

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1132

(Ano XV)

(07/01/2023)

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 1132



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

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1132, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 342 *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



**As lesões corporais em sede de violência doméstica e a problemática da comprovação por meio de fotografias**  
*Joaquim Leitão Júnior, 08.*

### ARTIGOS

**Análise da obra “holocausto brasileiro” de Daniela Arbex: genocídio no Brasil**

*Fernanda Custódio de Freitas et. al., 16.*

**A Responsabilidade Civil e Criminal dos Tutores ante o abandono dos animais domesticados.**

*Andréia Cristina Gomes Nascimento, 23.*

**Análise da obra literária Torto Arado: o sertão e os direitos dos trabalhadores rurais**

*Carlos Eduardo dos Santos Silva, et. al. 40.*

**Análise da obra a cartada final, de John Grisham: a presunção de inocência e as falhas do Sistema Judiciário**

*Camila de Souza Silva, et. al., 47.*

**Análise da obra vigiar e punir de michel foucault: a disciplina na sociedade moderna**

*Jodailson de Souza Oliveira, at. al., 53.*

**A normativa bíblica e o Direito**

*Flávio José de Lima, 59.*

**A decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou taxativo o rol dos procedimentos e eventos em saúde suplementar e a consequente reação legislativa**

*Yone Cristina Vasconcelos de Andrade Silveira, 69.*

**Responsabilidade civil das instituições financeiras civil responsibility of financial institutions**

*Donizeti Aparecido Garcia Júnior, at. al., 79.*

**Análise da obra 1984, de George Orwell: o futuro distópico subjugado pelo totalitarismo e inobservância de direitos humanos**

*Augusto Antônio do Nascimento Carvalho, at. al., 93.*

**Análise da obra “Elize Matsunaga, a mulher que esquartejou o marido”: as consequências jurídicas dos relacionamentos tóxicos**

*Anna Victoria Mendonça de Sousa, at. al., 102.*

**Análise da obra “a hora da estrela” de Clarice Lispector: a migração como realidade social para o direito**

*Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, at. al., 108.*

**Restituição de tributos no regime de substituição tributária à luz da jurisprudência do STF**

*Débora Pascal de Almeida, 117.*

**Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência**

*Claudio Rodrigues Araujo, 132.*

**A lei de liberdade econômica e sua eficácia no atual quadro político brasileiro**

*Sergio Baptista Pereira de Almeida Filho, 148.*

**A influência da mídia nas decisões judiciais: sistema penal e o show business**

*Arildo de Lima, 169.*

**Crimes cibernéticos: os limites da liberdade de expressão e os crimes contra a honra no âmbito virtual**

*Isabella Nayara Serafim Carneiro, 192.*

**O tempo é ouro: a teoria do desvio produtivo e sua aplicabilidade nos contratos de consumo**

*Marcos Luiz Nery Filho, 209.*

**A necessidade de uma comunicação cooperativa entre o direito processual e os conflitos fundiários: uma análise da nova configuração do regime das possessórias no novo Código de Processo Civil**

*Débora Pascal de Almeida, 225.*

**Habeas Corpus: duas palavras que revolucionaram o sistema jurídico brasileiro.**

*João Pedro Carvalho de Moura, 254.*

**A pena de morte e seus impactos na sociedade**

*Aparecido Rodrigo Moura Mira, 264.*

**Possibilidade de progressão (per saltum) do regime fechado direto para o aberto e a inevitável superação da Súmula 491 do STJ**

*Nícolas Bortolotti Bortolon, 281.*

**Flexibilização procedimental no código de processo civil brasileiro de 2015**

*Débora Pascal de Almeida, 295.*

**O difícil ingresso a OAB pelo bacharel em direito sob a ótica do direito constitucional brasileiro**

*Glenda Gabrielle Lopes Soares, 309.*

**A exploração de operações policiais em mídias sociais**

*Gelson Mariano Paiva de Jesus, 331.*

## AS LESÕES CORPORAIS EM SEDE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A PROBLEMÁTICA DA COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FOTOGRAFIAS

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil<sup>1</sup>.

**Resumo:** Necessidade de fixação de *standards*<sup>2</sup> probatórios para demonstrar a violência doméstica de lesão, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais e apontamentos para superações, balizadas pelos diplomas constitucionais-legais e entendimentos dos Tribunais Superiores

**Palavras chaves:** Fotografia. Lesão Corporal no âmbito doméstico. Prova admitida licitamente e legítima que não viola a ordem pública, os costumes e a moral, devendo ser sopesada. Eventual indício ou alegação de fraude ou edição caberá o ônus de provar àquele quem a alega. Princípio do livre convencimento motivado. Perícia Direta ou Perícia Indireta.

Questão complexa que tem se apresentado no âmbito das Delegacias de Polícia, na doutrina e jurisprudência, é se a fotografia do rosto lesionado ou de qualquer outra parte do corpo da vítima basta para provar violência doméstica ou não?

Em recente julgamento, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou no sentido de que a simples fotografia do rosto machucado da vítima, não periciada, não constituiria prova suficiente de materialidade para condenação por crime de violência doméstica, sendo o exame de corpo de delito uma exigência legal.

---

1 Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos. Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso e atualmente lotado na unidade desconcentrada do Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECO) de Barra do Garças-MT.

2 Significado: padrão, tipo, modelo, norma.

No caso concreto julgado, a vítima não foi submetida ao exame de corpo de delito e levou aos autos fotografia do próprio rosto lesionado.

Na ocasião como já dito, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu uma ordem em Habeas Corpus para absolver um homem que foi condenado a cumprir 03 (três) meses e 15 (quinze) dias em regime semiaberto pelo crime de lesão corporal em âmbito de violência doméstica.

Em juízo de 1º grau, o réu negou a agressão, relatando que tentou se desvencilhar da companheira ao ser agredido com uma panela, unhas e empurrões. A vítima não apresentou laudo de exame de corpo de delito, mas incluiu como prova uma foto de seu rosto machucado.

Conforme informações extraídas do Conjur, o juízo de primeira instância considerou que essa prova, aliada à palavra da vítima, era suficiente para a condenação. Na mesma direção, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal confirmou a decisão, destacando que as lesões constatadas nas fotografias seriam compatíveis com o depoimento da vítima de que o réu lhe desferiu soco no rosto.

Contudo, o relator do recurso no STJ, o desembargador convocado Olindo Menezes, observou que o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios, conforme prevê o artigo 158 do Código de Processo Penal.

Vale realçar que, o artigo 158 do Código de Processo Penal preconiza que "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Nesse ponto ainda, a lei processual penal prevê a prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher.

O desembargador ainda invocou o parágrafo 3º do mesmo artigo a indicar que "serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde", contudo nada disso consta no caso julgado, em desfavor do réu. O desembargador assinalou que "no caso, onde nada disso ocorreu, uma simples fotografia do rosto da vítima, não periciada, não constitui prova suficiente de materialidade, senão um indicio leve, sendo a absolvição de rigor, portanto", concluiu o relator, sendo a votação unânime.

Esses foram os eixos centrais que formou o precedente em estudo.

A propósito, vejamos a redação do art. 158, do CPP:



“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)”

Diante dessas análises do julgado e da realidade vivenciada, a grande preocupação que permeia a discussão são que fotografias podem ser manipuladas digitalmente, inclusive com emprego de técnicas de maquiagem, forjar hematomas, autolesões, etc.

Devemos partir do pressuposto de que, a fotografia é meio de prova admitido legitimamente e lícitamente que não viola a ordem pública, os costumes e a moral. Eventual indício ou alegação de fraude ou edição caberá o ônus de provar àquele quem a alega, podendo ser empregada pelo princípio do livre convencimento motivado.

Por outro lado, se cogitássemos quanto a eventual vídeo de lesão apresentado pela vítima, testemunhas, terceiros (ambientes privados) e até mesmo de vídeo das lesões obtidas em captação de câmeras de vigilância em ambiente público, entendemos que a análise encamparia outro entendimento, mormente se comprovado a fidedignidade do seu teor, embora não seja a discussão central (até para realização de perícia indireta).

Não podemos ignorar a situação de vulnerabilidade da vítima no âmbito doméstico, mas também ao mesmo tempo, não podemos deixar de observar as exigências constitucionais e legais no campo da persecução penal-constitucional e criar um procedimento investigatório e um processo penal apartado de toda legislação e preceitos constitucionais.

Pois bem!

É cediço que há possibilidade da realização de exame indireto de corpo de delito, como sublinhado no julgamento, com base em prontuários médicos da vítima. Essa possibilidade advém diretamente da redação do artigo 12, §3º, da Lei Maria da Penha (são admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde). Nesse ponto, poderíamos ter esse caminho, a fim de atender o art. 158, do CPP.



Outro caminho interessante a ser trilhado para superarmos estas problemáticas no campo probatório, seria a criação pelo Conselho Nacional de Chefes de Polícia Civil do Brasil - *CONCPC* ou por cada instituição de Polícia Judiciária de um protocolo ou padrão de procedimento para que as delegacias de todo o país passem a adotar, como padrão de atendimento no âmbito de violência doméstica, com a realização de auto de constatação de lesões corporais nos casos de violência física contra as mulheres, inclusive com tomada de fotografias sob vários ângulos, caso autorizado pela vítima de forma expressa, sem prejuízo de o legislador ordinário positivar e tornar a obrigatoriedade desse procedimento na própria Lei Maria da Penha.

A propositura deste protocolo ou padrão de procedimento estaria em consonância com o artigo 159 do Código de Processo Penal ao fixar o exame de corpo de delito a ser realizado por perito oficial ou, na falta deste (parágrafo primeiro), estabelece a possibilidade de sua feitura por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Destaca-se que regra geral, não há profissionais médicos nas delegacias de polícia, motivo pelo qual, a rigor, o auto não poderia substituir a perícia técnica.

Obviamente, como dito, o auto de constatação não substituiria a prova pericial, todavia, seria empregado como complemento de corroboração da palavra da vítima a ilustrar a materialidade delitiva e trazer maior segurança na coleta de elementos informativos e/ou probatórios para a situação.

Nesse sentir, as delegadas de polícia Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin apontam interessante ponto de vista de solução nessa direção:

“Seria então possível que, dentro da própria delegacia de polícia, no momento da confecção do boletim de ocorrência ou do pedido de medida protetiva de urgência, dois policiais fossem indicados pela autoridade policial para que realizassem um "exame provisório" e constatassem as lesões aparentes apresentadas pela vítima. Após essa análise, tomadas fotografias, as lesões aparentes seriam descritas em um auto de constatação de lesões corporais” (MORETZSOHN; BURIN, 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>).

Em pesquisas pela rede mundial de computadores, pudemos constatar que esse procedimento já é realidade em algumas unidades de polícia judiciária no estado do Paraná, onde é confeccionado um "auto de constatação provisória de lesões corporais",

contendo a assinatura da mulher vítima de violência doméstica, da autoridade policial e de duas testemunhas, além da descrição sumária das lesões e fotografias da lesão, quando autorizada sua tomada pela vítima.

Aliás, citando novamente as delegadas Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin, em brilhante artigo sobre a temática, as mesmas pontuaram que:

“Um caminho viável é a determinação de exame indireto de corpo de delito com fundamento nos prontuários médicos da vítima. Essa possibilidade decorre expressamente do disposto no artigo 12, §3º, da Lei Maria da Penha (são admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde). Mas, de novo, nem sempre a mulher se submete a atendimento médico. Continua-se sem prova da materialidade.

Diante desses casos, é comum que autoridades policiais façam juntar aos autos dos inquéritos fotos das lesões, sejam fotos colhidas na própria delegacia, quando do registro do caso, sejam fotos fornecidas pela própria vítima. Ocorre que, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a utilização de fotografia da vítima não é o bastante para comprovar a violência sofrida.

[...]

A ideia de proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade familiar não escusa o sistema de persecução penal de fazer provas adequadas e de respeitar o devido processo legal. A propósito, vale lembrar que os precedentes do STJ que determinam a especial valoração da palavra da vítima em casos de violência doméstica e familiar não determinam que a narrativa da vítima seja bastante para justificar condenações. Exige-se sempre que elementos outros corroborem as suas declarações.

Como, então, compatibilizar as exigências do devido processo legal e a realidade de que inúmeros são os casos em que a mulher não se submete a exame de corpo de delito nem a atendimento médico?

Nossa sugestão é que as delegacias de todo o país passem a adotar, como protocolo de atendimento, a realização de auto de constatação de lesões corporais nos casos de violência física contra as mulheres. A obrigatoriedade desse proceder poderia ser incorporada na própria Lei Maria da Penha.

Não que o auto de constatação pudesse substituir a prova pericial. Ele serviria como elemento corroborador da palavra da vítima.

Essa afirmação decorre do fato de o artigo 159 do Código de Processo Penal prever que o exame de corpo de delito será realizado por perito oficial ou, na falta deste (parágrafo primeiro), por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Por certo não há profissionais médicos nas delegacias de polícia, de modo que o auto não poderia substituir a necessidade de perícia.

Seria então possível que, dentro da própria delegacia de polícia, no momento da confecção do boletim de ocorrência ou do pedido de medida protetiva de urgência, dois policiais fossem indicados pela autoridade policial para que realizassem um "exame provisório" e constatassem as lesões aparentes apresentadas pela vítima. Após essa análise, tomadas fotografias, as lesões aparentes seriam descritas em um auto de constatação de lesões corporais.

Tal procedimento já é adotado em algumas unidades de polícia judiciária no estado do Paraná, em que é confeccionado um "auto de constatação provisória de lesões corporais" contendo a assinatura da mulher, da autoridade policial e de duas testemunhas, além da descrição sumária das lesões e fotografias, quando autorizada sua tomada pela vítima.

Creemos que, ao assim proceder, estar-se ia compatibilizando as exigências do devido processo legal com a necessária proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, promovendo-se a adequada persecução penal das pessoas agressoras." (MORETZSOHN; BURIN, 2022, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>).

Não podemos olvidar que a atualmente, as fotografias possuem metadados que são dados que apontam algumas informações importantes como localização geográfica, dia, horário etc.

O emprego da fotografia como prova é permitido em nosso sistema processual penal e uma fotografia aliada aos demais elementos, inclusive vídeos sem indícios que

qualquer manipulação, juntamente com testemunhos podem convergir para uma possível condenação, dentro do princípio do livre convencimento motivado, mormente se presente o exame de corpo de delito, direto ou indireto, que é reputado como indispensável quando a infração deixar vestígios.

Devemos alertar que, qualquer elemento de prova, a grosso modo, é passível de manipulação em maior ou menor escala, por isso o legislador positivou a cadeia de custódia, colimando evitar isso ou ao menos dificultar essa possibilidade de manipulação.

Acrescido a isto, entendemos que não basta apenas o argumento simplista de que a fotografia seja possível de editar ou forjar para se recusar sua utilização, sendo imperioso a comprovação e o ônus daquele que alega essa situação.

Conjugado a premissa supra, pelo princípio do livre convencimento motivado, é conferido ao intérprete se vale de qualquer meio de prova admitido em direito, desde que não violem a ordem pública, os costumes e a moral, lembrando que em caso de infrações que deixem vestígios, a regra deve ser a realização de perícia direta ou indireta. Não podemos perder de mente que essa regra ao longo do tempo, já sofreu temperamentos e flexibilizações na forma de interpretar, tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais pátrios, devendo tal imperativo não ser ignorado em âmbito de violência doméstica.

Mais do que nunca é preciso repensarmos em *standards* probatórios para demonstrar a violência doméstica de lesão, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais e apontamentos para superações, balizadas pelos diplomas constitucionais-legais e entendimentos dos Tribunais Superiores.

Por todo o condensado, não descartamos que haja necessidade de nova análise mais aprofundada por parte da doutrina e dos próprios Tribunais Superiores sobre o (im)possibilidade do emprego da fotografia nessas circunstâncias.

### **Das considerações finais**

Ante o exposto, para superar a problemática da comprovação da lesão por meio de fotografias, acreditamos que as possibilidades aventadas seriam de extrema importância, a fim de evitar injustiças em face da vítima e também em face de agressores aos quais pesam às imputações iniciais, podendo ser alvos de simulações da suposta vítima – embora isso seja exceção à regra.

Por outro lado, se cogitássemos quanto a eventual vídeo de lesão apresentado pela vítima, testemunhas, terceiros (ambientes privados) e até mesmo em captação de câmeras de vigilância em ambiente público, entendemos que a análise encamparia outro entendimento, mormente se comprovado a fidedignidade do seu teor, embora não seja a discussão central (com a possibilidade de realização de perícia indireta).

Notadamente, devemos repensar em *standards* probatórios para demonstrar a violência doméstica de lesão, em sede de prisão flagrancial ou no curso das investigações policiais e apontamentos para superações, balizadas pelos diplomas constitucionais-legais e entendimentos dos Tribunais Superiores.

Por derradeiro, como já sublinhado, não descartamos que haja necessidade de nova revisitação e análise mais aprofundada sobre o tema, por parte da doutrina e dos próprios Tribunais Superiores sobre a (im)possibilidade do emprego da fotografia nessas circunstâncias.

### **Referências bibliográficas**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgRg no HC 691.221/DF, relator: ministro Olindo Menezes — desembargador convocado do TRF 1ª Região, julgado em 26/4/2022.

MORETZOHN, Fernanda; e BURIN, Patricia. QUESTÃO DE GÊNERO: Lesões em sede de violência doméstica podem ser comprovadas com fotos? CONJUR. Publicado em 11 de novembro de 2022. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2022-nov-11/questao-genero-lesoes-violencia-domestica-podem-comprovadas-fotos>».

VITAL, Danilo. EXAME OBRIGATÓRIO: Foto do rosto machucado da vítima não basta para provar violência doméstica. CONJUR. Publicado em 13 de julho de 2022. Disponível em: «<https://www.conjur.com.br/2022-jul-13/foto-rosto-vitima-nao-basta-provar-violencia-domestica>».

## **ANÁLISE DA OBRA “HOLOCAUSTO BRASILEIRO” DE DANIELA ARBEX: GENOCÍDIO NO BRASIL**

**FERNANDA CUSTÓDIO DE FREITAS:**  
Graduanda em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).<sup>3</sup>

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO<sup>4</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>5</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra “Holocausto brasileiro”, de autoria da jornalista e escritora Daniela Arbex, com o Direito. O livro mostra por meio da descrição de fatos reais o funcionamento do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, conhecido como Colônia, localizado na cidade de Barbacena, no estado brasileiro de Minas Gerais. Este Hospital foi palco de horrores e violações contra os direitos humanos, bem como o óbito de mais de 60 mil pessoas no século XX. O livro relata cenários de desumanidade e crueldade planejada. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que o direito a saúde, é uma garantia constitucional, mas deve-se ir além da proteção e a manutenção, precisando ser mais fiscalizado para garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados e garantir a sua eficácia plena, necessitando da criação de políticas públicas destinadas aos portadores de transtornos psiquiátricos.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Genocídio. Tratamento Psiquiátrico.

