer celeuma advinda destas, esclarecemos.

Para a Teoria Natalista, o nascituro não é dotado de personalidade jurídica, tendo em vista que não nasceu, logo, não é possível atribuir-lhe capacidade civil, tampouco direitos personalíssimos. Trazendo para a análise de nosso caso, o nascituro, pela visão dessa teoria, jamais poderia regozijar seu direito à imagem. Como transcreve o autor:

Essa teoria, consiste em afirmar que o sujeito que ainda não nasceu, não possui direitos estabelecidos pela Lei, apenas aqueles que



nascem já estão garantidos, a teoria ganha força pela literalidade do Art. 2º do Código Civil, onde afirma que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Com base nisso, o indivíduo que nasce com vida terá seus direitos garantidos e tutelados, dessa forma os direitos a vida, imagem, nome; honra, etc... só estariam vinculados se o próprio nascesse, tendo assim uma personalidade jurídica. (Henrique, Afonso. JusBrasil, 2022.)

Já a Teoria Concepcionista, visa a personalidade civil própria para o nascituro desde muito cedo, tendo em vista que este é pessoa humana e já detém direitos resguardados pelo Codex Pátrio, independente do seu nascimento e sim sua concepção. É o que transcreve o brilhante civilista Flávio Tartuce, trazendo outros autores com a mesma opinião jurídica:

É aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei e pelo ordenamento jurídico.

Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (principal precursora da tese no Brasil), Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, José Fernando Simão, entre outros. (Tartuce, Flávio. JusBrasil, 2011.)

Ainda menciona Tartuce, que tal corrente é a abraçada pelo nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ), informando ainda o julgado originário deste entendimento:

Trata-se da corrente que prevalece na doutrina contemporânea. A jurisprudência do STJ também tem adotado tal corrente, como no julgado que reconheceu danos morais ao nascituro em decorrência da morte do seu pai ocorrida antes do seu nascimento:

“DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por

dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232). (Tartuce, Flávio. JusBrasil, 2011.)

O voto aqui abordado da turma colegiada referida, nos faz mencionar a divergência de entendimentos que havia entre os Egrégios Superiores Tribunais, visto que o Supremo Tribunal Federal possuía um pensamento que vai de encontro ao consolidado pelo STJ. Consubstanciando por meio dessas divergências à uma terceira teoria, a teoria da personalidade condicional, esclarecida em parágrafo próprio posterior.

Em um primeiro momento, o STF adotou a teoria natalista ao acolher o aborto de feto anencefálico em favor aos direitos da mulher. Observa-se:

A situação do feto anencefálico nunca foi imaginada na elaboração do Código Penal Brasileiro em 1940. Porém na atualidade temos como comprovar por meio de laudos médicos inquestionáveis, que o feto não tem cérebro e não há qualquer perspectiva de que sobreviva. Diante desse cenário o STF autorizou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 - ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012 - a possibilidade de antecipação terapêutica do parto, sendo a mesma ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS - nesse mesmo sentido noticiou o STF:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente.

Observa-se por Conceição Lemos (2012) que o Ministro Marco Aurélio ao declarar seu voto, se mostrou preocupado também com os direitos da mulher, visto que seria um sacrifício incongruente levar adiante a gravidez de caso anencefálico, não tendo sequer expectativa de vida extrauterina, mostrando assim que não se importa apenas em proteger um lado dos seres da relação. Caso tenha a imposição de continuar com a gestação, o resultado será irremediavelmente a morte do feto, indo de contra a princípios basilares do sistema constitucional, principalmente à dignidade da pessoa humana, à autodeterminação, à liberdade no campo sexual e à saúde. Além da garantia da integridade física, psicológica e moral. (Oliveira, Bergamim Leonan. JusBrasil, 2020.)

Entretanto, nos dias de hoje, o STF adotou a teoria concepcionista através da transmutação do entendimento e firmamento da personalidade formal e material:

Porém, a partir do decorrer dos anos, percebemos uma mudança significativa da aplicação das três teorias. Sendo adotado pelo STF a Teoria Conceptionista, que assegura personalidade formal e material, na qual a vida começa no momento da concepção, ou seja, do encontro de gametas e posterior nidação do zigoto no útero feminino. Portanto, a teoria justifica a posse de direitos para alguém que está por nascer, mas que já possui personalidade jurídica. Entende-se que o embrião, sendo um ser vivente e independente geneticamente de sua genitora, é portador de direitos. (Oliveira, Bergamim Leonan. JusBrasil, 2020.)

Como forma de ampliação do conhecimento e ilustração, explicamos a terceira teoria que fora acolhida em momento anterior, a teoria da personalidade condicionada, esta funciona com uma condicionante, pois embora já sinalizados o direito da personalidade do nascituro, eles apenas passam a valer sob uma condição suspensiva, se o feto nascer com vida:

Por último, há a teoria da personalidade condicional, para a qual a personalidade tem início com a concepção, porém fica submetida a uma condição suspensiva (o nascimento com vida), assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade, inclusive para assegurar o nascimento. (Revista Consultor Jurídico, 2019.)

De base às teorias aqui abordadas, entendimentos superiores e a evolução sociojurídica no que tange às normas e procedimentos competentes jurisdicionados,

prevalecem o saber de que os direitos à dignidade humana começam a partir da existência do feto em gestação, o nascituro já começa a ter uma personalidade civil e esta não deve ser violada, conforme esclarece a importante civilista Maria Helena Diniz:

Entende que o nascituro pode ser considerado ente dotado de personalidade formal e material, tendo inúmeros direitos, tais como o direito à identidade genética, à indenização pela morte do pai, a alimentos gravídicos, à imagem e à honra. A autora defende, dessa forma, que o nascituro, apesar de desprovido de capacidade de fato, tem capacidade de direito.

Diante dessas premissas, é claro que o dever de vigília dos pais começa a partir do ventre da mãe, colaborando para a segurança e privacidade no desenvolvimento do feto, sem a exposição de imagens da ultrassonografia do nascituro, ou até mesmo, local onde realizará o parto, planos futuros envolvendo a criança e nenhuma informação que periclite a segurança desse menor, que devido à exposição em grande escala pelas mídias sociais, pode incorrer em diversos crimes cibernéticos e no ambiente social, como sequestro, lesão corporal à criança, estupro e outros tipificados nas leis criminalizadoras.

#### **4. COMO O JUDICIÁRIO, O LEGISLATIVO E O MINISTÉRIO PÚBLICO PODEM PROTEGER DIREITOS PERSONALÍSSIMOS EM PROL DO MENOR.**

Devido às incessantes transformações sofridas por nossa sociedade, o legislador pátrio, órgãos fiscalizadores autônomos (Ministério Público) e os tribunais especializados e superiores também tiveram que passar por um recrutamento no tocante ao aperfeiçoamento e aplicação das leis e instrumentos normativos que alcançassem toda essa evolução trazida pelo uso da internet. Com o fenômeno Oversharenting, diversos mecanismos de fiscalização aos direitos personalíssimos e análise psicossocial foram ativados e repaginados para estudar, coibir, sancionar e educar os pais e envolvidos na realidade do menor. Amplificando artigos de lei e estatutos já conhecidos e intensificando o papel do Ministério Público.

Os direitos personalíssimos são caracterizados como indisponíveis, desse modo cabe também ao Ministério Público resguardar sua defesa. No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 201, inciso VIII também está elencado o papel do Ministério Público diante de tais direitos: *"Compete ao Ministério Público: zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis."*

Cabe ao Ministério Público intervir quando aqueles que detém poder sobre o menor, sejam eles pais ou qualquer outro responsável que expõe as crianças mediante a prática do oversharenting em situações vexatórias e que

colocam em risco sua imagem, dados pessoais e segurança, propor ações para proteger os interesses difusos, coletivos ou individuais referentes à infância e à adolescência são utilizadas pelo Ministério Público para efetivação de seus direitos. (Correa, Oliveira e Lopes, 2021.)

Este é um momento muito importante de nosso sistema inquisitório, punitivo e fiscalizador, pois as redes sociais trouxeram novas formas de cometer crimes, delitos e evocação das responsabilidades e direitos civis dos cidadãos, já conhecidos pelo ordenamento jurídico, e que põe em risco a vida do menor, questionando e avocando a realidade e eficiência do poder familiar em detrimento aos direitos à imagem e privacidade da criança e do adolescente. A responsabilidade civil dos pais é uma grandeza de suma importância no estudo comportamental e jurídico do fenômeno em discussão, com arguições e dispositivos normativos já mencionados em capítulos anteriores.

Nessa perspectiva, a vasta gama de informações de crianças e adolescentes exibidas nas redes sociais, combinada com a possibilidade de tais dados causarem constrangimento posteriormente ao menor exposto, pode significar uma violação ao direito à imagem, direito à privacidade e direito à intimidade, direitos da personalidade garantidos pela Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo menciona Eberlim (2017), em sua obra que traduz: A exposição exagerada de informações sobre menores pode representar ameaça à intimidade, vida privada e direito à imagem das crianças, interesses que são expressamente protegidos pelo art.100,V da lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA). Esse aspecto é especialmente importante porque o conceito de privacidade [e contextual, temporal e depende muito do modo de vida e nível de exposição que o titular do direito está disposto a oferecer. Nesse contexto, é perfeitamente possível (senão provável) que o critério sobre privacidade que os pais possuam seja diferente daquele que a criança vai desenvolver na vida adulta. Em outras palavras, a criança pode desaprovar a conduta dos seus pais e entender que teve sua

vida privada exposta indevidamente durante a infância. (Nunes Macedo,2022.)