### **Analysis of the work “brazilian holocaust” by Daniela Arbex: genocide in Brazil**

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect the work “Brazilian Holocaust”, by journalist and writer Daniela Arbex, with Law. The book shows, through the description of real facts, the functioning of the Psychiatric Hospital Center of Barbacena, known as Colônia, located in the city of Barbacena, in the Brazilian state of Minas Gerais. This Hospital

<sup>3</sup> E- mail: [fernanda.freitas.21364@aluno.facape.br](mailto:fernanda.freitas.21364@aluno.facape.br)

<sup>4</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

<sup>5</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).



was the scene of horrors and violations against human rights, as well as the death of more than 60 thousand people in the 20th century. The book recounts scenarios of inhumanity and planned cruelty. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out mainly in the area of Human Rights. This work arises from studies directed to the extension project "Law & Literature" of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that the right to health is a constitutional guarantee, but one must go beyond protection and maintenance, needing to be more supervised to ensure that fundamental rights are respected and guarantee their full effectiveness, requiring the creation of public policies aimed at people with psychiatric disorders.

**Keywords:** Human Rights. Genocide. Psychiatric Treatment.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

## 2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre



docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- I. Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- II. Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- III. Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- IV. Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- V. Participação em Congressos e eventos diversos.

### **4. METODOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

### **5. AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE FERNANDA CUSTÓDIO DE FREITAS**

- I. Reuniões periódicas entre os alunos partícipes do projeto de extensão, com o fito de traçar estratégias para persecução dos seus objetivos e Capacitação da equipe para a realização de oficinas e palestras junto à comunidade acadêmica.
- II. Realização de debates sobre a obra literaria entre os integrantes do projeto.
- III. Participação no MEPE e em outros eventos realizados na FACAPE.

IV. Palestras, seminários e rodas de conversa realizadas.

## 6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

A Obra Literária escolhida trata-se de Holocausto brasileiro de autoria da jornalista e escritora, Daniela Arbex, a qual mostra por meio de fatos reais o funcionamento do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, conhecido como Colônia, localizado na cidade de Barbacena, no estado brasileiro de Minas Gerais.

O Hospital Colônia foi palco de horrores e violações contra os direitos humanos, bem como o óbito de mais de 60 mil pessoas no século XX. O livro relata cenários de desumanidade e crueldade planejada. Em um primeiro momento, deve-se analisar que o Colônia foi fundado e estruturado no ano de 1903, projetado para tratar de problemas psiquiátricos, sendo naquela época a esperança do tratamento dos pacientes, pois ainda não se tinha o entendimento da população sobre doenças mentais e como devem ser tratadas, sendo portanto, alvo de muita procura, tornando-se uma referência no Brasil.

Mas, o que era pra ser a princípio um hospital psiquiátrico, passou a não possuir um critério médico para as internações, pois lá se padronizava tudo, inclusive os diagnósticos, possuindo a estimativa que cerca de 70% dos atendidos, não sofriam de transtorno mental, e eram internados por serem “diferentes” ou “ameaçarem a ordem pública”. Para melhor entendimento pode-se extrair um trecho trazido pelo livro (ARBEX, 2019, p. 25):

Por isso, o Colônia tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos.

O hospital psiquiátrico de Barbacena, passou a ser sustentado pela teoria eugenista que tinha por finalidade eliminar os elementos tidos como indesejados pela sociedade, a fim de melhorar geneticamente a população, teoria criada pelo inglês Francis Galton, que segundo o escritor Leonardo Dallacqua de Carvalho (CARVALHO, 2017, p.14):

O argumento central estava em situar a eugenia como um bem coletivo e valioso para o crescimento da nação. Do seu ponto de vista, eugenistas seriam uma espécie de filantropos com um dever patriótico. Portanto, as comunidades prósperas selecionavam seus principais elementos e poderiam ser observadas pelo vigor do trabalho da sua população. A eugenia dedicaria importância a mente e corpo sãos, em que uma inteligência acima da média combinada

com uma capacidade natural para o trabalho correspondiam às características dos "bem nascidos.

A eugenia tratada por Fancis Galton (1883), vem da ideia do "bem nascido", sendo a ciência que estudava as espécies humanas, a fim de buscar uma melhoria da raça, ideia que foi base do nazismo e que fortalecia o hospital psiquiátrico de Barbacena.

Ao chegar no hospital psiquiátrico, os pacientes eram levados para a triagem, fazendo ali a separação por sexo, idade e por características físicas, precisavam entregar todos os seus pertences, inclusive as roupas e sapatos, ficando nus na frente de todos, trazendo um sentimento de humilhação, logo após eram submetidos a um banho coletivo, e os homens tinham o cabelo raspado como prisioneiros de guerra. Depois do processo chamado de desinfecção, os pacientes recebiam a farda do local, mas para as baixas temperaturas do local, era incapaz de cobrir o frio, seguindo cada um para o seu departamento, os dormitórios eram pequenos, e os internos, tinham que dormir amontoados, pois o local estava superlotado, sendo construído para suprir a necessidade de 200 pessoas, e após trinta anos da sua fundação, o local possuía 5 mil pacientes.

No hospital colônia, os pacientes passavam por todos os tipos de tortura, sendo muito comum a tortura com eletrochoque, e muitos morriam. Também era muito comum castigos e agressões, o banho de mergulho em uma banheira de fezes e urina que lá existia e má qualidade na alimentação. Sendo assim, todos os dias, morriam pacientes, chegando ao ponto de ser tão comum, que as pessoas passavam a não mais ligar, e muitos corpos eram levados para o cemitério da paz que lá foi construído.

## **7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA**

A autora da obra holocausto brasileiro é Daniela Arbex, cuja naturalidade é brasileira, nascida em 19 de abril de 1973 na cidade de Juiz de Fora- MG. Jornalista dedicada à defesa dos direitos humanos, formou-se em comunicação social na Universidade Federal de Juiz de Fora no ano de 1995 e iniciou a sua carreira com a atuação no jornal Tribuna de Minas.

Daniela Arbex é considerada uma das jornalistas que possui mais prêmios em sua geração, tendo mais de 20 títulos nacionais e internacionais, a obra literária Holocausto brasileiro no ano de 2013 foi eleito o melhor livro-Reportagem do Ano pela Associação Paulista de Críticos de Arte e em 2014 também concorreu o prêmio Jabuti e foi na mesma categoria, ficando em segunda colocação. O livro possui mais de 300 mil exemplares vendidos no Brasil e em Portugal, sendo o grande marco da história literária da jornalista.

## **8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO**

A Obra Literária Holocausto Brasileiro relaciona-se com o Direito, na medida em, que trata sobre a tortura, os maus tratos e a morte de aproximadamente 60 mil pessoas no hospital psiquiátrico de Barbacena. Assim, foi praticado inúmeros crimes contra a dignidade da pessoa humana, inclusive o crime de genocídio, que seria o cometimento de atos, com a intenção de destruir, um grupo étnico, racial ou religioso, positivado pela Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio basear do Estado democrático de direito, presente no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, garantindo por meio desse princípio à garantia das necessidades essenciais do ser humano, buscando uma vida digna. Segundo o doutrinador Alexandre de Moraes em sua obra “Direito Constitucional” (MORAIS, 2017, p. 35):

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

A violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ocorreu em vários momentos da obra Holocausto brasileiro, desde o momento em que as pessoas adentravam no hospital psiquiátrico de Barbacena, já sofriam danos à sua integridade, a serem submetidos a entregarem todos os seus bens materiais, inclusive a própria roupa, fazendo com que os pacientes, ficassem totalmente nus e tomassem banhos todos juntos.

O direito a saúde, é um dos requisitos que garante a dignidade da pessoa humana, também foi desrespeitado, pois muitos morriam diariamente no hospital colônia, por falta de assistência digna, alimentação e zelo aos pacientes. Sobre tal direito, a Constituição Federal de 1988, positiva em seu artigo 196º:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às

ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

As atividades praticadas no hospital psiquiátrico feriam diretamente o Direito Brasileiro, pois lá praticava-se a violência, a tortura, os castigos, o trabalho escravo, a venda de cadáveres, a perda da identidade do ser humano. Além das práticas aqui expostas, os internos daquele hospital, morriam de frio, pela razão da superlotação nas baixas temperaturas, os pacientes eram colocados ao relento, nus ou cobertos por trapos, e muitas vezes não amanheciam vivos.

No Cônia ocorreu o Genocídio de pelo menos 60 mil pessoas, pela razão de incomodar ou ameaçar a ordem pública, sendo eles epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, pessoas rebeldes, meninas grávidas que foram violentadas, esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, filhas de fazendeiros que perderam a virgindade antes do casamento, entre outros.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Projeto Direito & Literatura conseguiu disseminar informações sobre a obra de Holocausto brasileiro da jornalista Daniela Arbex, estando comprovados os fatos que ocorreram no hospital psiquiátrico de Barbacena, conhecido como Cônia, que foi palco de inúmeras violações aos direitos humanos, ferindo principalmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A obra literária, relata que no hospital psiquiátrico cerca de 70% dos internados, não possuía nenhum transtorno mental, ou seja, estavam em plena faculdade mental, ali estando para atender o desejo de uma minoria, que desejava a exclusão dos "indesejados", pelo motivo de serem diferentes.

Conclui-se que o direito a saúde, é uma garantia constitucional, mas deve-se ir além da proteção e a manutenção, precisando ser mais fiscalizado para garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados e garantir a sua eficácia plena, necessitando da criação de políticas públicas destinadas aos portadores de transtornos psiquiátricos.

## **10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019

CARVALHO, Leonardo Dallacqua de. *A Trajetória De Francis Galton E Sua Perspectiva Eugênica No Primeiro Trimestral De The Eugenics Review (1909)*. Fenix - Revista de História e Estudos Culturais, Vol.14, nº 2, p. 1-18, Julho-Dezembro, 2017.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL DOS TUTORES ANTE O ABANDONO DOS ANIMAIS DOMESTICADOS.**

**ANDRÉIA CRISTINA GOMES NASCIMENTO:**  
Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário UNA.<sup>6</sup>

**EDUARDO SIMÕES NETO**<sup>7</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva demonstrar a necessidade de maior fiscalização, bem como, a aplicabilidade da legislação brasileira acerca da punição sobre os crimes de maus-tratos aos animais domesticados. Infelizmente, o costume da sociedade brasileira é tratar os animais como meros objetos, assim como o antigo Código Civil Brasileiro previa em outros tempos. Atualmente, com a mutação dos costumes e uma sociedade direcionada aos direitos dos animais, tem-se observado maior quantidade de Organizações Não Governamentais (ONGs) voltadas aos direitos deles, e de indivíduos inclinados a se tornarem tutores e de um animal. Porém, infelizmente, ainda hoje percebe-se que muitos são abandonados às ruas, e por vezes através justificativas banais. Quando os animais são deixados à própria sorte, e seus tutores saem impunes, o que se constata é um Estado inerte no que concerne a não aplicabilidade, bem como a ineficácia da legislação que se refere aos maus-tratos em sentido amplo. Entende-se que negligenciar uma vida deva gerar sanção, mesmo que seja pela vida de um animal não humano. Constata-se que a vida é uma, não importando se o animal é racional ou não, todos têm o mesmo princípio vital, assim sendo, são dignos de direito e proteção, tanto pelo Estado quanto pela Sociedade, que é a maior causadora do malefício ao animal não humano. Assim sendo, verifica-se que a aplicabilidade do artigo 32, da Lei 9.605/98, em relação ao abandono dos animais nas ruas, não tem demonstrado a eficácia social necessária. Desta forma, objetiva-se que com a fiscalização e maior punibilidade do Estado, tal cenário sofra alterações, haja vista, esta sanção, alçar tal ato de negligência em relação aos animais domesticados.

**Palavras-chave:** Abandono; Animal; Crime; Dignidade; Direito; Respeito; Responsabilidade; Tutor;

La Responsabilidad Civil y Penal de los Tutores ante el abandono de animales domésticos.

---

<sup>6</sup> Contato: [andriac.gomesn@gmail.com](mailto:andriac.gomesn@gmail.com)

<sup>7</sup> Mestre em Direito no Centro Universitário Una



**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo demostrar la necesidad de una mayor supervisión, así como la aplicabilidad de la legislación brasileña sobre el castigo de los delitos de maltrato de animales domésticos. Desafortunadamente, la costumbre de la sociedad brasileña es tratar a los animales como meros objetos, como el antiguo Código Civil brasileño predijo en otros tiempos. Actualmente, con la mutación de las costumbres y una sociedad dirigida a los derechos de los animales, ha habido un mayor número de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) centradas en sus derechos, e individuos inclinados a convertirse en guardianes y animales. Desafortunadamente, sin embargo, todavía se percibe que muchos son abandonados en las calles, y a veces a través de justificaciones triviales. Cuando los animales son abandonados a su suerte, y sus guardianes quedan impunes, lo que se encuentra es un estado inerte con respecto a la no aplicabilidad, así como la ineficacia de la legislación que se refiere al maltrato en un sentido amplio. Se entiende que descuidar una vida debe generar sanción, incluso si es por la vida de un animal no humano. Se observa que la vida es una, independientemente de si el animal es racional o no, todos tienen el mismo principio vital, por lo que son dignos de ley y protección, tanto por parte del Estado como por la sociedad, que es la principal causa de daño al animal no humano. Por lo tanto, se verifica que la aplicabilidad del artículo 32 de la Ley 9.605/98, en relación con el abandono de animales en las calles, no ha demostrado la eficacia social necesaria. Por lo tanto, es objetivo que con la supervisión y mayor punibilidad del Estado, tal escenario cambiará, dado que, esta sanción, generará tal acto de negligencia en relación con los animales domesticados.

**Palabras clave:** Abandono; Animal; Delincuencia; Dignidad; Derecho; Respeto; respeto, Responsabilidad; Tutor;

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. O Tratamento dos Animais no Ordenamento Jurídico Brasileiro – 3. Imputação da Responsabilidade Civil. - 4. Imputação da Responsabilidade Criminal – 5. Considerações Finais – Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em outros tempos, quando se falava em animais domésticos, tinha-se a somente a ideia de cães e gatos, hoje isso se tornou algo mais amplo, trazendo desde os mais comuns até os mais inusitados seres. Atualmente, os “Pet’s” não são considerados como simples animais domésticos, mas são criados como filhos pelos seus tutores, os quais usam roupas, acessórios de alto valor, fazem passeios, viagens e muitos levam uma vida que diversas pessoas nem sequer almejam, são tratados como parte de uma família e por vezes até objeto de discussão em divórcio, em matéria de guarda e visitação<sup>8</sup>.

---

8 (TJ-SP - AC: 10003988120158260008 SP 1000398-81.2015.8.26.0008, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data de Julgamento: 20/04/2016, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2016)



Sabe-se que todo o convívio, seja de ser racional ou não, gera vínculo afetivo, e mesmo os animais não humanos a cada dia demonstram maior capacidade de se relacionar e criar encadeamento amoroso com o seu tutor. A responsabilidade do homem vai desde a criação à educação do ser, seja ele qual for. E tal convivência, faz com que o sujeito seja moldado ao formato de quem o criou.

Existem animais de diversas naturezas, porém, diferentes dos seres humanos esses não têm as possibilidades de busca por oportunidades. Quando são adotados os animais não humanos, se apegam e se moldam de acordo com este tutor, desta forma, criam dependência, horários, uma rotina, acima de tudo a confiança pelo indivíduo responsável pela sua tutoria e criação, o que é comum com qualquer ser vivo que tenha sentimentos e necessidades.

Acontece que com o passar dos tempos, a família aumenta, os recursos se tornam mais escassos e vida se dificulta, fazendo com o que o primeiro empecilho seja descartado em meio às ruas como mero objeto. Porém, quem destina um animal a tal circunstância, não acredita que se trata de uma vida, assim como a de qualquer ser outro humano e merece respeito, que têm sentimentos como dor, medo, tristeza, entre outros, e que não deve ser tratada como um simples instrumento descartável, o qual foi usado para deleite e alegria momentânea de um indivíduo que precisava suprir suas necessidades.<sup>9</sup>

Para realizar o presente estudo, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, buscando-se em doutrinas diversas, legislação pertinente ao tema, bem como jurisprudências brasileiras. Assim sendo, por verificar a recorrência de tantos abandonos, buscou-se através do Direito a tratativa acerca da reponsabilidade Civil e Criminal do tutor, bem como, a cientificação sobre o tema em relação ao descaso e ao abandono do animal não humano pelos seus tutores, uma vez que se trata de vida e responsabilidade do indivíduo pelo bem de outrem.

## **2.O TRATAMENTO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Brasil é um dos países-membros da ONU signatários da Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Proclamada na Assembleia da UNESCO, em Bruxelas na Bélgica, em 27 de janeiro de 1978, de acordo com tal declaração, em seu artigo 1º, diz que *"Todos os*

---

<sup>9</sup> **Declaração de Cambridge sobre a Consciência Animal** - Nós declaramos o seguinte: "A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos"

*animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência.*<sup>10</sup>” Desta forma, compreende-se por animais todos os seres vivos, sendo racionais ou não, e este artigo vem para demonstrar que não somente o humano, mas todos devem ser tratados com isonomia, e, leia-se, por isonomia, respeito.

Lamentavelmente no Brasil, ainda se tem a cultura de que o animal não humano deve ser tratado como coisa, tendo ainda o amparo do Código Civil vigente - embora sejamos “animados pelo mesmo princípio vital 11”. O que se sabe, é que coisas e bens móveis não têm sentimentos ou sensações, trata-se de seres inanimados ou até mesmo animados, porém, insensíveis a circunstâncias impostas, as quais expressam grande diferença em relação aos seres vivos, sejam humanos ou não.

Foi necessário um episódio de brutalidade e repercussão midiática, para que houvesse a criação de uma legislação com maior amparo ao animal. Embora todos os dias infelizmente, violências como esta ou até piores ainda sejam cometidas contra os animais não humanos. A Lei Sanção nº 14.064/20, foi criada no intuito de aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cães ou gatos. Não obstante, exista sustentação pela Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/98, acredita-se que ainda deva haver maior punibilidade e extensão quanto a palavra maus-tratos, uma vez que se refere a um ser em tese indefeso, e que sua existência de certa forma depende do auxílio do ser humano, neste caso o seu tutor.