A prática Oversharenting, já escalonada em nossa tese, geralmente, acarreta diversos prejuízos físicos e psíquicos ao menor, cenário propício para a amplo atuação e amparo dos mecanismos e ferramentas do judiciário, com o objetivo de fiscalizar o pátrio poder dos genitores. O primeiro prejuízo é de fácil projeção e associação, tendo em vista que as redes sociais possuem uma audiência nem sempre benéfica e que muitos criminosos utilizam das redes para acompanhar suas vítimas, por muitas vezes analisando as postagens, seguindo o menor e conseqüentemente causando uma lesão física e também psíquica, como o estupro, lesão corporal e outros delitos.

O segundo, os danos psicológicos, estão atrelados à forma com que seus progenitores o expõem à vida cibernética e se esta prática afeta seu desenvolvimento cognitivo, social, emocional e educacional. A melhor forma de ilustrar isso é a criança que desde muito cedo é acostumada a utilizar as mídias sociais como forma de comunicação e trocas de imagens. Se todos os dias essa criança está postando fotos ou vídeos de sua imagem, conseqüentemente ela entende que essa atitude é a correta para o seu convívio, esquecendo um pouco do meio social entre as pessoas, familiares e amigos.

Destarte, a prática aludida não é uma disfunção apontada pelo cidadão comum, precisando sempre de um profissional habilitado e atualizado com os fenômenos sociais e psíquicos oriundos desse novo sentir através dos meios eletrônicos. Portanto, é imprescindível abordarmos a essencialidade dos profissionais de saúde psicológica, social e educativa para detectar e qualificar o fenômeno, pois a junção da multifuncionalidade desses profissionais é a chave para a contenção da prática do Oversharenting, em processos que envolvem o menor em tutela.

Logo, exemplificado pela apelação cível que fundamenta o nosso estudo e que abordaremos em capítulo posterior, as ações em que se pese a manutenção, investigação, fiscalização ou remoção da guarda compartilhada, tal como, ações autônomas e específicas que mencionem o Oversharenting na Vara da Infância e do Adolescente, e de Família, são acompanhadas por profissionais não apenas de cunho jurídico, estes designados pelo juiz habilitado, como também, psicopedagogos infantis, professores, psicólogos, exercendo o ofício da perícia psicológica, para conseguir identificar o prejuízo da exposição às redes sociais dos filhos por conta da vontade dos pais, onde a criança tem um remodelamento do comportamento social pelo excesso de uso à essas ferramentas midiáticas.

Os juízes de Varas de Família, em geral, determinam a realização de perícia psicológica para instruir suas decisões em processos (ou ações) judiciais que envolvem a guarda e/ou visitação de menores, crianças e adolescentes. Não são todos os processos dessa natureza,



porém, que demandam a perícia psicológica, mas principalmente aqueles em que há uma demanda específica nesse sentido por parte de pelo menos um dos litigantes, ou nos quais as provas documentais e testemunhais não oferecem elementos suficientes para a formulação da sentença. (Ortiz, Meireles. 2012.)

Ainda sobre o papel fundamental do judiciário na ampla investigação e apuração do poder familiar em face de práticas que desestabilizem o desenvolvimento infanto-juvenil, temos:

As perícias psicológicas são instrumentos cada vez mais fundamentais nas demandas judiciais de famílias que necessitam de equilíbrio no exercício das funções parentais. Equilíbrio perdido, ou mesmo nunca atingido, nas crises decorrentes das separações — em sentido lato —, e em discussões a respeito do exercício do poder familiar. Equilíbrio que deve ser ponderado levando-se em conta os interesses e necessidades de crianças, adolescentes e, também, dos adultos. Interesses e direitos que devem ser necessariamente complementares numa família. (Groeninga Câmara, 2016.)

Através dessa gama de prejuízos e danos já citados, o legislativo precisou atentar-se para o fato de leis mais coesas e a completa aplicação e ressignificação dos estatutos em prol do menor, além da culturalização desses institutos no país:

Dessa forma, com o propósito de ser uma lei específica que aplicasse a Doutrina da Proteção Integral aos casos concretos, além de regulamentar o dispositivo 227 da Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente entrou em vigência, visando proteger e atribuir eficácia aos direitos fundamentais infantojuvenis previstos (LIMA; VERONESE, 2012, p. 54). Para Lima e Veronese (2012, p. 56), a nova lei passou a ressignificar toda a política nacional em prol dos melhores interesses de crianças e adolescentes, com a proteção à infância tornando-se uma responsabilidade não apenas do poder familiar, mas também do poder público (MACIEL, 2018, p. 47).

Não obstante, apesar do Estatuto representar um instrumento normativo comprometido em dar efetividade jurídica aos direitos fundamentais “inerentes à infância e adolescência” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 56), ele ainda se revela, mesmo com trinta anos de vigência, como uma “ lei materializada mais em âmbito formal do que

essencialmente presente nas práticas sociais” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 56). (Nunes Macedo, 2022.)

O tema, de fato, é novo e intrigante, pois discute o poder dos pais enquanto responsáveis e os direitos à intimidade da criança. A efetiva verticalização do poder familiar e até qual ponto o Estado poder intervir e identificar o que é infringência aos direitos personalíssimos e o que é gozo de uma conduta social, havendo ou não a mitigação da aplicabilidade da norma e a cultura do nosso país, sobre ser saudável ou não essas exposições reiteradas de crianças e jovens. Uma nova ferramenta social ou mais um espectro de uma disfunção social e psicológica? Um dilema a ser opinado em capítulo conclusivo posterior.

## **5. JULGADO ATINENTE AO FENÔMENO OVERSHARENTING. BREVE ANÁLISE.**

A Apelação cível de número: XXXXXXXX.XX.2019.8.26.0577

EMENTA: ILEGITIMIDADE DE PARTE. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FACEBOOK. POSTAGEM EM REDE SOCIAL. CONFORME O MARCO CIVIL DA INTERNET, O PROVEDOR DE APLICAÇÃO NÃO É RESPONSÁVEL PELO CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS, SOMENTE RESPONDENDO CIVILMENTE QUANDO, APÓS ORDEM JUDICIAL, DEIXAR DE REMOVER O CONTEÚDO. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. DIREITO DE IMAGEM. POSTAGEM, PELA MÃE, EM REDE SOCIAL, ACERCA DA DOENÇA DE SEU FILHO (AUTISMO). CONTRARIEDADE DO PAI. NÃO CABIMENTO. EMBORA SE DEVA EVITAR A SUPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS EM REDES SOCIAIS, PRIVILEGIANDO A PROTEÇÃO À IMAGEM E À INTIMIDADE DO INCAPAZ, NECESSÁRIO BALIZAR TAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA GENITORA. POSTAGEM QUE NÃO OFENDE OU DESMORALIZA O INFANTE. TEOR DO TEXTO PUBLICADO QUE DEMONSTRA PREOCUPAÇÃO E AFETO COM O MENOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível XXXXXXXX.XX.2019.8.26.0577; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020)

Devido a jurisprudência em comento ser sinalizada como segredo de justiça, por bem, mantemos a inviolabilidade ao sigilo processual e das informações das partes e do menor, preservando os envolvidos e enfocando na grande lição que essa jurisprudência produz para a comunidade jurídica.

Resumidamente, a narrativa fática que ensejou o processo concerne no fato de que o pai do menor, sentindo-se constrangido pela exposição da mãe com relação à descoberta da doença do seu filho, portador do transtorno de espectro autista do filho, postada nas mídias sociais sem o seu consentimento, tendo em vista que a relação dos pais e a criança é manejada através do instituto da guarda compartilhada. O pai, por sua vez, ingressou com uma ação para a retirada da postagem onde ela anuncia a doença do filho na sua conta pessoal do Facebook, e também, pleiteando a não violação direitos personalíssimos do menor perante a empresa de mídias sociais Facebook, alegando que a requerida também infringiu os direitos à imagem e privacidade do menor ao autorizar a postagem.

A priori, o magistrado acolheu o pleito pugnado pelo polo passivo da ação, deferindo a ilegitimidade do Facebook na demanda em análise, fundamentado na lei do Marco Civil da Internet, lei 12.965/14, em seu art. 19º:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no

pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nessa toada, a requerida, mãe do menor, o magistrado também entendeu não violar direitos personalíssimos do menor, pois tratava-se de um desabafo da mãe em falar do espectro autista sofrido pelo filho. Julgando improcedente o pedido de remoção da postagem por parte da genitora.

O pai, ora inconformado, interpôs recurso mediante a decisão em primeira instância, pelas razões já aduzidas na narrativa fática, reforçando seu pedido de remoção da postagem.

Novamente, o recurso foi desprovido pelo tribunal ad quo e mantida a decisão pelo juízo ad quem, firmando o entendimento já sedimentado pelo magistrado da requerida não ter nenhuma intenção em expor seu filho à algum tipo de constrangimento e sim, dividir um desabafo sobre a doença do filho, com o fito de informar e buscar acolhimento de pessoas mais próximas em sua rede social privada. Conforme transcreve-se o voto do relator:

Contudo, no caso em apreço, verifico que não houve qualquer ofensa capaz de macular a imagem da criança, sendo, em verdade, produto da própria liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV da Constituição Federal. Pelo teor do texto publicado, pode-se perceber uma mãe, preocupada com o diagnóstico de autismo do filho, relatando, de forma emotiva, a descoberta da moléstia e a confusão de sentimentos que se seguiu. Percebe-se, nitidamente, que não houve qualquer mácula à imagem do menor. Pelo contrário, nota-se uma mãe preocupada com o filho que tanto ama, compartilhando seus sentimentos na rede social, em busca de afeto, reconhecimento e identificação. Comentando a colisão de direitos fundamentais no caso de sharenting (de um lado, os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais das crianças e, do outro, o direito à liberdade de expressão dos pais), Fernando Eberlin expõe: “A análise sobre os direitos a serem tutelados no caso do sharenting demanda mecanismos de solução para os casos concretos (seja pela ponderação com base no princípio da proporcionalidade, seja com base na interpretação sistemática), sendo necessário encontrar uma justa medida para preservar tanto o direito à liberdade de expressão

dos pais e de terceiros como o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais de crianças”.

De todo o exposto, pode-se perceber que a pretensão do apelante não merece acolhimento, não tendo a postagem da ré capacidade de ofender a

imagem ou privacidade do menor.

Mantida a sucumbência tal como estabelecida, os honorários advocatícios ficam majorados para R\$ 2.000,00 para o patrono de cada réu,

nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil. Nesses termos, nega-se provimento ao recurso.

Portanto, a partir desse julgado importante, observamos que a sociedade e os cidadãos, estão gradativamente conscientizando-se a entender melhor os limites de exposição das crianças e adolescentes frente às ferramentas de comunicação e postagens em mídias sociais. Quando se sentem lesados ou expostos, recorrem ao judiciário para dirimir assuntos que envolvem o direito à imagem, honra, privacidade, os direitos personalíssimos, uma questão inovadora e intrigante que põe à guisa de discussão a liberdade de expressão, o poder familiar, a exposição da imagem e os riscos do Oversharenting à longo prazo na vida do menor. A cultura do país tem sido levada a discutir os limites da superexposição de pais e filhos em mídias sociais, pauta de extrema importância numa sociedade que tem sido reprogramada para se comunicar através dessas ferramentas tecnológicas.

## **6. CONCLUSÃO**

Desde a escolha do tema, até o aprimoramento do conhecimento, materialização e confecção do artigo exposto, sob o prisma do método indutivo e dedutivo, a preocupação com a exposição de menores foi assunto recorrente em nosso sentir, devido ao compartilhamento frenético de informações e arquivos na internet.

Vivemos em uma era onde o meio cibernético é ferramenta para o asseveramento de condutas, buscas por serviços e produtos, tudo isso diluído em locuções rápidas e mentes ávidas para o novo, o publicável. Como o corriqueiro adágio, “Se não postou, não viveu ou não aconteceu”, vivemos sob essa ótica, de postagens para validar as relações e sobretudo o ego, fenômeno já analisado por Bauman em sua obra, Amor Líquido.

Logo, nesse meio cibernético e cada vez mais instável por não termos mais o controle de nossos arquivos, quando em contato com a tela de um smartphone, tablets ou qualquer outra ferramenta tecnológica, temos o uso desenfreado e o compartilhamento abusivo e sem controle de nosso cotidiano e consequentemente de nossa privacidade.

Em meio ao avanço tecnológico e a pretensão futurista de sermos uma sociedade avançada em meios de encurtar distâncias e oferecer, cada vez mais, produtos com uma projeção real de futuro, suprimimos a nossa privacidade em busca da prática mercadológica do *storytelling*, onde expondo mais o emissor/produtor, gera-se um desejo por aquilo que se oferta. De fato, isso acontece, entretanto, falamos da vida civil e mercadológica de um cidadão adulto com completa fase de maturação e ciente do manejo de sua imagem perante os outros. Todavia, isso não acontece com a vida do menor, tampouco com o nascituro, onde suas capacidades civis estão sendo aprimoradas para formar um indivíduo com plena capacidade de gozo e fruição dos seus direitos civis em um futuro mais breve.

Com toda essa celeuma, o nosso ponto de partida para a criação do presente artigo foi a superexposição desses menores, com o fenômeno ora classificado como Oversharenting e os direitos personalíssimos. Quem os regozijará, e como se dará essa ampla difusão do conhecimento pelos direitos fundamentais do menor e do nascituro? Como explicar para os pais que esse tipo de conduta poderá acarretar prejuízos na vida do menor e como podemos coibir isso com a ajuda das sentinelas do Estado, o judiciário, legislativo e o Ministério Público?

Para todas essas questões, um ponto de partida, os princípios constitucionais basilares que norteiam toda a nossa sociedade: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Nesse ritmo, o direito à vida e à segurança de todos os cidadãos também aparecem. Esses devem sempre ser invocados em situações em que exista a possibilidade de perigo e quando falamos em superexposição de crianças, conseguimos elencar uma gama de reações adversas no Oversharenting, cyberbullying, por exemplo, um tema que vem sendo discutido e abordado entre pais, escolas e meios televisivos, além de ações governamentais como meio de difusão da informação.

Informar à população que o início dos direitos à imagem e privacidade do menor, começa no ventre materno, com direito à segurança e privacidade, componentes importantes para a tranquilidade do desenvolvimento de um nascituro e da criança. Alertar acerca dos perigos à exposição, assim como sinalizar como o Poder Público ampara e atua como protetor dos direitos fundamentais do cidadão, por meio da tutela jurisdicional, através de campanhas educacionais realizadas dentro e fora do ambiente cibernético, com o monitoramento do Ministério Público e convênios com canais de veiculação de informação em massa, como rádios e tvs.



A exposição deve ser utilizada apenas para informar benesses que interessem em caráter coletivo, assim como organizações governamentais e não governamentais já fazem. O Oversharenting praticado pelos pais impossibilita o crescimento saudável da criança, que deve ser criança, brincar, estudar, ter momentos felizes e saudáveis com seus pais, amigos e familiares, esse é o verdadeiro ambiente em que uma criança deve participar, a vida real e uma vida tranquila, sem exposições.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARBIERI, Erika Ferreira; SOUZA, Regina Maria de. **A Prática do Oversharenting e o Compartilhamento Excessivo da vida parental por meio de Identidades digitais**. 11º. Fórum Científico Educação, Ciência e Tecnologia. Unifunec, 2020. Publicado em 2020. Disponível em: <https://seer.unifunec.edu.br/index.php/forum/article/view/5053/3983>. Acesso em 1º de maio de 2023.

CORREA, Paula; LOPES, Letícia Costa; OLIVEIRA, Mariana Alves. **Oversharenting e os Direitos da Personalidade**. Faculdade Alfa Unipac. Publicado em 2021. Disponível em: [https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2021/728\\_oversharenting\\_e\\_os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_do\\_menor.pdf](https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2021/728_oversharenting_e_os_direitos_da_personalidade_do_menor.pdf). Acesso em 5 de maio de 2023;

PISKE, Oriana. **O inquietante fenômeno da mutação constitucional**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Publicado em 2007. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2007/o-inquietante-fenomeno-da-mutacao-constitucional-parte-i-juiza-oriana-piske#:~:text=As%20mutações%20constitucionais%20são%20decorrentes,processos%20de%20emenda%20ou%20revisão..> Acesso em 5 de maio de 2023;

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 24.a edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 163-165;

Lei 10.406/2002. **Lei que institui o Código Civil. Brasília, Distrito Federal**. 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 abril de 2022;

VADE MECUM SARAIVA OAB. **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha**, 14 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018;

NUNES, Daniela Macedo. **A prática do Oversharenting e a violação dos direitos da personalidade do menor**. Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia. Publicado em 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/36840/1/PraticaOversharentingViolação.pdf>. Acesso em 6 de maio de 2023;

ORTIZ, Maria Cristina Meirelles. **A constituição do perito psicólogo em varas de família à luz da análise institucional de discurso.** Publicado em 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/CHrp5VGL3br8CpBgvZJSgXm/?lang=pt>. Acesso em 7 de maio de 2023;

GROENINGA, Giselle Câmara. **Novo CPC valorizou aspectos da Psicologia no Direito de Família.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Publicado em 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-24/processo-familiar-cpc-valorizou-aspectos-psicologia-direito-familia>. Acesso em 7 de maio de 2023;

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível: XXXXXXX. XX. 2019.8.26.0577 6ª. Câmara de Direito Privado de São Paulo.** TJ-SP. Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. São José dos Campos, São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 12 de maio de 2023;

HENRIQUE, Afonso. **Teoria Natalista e Concepcionista.** Revista Eletrônica Jus Brasil. Publicado em 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-natalista-e-concepcionista/1437188697>. Acesso em 23 de maio de 2023;

TARTUCE, Flávio. **Em que consiste a teoria concepcionista no que concerne ao nascituro?** Revista eletrônica Jus Brasil. Publicado em 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/em-que-consiste-a-teoria-concepcionista-no-que-concerne-ao-nascituro/121820136>. Acesso em 23 de maio de 2023;

OLIVEIRA, Bergamim Leonan. **A Proteção Jurídica do Nascituro à partir da visão do STF.** Revista eletrônica Jus Brasil. Publicado em 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-protecao-juridica-do-nascituro-a-partir-da-visao-do-stf/874676830>. Acesso em 23 de maio de 2023;

CONSULTOR JURÍDICO. **Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito.** Publicado em 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito#top>. Acesso em 23 de maio de 2023.

## DANO MORAL E O MERO ABORRECIMENTO

**KELLY ESTER RIBEIRO DE CASTRO:**  
graduanda em Direito pela Centro Universitário  
UMA.

**VIRGÍLIO QUEIROZ**

(orientador)

*“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor,  
mas lutei para que o melhor fosse feito. Não  
sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não  
sou o que era antes”. (Marthin Luther King)*

**RESUMO:** Este trabalho tem a finalidade de explanar a diferença entre dano moral e mero aborrecimento, trazendo os conceitos e definições deles, para que ambos sejam caracterizados dentro do processo judicial. O objetivo é abordar a posição dos tribunais trabalhistas em processos que existe o pedido do dano moral, a vertente entre as discussões sobre o julgamento improcedente em razão de “frear” as causas com esse pedido, na tentativa de não tornar o instituto do dano moral banalizado, mas as agressões evidentes a algum direito, e que são caracterizadas como mero aborrecimento. A pesquisa traz breve apontamento histórico do dano moral e sua inserção no processo do trabalho, assim como atualmente a legislação que o rege e as decisões dos tribunais em casos concretos em relação a este instituto. Por fim, o trabalho tem como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental com casos concretos e decisões, utilizando-se de doutrinas e correntes, além dos métodos já mencionados.