De acordo com o Livro dos Espíritos,

“597 – a) Esse princípio é uma alma semelhante à do homem? É também uma alma, se o quiserdes: isso depende do sentido em que se tome a palavra; mas é inferior à do homem. Há, entre a alma dos animais e a do homem, tanta distância quanto entre a alma do homem e Deus.” (KARDEC, 1857, p.329)

Para Serrano (2021), abandono significa “<sup>1</sup> Ação e efeito de abandonar. <sup>6</sup> Desamparo das coisas que nos pertencem.”, por sua vez, segundo o mesmo autor, “desamparo” quer dizer: “<sup>3</sup> Retirada de recurso. <sup>4</sup> Retire a proteção de quem precisa. <sup>5</sup> Negar ajuda a quem precisa.” Ou seja, a cada animal abandonado nas ruas, após ter um tutor, está na situação de desamparo, o que se pode entender por maus-tratos.

Acredita-se que o abandono de um animal deva acarretar responsabilidade civil e criminal para o tutor. Entende-se que existem escolhas, abrir mão, é uma delas, porém há

---

10 UNESCO - A Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi proclamada pela UNESCO em sessão realizada em Bruxelas - Bélgica, em 27 de Janeiro de 1978.

11 Kardec. Allan, Livro dos Espíritos. Pergunta 135-a, §1º, p.117. Capítulo II - A Alma.

locais adequados para que o animal seja bem tratado. Os centros de adoção e amparo para os animais, são um bom exemplo, pois nestes locais poderão ser encontrados novos tutores.

Sabe-se que o abandono implica em ato de crueldade e perversão. O indivíduo deve compreender que quando adota um animal, é o mesmo que adotar um ser humano. Por se tratar de ser vivo existem responsabilidades, não é um mero objeto passível de descarte, trata-se de uma vida, e *“todas as vidas importam, sejam humanas ou não”*.

### **3.DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Segundo De Plácido e Silva (2010, p.663), a imputação da responsabilidade civil designa da obrigação de reparar o dano ou ressarcir o dano quando causado de forma injusta a outrem. Resultando de uma ofensa ou da violação de um direito que redunde a dano ou prejuízo a outrem, podendo ser de causa própria de ação ou de ato ilícito, bem como de fato ilícito de outrem, ou em virtude regra legal se responde ou se é responsável.

Quando se cogita do fundamento da responsabilidade civil, “remete-se às razões jurídicas pelas quais alguém será responsabilizado por um dano patrimonial ou extrapatrimonial. Um dano qualificado no caso concreto como um dano injusto” (ROSENVALD, 2013, p.63).

O princípio que rege a responsabilidade Civil, é que ninguém tem o direito de prejudicar o outro. O chamado Princípio *neminem laedere*, que está escrito no artigo 186 do Código Civil Brasileiro tendo o delito como principal fonte de responsabilidade civil.

Pode-se conceituar os elementos da responsabilidade civil, em que, para:

“Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade. Para Sergio Cavalieri Filho, são três os elementos: a) conduta culpável; b) nexo causal; c) dano. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também trabalham com três pressupostos: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) nexo de causalidade. Por seu turno, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto falam de uma classificação tetrapartida dos pressupostos, a saber: a) ato ilícito;

b) culpa; c) dano; d) nexos causal. Na estrutura de sua obra, Carlos Roberto Gonçalves igualmente leciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano.” (TARTUCE, 2022, p.178)

Posto isto, os elementos ou presunções gerais da responsabilidade civil sendo, a conduta ou ação humana, nexos de causalidade e dano ou perda, entende-se que a culpa não é um elemento geral da responsabilidade civil, mas se trata de um elemento acidental.

Sabe-se que a violação de direitos somente é cometida a quem lhe é devido, ou seja, ao ser detentor de direitos. De acordo com a Dra. Edna Cardozo Dias (2006, p.120), os animais são sujeitos de direito assim como as pessoas jurídicas são detentoras de personalidade quando registram seus atos constitutivos, podendo comparecer em Juízo e pleitear por justiça, para ela, os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Ainda para Dias, a pessoa humana assim como o animal enquanto espécie tem direito à defesa de seus direitos essenciais. Desta forma, entende-se que os animais são sujeitos de direitos, e que o abandono deste deve ser responsabilizado com maior severidade.

De acordo com a Revista de Medicina Veterinária e Saúde Pública mv&z (2013, p.36), são diversos os motivos de abandono de animais domesticados, em primeiro lugar, mudanças comportamentais, segundo lugar, mudanças na disponibilidade de espaço ou nas regras de conduta social do espaço ocupado pelo ser humano. Compreende-se que toda situação é passível de mudança, e que por vezes, tais alterações na vida do sujeito levam a condições mais drásticas, porém, não se pode considerar o fato da retirada de um animal do seu domicílio e inserção nas ruas, uma vez que existem abrigos e locais apropriados como centros de adoção, em que o animal receberá o cuidado necessário, assim como a atenção a qual lhe é devida.

Sabe-se que tanto o Poder-Público como a coletividade têm a obrigatoriedade de zelar pelos animais,

“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. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - **proteger** a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais a crueldade.**” (BRASIL, 1988) *Grifo meu.*

Compreendendo animais abandonados como aqueles que vivem por um determinado tempo sem um proprietário ou tutor definido. De acordo com estatísticas do IBGE e pesquisas do Instituto Pet Brasil, a maioria dos animais abandonados vive sob tutela de Organizações não Governamentais (ONGs), denominadas popularmente como de Proteção Animal, ou Protetores que assumem a responsabilidade de manter esses animais e promover a adoção voluntária.

De acordo com os dados do Instituto supramencionado, até o ano de 2019 eram 370 ONGs e/ou associações distribuídas nos 26 estados do Brasil e no Distrito Federal. O acolhimento máximo foi estimado de acordo com os critérios de classificação definidos pelo Instituto, com base nesses critérios e observando as características das ONGs, no ano de 2019 - ano da pesquisa – a quantidade era de 172.083 animais abandonados entre Cães e Gatos sob a tutela das ONGs e grupos de Protetores.

“O número de animais abandonados aumentou e vêm aumentando significativamente desde a pandemia. Fizemos essa constatação ao longo de 2021 quando tivemos essa perversa equação do aumento de 63% de abandonos de animais entre 2020 e 2021, com a superlotação dos abrigos públicos e privados e a brutal queda das doações a organizações não governamentais e aos projetos individuais de proteção e defesa animal.” (ALLI, 2022, p.71)

Acredita-se que a falta de responsabilização quanto ao abandono, em que pese sobre o indivíduo, faz com que o animal ainda como mero objeto, do qual quando se cansa, pode ser descartado. Sabe-se que no Brasil, projetos de Lei como nº 351/2015 “*Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas,*” e nº 1.365/2015 “*Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências*”; são criados para que mesmo de forma escassa, possa haver responsabilização acerca dos danos causados a estes seres.

No que concerne à questão da responsabilidade civil, compreende-se o tutor quando assume a incumbência acerca do animal enquanto vida, haja vista, “*valorando a pessoa como um ser vivo temos que reconhecer que a vida não é atributo apenas do homem, e sim um bem genérico, inato e imanente a tudo que vive (DIAS, 2006, p.120)*”, assim sendo, deve assumir também a obrigação acerca da violação cometida por sua própria ação de abandono sendo um ato ilícito caracterizado por maus-tratos. Tal abandono implica em fome, tristeza, doenças e até morte.

Apreende-se que o Direito deve pesar maior responsabilidade sobre o indivíduo em relação ao abandono do animal nas ruas, uma vez que este se tornou sujeito direitos. Na visão de Dias (2006, p.120),

“(...) poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas.”

Como por exemplo um bebê, antes de ser registrado já é uma pessoa sob o ponto de vista científico, assim como o exemplo citado anteriormente acerca da personalidade de uma empresa (que não possui vida ou sentimentos). Portanto, percebe-se a omissão do direito acerca da imposição de maior responsabilidade sobre do indivíduo diante do abandono do animal domesticado à própria sorte.

### **3.1 Da Personalidade Ineficaz**

Embora existam projetos de lei com a iniciativa de auxiliar com maior amplitude dos dispositivos legais, como é o caso da natureza jurídica dos animais não humanos, em que, a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 como é o caso do Projeto de Lei nº 27/2018, passa a determinar que *“os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.”*, existem casos em que há controvérsias, como por exemplo,

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. (...) 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou



submetam os animais a crueldade"). (...)3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. (...) 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais, também devem ter o seu bem-estar considerado. (...) 9. Recurso especial não provido." **(STJ, REsp 1713167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 09/10/2018)**

Aqui, pode-se estabelecer o reconhecimento do animal não humano enquanto sujeito de sentimentos, de afeto e digno de direitos. Por outro lado, mesmo que seja expresso pelo animal tais direitos em forma de jurisprudência, ou até em projetos de lei, como é caso da PL145/202112, ocasionalmente, ainda há falta de reconhecimento, tanto pelos indivíduos como pelo próprio Estado na aplicação das suas normas. Tem-se ainda como exemplo o PLC nº 6.054/2019, trazendo que, "*os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos com direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa*".

Por outro lado, há situações em que se reconhece tal direito, como é o caso do acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) reconheceu a capacidade dos animais serem parte em processos judiciais. O relator do recurso, juiz substituto em Segundo Grau Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, destacou na decisão que: "os animais enquanto sujeitos de direitos subjetivos, são dotados da capacidade de ser parte em juízo (personalidade judiciária) cuja legitimidade decorre não apenas do direito natural, como também do direito positivo estatal.<sup>13</sup>"

"Se até uma pessoa jurídica, que muitas vezes não passa de uma folha de papel arquivada nos registros de uma Junta Comercial, possui

---

12 **Ementa:** disciplina a capacidade de ser parte dos animais não-humanos em processos judiciais e inclui o inciso XII ao artigo 75 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, para determinar quem poderá representar animais em juízo.

13 Agravo de Instrumento nº **0059204-56.2020.8.16.0000**



capacidade para estar em juízo, inclusive para ser indenizada por danos morais, parece fora de propósito negar essa possibilidade para que animais possam ser tutelados pelo Judiciário caso sejam vítimas de ações ilícitas praticadas por seres humanos ou pessoas jurídicas. Com a aprovação deste projeto de lei, o Congresso Nacional pacificará essas questões processuais, possibilitando uma ampliação significativa da tutela jurisdicional dos animais, o que refletirá na proteção jurídica ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um direito fundamental de todos, conforme estabelecido no art. 225 da Constituição Federal.” (BRASIL, 2021, p.03

Embora justa e justificada a presente proposta acerca de tal temática “*canis boni juris*” é acolhida esporadicamente na prática, e por muitos, não reconhecida nem mesmo no papel, como é o caso do Desembargador José Ricardo Porto, que manteve a decisão da 5ª Vara Cível de João Pessoa, não admitindo que um cachorro possa figurar em processo judicial<sup>14</sup>. Pelo fato de o animal não possuir voz própria, entende-se mais que necessário que sua capacidade seja reconhecida para que não somente a parte (seu tutor), mas também o Estado, na figura do Ministério Público possam representá-lo, uma vez que se tratando de uma vida, também é detentora de dignidade e direitos.

#### 4. DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

A Responsabilidade Criminal, de Plácido e Silva (2010, p.663), trata-se da obrigação de sofrer castigo ou das sanções impostas pelo agente do fato ou da omissão criminosa, fundando-se, portanto, na imputabilidade do fato criminoso. Assim, a responsabilidade trata-se da evidência de que o autor deve responder ou deve sofrer pelas sanções impostas pelo seu ato.

Mesmo com a Lei de Crimes Ambientais e suas sanções, ainda existem indivíduos que comentem atrocidades contra animais, como foi o caso do cachorro pitbull Sansão, de 2 anos, que teve as duas patas traseiras decepadas. Tal ato, deu origem à Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020, a Lei Sansão – que altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Lei de Crimes Ambientais, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

“Art. 32. **Praticar ato de abuso, maus-tratos**, ferir ou mutilar animais silvestres, **domésticos ou domesticados**, nativos ou exóticos: **Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.** § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem

14 Agravo de Instrumento nº 0815882-77.2020.8.15.0000

recursos alternativos. § 1º-A Quando se tratar de **cão ou gato**, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de **reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)** § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.)” (BRASIL, 2020) *Grifo meu.*

Neste ato não se pode discutir a natureza humana, haja vista, infelizmente, a crueldade estar arraigada. Diferente dos animais, os quais se estabelecem à semelhança daqueles se os criam. Um indivíduo é capaz de abandonar um animal pelo simples fato de não mais aturar sua presença, renunciando à responsabilidade de uma vida, que sendo realmente tutelada com seriedade pelo ordenamento jurídico, em caso de abandono, não mais será objeto de impunidade.

“Qualquer tentativa de estabelecer uma ligação entre a razão e a ética não consegue sustentar-se. A questão aqui não é saber se somos capazes de falar ou de raciocinar, de legislar e assumir deveres, mas se somos passíveis de sofrimento, se somos seres sensíveis. Nesta hipótese a capacidade de sofrimento e de ter sentimento são as características vitais que conferem, a um ser, o direito à igual consideração.” (DIAS, 2006, p.121)

Entende-se por abandono, de acordo com o dicionário da língua portuguesa, “<sup>3</sup>estado ou condição do que é ou se encontra abandonado; desleixo; negligência.<sup>15</sup>” Assim sendo, no mínimo, de acordo com o Código Penal Brasileiro, deveria implicar em culpa, trazida pelo fator “negligência” como uma forma de agravante pelo crime, embora o abandono seja ocasionado pelo dolo/ *animus* do tutor. Uma vez que houver punibilidade no ato de abandonar animal, haverá a redução na recorrência da prática do crime.

“A interpretação correta, ao nosso sentir, é que a conduta de abandonar, ou seja, o ato de abandonar é crime previsto no artigo 32 da lei 9.605/98, uma vez que causa ao animal não humano dotado de senescência, um abalo, uma violência mental. Faz este animal sentir medo, frio, fome, sede. Agindo dessa maneira o agente que pratica o abandono inflige, sem a menor dúvida, maus tratos aquele ser.” (TITAN, 2021, p.85)

Considerando o animal um sujeito de direito assim como o tutor, e sendo ele, incapaz de se defender ou de exercer qualquer atividade solo no que diz respeito à razão

---

<sup>15</sup> <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/abandono/>

(somente a seus instintos), interpreta-se tal abandono, qual seja o abandono do animal não humano à própria sorte como uma extensão da lei, ainda como abandono de um ser incapaz de sobreviver de forma digna, o que fere o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, onde reza, “ o abandono de um animal é um ato cruel degradante”.

Segundo o Código de Direito e Bem-estar Animal do Estado da Paraíba, animal abandonado significa,

“Art.7º, XX - animal abandonado: todo animal não mais desejado por seu tutor e retirado por ele, forçadamente, de seus cuidados, guarda, vigilância ou autoridade, inclusive aqueles deixados nas residências após mudança de domicílio de seus tutores ou decorrente de viagem prolongada, ficando assim incapaz de se defender dos riscos resultantes do abandono;” (PARAÍBA, 2018)

Anda que exista a sanção, julga-se que a fiscalização tanto do Estado como da sociedade deva ter maior efetividade, uma vez que se tratando de vida, mesmo que não humana, trata-se de responsabilidade de todos, uma vez que o abandono se trata de um problema social.

“O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens.” (DIAS, 2006, p.121)

Desta forma, pode-se questionar acerca do problema do tutor, se de cunho social, ou uma deficiência de cunho moral. Quantas vezes já se viu seres humanos abandonando seus próprios filhos, jogando-os em latas de lixo, que dirá abandonando os seus os animais? Porém, atualmente, ao contrário dos humanos que se dizem dotados de plena razão e sabedoria, têm os animais não humanos, os quais estão adotando uns aos outros, os que antes eram considerados predadores, protegendo suas presas não importando a raça, cor, espécie; ou por exemplo quela cadela no Chile que amamentou a criança 02 anos que tinha sido abandonada pela própria mãe e estava passando fome<sup>16</sup>.

Veterinários de abrigos relatam uma variedade de problemas de abandono, incluindo excesso de comida, apatia, perda de apetite, vômitos, doenças infecciosas por supressão imunológica induzida por estresse e, muitas vezes, morte. Eles estão literalmente

<sup>16</sup> <https://meusanimais.com.br/cadelinha-amamenta-um-bebe-abandonado/>

morrendo de dor (SCHEFFER, 2020, p.127). No art.7º,§2º,V , o abandono está listado entre as tipificações de maus-tratos no território do estado da Paraíba:

“§ 2º Para efeitos desta Lei, entende-se como maus tratos a animais:  
V - abandonar animal em qualquer circunstância, recém-nascido, jovem ou idoso, estando ou não são, doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de lhe ministrar tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;” (PARAÍBA, 2018)

No Estado do Pernambuco, a Lei nº15.226/14, instituiu o Código de Proteção aos Animais, trazendo que:

“Art. 2º É vedado, sob pena das sanções administrativas previstas no art. 25 desta Lei: (Redação do caput dada pela Lei Nº 17432 DE 07/10/2021).I - ofender ou agredir física e **psicologicamente** os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de **causar sofrimento físico ou emocional, ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência;** (...)VII - **abandonar** animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária; (Redação do inciso dada pela Lei Nº 17270 DE 21/05/2021)”.(PERNAMBUCO, 2014) *Grifo meu.*

O abandono inclui não somente os maus-tratos referentes à fome e ao descaso, mas enfatiza-se aqui, em relação ao fator psicológico do animal, ao qual de maneira geral não se considera. Quando se trata o animal enquanto bem móvel, não se analisa o seu sentimento, portanto, acredita-se que a Federação num intuito de unificar as forças com os demais estados, deveria estabelecer legislação una, a qual visasse pela proteção de todos os seres de forma plena, uma vez que os animais não humanos não são dotados de razão e necessitam de representantes que lutem suas batalhas. Infeliz é saber que a maior adversidade do mundo é o próprio ser humano, o qual, dotado de razão e age de forma maligna, raramente em prol do outro.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o direito ambiental seja objetivado no Brasil, a necessidade de maior amplitude e prática do direito animal é notável. Acredita-se que o direito positivo dos animais deve se estabelecer com maior punibilidade para os atos criminosos, desde o abandono até os maus tratos mais severos. Infelizmente, é preciso que se elucide para o

tutor uma visão geral do que deve ser zelado, e que o Estado cumpra o seu dever na imposição da sanção penal.