**Palavras-chave:** Dano Moral. Mero Aborrecimento. Código Civil. direito.

**ABSTRACT:** This work aims to explain the difference between moral damage and mere annoyance, bringing their concepts and definitions, so that both are characterized within the judicial process. The goal is to address the position of the labor courts in cases where there is a request for moral damages, to wait between discussions about the unfounded judgment for "suspension" of the causes with this request, in an attempt to not make the institute trivialized the moral damage, but the evident aggressions to some rights, which are characterized as mere annoyance. The research brings a brief historical note of moral damage and its insertion in the work process, as well as the current legislation that runs it and the decisions from the courts on solid cases related to this institute. After all, the work's methodology is bibliographical and documentary research with solid cases and decisions, using principles and chains, besides the methods already mentioned.

**Key-words:** Moral damage. mere annoyance. civil code.right.

## 1 INTRODUÇÃO

Percebe-se a grande relevância do assunto proposto uma vez que, são vividas muitas situações no dia a dia que podem ser casos reais de lesão a algum direito juridicamente tutelado, o trabalho como propositura principal, busca distinguir, com base precípua nos códigos de leis pertinentes, a diferença entre o dano moral e o mero aborrecimento em situações vividas no cotidiano.

A autora, com base em sua experiência vivida na Justiça do trabalho durante um pouco mais que um ano, tem como intento demonstrar como problema, a relativização dos sentimentos humanos, nas decisões dos Juízes e tribunais em relação a caracterização do dano moral e o deferimento desse pedido, evidenciando que, o sofrimento não deve ser embasado apenas naquilo que pauta a lei, mas no sentimento vivido por aquela pessoa quando passou por determinada situação.

Por hora, não deixando de considerar a preocupação dos magistrados, de uma possível consequência de banalização do instituto, caso as decisões sejam todas com sentido favorável a indenização do dano em situações que, poderiam ser caracterizadas apenas como mero dissabor e condições que não fogem da normalidade.

Justifica-se a razão do presente trabalho, a relevância social do tema, em seu âmbito geral, para que seja entendido, como a condicionalidade da existência do dano pode afetar a dignidade da pessoa Humana um princípio fundamental, garantido na lei "mãe" do Direito brasileiro, que será mais adiante aqui explanado.

A metodologia utilizada como antes já citado, consiste em pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se de decisões judiciais e doutrinadores que discorrem acerca do assunto, descrevendo aqui também alguns dos assuntos a serem posteriormente abordados, de que modo, o instituto do dano moral e sua definição, a diferença entre o mero aborrecimento, o julgamento improcedente em razão da conservação do mesmo, a relativização dos sentimentos e a dignidade humana e conclusos o julgamento justo não apenas embasado no que preceitua a legislação.

## 2 DANO MORAL

Os danos morais foram trazidos ao Direito Brasileiro de forma primária na Constituição federal de 1988 a luz do artigo 5º parágrafo V e X, onde é garantido a pessoa o direito de ser indenizada, em caso de lesada sua vida privada, sua honra, intimidade e a sua imagem, noutro giro, apesar de não haver previsão antes da CF/88 e das controvérsias jurisprudências e doutrinárias em seu aspecto histórico o dano moral já estava presente no direito brasileiro visto que, já existiam decisões reconhecendo a obrigação da

compensação por danos morais, como na sentença de Raul de Souza Martins em 1911 onde descreveu “a reparação do dano moral, não há dúvidas, é tão justamente devida como a do dano material as condições morais do indivíduo não podem deixar de merecer uma proteção jurídica igual a sua condição material” (1911, Apud ZENUN, 1996, p.78) em 1966 também a 2ª Turma do STF reforçou esse entendimento declarando ressarcível o dano moral e em 1976 a 2ª Câmara Cível do TJRS asseverou a obrigação de indenizar o dano moral tanto quanto o patrimonial (SANTINI, 1997, p. 30)

Exalta-se que a moral atrelada a expressão usada para denominar o instituto “dano moral” nada está relacionada a moral estudada na filosofia, que são princípios pessoais que norteiam a conduta humana. Por isso a moral protegida pelo Direito nada tem a ver com a moralidade que diz respeito a valores adotados em sua individualidade para relações pessoais, uma pessoa não pode alegar diminuído ou lesado um bem juridicamente tutelado, por exemplo se o seu vizinho não lhe dá bom dia; se julga contraposição aos valores exibidos em uma novela de televisão. ou se seu parceiro conjugal comete condutas estritamente em sentido amoroso que não lhe realiza. Desse modo, em uma amplitude geral é caracterizado o dano moral, como a ofensa extrapatrimonial, levando o ofendido a dor, sofrimento, vergonha, humilhação, situação vexatória dentre outras que insultam sua dignidade humana por ora, protegida por lei.

Entre os doutrinadores, Maria Helena Diniz conceitua o dano moral como uma lesão que atinge o ofendido em sua esfera intrínseca “O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito da personalidade ou extrapatrimonial, como, p. ex., direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com tratamento.

O direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade, pode sofrer um prejuízo patrimonial” (Diniz, Maria H. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v. 7. P. 40 Editora Saraiva, 2023).

Para Sergio Cavalieri Filho o dano moral não deve ser baseado apenas na capacidade de externar os sentimentos, seja essa incapacidade pelos motivos mais diversos, considerando que nem sempre a exteriorização é visível, vejamos “Por mais pobre e

humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80).

Verosímil abranger este posicionamento para o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º inciso XXXV da CF/88, considerando que nas mais diversas hipóteses de lesão ou ameaça a direito se faz presente a tutela jurídica para fazer cessar ou ressarcir o dano ali causado.

Avançando em relação as previsões legais do dano moral, o Código civil de 2002 em seus artigos 186, 187 e 927 impõe o dever da indenização ao dano causado, levantando inclusive uma interessante pauta, do dano causado não somente pela ação, mas também pela omissão voluntária, negligência ou imprudência. Destarte a hermenêutica do dano deve possuir vários termômetros, levando em consideração também o meio social da situação, para reconhecimento da proteção do direito, e de forma indispensável a intensidade e a extensão para fixação da reparação preconizado de forma muito objetiva no art. 944 do mesmo código.

### **3 DANO MORAL E O MERO ABORRECIMENTO NO AMBIENTE TRABALHISTA**

O dano moral, pode ser interpretado em diferentes esferas de relações sociais e jurídicas, como por exemplo em relações consumeristas, relações civis contratuais, relações familiares e conjugais, entre vários outros ramos do direito e vivências sociais que como humanos praticamos de forma habitual.

Da mesma forma no ambiente trabalhista inúmeras situações podem ensejar o dano moral tanto por parte do empregador para com o empregado, como vice e versa pois a pessoa jurídica também pode ser lesada em seu nome, sua honra e de qualquer forma que possa ser afetada negativamente, iremos trabalhar em específico em danos morais sofridos pelos colaboradores no local de desenvolvimento das suas atividades laborais, e como dentro de um processo judicial o Juiz separa aquilo que pode ser caracterizado como tal ofensa e a aquilo que deve ser conceituado apenas como mero aborrecimento e situações que não são consideradas anormais nem danosas.

A consolidação das leis trabalhistas daqui pra frente CLT é a principal legislação adotada atualmente no direito brasileiro, que norteia atos processuais e direitos materiais nas relações de trabalho, dentro da CLT encontramos todas as premissas para que os contratos de trabalho em suas variadas formas sejam praticados de forma legal, saudável e digna. É importante dizer que o que CF/88 e o CC 2002 preceitua como dano moral foi



adotado pela CLT, entretanto expandido em várias faces trazendo para este ramo do direito interpretações específicas e singulares como será explanado mais adiante.

Durante muito tempo, a proteção ao trabalhador no meio ambiente de trabalho tinha como pauta principal, apenas o pagamento a atividades insalubres ou perigosas, todavia a CF/88 veio como um divisor de águas neste aspecto vejamos; “Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII – “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

(...)

XXVIII – “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. As disposições constitucionais estabeleceram sistemas de proteção a saúde física e mental do trabalhador, trazendo necessidades tanto de prevenção quanto de reparação a danos causados, outra importante observação a ser feita é em relação ao dano moral objetivo e subjetivo, uma vez que o dano objetivo advém de ato ilícito e visível e o dano subjetivo só é verificado pelos sujeitos que rodeiam o lesionado após a sua exteriorização de abalo emocional.

O CC em seu artigo 932, III também aborda esta responsabilidade por parte do empregador de reparação civil; vejamos; “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;” não obstante a CLT em seu art. 223 -A e 223-C preconiza os bens extrapatrimoniais que são tutelados: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”

(...)

“Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Portanto, vemos que é responsabilidade do empregador a saúde do empregado em seu ambiente de trabalho e até mesmo, em sua trajetória de ida e volta do trabalho, é dever do empregador impedir situações de constrangimento ou humilhantes dentro do local de desenvolvimento das atividades laborais, salientando claro que dentro do processo, todo o contexto é avaliado pelo magistrado, pois de maneira lógica existem casos em que o empregador não tem culpa ou dolo do ocorrido, sendo a responsabilidade inteiramente do colaborador, em acidentes de trabalho podemos visualizar melhor este tipo de exemplo, considerando a importância e força decisiva da fase probatória dentro do processo no quesito documental, testemunhal entre outros que falaremos com mais detalhes adiante.

Em contrapartida, o mero aborrecimento é adverso a aquilo que abordamos até aqui em relação ao dano moral, existem pessoas que tem a sensibilidade exacerbada e em situações simples se sentem envergonhadas e as vezes até humilhadas, e diante de qualquer pretexto ficam enfurecidas, portanto sabemos como o local de trabalho as vezes pode ser cansativo, rotineiro com intenso estresse e situações a serem contornadas, por isso nem tudo pode ter caráter indenizatório causaria um descontrole muito grande e as causas com este pedido seriam desenfreadas e em situações não cabíveis, sendo este o tema que trataremos na próxima seção.

O mero aborrecimento/dissabor são situações que estão dentro do limite razoável de ações que podemos e devemos tolerar um gesto que causa apenas desconforto não deve ser indenizável, é inevitável que em batalhas diárias da vida humana haja conflitos de ideias e interesses, em seu limite esses conflitos são ideais inclusive para o crescimento e desenvolvimento de pensamentos e convivências em grupos seja ele laboral, familiar, religioso entre outros, e além disso o aborrecimento/dissabor não carrega consigo uma característica essencial para que seja possível a indenização não existe um bem juridicamente tutelado que foi lesado ou a intensidade é mínima sendo impossível a capacidade de romper o equilíbrio psicológico, não configurando o dano reparável.

#### **4 A PREOCUPAÇÃO DA BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO E O JULGAMENTO IMPROCEDENTE**

A banalização do dano moral consiste no desvio da finalidade principal deste instituto, em que algumas correntes doutrinárias abordam em razão do aumento significativo de demandas judiciais com esse pedido ou cumuladas ao mesmo com objetivo do demandante de enriquecer-se de forma ilícita, deste modo surgiu a grande preocupação e crítica denominada de “a indústria do dano moral” e então o mero

aborrecimento veio sendo construído pela jurisprudência brasileira em casos reais onde é reconhecida a violação de um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, entretanto considerada sua intensidade mínima, negando que sua interferência seja tamanha a ponto de existir dano ""Nesse sentido, acentua Ernest Weinrib que não é qualquer dano ou desvantagem que será considerada uma injustiça para os propósitos da compensação por danos (WEINRIB, 2013, p. 26)." (Alexandre Pereira Bonna, Dano Moral)"".

Assim é possível que mesmo havendo a violação de um bem tutelado seja rechaçada a indenização de ofensas que se consideram de intensidade mínima ou corriqueiras do cotidiano, o grande problema é quando o Poder Judiciário estende esse entendimento a casos concretos que de forma evidente devem ser caracterizados em dano moral indenizável, parametrizando de certa forma o nível ético da convivência em sociedade por baixo contribuindo para que atitudes intoleráveis sejam cada vez mais praticadas

Manifesta-se profunda revolta diante de pretensões indenizatórias julgadas improcedentes relativas à espera de 4 horas em fila de banco; envio não autorizado de cartão de crédito<sup>5</sup>; atraso na entrega de imóvel; pequenos acidentes de consumo; agressões verbais de vizinho ou colega de trabalho; alimentos contendo corpo estranho, dentre outras. Em todas essas circunstâncias o dano experimentado não se equipara ao elevador parado e a porta emperrada, não possuindo o mesmo nível de problemas enfrentados no dia a dia, pelo que não podem ter a pretensão indenizatória rechaçada sob o argumento do mero dissabor/aborrecimento." (Alexandre Pereira Bonna, Dano Moral)

É inegável que de certa forma a preocupação da máquina judiciária pelo aumento exacerbado de propositura de ações neste sentido é totalmente pertinente, uma vez que a morosidade e a superlotação do judiciário não é uma novidade e entre seus tantos motivos é um assunto "batido" que tem inúmeras discussões, seja na justiça comum, juizados especiais ou justiças especializadas como as varas e Tribunais Regionais do trabalho, entretanto não pode ser essa a justificativa para a limitação das garantias previstas para manutenção da dignidade humana e para tutela do direito de ser indenizado caso sinta-se a pessoa lesada em algum sentido, salientando também que a indenização apesar de não ser de forma explícita caracterizada por lei como punição, de maneira subjetiva tem a intenção de coibir o praticante daquela conduta para que evite nova prática naquele sentido, mostrando ao mesmo tempo que as consequências são reais.

Outro posicionamento dos magistrados levantado em diversas discussões, como justificativa é a visão velada que na maioria das ações a parte que configura o polo ativo

da ação que pleiteia a indenização carrega consigo sempre ou quase sempre a intenção do enriquecimento ilícito demandando no litígio com má fé, infelizmente esta atitude está presente em muitas relações contratuais e principalmente processuais, da vista que o processo judicial é visto na maioria das vezes como um jogo e as partes se valem de muitas estratégias mentirosas para que de um ponto de vista ilusório se vejam como “vencedoras”, e reconhecida a magnitude dos Juízes e desembargadores em uma porcentagem alta conseguir enxergar essas malícias procurando cada vez mais a decisão justa, porém é necessário a desconstrução deste pensamento para que não seja mais uma barreira a ser enfrentada neste instituto de forma processual, neste sentido vejamos o que diz o autor

"Nessa perspectiva, cabe sublinhar o artigo intitulado "O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro" (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 90), o qual investiga como o desenvolvimento da jurisprudência envolvendo dano moral promoveu ideias que limitam a proteção jurídica extrapatrimonial, como a categoria do "mero aborrecimento". Nessa pesquisa, os autores mostram que o Judiciário muitas vezes enxerga o autor da demanda como alguém que deseja enriquecer e que quando se opta pelo juizado especial, já se interpreta que se trata de uma discussão secundária, rechaçando pretensões indenizatórias legítimas ou acolhendo-as em valores pífios, contribuindo em última instância para a reiteração da prática ilícita (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 85-86)." (Alexandre Pereira Bonna, , Dano Moral)

Não deixando de citar também que em alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudências a saúde financeira das empresas é uma preocupação visto que, são as maiores demandadas nos processos na justiça comum e no processo do trabalho, sendo os trabalhadores na maioria das vezes a parte a pleitear a indenização por sofrimento de dano moral no ambiente de trabalho ou por ação ou omissão do empregador, os dados reais, entretanto desmontam este tipo de pensamento pois:

"A propagada ideia de que as condenações em dano moral afetam a saúde financeira das empresas, que são as maiores demandas do Judiciário e que são fixadas em montas elevadas não se sustentam diante de pesquisas empíricas e dados oficiais, que demonstram que o dano moral é a décima terceira maior demanda no Brasil na justiça comum e que apenas 3% das indenizações são fixadas acima de R\$ 100.000,00 (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 81-84). Diante disso, a referida pesquisa demonstra que o desinteresse por uma investigação séria de critérios de quantificação do dano moral é

um dos sintomas do descrédito que demandas envolvendo dano moral possuem no Brasil, o que dialoga com a presente tese, que se prega um resgate de parâmetros de quantificação do dano moral interessados na real magnitude do dano sofrido pela vítima." (Alexandre Pereira Bonna, , Dano Moral)

Inclusive o autor Luís Felipe Reis menciona que para algumas empresas é mais barato demandar judicialmente por insatisfações dos demandantes e reiterar condutas que podem lesionar outrem, ao solucionar os problemas existentes:

"Grandes empresas preferem ser acionadas judicialmente por centenas de milhares de consumidores insatisfeitos, do que investir numa melhor prestação de serviços. É menos oneroso para essas empresas ser processada por inúmeros clientes e pagar pequenas indenizações, ao invés de gastar mais e melhorar o seu serviço. O Judiciário jamais deveria permitir isso." (CASTRO, Luís Felipe Reis de. A industrialização do dano moral: banalização do instituto, impactos na celeridade do judiciário e soluções para a problemática Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 dez 2019, 04:12.),

É expansivo esse posicionamento aos empregadores que muitas vezes tem problemas complexos dentro do ambiente que abriga seus trabalhadores e preferem muitas das vezes serem acionados de forma judicial, porque sabem que em razão deste posicionamento a indenização será rechaçada ou em vários casos irrisória, sendo economicamente mais "vantajoso" perpetuar neste ciclo, e de forma subjetiva incentivados pelo próprio judiciário a condutas incoerentes e prejudicial a outrem

Portanto, a surreal importância do equilíbrio entre as duas vertentes deve ser destacada, uma vez que nem tudo pode ter caráter indenizatório para que não haja o descontrole judiciário e nem a banalização do instituto todavia não podem ser construídas barreiras processuais que construam limitações não existentes em lei para deferimento deste pedido como forma de "frear" as demandas judiciais e para que não sintam-se as pessoas e as empresas confortáveis em praticar demandas que ferem direitos juridicamente tutelados de outro.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclusos este trabalho, por meio de revisão bibliográfica robusta foram diferenciados o instituto do dano moral e o mero aborrecimento, mostrando como no caso concreto pode haver diferentes interpretações e principalmente a grande problemática dos

juízos im procedentes das ações em razão de posicionamentos construídos, gerando assim barreiras processuais a serem enfrentadas neste instituto.