Para que haja ampla eficácia legal, é necessário não somente maior fiscalização por parte do Estado e da sociedade, mas principalmente que o próprio Poder Judiciário também entre em consenso em relação a aplicabilidade das normas e dos direitos dos animais. Ainda se vê a contradição em processos judiciais referentes à personalidade jurídica dos animais, como por exemplo o caso do Desembargador José Ricardo Porto<sup>17</sup>, da 5ª Vara Cível da comarca de João Pessoa, que não admitiu que um cão pudesse figurar em um processo judicial, embora existam projetos de lei assim como decisões favoráveis tomadas em outros tribunais, conforme já expresso no presente artigo.

Acredita-se, que para que haja maior conscientização no que concerne aos cuidados com animais, também deva existir maior amplitude da coercibilidade e sanção, uma vez que o ser humano infelizmente ainda por crueldade ou por mera insensibilidade não compreende o mal que acarreta diante da prática dos seus atos. Para tanto, é necessário que o direito se torne cada vez mais rígido em relação ao indivíduo no que diz respeito ao seu dever de cuidado para com o outro.

Algo incrível é que, com o passar dos anos, deveria ocorrer o progresso moral em conjunto com o alavancamento científico, porém, ao contrário do que se pensa, a moral cresce a passos de formiga, enquanto a ciência todos os dias apresenta novas descobertas. Falta ao indivíduo qualidades que devem ser adquiridas desde o berço. Mas, como se espera que um humano não abandone um animal, quando ele abandona seus próprios filhos?

O Município de Belo Horizonte, instituiu o dezembro Verde, dedicado a combater os maus-tratos e o abandono de animais e a promover a sua adoção e a sua posse responsável, através da Lei nº 11.335, de 29 de dezembro de 2021. Ao adotar um animal o tutor se compromete aos termos do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, o qual, trata do Princípio da Vedação da Crueldade contra Animais, em relação ao abandono e aos maus tratos, e está sujeito à visitação ao animal. O Centro Universitário Una é um exemplo de Universidade que compartilha deste tipo de atitude e realiza feiras de adoção de animais (cães e gatos), com auxílio de um corpo veterinário e jurídico para esclarecimento de dúvidas quanto aos cuidados com os animais e a assinatura dos termos de responsabilidade.

Portanto, acredita-se que o tutor por toda a sua atitude deve ser responsabilizado, assim como o Estado por sua inércia. Entende-se ainda, que as decisões em relação aos animais no que concerne à sua personalidade jurídica devam ser unânimes, para que haja

maior respeito e fortalecimento não somente da legislação enquanto texto, mas acima de tudo respeito à sua aplicabilidade, não tomando como lição o medo da sanção em relação ao indivíduo, mas sim respeito aos animais não humanos. Assim sendo, negligenciar o animal através do abandono nas ruas deve ter maior punição ou seja, responsabilização criminal, a qual deve ser imposta de maneira mais agravada, haja vista, o *animus* de maltratar outro ser vivo o abandonando-o à própria sorte. Esta defesa não deve ser feita pelo simples fato de ser o animal considerado detentor de direito, mas por se tratar de uma vida como qualquer outra, e conforme já expresso, todas as vidas importam.

## REFERÊNCIAS

ALLI. Paulo Memória. Em defesa dos Animais. Lunas Editorial. Versão Digital. 2022.

ALVES Ana Júlia Silva e, *et al.*; Abandono de cães na América Latina: revisão de literatura/**Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP** -SP. São Paulo: Conselho Regional de Medicina Veterinária, v. 11, n. 2 (2013), p. 34 – 41, 2013.

BRASIL. **LEI Nº 14.064, DE 29 DE SETEMBRO DE 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: < L14064 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 21 set. 2022

\_\_\_\_\_. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 22 set. 2022

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < L9605(planalto.gov.br)>. Acesso em: 21 set. 2022

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 351, DE 2015**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>>. Acesso em: 20 set. 2022

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 145, DE 2021**. Disponível em: < <pl-145-2021.pdf> (conjur.com.br)>. Acesso em: 23 set. 2022

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 27, DE 2018**. Disponível em: < <PLC 27/2018 - Senado Federal>>. Acesso em: 23 set. 2022



\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **PROJETO DE LEI N.º 1.365, DE 2015**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C5C9ABDCFF9EEE3DDE0E0796FA83553A.proposicoesWeb2?codteor=1335201&filename=Avuls+o+-PL+1365/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C5C9ABDCFF9EEE3DDE0E0796FA83553A.proposicoesWeb2?codteor=1335201&filename=Avuls+o+-PL+1365/2015)>. Acesso em: 20 set. 2022

\_\_\_\_\_. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. 1988**. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2022

\_\_\_\_\_. **Instituto Pet Brasil**. 2019. Disponível em: < Slide 1 (www.gov.br)>. Acesso em: 13 set. 2022

CAMBRIDGIE. **Declaração de Cambridgie Sobre a Consciência Animal**. Philip Low, Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low e Christof Koch. A. Cambridge, Reino Unido, 7 de julho de 2012. Disponível em: <<https://labea.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/05/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Cambridge-sobre-Consci%C3%Aancia-Animal.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2022

DIAS. Edna Cardozo. Os Animais Como Sujeitos de Direito. **Revista Brasileira de Direito Animal. V.1, n.1. 2006**. Disponível em: <<http://arquivos.integrawebsites.com.br/91917/d4a2df5f8c8c4c18c3e2d92dfec6bb40.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2022

HORIZONTE. Belo. Lei Municipal. **LEI Nº 11.335, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2021**. Institui o Dezembro Verde, dedicado a combater os maus-tratos e o abandono de animais e a promover a sua adoção e a sua posse responsáveis. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2021/1134/11335/lei-ordinaria-n-11335-2021-institui-o-dezembro-verde-dedicado-a-combater-os-maus-tratos-e-o-abandono-de-animais-e-a-promover-a-sua-adocao-e-a-sua-posse-responsaveis>>. Acesso em: 22 set. 2022

KARDEC. Allan. 4ª Ed. 2017. **Livro dos Espíritos**, 1857, Editora FEB. 563p.

PARAÍBA. **Lei Nº 11140 DE 08/06/2018**. Institui o Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da Paraíba. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361016>>. Acesso em: 22 set. 2022

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do. **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0815882-77.2020.8.15.0000**. Disponível em: < [decisaocachorro.pdf \(conjur.com.br\)](#)>. Acesso em: 23 set. 2022



PERNAMBUCO. **LEI Nº 15.226 DE 07/01/2014**. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=264204>>. Acesso em: 22 set. 2022

PORTUGUESA. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/abandono/>>. Acesso em: 22 set. 2022

ROSENVALD. Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Editoras Atlas S.A – 2013. ISBN: 978-85-224-7620-6.

SCHEFFER. Gisele Kronhardt. O DIREITO ANIMAL EM TEMPOS DE PANDEMIA. ANIMAL LAW IN TIMES OF PANDEMIC. p.118-153. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO E JUSTIÇA / BRAZILIAN JOURNAL OF LAW AND JUSTICE**. V. 4, JAN./DEZ.2020

SERRANO. Pablo Jiménez, **Dicionário Jurídico Atualizado**. Serrano. – Rio de Janeiro: Ed. Jurismestre, 2021. 350p.:I1. ISBN 978-85-918923-4-1.

SILVA. De Plácido e, 1892-1964. **Vocabulário jurídico conciso**/ De Plácido e Silva; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. -2 ed. – RJ: Forense,2010.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/> . Acesso em: 28 out. 2022.

TITAN. Rafael Fernandes. **Direito Animal: o direito do animal não-humano no cenário processual penal e ambiental** – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. - Bruxelas, Bélgica, em 27 de Janeiro de 1978. Disponível em: <DECLARAO-UNIVERSAL-DOS-DIREITOS-DOS-ANIMAIS.pdf (crmv-ce.org.br)>. Acesso em 06 set. 2022.

## **ANÁLISE DA OBRA LITERÁRIA TORTO ARADO: O SERTÃO E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES RURAIS**

**CARLOS EDUARDO DOS SANTOS SILVA:**  
Graduando em Direito na Faculdade de  
Petrolina-PE (FACAPE).<sup>18</sup>

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO<sup>19</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>20</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra literária "Torto Arado", de autoria de Itamar Rangel Vieira Júnior com a ciência do Direito. A principal relação dessa obra literária com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos e Direitos Trabalhistas, uma vez que as atividades laborais exercidas pelos personagens principais da trama eram completamente análogas a escravidão. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos e do Direito do Trabalho. Esse artigo surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão "Direito & Literatura" da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que a nossa legislação garante muitos direitos ao trabalhador rural, equiparando-os aos trabalhadores urbanos. A necessidade por trabalho para sustento é grande, fazendo com que muitas pessoas acabem procurando qualquer meio para se sustentar. De maneira histórica, o Brasil vem enfrentando casos similares ao abordado no livro, conforme os dados apresentados na pesquisa.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Trabalhador Rural. Direitos Trabalhistas.

### **Analysis of the literary work Torto Arado: the sertão and the rights of rural workers**

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect the literary work "Torto Arado", by Itamar Rangel Vieira Júnior, with the science of Law. The main relationship of this literary work with legal science is the narrative points that reflect Human Rights and Labor Rights, since the work activities carried out by the main characters of the plot were completely analogous to slavery. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research,

<sup>18</sup> E- mail: [carlos.e.silva.22432@aluno.facape.br](mailto:carlos.e.silva.22432@aluno.facape.br)

<sup>19</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

<sup>20</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

carried out mainly in the area of Human Rights and Labor Law. This work arises from studies directed to the extension project “Law & Literature” of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that our legislation guarantees many rights to rural workers, equating them with urban workers. The need for work to support themselves is great, causing many people to end up looking for any means to support themselves. Historically, Brazil has been facing similar cases to the one discussed in the book, according to the data presented in the research.

**Keywords:** Human Rights. Rural worker. Labor rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

## 2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- I. Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- II. Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- III. Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- IV. Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- V. Participação em Congressos e eventos diversos.

### **4. METOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

### **5. AÇÕES REALIZADAS PELO DISCENTE CARLOS EDUARDO DOS SANTOS SILVA NO PROJETO DE EXTENSÃO**

Participei de reuniões periódicas, com o fito de traçar estratégias para persecução dos nossos objetivos. Participei também de capacitação da equipe para a realização de oficinas e palestras junto à comunidade acadêmica. Além disso, participei da reunião para debater o filme "Animais Noturnos", em que alguns integrantes contruíbuiam com o debate, opinando, exemplificando e trazendo para o universo acadêmico o filme. Uma das reuniões mais interessante, pois, pode-se observar como cada pessoa entendeu a mensagem do filme de forma diferente.

### **6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA**

A obra escolhida trata-se de *Torto Arado*, de autoria de Itamar Rangel Vieira Júnior. Duas irmãs, Bibibana e Belonísia, vivem em uma fazenda no interior da Bahia, sofrem um acidente com uma faca que a avó escondia em uma mala, uma faca cuja importância na construção do suspense da obra é enorme. A narrativa das mulheres encontra na voz, mesmo no silêncio, o protagonismo feminino-negro dentro de uma sociedade patriarcal, onde nem mesmo o machismo e o racismo diminuem suas lutas, pelo contrário, dão-lhes a força para superar a realidade difícil.

Bibibana e Belonísia fazem parte de uma família que assim como outras vivem e trabalham na fazenda Água Negra. Todos os trabalhadores são descendentes de pessoas escravizadas que chegaram naquela região há muito tempo.

Os proprietários da fazenda são donos de terras que lucram com a produção e que sequer vivem lá, apenas aproveitam os lucros que a produção dos alimentos gera. Nos elementos que contam a história tem-se a descrição da rotina intensa de trabalho na terra e as tradições da religião que eles seguem, o Jarê, uma religião de matriz africana.

## **7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA**

Itamar Rangel Vieira Júnior, conhecido como Itamar Vieira Júnior, nasceu em Salvador, em 1979, é Graduado e Mestre em Geografia pela Universidade Federal da Bahia, funcionário público do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Itamar teve sua estreia na literatura em 2012, com o livro de contos *Dias*, vencedor do XI Prêmio Projeto de Arte e Cultura na Bahia. Em 2017, lança o premiado *A oração do carrasco*, que chegou a ser finalista do Prêmio Jabuti em 2018, na categoria conto. Por fim, seu impactante romance *Torto arado* (2018) conquistou em Portugal o Prêmio LeYa, concedido por unanimidade pelo modo como representava de forma sólida e realista o universo rural brasileiro.

## **8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO**

A Obra Literária *Torto Arado* relaciona-se com o Direito, na medida em que pode-se observar que o autor trata da temática do sertão e dos direitos dos trabalhadores rurais. Com uma escrita agradável e fluente, *Torto Arado* se insere em um movimento recente da literatura brasileira no qual autoras e autores pretos oferecem sua interpretação do Brasil.

Como ponto inicial do enredo, tem-se o acidente que marcará para sempre a vidas das irmãs Bibiana e Belonísia, que numa curiosidade infantil, tentam descobrir o segredo guardado pela avó Donana. Nessa busca, dentro de uma mala, encontram uma faca reluzente, com um cabo de marfim, e que dada a luminosidade do metal, atiça o fascínio e até o desejo de provar o seu gosto. Porém, com a chegada repentina da matriarca da

família, em meio ao susto e à falta de destreza com o objeto cortante, acabam decepando a língua de Belonísia, o que lhe acarreta uma vida de silêncio, dependendo da irmã, até um certo ponto da narrativa. Por meio dessas vozes que é apresentado, de maneira envolvente, a fome, a seca, a exploração, as relações de poder, as ameaças e a violências experimentadas pelos filhos e filhas (VIEIRA JUNIOR, 2019, p. 261):

Da gente forte que atravessou um oceano, que foi separada de sua terra, que deixou para trás sonhos e forjou no desterro uma vida nova e iluminada. Gente que atravessou tudo, suportando a crueldade que lhes foi imposta.

É a Bibiana quem narra as restrições impostas aos que vivem nesse povoado no interior, sem escola, sem perspectivas e sem nenhum tipo de assistência, o que faz com que as crianças não ultrapassem a primeira infância (VIEIRA JUNIOR, 2019, p. 69):

As crianças eram as que mais padeciam: paravam de crescer, ficavam frágeis e por qualquer coisa caíam doentes. Perdi as contas de quantas não resistiram à má alimentação e seguiram sem vida, em cortejo, para o cemitério da Viração. As velas que meu pai acendia para cada criança pareciam não querer permanecer acesas: mesmo sem ventos ou golpes de ar, se apagavam.

Mesmo impedida de falar, Belonísia dá voz aos que, vivem uma vida marcada pelas restrições. Ela nos conta das casas de barro, *“sem o tal de banheiro que ninguém tinha mesmo”* (VIEIRA JUNIOR, 2019, p. 95), com as imposições dos donos das fazendas que não suportavam a ideia de que os trabalhadores tivessem uma moradia feita com tijolos, pois, a mesma levaria a entender uma permanência do trabalhador na terra. Itamar Vieira Junior leva o leitor a um Brasil que, após mais de 100 anos da assinatura da Lei Áurea, insiste em não acertar as contas com o passado escravocrata.

Olhando para fora das páginas, o número de pessoas que foram resgatadas de trabalhos em situações análogas à escravidão no Brasil, foi de 19.064 trabalhadores, entre 2010 a 2020. Os dados são da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), órgão do Ministério da Economia.

As atividades rurais realizadas no Brasil incluem, a pecuária, a lavoura, produtos florestais, extrativismo e pesca artesanal. Atualmente, o trabalhador rural tem direito a vários direitos trabalhistas e aos benefícios da Previdência Social, uma vez que isso só foi possível por conta de regras inseridas na Constituição Federal de 1988.

As atividades exercidas pelos personagens eram completamente análogas a escravidão. Os trabalhadores rurais devem ter direito a:



- a) Salário-mínimo ou conforme acordo com o empregador ou, ainda, acordo coletivo do sindicato;
- b) décimo terceiro salário;
- c) adicional noturno;
- d) horas extras;
- e) adicional de insalubres ou periculosidade;
- f) repouso semanal remunerado;
- g) jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais;
- h) jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento;
- i) Intervalos intrajornada e interjornada; FGTS;
- j) férias anuais remuneradas com 1/3 de férias;
- k) licença-maternidade; licença-paternidade;
- l) aviso-prévio;
- m) seguro-desemprego;
- n) benefícios previdenciários, incluindo auxílio-doença, aposentadoria e outros;
- o) convenções e acordos coletivos de trabalho.

Portanto, a nossa legislação garante muitos direitos ao trabalhador rural, equiparando-os aos trabalhadores urbanos. A necessidade por trabalho para sustento é grande, fazendo com que muitas pessoas acabem procurando qualquer meio para se sustentar. De maneira histórica, o Brasil vem enfrentando casos similares ao abordado no livro, conforme os dados apresentados.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Projeto Direito & Literatura conseguiu disseminar informações sobre a obra Torto Arado, livro este que é dividido em partes: Fio de Corte, Torto Arado e Rio de Sangue.

Em cada uma dessas partes uma nova perspectiva é apresentada, mas em todas elas são demonstradas o descaso que os personagens sofrem.

A necessidade por trabalho e sustento é grande, fazendo com que muitas pessoas acabem procurando qualquer meio para se sustentar. De maneira histórica, o Brasil vem enfrentando casos similares ao abordado, conforme os dados apresentados. Uma vez que os personagens são agricultores e viviam em regime de servidão, sonham em se libertar dessa relação de exploração. Tudo o que eles produziam não era deles, tudo era do dono da terra, pouca coisa era para o próprio consumo.

Sabe-se que o trabalhador rural possui vários direitos trabalhistas, como o salário em dia, décimo terceiro, adicional noturno, horas extras, descanso semanal, FGTS, aviso-prévio, seguro-desemprego, benefícios do INSS, dentre outras garantias, que são verdadeiros direitos fundamentais que os personagens não são beneficiados, bem como uma parte da população brasileira que vive ainda sendo explorada.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDIA, Luciene; CABRAL, Rayssa D. M. (Orgs.). *Torto arado: perspectivas críticas*. Catu-BA: Bordô-Grená, 2022. (E-book);

*Entrevista Itamar Vieira Júnio no Programa Roda Viva em 15/02/2021*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MU9iUc2UHBQ>>;

SEIBT, Taís; GORZIZA, Amanda; BUONO, Renata. *Servidão que persiste*. Carta de Uberlândia. 2021. Disponível em: <[THOMAZ, Danilo. \*Qual a razão do sucesso do romance Torto Arado?\*. Guia do Estudante. 2021. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/dica-cultural/por-que-gostamos-do-romance-torto-arado/>>;](http://abet-trabalho.org.br/servidao-que-persiste/#:~:text=Dos%20cinco%20setores%20recordistas%20em,2019%20para%20140%20em%202020.></a>>;</p></div><div data-bbox=)

TOLENTINO, Luana. *O Brasil profundo em Torto Arado, de Itamar Vieira Júnior*. Literafro. 2021. Disponível em: <<http://www.letras.ufmg.br/literafro/resenhas/ficcao/1465-itamar-vieira-junior-torto-arado>> ;

VIEIRA JUNIOR, Itamar. *Torto arado*. 1a Reimpr. São Paulo: Todavia, 2019;

## **ANÁLISE DA OBRA A CARTADA FINAL, DE JOHN GRISHAM: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS FALHAS DO SISTEMA JUDICIÁRIO**

**CAMILA DE SOUZA SILVA:**  
Graduanda em Direito na  
Faculdade de Petrolina-PE  
(FACAPE).<sup>21</sup>

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO<sup>22</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>23</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra literária “A Cartada Final”, de John Grisham com o universo do direito. Possuindo uma leitura complexa, o livro narra uma história fascinante, a qual gira em torno da busca do advogado e pastor Post de libertar pessoas da prisão que foram condenadas injustamente. A principal relação com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos e o sistema criminal, sobretudo, o respeito ao princípio da presunção de inocência. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos e do Direito Penal. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que na medida em que trata sobre casos de inocentes que foram parar na cadeia, por falha no sistema judiciário como um todo, é perceptível que, ainda que seja uma ficção, tal contexto é observado constantemente na realidade, inclusive no Brasil. Além disso, demonstra-se a imprescindibilidade de que os julgamentos sejam feitos de forma correta, presumindo-se a inocência, devendo a culpabilidade ser provada.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Sistema de Justiça Criminal. Presunção de inocência.

Analysis of the work the final card, by John Grisham: the presumption of innocence and the failures of the judicial system

---

<sup>21</sup> Contato: E-mail: camila.silva.23213@aluno.facape.br

<sup>22</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

<sup>23</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect the literary work "A Cartada Final", by John Grisham with the universe of law. A complex read, the book tells a fascinating story that revolves around attorney and pastor Post's quest to free people from prison who have been wrongfully convicted. The main relationship with legal science are the points of the narrative that reflect Human Rights and the criminal system, above all, respect for the principle of the presumption of innocence. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out primarily in the area of Human Rights and Criminal Law. This work arises from studies directed to the Extension Project "Law & Literature" of FACAPE - Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that as it deals with cases of innocent people who ended up in jail, due to failure in the judicial system as a whole, it is noticeable that, even if it is a fiction, such a context is constantly observed in reality, including in Brazil. In addition, it demonstrates the indispensability that judgments are made correctly, presuming innocence, and guilt must be proven.

**Keywords:** Human Rights. Criminal Justice System. Presumption of innocence.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinaridade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

## 2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração

de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- I. Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- II. Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- III. Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- IV. Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- V. Participação em Congressos e eventos diversos.

### **4. METODOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

### **5. AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE CAMILA DE SOUZA SILVA NO PROJETO DE EXTENSÃO**

- I. Reuniões periódicas com as integrantes do projeto. Os encontros, em sua maioria *online*, tiveram como função debater as obras literárias escolhidas pelos discentes, e suas relações com o Direito e o universo jurídico como um todo.

- II. Confecção de resumos em arquivo World, em formato de mapas mentais, com intuito de melhor visualizar os temas abordados no livro, que no caso, eram os casos criminais abordados pelo personagem principal, Post.

## **6.RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA**

A obra literária escolhida foi o livro "A Cartada Final", de John Grisham. Possuindo uma leitura complexa, o livro narra uma história fascinante, a qual gira em torno da busca do advogado e pastor Post de libertar pessoas da prisão que foram condenadas injustamente. As histórias são contadas de forma misturada, e a cada momento o leitor é levado a descobrir um pouquinho mais sobre cada uma delas.

Post era Defensor Público na área de crimes hediondos. Quando as pessoas perguntavam como ele conseguia defender criminosos, ele apresentava a resposta padrão da faculdade: Todos merecem uma defesa justa pela Constituição. Todavia, ele deixou de acreditar nisso, e se tornou pastor associado. Seguindo uma nova carreira depois de sair de uma clínica psiquiátrica.

## **7.CONHECENDO O AUTOR DA OBRA**

O autor da obra é John Grisham, nascido no Arkansas, em 1955. Foi advogado por muito tempo no campo de Direito Penal. Seu primeiro livro foi Tempo de matar, em 1988, não parando mais de escrever, focando suas obras principalmente em criticar o sistema judiciário americano, que inclusive é um dos focos da obra aqui retratada.

Escreveu vinte e quatro romances, possui mais de 250 milhões de obras vendidas. Dentre suas obras, pode-se citar: Os Guardiões; O Manuscrito; O Advogado Mafioso; Os Segredos de Gray Mountain; A confissão; O Manipulador; Os Litigantes, A Firma e, obviamente, A Cartada Final.

## **8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO**

A Obra Literária "A Cartada Final" relaciona-se com o Direito, na medida em que trata sobre casos de inocentes que foram parar na cadeia por falha no sistema judiciário. É perceptível que, ainda que seja uma ficção, tal contexto ocorre constantemente na realidade, inclusive no Brasil.

O livro demonstra a imprescindibilidade de que os julgamentos sejam feitos de forma correta, presumindo-se a inocência, devendo a culpabilidade ser provada. Na legislação brasileira, o art. 5º, LVII é claro: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11, é previsto: *"Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com*



*a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*". Entretanto, apesar do que está previsto na legislação, tanto no livro, como na vida real, julgamentos são feitos de forma falha, sem provas, e sem que o acusado tenha direito à ampla defesa.

No tocante ao princípio da presunção da inocência, se houver dúvida pelo juiz e provas insuficientes, a causa deverá ser decidida em favor do acusado. No livro, entretanto, fica clara a extrema violação ao princípio, tendo em vista que nenhum dos casos tinham provas concretas, e ainda assim, os acusados foram presos injustamente.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Direito & Literatura conseguiu proporcionar reflexões sobre a obra "A Cartada Final", demonstrando a possibilidade de se usar livros literários além de doutrinas, leis e jurisprudências, como fontes de debates na área de Direito. Foi visualizado a possibilidade de inocentes serem presos injustamente, por falhas no sistema judiciário, que os alunos integrantes do projeto puderam desenvolver maior empatia com os réus que estão passando por um processo criminal. Torna-se nítido a importância de princípios basilares do Direito, como a presunção da inocência.

O autor da obra destaca a questão do racismo no sistema prisional. Destaca também a necessidade de um instituto que permita que sentenças já transitadas em julgado possam ser revistas, uma espécie de revisão criminal.

Assim, ficou claro que, através do projeto, é possível aprender sobre temas jurídicos importantes, além do que é visto em sala de aula, podendo-se despertar, na verdade, o interesse ainda maior dos alunos em temas curiosos que aparecem nas mais diversas obras literárias.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRICO, B. P. E; NUNES, G. L. *Revisão criminal e a eficiência na correção de erros Judiciários nas condenações*. Natal: Repositorio.animaeducacao, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25241/1/Revis%c3%a3o%20criminal%20e%20a%20efici%c3%aancia%20na%20corre%c3%a7%c3%a3o%20de%20erros%20judici%c3%a1rios%20nas%20condena%c3%a7%c3%b5es.pdf>. Acesso em: 7 set. 2022.

GRISHAM, John. *Cartada final*, tradução de Roberta Clapp e Bruno Fiuza. São Paulo: Arqueiro, 2020.

*INOCENTES PRESOS: Falhas em reconhecimento alimentam máquina de prisões injustas de negros e pobres no Brasil.* Folha de S. Paulo, 2021. Disponível em: <http://temas.folha.uol.com.br/inocentes/erros-de-reconhecimento/falhas-em-reconhecimento-alimentam-maquina-de-prisoos-injustas-de-negros-e-pobres-no-brasil.shtml>. Acesso em: 30 ago. 2022.

*PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.* Jus.com.br., 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 31 ago. 2022.

## **ANÁLISE DA OBRA VIGIAR E PUNIR DE MICHEL FOUCAULT: A DISCIPLINA NA SOCIEDADE MODERNA**

**JODAILSON DE SOUZA OLIVEIRA:**  
Graduando em Direito na Faculdade de  
Petrolina-PE (FACAPE).<sup>24</sup>

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO<sup>25</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>26</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault, com a ciência do Direito. Publicado em 1975, o livro é uma reflexão sobre a sociedade moderna e a disciplina. Em Vigiar e Punir, Foucault debruça-se sobre os processos disciplinares nas prisões, em especial na França. Reflete o motivo pelo qual as torturas deram lugar ao encarceramento das prisões, pretendendo que essa fosse a forma mais adequada de correção. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos e do Direito Penal. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que a obra Vigiar e Punir, proporcionou uma nova visão sobre o processo da evolução das penas, permitindo deslumbrar os caminhos que a sociedade traçou até chegar em modelo de punitivo de hoje. Além disso, é possível fazer uma analogia da vigilância ao modelo de direito penal aplicado no Brasil, que adota a pena privativa de liberdade e criminaliza a tortura.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Poder. Disciplina.

Analysis of Michel Foucault's display and punish: discipline in modern society

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect Michel Foucault's work “Discipline and Punish” with the science of law. Published in 1975, the book is a reflection on modern society and the discipline. In Discipline and Punish, Foucault focuses on disciplinary

---

<sup>24</sup> E- mail: jodailson.oliveira.22497@aluno.facape.br

<sup>25</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

<sup>26</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

processes in prisons, especially in France. It reflects why torture gave way to incarceration in prisons, claiming that this was the most adequate form of correction. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out mainly in the area of Human Rights and Criminal Law. This work arises from studies directed to the extension project "Law & Literature" of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that the company Vigiar e Punir, created a new vision about the process of evolution of penalties, allowing to dazzle the paths that society traced to arrive today. In addition, it is possible to make an analogy of surveillance to the model of criminal law applied in Brazil, which adopts a custodial sentence and criminalization of torture.

**Keywords:** Human Rights. Power. Subject.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinaridade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

## 2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

## 3. OBJETIVOS

### **3.1. OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- i. Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- ii. Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- iii. Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- iv. Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- v. Participação em Congressos e eventos diversos.

### **4. METODOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

### **5. AÇÕES REALIZADAS PELO DISCENTE JODAILSON DE SOUZA OLIVEIRA**

- i. Reuniões periódicas entre os alunos partícipes do projeto de extensão, com o fito de traçar estratégias para persecução dos seus objetivos e Capacitação da equipe para a realização de oficinas e palestras junto à comunidade acadêmica;
- ii. Palestras, seminários e rodas de conversa realizadas;
- iii. Elaborar artigos e/ou relatórios com base na experiência de atuação na comunidade escolar com vistas à publicização científica e institucional do projeto em eventos acadêmicos e ou institucionais;
- iv. Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade Escolar e

acadêmica da região.

## 6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

A obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, publicada em 1975, é uma reflexão sobre a sociedade moderna e a disciplina. Em *Vigiar e Punir*, Foucault debruça-se sobre os processos disciplinares nas prisões, em especial na França. Reflete o motivo pelo qual as torturas deram lugar ao encarceramento das prisões, pretendendo que essa fosse a forma mais adequada de correção. A obra se divide em quatro partes e na primeira delas, “o suplício”, o autor trata de penas corporais. Antes do século XVIII o poder era visto como um poder de suplício (tortura) e a prova disso é que boa parte das punições eram físicas, ligadas ao corpo. Com o surgimento da sociedade moderna e os princípios iluministas, surge uma nova modalidade de governo, tendo ela uma intenção mais disciplinadora, com a ideia de marcar a alma e racionalidade do indivíduo.

De acordo com alguns relatos contemporâneos, a extinção do suplício tem a ver com uma “tomada de consciência” de quem viveu naquela época da história da sociedade, em prol de uma “humanização” das penas. É fato que essa mudança talvez tenha se dado com mais força pelo fato de que o espetáculo do suplício gerava revolta e motivava a violência social.

A execução pública se tornou “*uma fornalha em que se acende a violência*” (FOUCAULT, 1987 p. 13). Com isso, se fez necessário a criação de dispositivos de punição pelos quais o corpo do suplicado pudesse ser escondido, excluindo-se do castigo o espetáculo da dor. A partir da segunda metade do século XIX, na mudança do suplício para a prisão, embora o corpo ainda estivesse presente nessa última (por exemplo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra), é um outro objeto principal a quem a punição se dirige, não mais ao corpo, e sim à alma. “A expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições” (FOUCAULT, 1987 p. 18).

A segunda parte intitula-se “punição”. Nesse fragmento, Foucault aborda a mudança da sentença. Na segunda metade do século XVIII, o suplício começa a ganhar, através dos reformadores, uma visão de perigo ao poder soberano, devido ao fato que a tirania leva à revolta. Passa-se a entender a necessidade de respeitar o assassino em, no mínimo, sua humanidade.

A terceira parte intitula-se como “a disciplina”. Neste capítulo, talvez um dos mais conhecidos da obra, Foucault descreve toda a maquinaria (ou microfísica) do poder, constituída por detalhes sutis e invisíveis, presente nos séculos XVII e XVIII. Tal microfísica serve à produção de individualidades, ou melhor, de indivíduos que possam cumprir funções úteis, ajustando-se a um determinado tipo de sociedade emergente. Por exemplo,



antes desse período, os soldados eram aqueles que já possuíam de antemão um corpo adequadamente predisposto para exercer seu ofício (isto é, conforme uma certa exigência física), agora não necessariamente. A partir de então o corpo torna-se o local de investimento de várias técnicas e mecanismos que pretendem localizá-lo, tornando, assim, as pessoas tão mais úteis quanto mais obedientes.

A quarta parte é definida como “a prisão”. O autor resume a tese principal de seu livro ao mostrar que antes da prisão ser inaugurada como peça das punições, ela já havia sido criada na sociedade a partir do momento em que os mecanismos de poder repartiam, fixavam, classificavam e extraíam forças, treinavam os corpos, codificavam os comportamentos, mantinham sob visibilidade plena, constituíam sobre eles um saber que se acumulava e se centralizava sobre os indivíduos. Dessa forma, a prisão surge como algo inevitável, por mais que existissem outros projetos de punição de reformadores e que ela recebesse críticas sobre sua ineficácia e seu perigo, desde seu nascimento. Essa instituição penal surge para ser a coação de uma educação total, para possuir uma disciplina onipresente a fim de transformar o indivíduo pervertido. Suas técnicas de poder passam principalmente pelo “isolamento” (sobretudo nos modelos americanos que eram baseados nos monastérios), a “solidão”, a tentativa de “autorregulação pela reflexão” e o “trabalho” – sendo que este último gerou controvérsias entre os operários da época. Contudo, é preciso ressaltar que o mesmo não visava lucro e sim o efeito sobre os corpos e as almas dos presos.

## **7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA**

O autor de *Vigiar e Punir* é Paul Michel Foucault, francês, nascido em 15 de outubro de 1926 e viveu até 25 de junho de 1984. Licenciado em Filosofia e graduado em Psicologia Patológica, foi psicólogo em hospitais e em penitenciárias. Também foi professor universitário na Alemanha, Estados Unidos, Suécia, Tunísia, entre outros países. Deu conferências em muitos lugares no mundo, dentre os quais o Brasil, onde esteve em 1965 pela primeira vez.

Escreveu para vários jornais e publicou diversos livros. Faleceu em Paris, no dia 25 de junho de 1984 em decorrência da AIDS. A primeira obra de Foucault foi *Doença Mental e Psicológica* em 1954; na sequência publicou *História da Loucura* em 1961 (sua tese de doutorado), *O Nascimento da Clínica* (1963), *As Palavras e as Coisas* (1966), *A Arqueologia do Saber* (1969), *Isto não é um Cachimbo* (1973) e *Vigiar e Punir* (1975). Além dessas obras, o autor começou a escrever a obra *Historia da Sexualidade*, um livro que compreendia a publicação em 6 volumes; entretanto, não conseguiu concluir a obra, publicando o primeiro volume, denominado *A Vontade do Saber*, em 1976. Em 1994, ano da sua morte, publicou *O Uso de Prazeres e O Cuidado de Si*.

## **8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO**

Em vigiar e Punir, Michel Foucault mostra por que a justiça deixou de aplicar torturas violentas, que tinha como intuito a morte do agente, e começou a buscar meios de “correção” dos condenados.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Projeto Direito & Literatura conseguiu disseminar informações sobre a obra Vigiar e Punir, que proporcionou uma nova visão sobre o processo da evolução das penas, permitindo deslumbrar os caminhos que a sociedade traçou até chegar em modelo de punitivo de hoje. Além disso, é possível fazer uma analogia da vigilância ao modelo de direito penal aplicado no país, onde a criação de leis tem como finalidade coagir o agente a não cometer determinado delito, tendo em vista que pode resultar em uma penalidade. Com isso podemos concluir que os pensamentos trazidos nessa obra de fato se materializaram.

## **10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. O nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

## A NORMATIVA BÍBLICA E O DIREITO

**FLÁVIO JOSÉ DE LIMA:**  
Graduando em Direito pela  
Universidade Brasil - Campus  
Fernandópolis/SP<sup>27</sup>.

**ALEXANDRE YURI KIATAQUI**

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho pretende relatar sobre algumas aproximações visualizadas entre a Bíblia Sagrada, representando o religioso, com o Direito, caracterizado como a Lei dos Homens. Questionaremos sobre a importância que aquela teve sobre esta. A pesquisa relatará algumas passagens da Bíblia que se refere sobre as regras "leis", impostas aos homens por Deus, em comparação com as leis atuais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, a religião é a organização mais ancestral e sistemática da dimensão utópica inerente ao ser humano que aposta que o mundo não está definitivamente perdido. Vê-se, portanto, que não podemos questionar a importância que a religião, teve/têm sobre a vida do homem. Todos os valores, comportamentos, sentimentos, e inclusive normas, advêm do pensamento e regras religiosas, apesar de muitos negarem isto. Já é sabido por todos que a cada dado momento da história o homem modifica seu comportamento e forma de pensar, daí, persegue com estes elementos tantos outros. Atualmente, se tratando do campo do Direito, é inviável que este retorne aquela aplicação visualizada no Direito Antigo, que se constituía e justificava sua existência "em face da predominante influência da religiosidade sobre a estrutura e conteúdo pelo apego ao sagrado como dimensão legitimadora de sua aplicação à ordem social". Mas, de fato, não podemos negar que é possível visualizar nas normas jurídicas atualmente, regras que possuem os mesmos objetos já tratados em "Leis" Sagradas. De antemão, importante lembrar que a religião em questão é denominada pelo cristianismo, e as leis são retiradas da Sagrada Escritura, que é um conjunto de vários livros escritos através de uma inspiração divina.