Como contribuição da pesquisa realizada existe-se a necessidade de balancear as duas vertentes, ou seja, nem tudo pode ter o caráter indenizatório, mas a ofensa a direitos visíveis não podem ser permitidas com a falsa ideia de preservar o instituto, a segurança jurídica é um dos princípios adotados pelo Direito Brasileiro e é fundamental para que o direito siga em sua essência, porém julgar com equidade apesar de ser uma das tarefas mais difíceis na função de um Juiz não pode ser ignorada, julgar com equidade não significa ser contra a lei e nem canibalizar o Direito e sim entender que a magnitude do Direito consiste exatamente na adequação a situações vividas por pessoas reais em seus cotidianos cada uma com seu caráter personalíssimo e é por este motivo que o princípio fundamental da inafastabilidade jurídica é um dos mais poéticos pois ele promete que o Direito e suas regras se adegue dentro do permitido pela legislação para fazer valer a dignidade da pessoa humana.

A segurança jurídica e a equidade não precisam andar separadas, e dividir-se entre "ou aplica-se a lei ou julga-se com equidade" pelo contrário, a parceria entre duas tão importantes correntes aproxima o direito mais ainda de proteger os bens juridicamente tutelados como por exemplo a honra e a imagem das pessoas, mostrando que amoldar as decisões aos casos concretos não é julgar contra a lei e sim aplicar o direito em sua mais pura função para que de fato os problemas sociais sejam resolvidos e os comportamentos nivelados por cima, mostrando que o Direito não é uma cultura estática pois tem como objeto as relações interpessoais, o dano moral apesar de ser amplo e muito expansivo pode ser interpretado por muitos como algo particular, afinal a dor, humilhação situação vexatória entre outros sentimentos que podem levar a caracterização do dano indenizável é muito personalíssimo, todos esses sentimentos podem ser e são constantemente relativizados sabendo que o dano não é baseado apenas naquilo que é sentido pelo lesado mas considerando que esses sentimentos são requisitos para indenização por isso é necessário o julgamento da lei em conjunto com a equidade para que essa relativização esteja sempre mais próxima da justiça que o Direito busca aplicar nas relações.

## REFERÊNCIAS

Diniz, Maria H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7*. Disponível em: Minha Biblioteca, (37th edição). Editora Saraiva, 2023.

"B716d Bonna, Alexandre Pereira Dano moral [recurso eletrônico] / Alexandre Pereira Bonna. - Indaiatuba : Editora Foco, 2021. 200 p.; ePUB. Inclui bibliografia e índice. ISBN: 978-65-5515-331-6 (Ebook) 1. Direito. Dano moral. 3. Responsabilidade civil. 4. Direitos humanos. I. Título. 2021-2394CDD 340CDU 34" (Alexandre Pereira Bonna, , Dano Moral).



<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53982/a-industrializacao-do-dano-moral-banalizacao-do-instituto-impactos-na-celeridade-do-judicio-e-solues-para-a-problemtica>

<https://www.pontotel.com.br/danos-morais-no-trabalho/#:~:text=Danos%20morais%20e%20a%20CLT%20%E2%80%93%20Art.,-223%20C&text=Avaliando%20que%20o%20constrangimento%20no,lazer%20e%20a%20integridade%20f%C3%ADsica.>

<https://www.conjur.com.br/2021-nov-10/garantias-consumo-ampliacao-conceito-dano-moral-superacao-tese-mero-aborrecimento#:~:text=O%20substantivo%20%22aborrecimento%22%20traduz%20um,significa%20simples%2C%20comum%2C%20trivial.>

Bittar, Carlos A. Reparação civil por danos morais, 4ª edição.. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2015.

## **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: A BASE DE CÁLCULO PARA A SUA INCIDÊNCIA E OS SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

**DIEGO RAMON OMENA FIRMINO:** Bacharel em Direito pela SEUNE em 2014, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP em 2019 e Pós-Graduado em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL em 2020. Gestor da Pós-Graduação ESMAL desde 2018 até os dias atuais, Gestor do Mestrado ESMAL/UNIT desde 2020, Professor Acadêmico ESMAL (2023). Técnico Judiciário desde 2013. 109

**RESUMO:** Este artigo tem o intuito de analisar as correntes que permeiam a base de cálculo do adicional de insalubridade e os reflexos destas correntes sobre o contrato de trabalho individual do trabalhador. Através de um estudo jurídico teórico foi possível compreender a importância de um parâmetro de cálculo que tenha o condão de recompor de forma efetiva as perdas da saúde ocasionadas pela exposição a um ambiente insalubre pelo empregado.

**Palavras-chave:** adicional de insalubridade, base de cálculo, contrato de trabalho, saúde do trabalhador.

### **INTRODUÇÃO:**

O adicional de insalubridade é um complemento salarial criado para recompor a saúde do trabalhador em decorrência da realização do seu trabalho em condições que lhe diminua a saúde. O complemento em comento encontra-se positivado na CLT nos artigos 189 a 197 e tem natureza remuneratória, sendo pago pelo empregador diretamente ao empregado.

O art. 192 da CLT estabelece que o trabalhador que realize a sua atividade em condições insalubres fará jus a um acréscimo no valor de 40, 20 ou 10 por cento do salário mínimo da região quando submetidos a um agente nocivo em grau máximo, médio ou mínimo respectivamente. Embora o artigo seja claro e inequívoco, ele entrou no ordenamento jurídico no ano de 1977 e já não atende mais aos valores e regramentos contemporâneos, gerando um descompasso, sobretudo, com a Carta Magna de 88, máxime na disposição referente a indexação ao salário mínimo como base de cálculo deste adicional.

---

109 Email: [diego-omena@hotmail.com](mailto:diego-omena@hotmail.com)

Não obstante a evidente dissonância em tela, o STF, no ano de 2008, a ratificou quando da criação da súmula vinculante nº 4, que estabelece que excetuados os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Diante da nova realidade criada com a súmula vinculante mencionada, o Tribunal Superior do Trabalho definiu um novo parâmetro interpretativo, de acordo com o prisma constitucional estabelecido pelo STF, estabelecendo através da súmula 228, que após a publicação da súmula vinculante nº 4 do Pretório Excelso, o adicional será calculado sobre o salário básico, salvo quando houver critério mais vantajoso estabelecido em instrumento coletivo.

Em que pese a sensata solução definida pelo TST; ainda no ano de 2008, numa decisão em caráter liminar, o Min. Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da sumula 228 da corte superior do trabalho, sob a justificativa de que o TST embora tenha respeitado a sumula vinculante nº 4, fixou uma base de cálculo sem base normativa.

Desta forma, estabelecido o vácuo normativo supra, buscaremos ao longo desta tese demonstrar os reflexos que a alteração da base de cálculo para um patamar incompatível com a perda da saúde ocasionada pela exposição ao agente nocivo possa causar ao trabalhador.

A importância deste estudo reside justamente na necessidade de apresentação das correntes criadas até então para, após a análise das referidas correntes, se possua elementos para uma construção normativa sólida que atenda aos anseios de ambas as classes envolvidas na relação de trabalho.

## **DESENVOLVIMENTO**

Antes de adentrarmos no epicentro do tema abordado neste artigo convém trazermos o seu conceito e a sua fundamentação normativa.

### **1. Conceito:**

O termo insalubridade refere-se ao oposto de saúde, ou seja, tudo aquilo que de alguma forma deprecia a saúde do indivíduo é considerado insalubre.

Já o termo adicional, conforme ensina Ricardo Resende (2014), nos remete a idéia de acréscimo ao salário pactuado contratualmente, oriundo de circunstâncias que tornam a prestação do labor mais gravosa, legitimando assim o pagamento do adicional.

O adicional de insalubridade, portanto, trata-se de complemento salarial agregado a remuneração do trabalhador, criado com o intuito de recompor a perda da saúde do empregado em virtude da exposição acima dos limites tolerados a agentes prejudiciais a saúde do trabalhador.

A justificativa para o pagamento desse complemento salarial é que o obreiro poderá de alguma forma, com o aumento da sua remuneração advinda deste adicional, melhorar a sua qualidade de vida, equilibrando o desequilíbrio ocasionado com a perda da saúde em virtude da prestação da mão-de-obra em condições acima dos limites de insalubridade permitidos pela lei e pelos órgãos fiscalizadores.

## **2. Fundamentação normativa e procedimento:**

A legislação que ampara o adicional de insalubridade está prevista em nosso ordenamento jurídico na constituição federal e, sobretudo, na CLT.

A Constituição Federal no seu art. 7º consagra os direitos dos trabalhadores alçados a categoria de fundamentais. Dentre os vários direitos encontra-se o direito a percepção do adicional de insalubridade:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

A elevação deste adicional a categoria de norma constitucional reflete a importância que o legislador deu a este direito, sobretudo porque a condição para o seu recebimento está atrelada a submissão do trabalhador a uma condição que lhe diminua a saúde.

Não obstante aquela norma, o art. 225 da CF consagra como direito de todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, englobando-se aí o direito a um meio ambiente de trabalho saudável.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, numa situação ideal, observando-se a regra do art. 225 do diploma constitucional, temos que nenhum trabalhador deveria ser submetido a uma condição de trabalho não saudável e, por consectário lógico, não tivesse direito a perceber o referido adicional.

Em âmbito infraconstitucional, o diploma celetista regula o adicional de insalubridade nos artigos 189 a 197. Atente-se que, para ser deferido, o complemento oriundo da insalubridade deve se submeter a um procedimento próprio.

Cabe, de início, ao Ministério do Trabalho e Emprego, mediante portaria, incluir em seus quadros a atividade como insalubre, regulando-a quanto aos limites de exposição, o tempo e as formas de proteção a substância nociva.

Estando a atividade caracterizada nos quadros do MTE, é necessário seja realizada perícia por médico ou engenheiro do Trabalho para se verificar, in loco, a agressividade do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador (CLT art. 195).