**Palavras-chave:** Bíblia Sagrada. Deus. Homem. Direito.

**ABSTRACT:** The present work intends to report on some approaches visualized between the Holy Bible, representing the religious with the Law, characterized as the Law of Men. We shall question about the importance of that. The research will report some passages

---

<sup>27</sup> Contato: prflaviolima69@gmail.com

from the Bible that refer to the rules "laws" imposed on men by God, in comparison with the current laws present in the Brazilian legal system. In this sense, religion is the most ancestral and systematic organization of the utopian dimension inherent in human beings who bet that the world is not definitively lost. It's seen, therefore, we cannot question the importance that religion had/has on man's life. All values, behaviors, feelings and even norms come from thought and religious rules, although many deny this. Currently, when dealing with the field of Law, it's unfeasible for it to return to that application visualized in Ancient Law, which constituted and justified its existence "in the face of the predominant influence of religiosity on the structure and content by the attachment to the sacred as a legitimizing dimension of its application to the social order". But in fact, we cannot deny that it's possible to visualize in the legal norms currently, rules that have the same objects already treated in Sacred "Laws". Beforehand, it's important to remember that the religion in question is called Christianity and the laws are taken from Holy Scripture, which is a set of several books written through divine inspiration.

Keywords: Holy Bible. God. Man. Law.

## **INTRODUÇÃO**

Já diziam nossos precursores que "fé e ciência não se misturam" e, também, que "religião não se discute". Verdade é que esses conceitos revelam uma sociedade pautada pela praticidade que dispensa análises mais profundas e dogmas estruturantes que segregam os elementos físicos e abstratos da formação cultural, humana e de consciência moral, social, ético e de fé.

A Bíblia Sagrada Cristã, utilizada por diversas vertentes do Cristianismo dentre os mais destacados a linha católica e protestante, é um conjunto de livros que dentre a sua miscelânea de disciplinas e doutrinas contêm muitas normas de índole ética, social, moral, saúde pública, espiritual e também do Direito.

A despeito de que gera discussão até hoje quanto a laicidade do Estado em relação à igreja no ordenamento jurídico brasileiro, sendo sua maior expressão de divergência o texto do preâmbulo da Constituição Federal, que menciona que os trabalhos da Constituinte foram feitos: "debaixo da proteção de Deus", foi necessário que o Supremo Tribunal se manifestasse no sentido que o preâmbulo não é norma cogente e sobre um prisma mais *stricto sensu* nem mesmo norma é, portanto, não tem relação direta nem indireta com o texto da Carta Magna.

Além da parte prática positivada a Bíblia tem um pano de fundo relevante na formação da conduta social e consciência individual, além de comportamento coletivo. Isso porque como texto e norma de religião, que é a ação de religar o homem a Deus, também trazem princípios morais e éticos, que permeiam nossa sociedade atual. Como escreveu

Jean Jacques Rousseau, em seu livro Contrato Social, que: “a religião, ou os aspectos religiosos, somente são favoráveis quanto à aplicação da ética e da moral”.

No que se refere à abordagem, a pesquisa pode ser dita qualitativa porque pretende apreender as percepções, ou seja, das representações e subjetividades jurídico-sociais dos operadores (sujeito objeto), concernentes ao tema proposto, identificando os aspectos comuns e incomuns de tais representações.

Em outros termos ressalta-se que:

[...] a investigação qualitativa deseja valorizar as matrizes epistemológicas, dos modos de ver a realidade: a fenomenologia e a semiótica [...] Quando se faz um estudo com base na fenomenologia não se deve menosprezar a importância das condições materiais da existência. A realidade é muito mais complexa que o discurso que se faz sobre ela. Então, para compreendê-la é necessário que se conheça os sinais e signos locais expressos nos conteúdos das declarações de seus agentes. (MARQUES, 2007, p.13)

Este trabalho tem como prisma compreender a essência da relação entre os princípios regidos pela Escritura Sagrada e as normativas incorporadas pelo ordenamento jurídico pátrio, desvendando que o Estado não é totalmente laico na essência de ser, tendo como fundamento as normas vigentes e a doutrina. A hermenêutica ocorrerá mediante a comparação dos dados obtidos nos livros, decisões, doutrinas e jurisprudências.

## **1. DIREITO PÓS MODERNO E OS PRINCÍPIOS DA ESCRITURA SAGRADA**

Sabe-se que com o advento do antropocentrismo, mais especificamente no século XIX, com o Iluminismo, as regras criadas por Deus, ou qualquer preceito fundado na religiosidade, foi perdendo espaço por inúmeras normas criadas pelo próprio homem, devido à valorização do mesmo e de seu poder de raciocínio.

Atualmente, há dois campos, duas realidades, uma representada pela religião, outra, pela Ciência (que se divide em vários ramos). Veremos oportunamente que o Direito pertence ao campo desta, mas que há muito habitava naquela, fundada em preceitos religiosos. Porém, o que torna oportuno a este momento é afirmar que ambas as realidades, ou seja, a “religião e ciência não se identificam, salvaguardam sua autonomia (...) O reconhecimento das fronteiras e os distanciamentos práticos e metodológicos não só é importante mais necessário, devido à complexidade das sociedades.

A Bíblia não fala diretamente em “direitos humanos”, e sim em “direito divino”. Pelo “direito divino” todos os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus. Esta igualdade dos homens, com base no “direito divino”, confere ao homem o direito de viver sua dignidade originária independentemente da raça, país, status social, etc. Na comunidade política essa dignidade deve ser garantida pela lei.

Os desprotegidos da lei, segundo a Bíblia, são assumidos diretamente pela proteção divina. A fundamentação teológica dos direitos humanos provém do fato de eles expressarem o que Deus exige do homem e para o homem. O “direito divino” se concretiza numa vida ética. Por isto, pode-se falar numa “espiritualidade dos direitos humanos”, em que se busca a dignificação da vida do homem todo, e de todos os homens.

A nossa Constituição, por um lado, estabelece o estado laico; por outro, traz em seu preâmbulo a promulgação do texto constitucional sob a proteção de Deus.

O Estado brasileiro é laico, consoante dispõe o art. 19, I, da Constituição Federal, de modo que não há preferência por determinada religião e deve ser mantida a separação entre o Estado e a Igreja. Atento a esse comando constitucional, o presente artigo não objetiva misturar instituições distintas, mas revelar a justiça por meio de interpretações inclusivas, independentemente da gênese, sendo que a interpretação da Bíblia e das leis nos dá exemplos concretos e históricos de tais interpretações. A nossa Constituição, traz em seu preâmbulo a promulgação do texto constitucional sob a proteção de Deus, questão essa já enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da ADI n. 2076-5/AC, podendo-se extrair o entendimento de que a “Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas”

Como ensina Nalini (2015, págs. 131-132) a chamada civilização ocidental ainda é conhecida como civilização cristã. Os valores sobre os quais ela se erigiu são aqueles fornecidos pelo Cristianismo, nutrido em sólida tradição judaica. Concorde-se ou não com o acerto, a civilização de que o Brasil se abebera é de inspiração nitidamente cristã.

Segundo Nalini, autores cristãos, em todos os tempos produziram consistente material no pensamento filosófico. Eles formularam uma verdadeira filosofia cristã, da qual se extrai a moral cristã, na concepção de que a moral é parte integrante da filosofia. A ética Cristã influenciou e ainda influencia, de forma marcante, o direito e a hermenêutica jurídica no Brasil. O brasileiro é um povo muito religioso e, mesmo que não tenha incorporado todos os valores e princípios Cristãos, incorporou muito a tradição e a liturgia Cristãs.

Na concepção do Barão de Montesquieu em “O Espírito geral” ou “espírito das leis”: aparece principalmente no Livro XIX a interrelação entre os fatores determinantes de uma nação, como o clima, tradições, costumes, demografia, recursos naturais, comércio e mesmo a religião — tratada como um fator igual dentre outros. Idealmente, o legislador



deveria corrigir os fatores do clima e território. De certa forma, antecede o conceito atual de cultura. Dedicou o resto dos livros XX ao XXI para examinar as origens e as transformações das leis em relação a esses fatores. Defende a liberdade de comércio, examina o desdobramento da lei civil entre os franceses, o processo legiferante e a transição do feudalismo à monarquia entre os francos.

Em que pese essas declarações e teses, vemos que o texto original da Constituição Federal tem em seu bojo muita ligação com a moral e ética bíblica. Não podemos esquecer que sendo dividida em dois grandes tomos (divisão editorial de uma obra), isso é, volumes que fazem parte de uma obra impressa ou manuscrita, as quais sejam: velho testamento e novo testamento, as escrituras bíblicas não são somente expressão de regra, fé e prática dos cristãos, mas também dos Judeus ortodoxos que seguem ainda com pequenas ressalvas os textos constantes do velho testamento.

Há quem pense que a Bíblia Sagrada é somente uma forma de dominação do homem para com o homem, a chamada autofagia que está em voga nas discussões da cúpula do Judiciário brasileiro. Mas a verdade é que o texto da Bíblia Sagrada em suas diversas opiniões a eleva a categoria de coletânea formadora de conceitos muito apreciados por toda sociedade, seja ela Cristã ou não-Cristã, Judaica ou Ortodoxa.

Isso faz com que uma Lei escrita há pelo menos 4.000 anos atrás, ainda influencie em nossa sociedade, que se diz tão "transformadora" e muitas vezes erroneamente se utilizam deste termo para definir sua intolerância e até mesmo descaso com os princípios morais dos povos antepassados tornando-os, em sua opinião, *démodé*. Mas basta analisarmos um pouco para vermos tamanho reflexo que nossa sociedade atual absorve em relação aos conceitos descobertos e utilizados pelos povos do passado que são eficazes até hoje.

Portanto, é possível compreender que as normas explícitas ou implícitas nas escrituras sagradas, influenciam o direito no sentido de manter a ordem e paz social, legitimando questões principiológicas, que regem todo ordenamento jurídico no sentido de fundamentar as bases da boa-fé e da melhor conduta. Destarte, o direito tem como prisma uma visão mais punitiva ou sancionatória, enquanto as normas da escritura sagrada têm em sua axiologia princípios manifestados através da Moralidade, eticidade e principalmente da caridade e da solidariedade.

Necessário é analisar de forma profunda as questões hermenêuticas envolvendo relações jurídicas, científicas e metafísicas, no sentido de compreender a origem das relações demarcadas pelo liame da Escritura Sagrada e do Direito, em uma concepção multidisciplinar, envolvendo um olhar crítico sobre a ciência do direito, principalmente por se tratar de ações coercitivas e punitivas e não pacificadoras. Deve ser entendida em um

olhar da psicologia forense e da criminologia juntamente com as Escrituras Sagradas com a devida finalidade de compreender a “alma humana”, ou seja, não analisando de forma isolada as condutas desviantes, pelo contrário, buscando compreender os motivos e as causas que levaram as práticas de determinadas condutas.

Antes de visualizarmos as regras encontradas na Bíblia Sagrada e fazermos uma análise crítica comparando e buscando convergências com o ordenamento jurídico brasileiro, devemos observar que em todos os aspectos, inclusive ramos do conhecimento a religião ao longo da história da Humanidade, tem sido a grande companheira da humanidade tirando-a de sua solidão o universo, oferecendo uma orientação global, dando sentido às coisas, criando valores e normas, gerando solidariedade, construindo a realidade a fundo, a partir de um sentido ultimo e definitivo.

## **2.O DIREITO DE PROPRIEDADE E O CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL**

O direito de propriedade é um direito real, relativo, sendo a função social seu limitador constitucional. A percepção atual da propriedade, é dela ser uma relação entre pessoas, e não mais uma relação “pessoa e objeto”, já que, há algum tempo, ela era vista como um poder absoluto de uma pessoa sobre uma coisa. Mediante o desenvolvimento da sociedade, atualmente a propriedade é vista de acordo com o interesse coletivo, ressaltando o seu papel social.

A Constituição Federal de 1988 aborda o direito de propriedade como um direito individual, bem como um princípio da ordem econômica. Assim, a propriedade exerce essencial atribuição na sociedade tida como capitalista, de forma que acumula riquezas, contribui com o trabalho e com a partilha de bens e serviços.

Além disso, com o objetivo de que a propriedade exerça sua função social, a Constituição Federal abordou mecanismos a fim de limitar o direito de propriedade, ou para punir o proprietário que exerceu seu direito sem a inobservância das regras garantidoras da função social.

## **3. A AXIOLOGIA DO DIREITO E DA ESCRITURA SAGRADA NAS RELAÇÕES DE PODER.**

A história do povo bíblico praticamente se confunde com a luta pela conquista da terra. A posse da terra é regida por princípios que asseguram o seu bom uso, bem como a relação harmoniosa entre o ser humano e a natureza, a fim de garantir o bem-estar das pessoas, e a convivência justa em sociedade.

Regidas por uma mística diferenciada, algumas leis acentuam o direito à terra como direito fundamental ao sustento e à vida. Entre a realidade do antigo Israel e a do Brasil atual, há semelhanças e diferenças. A luta pela terra, entretanto, é um paradigma constante. Significa que serve como exemplo, modelo ou protótipo.

Nesse sentido, pode iluminar a realidade atual, como inspirou a situação histórica de muitos povos e culturas.

Considere-se que a Bíblia é sagrada, canônica, normativa, é palavra de Deus para o seu povo.

A luta pela conquista e pela posse da terra parte de princípios diferentes, seja na Bíblia, ou na realidade do mundo atual. Enquanto lá a mentalidade é religiosa com olhar de fé (teocêntrica), se visa o bem-estar comunitário e a integração dos pobres (comunitária), a preservação da natureza é prioritária (ecológica). Aqui ela é materialista, se concentra no ser humano (antropocêntrica), o olhar está centrado no lucro a qualquer custo (capitalista e egocêntrica) e a exploração despreza o meio ambiente (predatória).

Em vista destas diferenças de ótica, a Bíblia serve como inspiração constante para a realidade hodierna.

Já os filósofos gregos pré-socráticos consideram os quatro elementos da natureza, terra, água, ar e fogo, como fundamentais para a sobrevivência humana.

A terra é elemento essencial para a vida do ser humano.

Falar de terra é diferente de discutir sobre bens de consumo. A humanidade vive sem geladeira, televisão, automóvel, mas não vive sem a terra. Já os filósofos gregos pré-socráticos consideram os quatro elementos da natureza, terra, água, ar e fogo, como fundamentais para a sobrevivência humana.

Diante de uma temática tão fundamental e tão extensa, cabe, certamente, um recorte mais específico, que possa caber dentro de um artigo. Por isso, a opção se concentra sobre Levíticos 25, um texto que concentra vários aspectos e possibilita dialogar com outros textos bíblicos.

A proposta deste estudo, entretanto, é de fazer uma leitura sincrônica, isto é, tomando o texto em sua redação final, como hoje se apresenta à nossa leitura.

Outros estudos específicos analisam as diversas camadas literárias, a formação dos textos e os momentos de sua aplicação. Nossa análise é temática e aproxima textos de diversas proveniências, gêneros e matizes, em vista de uma visão conjunta e abrangente.

Essas leis visam uma sociedade igualitária e livre de opressão. Na base da proposta de Levíticos 25, está a motivação de uma ecologia total, que considere a vida das pessoas, com seu direito básico à terra e em harmonia com a sociedade e com a natureza.

O ideal de uma ecologia abrangente se baseia no direito à posse da terra e no respeito a toda a natureza, mas visa, no seu objetivo final, o bem-estar das pessoas, numa convivência livre, com base no direito e na justiça. “Levíticos 25 dá a grande proclamação de liberdade”. “Liberdade significa que ninguém pode ser permanentemente escravizado, que as dívidas devem ser canceladas e que a terra deve retornar para seus donos originais no ano do jubileu”. Por isso, Levítico insiste sempre na experiência do êxodo, que marca a ação original de Deus em favor da libertação do seu povo.

Em conformidade com a legislação do jubileu, propõe o retorno da terra aos proprietários originais, conforme a distribuição tribal nas origens de Israel. Trata-se de uma reforma agrária radical, a cada cinquenta anos, em vista de uma verdadeira justiça agrária.

A lei visa evitar o acúmulo de terras nas mãos de poucos proprietários, para combater o latifúndio, como denunciam os profetas: “Ai dos que juntam casa a casa, dos que acrescentam campo a campo até que não haja mais espaço disponível, até serem eles os únicos moradores da terra” (Isaías 5,8; Miquéias 2,2).

A justa distribuição da terra foi uma das mais árduas lutas dos profetas bíblicos. O ideal da distribuição igualitária da terra motiva a construção de um projeto de justiça, presente na origem do próprio povo de Israel.

Esse ideal de sociedade justa e igualitária é relatado no recenseamento do povo, como palavra de Deus a Moisés: “A estes a terra será distribuída em herança, segundo o número dos inscritos. Àquele que tem um número maior tu darás uma propriedade maior e àquele que tem um número menor tu darás uma propriedade menor; a cada um à sua herança, em proporção ao número dos seus recenseados” (Números 26,53-54).

Em torno ao ideal da distribuição da terra às tribos de Israel, cria-se uma mística com nova mentalidade e diversas motivações teológicas.

O princípio fundamental para o direito à posse da terra, segundo a Bíblia, é a partilha justa e equitativa da terra. Este ideário de uma reforma agrária ficou gravado na memória como recordação do primeiro passo do surgimento de Israel, quando a terra foi distribuída entre as tribos, logo da conquista de Canaã.

A convicção fundamental que rege todas as relações das pessoas com a terra é que a terra é um bem básico, que não pertence ao ser humano, mas a Deus. Este é o porto de partida para todas as considerações sobre a realidade da terra e da reforma agrária na Bíblia. Muitos textos bíblicos repetem a certeza de que a terra é propriedade de Deus: “Do Senhor é a terra e o que nela existe, o mundo e seus habitantes” (Salmos 24,1). Mais que proprietário, Deus é o criador da terra. Assim começa a Bíblia, em sua primeira frase: “No princípio, Deus criou o céu e a terra” (Gênesis 1,1).

A realidade do Deus criador da terra se espalha por inúmeras páginas da Bíblia. Significa que a terra não pode ser concebida como uma realidade autônoma, mas sempre dependente de quem a concebeu. Como Senhor e criador da terra, Deus a concedeu aos seres humanos como um presente de sua bondade.

## **CONCLUSÃO**

Para finalização do assunto se impõe, necessário é analisar de forma profunda as questões hermenêuticas envolvendo relações jurídicas, científicas e metafísicas, no sentido de compreender a origem das relações demarcadas pelo liame da Escritura Sagrada e do Direito, em uma concepção multidisciplinar, envolvendo um olhar crítico sobre a ciência do direito.

Conclui-se com a pesquisa que apesar de estarmos num Estado Laico, separado do mundo religioso, no que concerne aos direitos e deveres do homem, não podemos questionar a importância que a religião teve sobre a vida do homem.

Ela se apresentou nos valores comportamentos e nas normas essencialmente religiosas, influenciando o mundo jurídico que presenciamos.

Concluimos que atualmente é possível visualizar nas normas jurídicas, regras que tratam dos mesmos objetos já mencionados em leis sagradas, por estarem descritas na Bíblia. Observamos também que estas possuem grande aproximação com o direito atual, claro que em determinados casos (na maioria) há distinções, que, a nosso ver, necessárias.

Ao ler a Bíblia na ótica do direito à terra como direito à vida, essa realidade salta aos olhos a cada página. Terra é realidade, é presença, e é símbolo.

Existe uma conaturalidade entre ser humano e terra fértil. O ser humano ('adam) é feito da terra ('adamah) (Gênesis 2,7), e recebe a missão de cultivar a terra, "até que retournes ao solo ('adamah), pois dele foste tirado" (Gênesis 3,19).

Essa relação estreita entre ser humano e terra assegura o bem viver do homem, mas garante igualmente, o bem-estar da natureza toda, especialmente dos animais, que usufruem desse equilíbrio. Tudo isso se realiza em vista da convivência justa e igualitária.

O conceito bíblico de distribuição da terra parece um ideal maravilhoso. Quem sabe nunca tenha se realizado plenamente, nalgum momento da história, mas permanece como um ideal a ser perseguido. Propõe conceitos novos e desafiadores, por isso, serve de inspiração para todas as épocas e para todos os lugares, especialmente para os dias atuais.

## **REFERÊNCIAS**

BÍBLIA de Jerusalém (A). São Paulo: Paulus, 1985.

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

BRUEGGEMANN, Walter. **A terra na Bíblia: dom, promessa e desafio**. São Paulo: Paulinas, 1986.

KESSLER, Rainer. **Miquéias e a questão da terra no antigo Israel**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 11, n. 5, p. 791-800, 2001.

MARQUES, Heitor Romero et al. **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico**. 2.ed. Campo Grande: UCDB, 2006.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco e introdução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Abril, 2000.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa e introdução de Otto Maria Carpeaux. São Paulo: Saraiva, 2012.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Marcelo de Barros. **A Bíblia e a luta pela terra**. Petrópolis: Vozes, CPT, 1985.



## **A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE CONSIDEROU TAXATIVO O ROL DOS PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR E A CONSEQUENTE REAÇÃO LEGISLATIVA**

**YONE CRISTINA VASCONCELOS DE ANDRADE SILVEIRA<sup>28</sup>:**

Graduada no Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe e Pós-graduada no Curso de Especialização em Direito e Processo Civil pela Faculdade Guanambi.

**RESUMO:** Este artigo aborda a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2022, que considerou, como regra, taxativo o rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar e desencadeou, a partir desse posicionamento, a reação legislativa para sua derrubada, após forte apelo popular. A edição da Lei nº 14.454/2022 veio como rápida resposta ao ativismo judicial, superando a aludida jurisprudência.

**Palavras-chave:** Rol taxativo. Jurisprudência, Reação Legislativa. Apelo popular

**ABSTRACT:** This article addresses the decision of the Superior Court of Justice, in June 2022, which considered, as a rule, the list of Procedures and Events in Supplementary Health to be exhaustive and triggered, from this position, a popular movement contrary to this interpretation. These social concerns resulted in a quick legislative reaction, which culminated in the enactment of Law nº 14,454/2022, giving only a referential aspect to the list formulated by the National Supplementary Health Agency.

**Keywords:** Definitive role. Jurisprudence. Legislative Reaction. popular movement

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E O ROL DE PROCEDIMENTOS A SEREM CUSTEADOS PELOS PLANOS DE SAÚDE. 2 A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3 A REAÇÃO LEGISLATIVA. CONSIDERAÇÕES FINAIS

### **INTRODUÇÃO**

Tanto a lei de regência dos planos de saúde como a que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) determinam a competência desta autarquia federal para a elaboração da lista dos procedimentos e eventos a serem custeados pelos planos de saúde. A referida lista foi então produzida, via regulamento, e é constantemente atualizada, a fim de se adequar ao contexto social e à evolução medicinal.

O embate no tema surgiu após a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça a esse rol de procedimentos, em *overruling*, considerando-o taxativo, como regra.

---

28 Contato: [yonecristina@hotmail.com](mailto:yonecristina@hotmail.com)

Afastou-se, assim, a responsabilidade dos planos de cobrir os tratamentos não contemplados expressamente na lista.

A referida decisão foi recebida com forte irrisignação da sociedade, em especial dos pacientes usuários de plano de saúde, que dependem desta via para ter acesso rápido e eficiente aos tratamentos que, em muitas vezes, salvam-lhes da morte.

O caloroso debate, que tomou grandes proporções devido ao atual alcance que as redes sociais atingem, levou o Congresso Nacional a dar rápida resposta aos seus eleitores. Através do fenômeno da reação legislativa, foi editada lei em direção oposta ao precedente judicial, admitindo o rol da ANS como parâmetro apenas de referência e, assim, possibilitando que sejam atendidos outros procedimentos fora dos previstos na lista oficial.

O presente trabalho busca, portanto, explanar os fundamentos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a se posicionar pela taxatividade do rol, bem como apresentar o potente poder da massa popular em derrubar rapidamente uma decisão de Tribunal Superior, através de seus representantes eleitos, quando destoa dos seus interesses sociais.

## **1 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E O ROL DE PROCEDIMENTOS A SEREM CUSTEADOS PELOS PLANOS DE SAÚDE**

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é uma autarquia sob regime especial, criada pela Lei nº 9.961/2000 e vinculada ao Ministério da Saúde. Como agência reguladora, ela é responsável pela normatização e fiscalização das atividades dos planos de saúde do Brasil.

Entre as suas incumbências, está a elaboração da lista de procedimentos a serem custeados pelas operadoras de planos de saúde, conforme estipulado no artigo 4º, III, da referida lei:

“Art. 4º Compete à ANS:

(...)

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades”.

Através do procedimento denominado pela doutrina de "delegificação", a lei de criação da autarquia ampliou o poder regulamentar desse ente, atribuindo-lhe a competência para destrinchar a norma de regência, firmando os parâmetros a serem observados. Sobre o fenômeno da "delegificação", explica Eduardo García de Enterría:

"[é] a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de 'congelamento do grau hierárquico' normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora"

A referida incumbência da ANS em elaborar o citado rol de procedimentos e eventos também foi reproduzida na Lei nº 9.656/98, que regula os planos de saúde, em seu artigo 10, §4º, com redação atual dada pela Lei nº 14.454, de 2022:

"Art. 10 (...)

§ 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS".

O rol em vigor é regulamentado pela Resolução Normativa nº 465/2021 e seus Anexos (RN ANS nº 465/2021), correspondendo a cobertura assistencial mínima obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e os contratados em data anterior, mas adaptados à Lei nº 9.656/1998.

A primeira lista que foi criada pela ANS, em 1998, contemplava 1.234 itens, compostos por medicamentos, cirurgias, consultas e exames. Após constantes atualizações, atualmente essa lista consta com 3.400 itens, a serem observados pelos planos de saúde. Dentre eles, estão os procedimentos relacionados a todas as doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme imposição da Lei dos Planos de Saúde (9.656/98).

Embora se tratasse, a priori, de uma cobertura mínima, o que se via, na prática, era a utilização desse rol, pelas operadoras de saúde, como limitador de autorização de procedimentos.

Assim, a discussão sobre a taxatividade ou não da lista oficial esteve presente no Judiciário brasileiro, ao longo dos anos, tendo como predominante, até então, o entendimento que concebia caráter exemplificativo a esse rol. Ou seja, não estavam esgotados os procedimentos que deveriam ser cobertos pelos planos de saúde.

Esse era, inclusive, o posicionamento de parte do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado em julgados anteriores da 3ª Turma. Todavia, a 4ª Turma deste Tribunal firmava seu entendimento pela taxatividade do rol. A divergência que pairava no Órgão foi, então, dirimida com a decisão do EREsp 1.886.929/SP e do EREsp 1.889.704/SP, que reuniu todos os ministros das mencionadas Turmas. No julgamento iniciado em 2021 e encerrado em junho de 2022, a Segunda Seção, por maioria de votos, concluiu pela taxatividade, como regra.

## **2 A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 08 de junho de 2022, proferiu decisão, uniformizando o entendimento, que até então estava divergente entre as Terceira e Quarta Turma. A Corte concluiu pela taxatividade, em regra, do rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde (ANS), afastando a obrigação das operadoras de saúde de cobrirem tratamentos não previstos na lista. Esse entendimento alterou a jurisprudência que estava consolidada há mais de quinze anos sobre o tema.

Fixada a regra, foram também delimitados os parâmetros para que, em situações excepcionais, as operadoras custeassem procedimentos não previstos na lista, criando-se uma taxatividade mitigada. Por maioria as teses fixadas foram as seguintes:

1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;
2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;

4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

O entendimento que prevaleceu no julgado foi o do relator, ministro Luís Felipe Salomão, com inclusão de pontos apresentados pelo voto-vista do ministro Villas Bôas Cueva. Seguindo o relator, votaram os ministros Raul Araújo, Isabel Gallotti, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

Por outro lado, foram votos vencidos os ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Moura Ribeiro e a ministra Nancy Andrighi, que entendiam pelo caráter exemplificativo da lista da ANS.

Entre os fundamentos do voto prevalecente, foi mencionado que a taxatividade do rol é fundamental para o funcionamento adequado do sistema de saúde suplementar, pois garante proteção, inclusive, para os beneficiários. Haveria prejuízos aos usuários se as ordens judiciais pudessem obrigar os planos a arcar indiscriminadamente com procedimentos fora da lista da autarquia.

Outro ponto levantado, foi a segurança que era obtida com a avaliação criteriosa feita pela ANS para novos fármacos, principalmente sobre a eficácia dos tratamentos e a adoção de novas tecnologias em saúde.

Salientou-se, ainda, que essa é a prática comumente adotada mundo afora, inexistindo lista aberta de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória pelos planos privados.

Conforme estabelece a doutrina *chenery*, é vedado ao Judiciário, de forma discricionária, substituir a Administração Pública no exercício de sua função regulatória, pois esta se baseia em profundo estudo técnico.

Já nos fundamentos acrescentados pelo voto-vista, foi dito pelo ministro Villas Bôas Cueva que:

"O que consta no rol da ANS – atualizado periodicamente, com auxílio técnico e participação social e dos demais atores do setor –, são procedimentos mínimos obrigatórios para tratar doenças catalogadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e que devem, necessariamente, ser oferecidos pelas operadoras de planos de saúde. Todavia, essas são exigências mínimas obrigatórias, não sendo vedada a contratação de coberturas ampliadas"

O mesmo ministro ressaltou, também, que a ANS define o rol a partir de sucessivos ciclos de atualização, em prazo que foi reduzido de dois anos para seis meses. Para tal atualização, são levadas em consideração análises técnicas e de impacto orçamentário, além de ter participação social ativa, com o envio de sugestões.

O voto esclareceu, ainda, que firmado esse rol obrigatório, é possível que os as partes ajustem a contratação de coberturas ampliadas, prestadas as devidas informações e esclarecimentos ao consumidor, para que este possa decidir entre as opções disponíveis.

Assim, ao Judiciário caberia apenas o combate a eventuais abusos, bem como a análise das situações excepcionais, nas quais o plano deve garantir a cobertura de procedimento não previsto pela agência reguladora, desde que não exista substituto terapêutico ou sejam esgotados os procedimentos do rol da ANS, e haja o preenchimento dos seguintes requisitos pelo tratamento indicado: a) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; b) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; c) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e d) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar.

Finalizou, assim, o placar do julgamento em 6 votos a 3, refletindo que ainda persistia uma divergência de entendimentos no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

### **3 A REAÇÃO LEGISLATIVA (EFEITO BACKLASH)**

A Lei nº 14.454, publicada em 14 de setembro de 2022, foi a resposta legislativa aos anseios populares, que criticaram a decisão prolatada pela Corte Superior. Diversas associações de pacientes usuários de planos de saúde mobilizaram-se contra a interpretação conferida pelo STJ ao rol da ANS, com apelos em mídias sociais e



manifestações públicas, pois o custeio dos tratamentos seria interrompido a partir desse posicionamento.

Em rápida reação legislativa, após apenas dois meses do precedente judicial, a citada lei entrou em vigência, alterando as normas dos planos de saúde (Lei nº 9.656/1998), ao incluir critérios que permitem a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão previstos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar.

Pelo novo regramento, extirpou-se a interpretação judicial anterior de taxatividade, como regra, e adotou-se a lista da ANS como uma espécie de referência básica, sem excluir a possibilidade de custeio de procedimentos que ali não constem, desde que observados alguns requisitos, como se observa abaixo:

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais." (NR)

O movimento popular que desencadeou a edição dessa lei chegou às próprias galerias do Congresso, que, durante a votação, foram lotadas por grande massa popular, o que levou as sessões a serem cenário de discurso ideológico e cativante pelos políticos aos seus eleitores.

O fenômeno que aconteceu no caso é conhecido doutrinariamente como reação legislativa e decorre do efeito *backlash*. Este é tido como a reação social ocasionada a partir de uma decisão importante de Tribunal Superior, que fixa tese sobre questões de ordem

social e institucional relevantes à população. A partir desse inconformismo geral, surge a atuação do Poder Legislativo, de forma rápida, efetiva e constitucional, dando vitória aos apelos da sociedade civil.

Poucos meses após a publicação dessa lei, em novembro de 2022, foi a vez do Supremo Tribunal Federal se manifestar sobre o tema, no julgamento de ações de controle de constitucionalidade (ADPFs 986 e 990 e ADIs 7.088, 7.183 e 7.193). Entretanto, os ministros, entenderam pelo não conhecimento das ações relativas à constitucionalidade da taxatividade do rol, em razão da perda do objeto por causa do advento da Lei nº 14.454/2022. Na ocasião do julgamento virtual, foi dito pelo ministro Dias Toffoli:

"Antecipo que acompanho o voto relator na maior parte de sua extensão. O faço inclusive no que tange ao não conhecimento dos pedidos relativos à explicitação da natureza do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Com efeito, a tese da natureza taxativa desse rol, firmemente combatida pelos autores das ações em julgamento, foi expressamente superada pela superveniente Lei nº 14.454/2022.

Essa lei representa uma reação legislativa ao paradigma da taxatividade, após uma onda de reações da sociedade civil à tese. A superação legislativa do rol taxativo se evidencia pelo que dispõe o § 13 do art. 10 da Lei nº. 9.656/1998, com a redação dada pela Lei nº. 14.454/2022, o qual permite a cobertura de tratamento ou procedimento não previsto no rol, desde que observados determinados requisitos.

(...)

Percebe-se que o poder legislativo trouxe uma definição para a relevante e delicada controvérsia acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, não havendo razão para reabrirmos a discussão no Supremo Tribunal Federal. O poder judiciário não pode deixar de fornecer respostas para as questões mais sensíveis da democracia brasileira, sempre que acionado. No entanto, deve ser capaz de reconhecer quando determinada questão recebeu solução satisfatória e pacificadora pelo poder legislativo."

Percebe-se, portanto, que a tendência da Suprema Corte é de considerar constitucional as novas normas legislativas editadas sobre o rol de procedimentos, afastando que o Judiciário promova interpretação oposta.

Merece destaque, por fim, a informação de que a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas) propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.265, em face da nova lei, a qual está pendente de julgamento, mas que tende a se decidir pela sua improcedência, conforme fundamentos acima expostos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema apresentado nesse artigo teve uma reviravolta jurisprudencial em decisão do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2022, que alterou o entendimento consolidado há mais de 15 anos sobre o rol exemplificativo dos procedimentos da ANS, reconhecendo a sua taxatividade mitigada.

Essa decisão gerou uma onda popular de inconformismo, o denominado efeito *backlash*, com a conseqüente reação legislativa, editando a Lei 14.454/2022, que consagrou lista da ANS como uma espécie de referência básica, sem excluir a possibilidade de custeio de procedimentos que ali não constem.

Percebe-se, assim, a importância do fenômeno do *backlash*, pois promove a legitimidade democrática na interpretação constitucional, enriquecendo a discussão sobre questões de relevância social apreciadas pelo Judiciário.

Merece destaque, por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, embora tenha declarado a perda do objeto das ações ajuizadas sobre esse ponto, apresentou argumentos que demonstram a sua validação à resposta dado pelo Poder Legislativo para a sociedade, com a criação daquela lei.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo ou taxativo? O plano de saúde pode se recusar a cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de que o referido tratamento não está previsto na lista de procedimentos da ANS?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível

em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c876914f82ce54cb533b186afd41166e>>. Acesso em: 13/12/2022

ARAGÃO, Alexandre Santos de, O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito, Revista Informação Legislativa, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000 Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm)

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.888.756/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum\\_registro=202002014981&dt\\_publicacao=27/06/2022](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202002014981&dt_publicacao=27/06/2022))

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 130.952/MG, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/2/2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437852>

## RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

**DONIZETI APARECIDO GARCIA JÚNIOR:**  
graduando em Direito pela UNIFUNEC<sup>29</sup>.

**ELIAS RIBEIRO LIMA**

**KAIO HENRIQUE NOGUEIRA DONATO**

**SARAH KERSTIN ALVES ESTEVAO**

(coautores)

**JANAÍNA DOS REIS GUIMARÃES**

(orientadora)

**RESUMO:** O estudo da responsabilidade civil tem em vista a reparação do dano, uma vez que abrange um conjunto de normas e princípios que regulam as relações jurídicas e sociais. No mais, o presente trabalho tem como objetivo aprofundar o estudo da responsabilidade civil das instituições financeiras, tendo em vista que o sistema bancário exerce relevante função na mobilização de capitais em benefício do desenvolvimento econômico do país. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica nas principais doutrinas, jurisprudências de sites jurídicos relacionados à temática. Atualmente as instituições financeiras não se limitam a captar recursos e conceder empréstimos. Estas instituições oferecem uma enorme variedade de prestação de serviços. Com a evolução da tecnologia, os consumidores passaram a ter uma maior praticidade para realizar transações, como o pagamento de boletos, que podem ser pagos através do próprio aparelho celular, sem a necessidade comparecer na agência bancária. Com essas facilidades, os riscos de fraude se tornam cada vez maiores. A medida que diversificam os serviços prestados, aumentam as hipóteses de responsabilização na órbita civil. Sendo assim, a jurisprudência, a doutrina e a legislação têm responsabilizado os bancos pelos danos causados aos usuários.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Dano; Instituições financeiras; Serviços prestados.