Assim, conforme assinala Renato Saraiva (2012, p. 104), para se configurar a existência do direito ao adicional de insalubridade, não basta a perícia constatar que o ambiente de trabalho é agressivo a saúde do empregado, sendo indispensável o enquadramento da atividade ou operação entre as insalubres pelo Ministério do Trabalho.

Por isso, a doutrina considera o deferimento do complemento salarial em comento um ato complexo, haja vista ser necessário, para a sua viabilidade, a participação de ao menos dois órgãos distintos.

Embora haja a previsão da complementação salarial ao trabalhador que exerça as suas funções em ambiente nocivo a sua saúde, deve-se frisar que é dever do empregador tomar todas as cautelas para fazer cessar o agente nocivo, ou minorá-lo ao máximo, adotando medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância, fornecendo e fiscalizando o uso de equipamentos de proteção individual pelo empregado, nos termos do Art. 191 da CLT.

Uma vez fornecido pelo empregador, o não uso dos EPI's pelo empregado pode, inclusive, acarretar em dispensa por justa causa, nos termos do art. 482, h da CLT. (TRT 3ª Região, JusBrasil). No mesmo sentido, assevera a professora Vólia Bonfim (2014, p. 1650), se o empregado se recusar a utilizar o EPI, o empregador pode ainda demiti-lo por justa causa, na forma do art. 158, parágrafo único, b, da CLT.

Se, no entanto, o empregador através do fornecimento de EPI's ou por meio de algum melhoramento no ambiente de trabalho fazer cessar a insalubridade, perde o trabalhador o direito a percepção do adicional.

Em continuidade, preconiza o art. 192 da CLT que o trabalhador que realize a sua atividade em condições insalubres fará jus a um acréscimo no valor de 40, 20 ou 10 por cento do salário mínimo da região quando submetidos a um agente nocivo em grau máximo, médio ou mínimo respectivamente.

Quanto a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, cumpre frisar que até o ano de 2019 o entendimento preponderante do TST é no sentido de que o art. 193, p. 2º não foi recepcionado pela Constituição; a uma pelo art. 7º, XXIII da constituição de 1988 ter previsto a possibilidade de recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade sem qualquer ressalva quanto a percepção cumulativa de ambos; a duas, pelo fato das convenções 148 que consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a 155 da OIT que prevê que riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes devem sempre ser levados em conta quando da aferição da contraprestação pelo labor prestado possuírem status de norma supralegal legislando assim de forma mais benéfica ao trabalhador sobre o tema,(RR-1072-72.2011.5.02.0384 Rel. Min. Cláudio Brandão)

No entanto, a partir de 2020 o tema foi afetado ao sistema de recursos repetitivos, tendo o TST fixado a seguinte tese:

"INCIDENTE DE RECURSOS REPETITIVOS. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, AINDA QUE AMPARADOS EM FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Incidente de recursos repetitivos, instaurado perante a SBDI-1, para decidir-se, sob as perspectivas dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, quando amparados em fatos geradores distintos e autônomos, diante de eventual ausência de recepção da regra do art. 193, § 2º, da CLT, pela Constituição Federal. 2. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal são regras de eficácia limitada, de natureza programática. Necessitam da "interpositio legislatoris", embora traduzam normas jurídicas tão preceptivas quanto as outras. O princípio orientador dos direitos fundamentais sociais, neles fixado, é a proteção da saúde do trabalhador. Pela topografia dos incisos - o XXII trata da redução dos riscos inerentes ao trabalho e o XXIII, do



adicional pelo exercício de atividades de risco - , observa-se que a prevenção deve ser priorizada em relação à compensação, por meio de retribuição pecuniária (a monetização do risco), dos efeitos nocivos do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador. 3. Gramaticalmente, a conjunção "ou", bem como a utilização da palavra "adicional", no inciso XXIII do art. 7º, da Carta Magna, no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais. 4. O legislador, no art. 193, § 2º, da CLT, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva. 5. As Convenções 148 e 155 da OIT não tratam de cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade. 6. Conforme ensina Malcom Shaw, "quando uma lei e um tratado têm o mesmo objeto, os tribunais buscarão interpretá-los de forma que deem efeito a ambos sem contrariar a letra de nenhum dos dois". É o que se recomenda para o caso, uma vez que os textos comparados (Constituição Federal, Convenções da OIT e CLT) não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo), mesmo considerado o caráter supralegal dos tratados que versem sobre direitos humanos. É inaplicável, ainda, o princípio da norma mais favorável, na contramão do plano maior, por ausência de contraposição ou paradoxo. 7. Há Lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria. Nada, na conjuntura social, foi alterado, para a ampliação da remuneração dos trabalhadores no caso sob exame. O art. 193, § 2º, da CLT, não se choca com o regramento constitucional ou convencional. 8. Pelo exposto, fixa-se a tese jurídica: o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Tese fixada" (IRR-E-ED-RR-239-55.2011.5.02.0319, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 15/05/2020).

Vale dizer que embora a tese fixada pelo TST seja no sentido da impossibilidade de cumulação dos adicionais e de insalubridade e periculosidade, o referido processo ainda não transitou em julgado, encontrando-se neste momento em fase de recurso extraordinário perante o STF.

Assim, por hora, a jurisprudência atual é no sentido de não ser mais possível, o recebimento simultâneo de ambos os adicionais mesmo se tratando de fatos geradores distintos.

### **3. A base de cálculo do adicional de insalubridade:**

Preconiza o art. 192 da CLT que o trabalhador que realize a sua atividade em condições insalubres fará jus a um acréscimo no valor de 40, 20 ou 10 por cento do salário mínimo da região quando submetidos a um agente nocivo em grau máximo, médio ou mínimo respectivamente.

Destaque-se que referida norma foi introduzida no ordenamento jurídico em 1977 através da lei nº 6514, ou seja, antes da constituição de 1988.

Tínhamos, assim, que o adicional de insalubridade era aplicado na forma do art. 192 do diploma celetista, com percentual fixado sobre o valor do salário mínimo vigente, até o ano de 2008, quando o STF editou a súmula vinculante número 4 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 4) estabelecendo que excetuados os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Uma vez fixado o entendimento interpretativo pelo Pretório Excelso, o TST criou a sua súmula 228, com o seguinte teor:

Súmula nº 228 - A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

O TST então, através de entendimento sumulado, definiu um parâmetro interpretativo conforme o prisma constitucional, regulando a base de cálculo do adicional de insalubridade sem indexar ao salário mínimo vigente e de acordo com a peculiaridade de cada contrato de trabalho.

O STF, no entanto, em meados do ano de 2008, através de decisão liminar proferida pelo então presidente Min. Gilmar Mendes, suspendeu a eficácia da súmula 228 da corte superior trabalhista, entendendo que aquela súmula, embora tenha respeitado a regra prevista na súmula Vinculante n.º 4, fixou uma base de cálculo - o salário base do trabalhador - sem base normativa, motivo pelo qual se suspendeu o trecho da súmula 228 que previa como base de cálculo o salário base do empregado (Brasil, Supremo Tribunal

Federal RE 565-714/SP, Rel. min. Carmém Lúcia, sessão de 30.04.2008 apud SARAIVA, Renato)

Diante do impasse instaurado acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade entre a CLT, Jurisprudência do STF e TST, coube a doutrina a tentativa de fixar um parâmetro que atenda os interesses dos trabalhadores e empregadores compatível com o ordenamento jurídico. Surge então 4 correntes acerca do tema.

#### **4. Correntes acerca da Base de Cálculo do adicional de insalubridade:**

Segundo o Professor Renato Saraiva (2013), diante do vácuo normativo criado após a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do trecho do art. 192 da CLT que alude ao salário mínimo, quatro correntes foram levantadas pela doutrina para buscar uma solução para o tema.

##### **4.1. Primeira corrente:**

A primeira corrente sustenta que após a liminar concedida no RE 565-714/SP a base de cálculo seria o valor do salário mínimo vigente na data da edição da súmula vinculante nº 4 (R\$ 415,00), só podendo o valor ser reajustado após a criação de uma lei disciplinando o tema ou por meio de convenção coletiva.

A referida corrente, em nosso sentir, não merece prosperar. Ela desconsidera a volatilidade da economia brasileira e dos diversos mecanismos criados pela legislação para recuperar o poder aquisitivo da remuneração do trabalhador que, lamentavelmente, a todo ano é corroído pela inflação, como, por exemplo, a data-base.

Do ponto de vista jurídico, o referido entendimento não alcança o melhor direito, a medida que não atende ao contido no art. 7º IV da CF, mais precisamente em sua parte final, que define como direito do trabalhador um reajuste salarial periódico que preserve o poder aquisitivo das suas contraprestações.

Também devemos considerar, sob uma perspectiva mais abrangente, outros institutos como a correção monetária; afinal, 415 reais em 2008 não possuem o mesmo valor econômico que 415 reais no ano de 2023.

Inicialmente até seria viável a primeira corrente, no entanto, diante da perda do valor econômico ao longo dos anos, o propósito da criação do instituto do adicional de insalubridade, na forma desta corrente, não seria atendido. Entende-se, por isso, que esta corrente não é a melhor solução.

#### **4.2 Segunda corrente:**

A segunda corrente, por sua vez, entende que o adicional de insalubridade deve continuar tendo como base de cálculo o valor do salário mínimo vigente, até que a inconstitucionalidade declarada pelo STF seja, em obediência ao princípio da legalidade, superada por uma norma coletiva ou por meio de lei.

De todas as correntes aqui apresentadas, essa indubitavelmente é a de implantação mais prática. Esta é, inclusive, a corrente acolhida pelo STF. Data a máxima vênua, em que pese a praticidade deste entendimento, o próprio Supremo, em seu enunciado vinculante nº 4 afirmou que a indexação do salário mínimo a qualquer vantagem econômica é considerado inconstitucional.

Não nos parece sensato, diante do exposto, que o art. 192 tenha sido considerado inconstitucional sem pronúncia de nulidade e ainda continue sendo utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Ao nosso sentir, a referida decisão não propôs uma solução que põs termo a controvérsia jurídica, mas definiu uma solução de fácil implantação haja vista que em nada modificou o panorama das relações de trabalho, que já vinham utilizando o referido parâmetro anteriormente.

Quem ficou desassistido, com a adoção desta corrente, foi o trabalhador que mais precisa desse acréscimo salarial ao seu patrimônio; aquele que dia a dia tem a sua saúde diminuída por trabalhar numa condição não hígida.

Fica muito evidente o desamparo ao trabalhador com a escolha desta corrente, a uma porque a assistência pública à saúde em nosso País notadamente é, de modo geral, deficiente; e a duas, sob um viés prático, porque quase sempre, salvo raras exceções, o trabalhador tem que se socorrer a assistência privada de saúde para tratar de um problema de saúde.

Desta forma, o trabalhador que atue nessa situação, por estar exposto a uma condição de trabalho insalubre, fatalmente estará mais propenso a precisar de assistência de saúde. Naturalmente, com o intuito de prevenir ao desgaste da saúde, o obreiro se socorrerá a um plano de saúde.

Assim, considerando que atualmente a gradação do salário mínimo na forma do art. 192 não consegue cobrir um plano de saúde, o trabalhador além de ter a sua saúde diminuída terá, na verdade, um decréscimo salarial ao trabalhar naquelas condições.

#### **4.3 Terceira Corrente:**

Já a terceira corrente, defende que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração do empregado, haja vista o teor contido no art. 7º XXIII da constituição federal que prevê como direito do empregado o adicional de insalubridade na forma da lei.

Antes de adentrarmos nas explanações acerca desta tese, inicialmente, devemos esclarecer o conceito de remuneração. Neste interim, conforme preleciona o Professor Ricardo Resende (2014), entende-se por remuneração a integralidade dos pagamentos diretos (os efetuados diretamente pelo empregador) e dos pagamentos indiretos (feitos por terceiros) ao empregado em virtude do contrato de trabalho.

Portanto, devemos entender a remuneração como a integralidade dos valores percebidos pelo obreiro em virtude da relação de trabalho que o mesmo possui com o empregador. A remuneração, em suma, se trata de um gênero do qual o salário pertence.

Feito o esclarecimento supra, do ponto de vista econômico, podemos afirmar que essa corrente é a que mais atende aos anseios do trabalhador. Não apenas pela perspectiva econômica, mas esta corrente consegue de uma forma efetiva recompor a perda da saúde do trabalhador.

Sobre outro aspecto, temos que esse parâmetro de cálculo do adicional agrega ao obreiro qualidade de vida, já que com um efetivo acréscimo patrimonial ao salário, o trabalhador conseguirá, além de cobrir a suas despesas com saúde, que naturalmente será mais desgastada ante a de um empregado que labore em condições híidas, poderá ainda desfrutar de uma melhoria da sua condição social (CF, art. 7º parte final e IV) com o acréscimo pecuniário que o referido complemento salarial irá lhe trazer.

Em que pese os benefícios, a classe mais atingida com a atividade insalubre, a trabalhadora, entendemos que do ponto de vista jurídico essa tese padece de algumas incongruências. É que o adicional de insalubridade possui natureza salarial e é percebido em virtude da contraprestação do trabalho nas condições não híidas.

Assim, não é legítimo pensarmos que a base de cálculo do adicional de insalubridade esteja agregada de valores de caráter indenizatório ou ainda de remunerações indiretas como as gorjetas e gueltas ou ainda daquelas que não possuem caráter salarial contidas no art. 457 da CLT.

#### **4.4 Quarta corrente:**

A quarta corrente, enfim, por interpretação analógica ao parâmetro conferido ao adicional de periculosidade, define como base de cálculo do suplemento de insalubridade o salário básico do trabalhador.

Esta analogia é pertinente haja vista que em âmbito normativo, ambos os adicionais caminham juntos na maioria das vezes, seja na constituição (art. 7º, XXIII da CF) ou no próprio diploma trabalhista, por toda a seção XIII (que regula as atividades insalubres e perigosas).

Diante desta estreita ligação entre os referidos institutos, com a devida vênia, em nossa ótica não é concebível qualquer motivo para o legislador diferenciar a base de cálculo do adicional de periculosidade do adicional de insalubridade, desprivilegiando os trabalhadores submetidos a uma condição de trabalho não salubre daqueles que laboram numa condição perigosa.

Esta corrente caminhou dentro do paradigma normativo constitucional a medida que em estrita observância ao princípio da razoabilidade, teve a cautela de criar um parâmetro que não onerasse demasiadamente qualquer das classes envolvidas na relação de trabalho; seja a patronal, à medida que não a onerou completamente, não fazendo incidir como parâmetro de cálculo a totalidade das remunerações devidas ao obreiro, com vistas inclusive a se evitar o enriquecimento ilícito; e a classe laboral, se observarmos que buscou-se o equilíbrio entre a perda de saúde sofrida pelo obreiro com uma efetiva e justa recomposição econômica, fazendo incidir apenas o salário contratual na base de cálculo do adicional em comento.

Essa é inclusive a posição adotada pela corte superior trabalhista, ficando muito evidente no enunciado de sua súmula 228, cuja redação original (antes da suspensão da eficácia pela decisão liminar do STF) possui o seguinte teor:

**Súmula nº 228 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.**  
A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da súmula vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

No mesmo sentido, temos ainda a súmula 17 editada pelo TST, hoje cancelada pela resolução nº 148, de 26/06/2008, que previa a seguinte disposição:



Súmula nº 17 – Adicional de insalubridade. O adicional de Insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.

Diante destes enunciados, fica clara a adoção desta corrente pelo TST. Como afirmado alhures, privilegiou-se aqui uma regra condizente com a realidade de cada região, a medida que cada contrato de trabalho teria a sua própria base de cálculo, o seu próprio salário contratual.

Dentre as correntes apresentadas, não obstante, esta é a que mais guarda obediência à baliza constitucional, a medida que, como demonstrado supra, observa o princípio basilar da isonomia (lato sensu) e outros princípios, como o da razoabilidade, tendo em vista que o parâmetro definido é adequado (quando se aproxima do equilíbrio de contraprestações pelo obreiro e patrão) e necessário (a medida que se buscou uma solução como o mínimo de ônus para as partes envolvidas), bem como, enfim, a regra do art. 7<sup>a</sup> caput da Carta Magna já que regula o adicional de insalubridade de uma forma que efetivamente melhore a condição social do trabalhador.

Malgrado o que se afirmou, bem como o entendimento da egrégia corte Superior do Trabalho, após a Reclamação constitucional ajuizada pela confederação nacional da indústria, o STF, em decisão liminar em medida cautelar proferida em 2008 de relatoria do Min. Gilmar Mendes, suspendeu a eficácia da súmula 228 na parte em que se autorizou a utilização do salário base como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade, sob o argumento de que teria a referido enunciado, ao permitir o uso do salário base como cálculo do adicional em tela, criado parâmetro sem base normativa.

Desta forma, nos dias de hoje, o entendimento neste tópico não pode ser utilizado nas relações trabalhistas em face da expressa suspensão do pretório excelso.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por tudo o que aqui se explanou, fica claro que diante de uma pluralidade de correntes e do vácuo normativo criado com a declaração de inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade da parte final do art. 192 deu margem a uma grande controvérsia doutrinária.

Ao nosso entender, sob um viés pratico a saída criada pelo STF em nada alterou o status quo anterior, haja vista que diante da morosidade do poder legislativo em regular a

matéria, lamentavelmente a classe trabalhadora ficará desassistida, por que a solução provisória atende, sobretudo, aos interesses da classe patronal já que o parâmetro a ser utilizado continuará sendo o salário mínimo, ou seja, a menor base de cálculo que se poderia alcançar. E o trabalhador, enquanto não houver uma edição de uma lei pelo poder legislativo, continua "a ver navios" tendo a sua saúde depreciada mês a mês.

Salientamos, enfim, que o artigo em tela não tem o condão de resolver a controvérsia que aqui se discute mas tenta, de alguma forma, evidenciar o debate apresentando as possíveis soluções e trazendo um ponto de vista sobre o tema.

### **Referências Bibliográficas:**

MARTINS, Sergio Pinto. 28 ed. – São Paulo; Atlas, 2012.

CABANELLAS, Guillermo. Derecho de los riesgos del trabajo, Omeba, 1968, p. 48.

TST. Notícias do TST. Turma mantém acumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/turma-mantem-acumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-mantem-acumulacao-de-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade)> Acesso em 01/11/2022.

TRT 3ª Região . **Empregador deve fiscalizar e cobrar uso do EPI.** Disponível em: <[trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/100477786/empregador-deve-fiscalizar-e-cobrar-uso-do-epi](http://3.jusbrasil.com.br/noticias/100477786/empregador-deve-fiscalizar-e-cobrar-uso-do-epi)> acesso em: 06/09/2022

CASSAR, Vólia Bomfim. **"Direito do Trabalho."** iBooks. Acesso em 25/08/2022

SARAIVA, Renato. **Como se preparar para a 2ª fase do Exame de Ordem: trabalho.** 8ª ed.. São Paulo: Método, 2012.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquemático.** iBooks. 2014. Acesso em: 15/09/2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. IRR-E-ED-RR-239-55.2011.5.02.0319, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 15/05/2020 Disponível em: <<https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/15129>> Acesso em: 17/09/2022