### CIVIL RESPONSIBILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS

**ABSTRACT:** The study of civil liability aims to repair the damage, since it encompasses a set of norms and principles that regulate legal and social relations. In addition, the present work aims to deepen the study of civil liability of financial institutions, given that the banking system plays an important role in the mobilization of capital for the benefit of the

<sup>29</sup> Contato: donizetri@hotmail.com

country's economic development. The methodology applied was the bibliographic analysis of the main doctrines, jurisprudence of legal websites related to the theme. Currently, financial institutions are not limited to raising funds and granting loans. These institutions offer a huge range of service delivery. With the evolution of technology, consumers began to have greater practicality to carry out transactions, such as payment of slips, which can be paid through the cell phone itself, without the need to go to the bank branch. With these facilities, the risks of fraud become increasingly greater. As the services provided diversify, the chances of liability in the civil sphere increase. Thus, jurisprudence, doctrine and legislation have held banks responsible for damages caused to users.

**Keywords:** Civil liability; Damage; Financial Institution; Services provided.

## INTRODUÇÃO

Antes de iniciar o estudo da responsabilidade civil das instituições financeiras, é necessário entender seus conceitos e aspectos gerais.

O estudo da responsabilidade civil em questão tem em vista a reparação do dano, uma vez que abrange um conjunto de normas e princípios que regulam as relações jurídicas e sociais.

No mais, o presente trabalho tem como objetivo aprofundar o estudo da responsabilidade civil das instituições financeiras, tendo em vista que o sistema bancário exerce relevante função na mobilização de capitais em benefício do desenvolvimento econômico do país. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica nas principais doutrinas, jurisprudências de sites jurídicos relacionados à temática.

O trabalho foi dividido em três capítulos: Da responsabilidade civil, que se levanta os primórdios históricos conceituais da responsabilidade visando entender e fundamentar os principais pontos.

Das instituições financeiras, que fala sobre a responsabilidade dos banqueiros de modo a se conceber como o entendimento doutrinário e jurisdicional é posicionado na atualidade.

E, por fim, das espécies de fraude, onde serão abordados alguns golpes financeiros bem recorrentemente aplicados, onde existe um conflito entre a norma com o fato, buscando analisar assim a jurisprudência a se entender as decisões dos magistrados.

Dessa forma extrair a condição com a qual o direito se depara, em face aos avanços tecnológicos nas relações bancárias, pois compreender o último bastião da relação jurídica é indispensável ao Direito e ainda mais se tratando de uma área tão vital quanto a relação bancos e correntistas.



## 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No decorrer da história, verificou-se notadamente que houve uma adequação do Direito à evolução da sociedade, a fim de assegurar o bom convívio social e a justiça social que a justiça resolução dos conflitos de interesses, buscando impedir que as pessoas utilizassem das próprias forças para efetivar seus direitos.

A responsabilidade civil conquistou seu espaço no direito moderno, pois revela sua importância perante os diversos conflitos de interesses vivenciados pela sociedade e a quantidade de ações cada vez maior nos Tribunais relativa a esta temática.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 1):

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Em observância ao dispositivo mencionado, verifica-se a presença dos pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano,nexo de causalidade e, eventualmente, culpa. Eventualmente culpa porque, conforme explica Gonçalves (2018):

No Direito Romano, a denominada Lei Aquilia trouxe um favor inovador, pois, até então, a responsabilidade era derivada do dano, isto é, bastava causar um dano para ser obrigado a repará-lo.

A Lei Aquilia introduziu a ideia de indenização, mas proveniente de um "dano injusto", portanto não dependia apenas da ocorrência de um dano, devendo este ser injusto. Se o dano, a contrário sensu, fosse justo, não haveria necessidade de reparar. Esse dano injusto, posteriormente, foi devidamente traduzido para "culpa". Assim, só haverá reparação se ficar demonstrada a culpa.

Durante muito tempo, foi esse entendimento que predominou, mas tempos depois, começou a surgir uma nova ideologia que não levava mais em consideração a culpa, mas começava a pensar em uma estrutura moderna fundada na ideia do "risco", que independia

de culpa. Então, desaparece a culpa como elemento da responsabilidade civil, se contentando apenas com o dano decorrente da conduta do agente, é a chamada responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva tem como elementos a conduta, dano, nexos de causalidade e culpa. Já a responsabilidade objetiva, por outro lado, dispensa a culpa, tendo como pressupostos a conduta, dano e nexos de causalidade.

Em meados do século XX em diante começou-se a esboçar as primeiras ideias de responsabilidade objetiva, na qual a culpa deixou de ser o elemento fundamental. Houve um deslocamento do foco da responsabilidade voltada para o dano, e não mais para a culpa. Hoje, o principal pressuposto da responsabilidade civil é o dano, uma vez que não há que se falar em obrigação de reparar se não houver dano.

Sergio Cavalieri Filho traz a seguinte definição de dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (FILHO, 2010. p. 73).

O dano patrimonial, também denominado dano material, é aquele que possui valor econômico, atingindo um interesse em relação ao patrimônio do lesado.

Por dano emergente entende-se aquilo que o ofendido efetivamente perdeu, representando uma diminuição de seu patrimônio em decorrência do ato ilícito.

Nas sábias palavras de Maria Helena Diniz:

Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar (DINIZ, 2011. p. 85).

O dano moral, diferente do dano patrimonial, não é palpável, portanto, é de difícil aferição, já que não possui valor econômico próprio.

Assim, o conceito de dano moral pode ser extraído por meio de um raciocínio lógico, em que dano moral constitui os direitos de cunho não econômico, inerentes ao indivíduo, chamados de direitos da personalidade. Os direitos da personalidade englobam direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à intimidade, à honra, ao nome, entre outros.

Dessa forma, o dano moral está intimamente ligado à ideia da afetação sofrida pela vítima que, em razão da conduta do agente ofensor, implica em um sentimento ruim.

Segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONÇALVES, 2005, p. 359).

Nota-se que o dano moral é a violação aos direitos da personalidade dos cidadãos, afetando a esfera de interesses não patrimoniais da vítima. A configuração do dano moral, haja vista sua importância e difícil aferição, depende de alguns pressupostos. Para a caracterização do dano moral, efetivamente, é preciso demonstrar: a) ação ou omissão do agente; b) ocorrência de um dano; c) nexo de causalidade.

Portanto, que se faz necessário que o agente ofensor, por meio de sua conduta positiva ou negativa, cause um dano a outrem, sendo imprescindível que haja uma relação de causalidade entre a conduta e o dano. Independentemente se a responsabilidade civil do ofensor é objetiva ou subjetiva, a prática de uma conduta lesiva que gera um dano é passível de reparação. O dano moral, em razão de sua própria natureza, não pode ser reparado ou indenizado.

Reparar é consertar, voltar in natura ao status quo ante e, por ser o dano moral uma afetação sentimental, não há como ser reparado, uma vez que não é possível voltar ao estado em que se encontrava.

Logo, o ressarcimento do dano moral não tem a finalidade de voltar ao estado em que se encontrava, mas tem uma função satisfatória, baseada nos critérios compensatório e punitivo.

## 2 DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Nos primórdios a responsabilidade civil do banqueiro verificava-se subjetivamente, ou seja, baseava-se na culpa. Todavia, essa teoria da responsabilidade subjetiva enfraqueceu ao longo do tempo, desencadeada pela evolução doutrinária e jurisprudencial. Segundo Casariego a responsabilidade objetiva pode ser contratual ou extracontratual.

**Responsabilidade Civil Contratual:** as instituições financeiras respondem pelos danos causados aos clientes por defeitos decorrentes de seus serviços. **Responsabilidade Civil Extracontratual:** Os bancos respondem extracontratualmente pelos danos que seus prepostos, atuando abusivamente, causarem a terceiro. Ou seja, a responsabilidade independe de vínculo obrigacional entre o banco e o terceiro.

Há, atualmente, entendimento jurisprudencial de que a teoria aplicável à atividade bancária, baseada na teoria do risco empresarial, também conhecida por “culpa de serviço” define que acolhido o risco empresarial, o banqueiro, que retira proveito dos riscos criados, deve arcar com as consequências de sua ilicitude, conforme a Súmula 28 do STF, que reconheceu que os banqueiros devem ser responsabilizados pelos danos que causarem em razão dos riscos que assumem profissionalmente.

E, por mais cautelosos, organizados e sofisticados, os bancos estão sujeitos às falhas de seus prepostos, equipamentos e tecnologia e constantemente se vêm obrigados a responsabilizarem-se por prejuízos causados aos seus clientes e terceiros.

É dever da instituição financeira propiciar segurança para seus clientes e usuários dos serviços oferecidos (CASARIEGO, 2011, p. [não paginado])

Logo por esse entendimento as relações entre banqueiros e clientes desconsidera totalmente a questão de culpa, sendo a este aplicado a vertente objetiva, se valendo exclusivamente da teoria do risco.

### 2.1 Do risco da atividade bancária

Diante o avanço tecnológico que adveio nos últimos anos, as transações bancárias estão sendo, cada vez mais, realizadas por meios digitais, o que gera maior conforto e

eficácia na prestação do serviço, mas também, viabiliza o crescimento do número de casos de fraudes e crimes bancários.

Os atos fraudulentos são das mais variáveis naturezas: saques de benefícios por terceiro não titular, realização de falsas compras em cartões de crédito, empréstimos feitos por terceiros em nome alheio, as chamadas “amostras grátis” onde o banco deposita valores na conta do cliente e depois realiza os descontos do empréstimo e até mesmo estelionatários que se passam por correspondentes bancários.

Tudo isso pode ocorrer, por exemplo, por meio de invasões a aplicativos bancários, envio de e-mail em nome da instituição e vazamento de informações dos clientes por falhas no sistema de segurança de dados.

Desta forma, perante a fragilidade na segurança oferecida pelas Instituições financeiras e a vulnerabilidade de seus consumidores frente aos criminosos e a expansão das técnicas utilizadas por eles para lesionar patrimônio de terceiro, torna-se importante analisar a Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras sob estas práticas.

Inicialmente, importa lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, prevê em seu artigo 3º o enquadramento das Instituições Financeiras como fornecedores, vez que sua principal atividade é a venda de produtos e a prestação de serviços.

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor é ainda ratificada pela Súmula 297 do Supremo Tribunal de Justiça, que traz a previsão que “o Código de defesa do Consumidor é aplicável às Instituições Financeiras”.

Diante a inegável relação de consumo existente entre os consumidores e as Instituições Bancárias, e o enquadramento destas como fornecedores, fica demonstrada também a necessidade da reparação dos danos causados ao consumidor por problemas relativos à venda de seus produtos e à prestação dos seus serviços.

O artigo 14º do Código de Defesa do Consumidor prevê a imposição do dever de indenizar exigindo dano, nexos causal e ocorrência de conduta do agente, independente de culpa, isto é, a responsabilidade civil neste caso é objetiva.

Para reforçar ainda mais esse entendimento, o Supremo Tribunal de Justiça publicou em 2012 a Súmula 479 prevendo que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

Outrossim, o Código Civil também trata da reparação dos danos independentemente de culpa em casos como os de atividade econômica. Veja-se:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2022).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2022).

Este entendimento tem sustentação na teoria do risco, um embasamento jurídico elaborado ao final do Século XIX para justificar a Responsabilidade Civil Objetiva.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo... (GONÇALVES, 2014, p. 42).

É indiscutível assim que, o risco existente na atividade Bancária, principalmente se tratando da segurança de sua própria natureza jurídica, principalmente, quando as instituições financeiras passam a prestar serviços bancários por meios eletrônicos, onde a obrigação de oferecer a máxima segurança em todos os sentidos, é essencial

Portando, demonstra-se pacífico o entendimento da responsabilidade civil objetiva das entidades bancárias responsabilizando o banco por todos os danos sofridos pelo consumidor, sendo estes obrigados a indenizar as vítimas pelas perdas e danos gerados, independente de culpa, bem como, tomarem providências para reforçar a segurança de suas operações e localizar os responsáveis pelas fraudes.

## 2.2 Do ônus

Por se tratar de uma relação de consumo, o ônus da prova no presente caso recai geralmente sobre as instituições financeiras com base no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Isso significa que caberá ao Banco provar a veracidade de suas alegações e, assim, equilibrar a



desigualdade existente entre as partes em litígio, uma vez que se assume a vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor em relação aos fornecedores de produtos e serviços.

Vale ressaltar ainda que, em relação aos clientes (correntistas) a responsabilidade é contratual e em relação a não correntistas (por exemplo a pessoa que tem seu nome utilizado para abertura de conta corrente), a responsabilidade é extracontratual. Porém, em ambos os casos, a responsabilidade continua sendo objetiva, de acordo com o artigo 17º do Código de Defesa do Consumidor:

“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (BRASIL, 2022)

Há, porém, uma exceção a esta previsão. Segundo a Súmula 28 do Supremo Tribunal federal: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.” (STF, 1963, online)

Algumas observações devem ser feitas a respeito desta súmula. A primeira é que se apenas o titular da conta for culpado, a responsabilidade da instituição bancária é excluída. Nesse caso, caberá ao banco provar a culpa exclusiva do correntista. A segunda é que se houver culpa simultânea entre o banco e o cliente, o prejuízo é compartilhado, ou seja, a instituição bancária será responsável pelo dano causado, mas a culpa do cliente reduzirá o valor a ser pago. Nesse caso, o ônus de provar uma contestação de culpa será do banco.

### **3 ESPÉCIES DE FRAUDE**

#### **3.1 Golpe do Pix**

O Pix é uma das formas de pagamento mais efetivas e utilizadas pelos brasileiros. A efetivação desta forma de transição financeira trouxe inúmeros benefícios, mas muitos hackers aproveitam dessa situação para aplicar golpes financeiros.

O “golpe do Pix” vem sendo praticado com frequência. Os hackers conseguem acessar as contas bancárias para realizar transações maliciosas, devido à fragilidade do sistema de segurança das instituições financeiras.

Os bancos tentam se isentar de tal responsabilidade, alegando culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, utilizando como argumento o art. 14, §3º, II, do CDC.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos

consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

II – A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 2022).

Porém, o Poder Judiciário não vem aceitando este argumento, os julgadores entendem que as instituições financeiras têm responsabilidade objetiva, ou seja, independe da culpa, bastando a análise da conduta, do dano e do nexo de causalidade.

### **3.2 Phishing**

O termo “phishing” tem origem da palavra inglesa “fishing”, que significa “pescar”, ou seja, é aquele que pesca informações do usuário, com a intenção de obter vantagem. É uma engenharia social utilizada no meio eletrônico, onde o golpista busca obter informações confidenciais do usuário, como senhas, número do cartão de crédito e outros dados pessoais.

De acordo com a Federação Brasileira de Bancos, os golpes digitais vêm crescendo muito nos últimos anos.

Nos dias de hoje, os pagamentos de boletos bancários deixaram de ser efetuados apenas em agências bancárias, e passaram a ser efetuados através de meios digitais, se tornando uma prática comum, devido a sua praticidade.

Essa facilidade também faz com que os riscos de fraudes se tornem ainda maiores. Um exemplo é a falsificação de boletos, onde o destino do pagamento é a conta bancária do fraudador.

O consumidor deve estar atento a este tipo de prática, pois os danos podem ser irreversíveis. Isso porque a maioria das decisões judiciais não detectam falha das instituições financeiras na prestação de serviços. Entendem a prática de phishing como um caso fortuito externo.

A 5ª turma recursal do TJ-PR, nos autos tombado sob o nº 0000760-04.2021.8.16.0159, entendeu que o Banco CSF S/A não teve nenhuma responsabilidade na ocorrência do pagamento de boleto fraudado efetuado pelo consumidor.

Segundo o tribunal, não há necessidade de falar em fraude na manutenção do registro nos órgãos de proteção ao crédito, porque a dívida não foi quitada. O pagamento

não foi realizado por causa da falsificação do boleto, que tinha uma numeração divergente do código de barras e um destino diferente.

Assim, deu provimento ao recurso para o fim de julgar improcedente o pleito inicial, fazendo com que o réu fique isento de pagar danos morais.

### **3.3 Pharming**

O Pharming segue o mesmo critério do Phishing, através de meio indireto busca burlar o sistema de segurança, entretanto no Pharming envolve diretamente os bancos, como explica Lucca Gonçalves (2020) p. 28:

A fraude digital conceituada como pharming é considerada como a evolução do phishing que diferente deste, não utiliza de e-mail, SMS ou outro meio fraudulento como meio inicial de do golpe. No pharming, o fraudador ataca diretamente o Sistema de Nomes e de Domínio do site, mais conhecido pela nomenclatura em inglês Domain Name System ou DNS, qual o possibilita redirecionar automaticamente o consumidor do site legítimo do banco para um site espelho, que normalmente é construído de forma extremamente similar a página da instituição financeira. Desta forma, apesar do consumidor entrar no site correto da instituição financeira é redirecionado ao site falso, disponibilizando seus dados pessoais e bancários sem qualquer suspeita de estar sendo vítima de fraude. Assim, o pharming se torna quase impossível de ser detectado por um usuário comum do banco sem conhecimentos aprofundados no tema, o que o torna ainda mais nocivo que o phishing.

O pharming ao contrário do phishing não apresenta uma jurisprudência sólida, de forma a ser bastante interpretativo de caso a caso, pois aqui também temos uma falha clara das instituições financeiras quanto da própria vítima, por essa razão apresenta uma dinâmica semelhante a culpa concorrente nesse sentido de acordo com Gonçalves (2018):

Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano, autor e vítima contribuem ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. É a hipótese, para alguns, de “culpas comuns”, e, para outros, de “culpa concorrente”. Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a parcela de 50%, como também

poderá ser reduzida de  $\frac{1}{4}$ ,  $\frac{2}{5}$ , dependendo de cada caso (GONÇALVES, 2018, p. 301).

A defender esse posicionamento, é necessário se estabelecer uma decisão mais favorável ao consumidor, pelo mesmo princípio exposto ao caso do phishing.

O princípio de culpa concorrente pode ser facilmente descartado ao se aceitar o de culpa de terceiro, mas o motivo de propor o de culpa concorrente é em virtude da proporcionalidade.

Quando aceitamos a culpa de terceiro, aceitamos juntamente a decisão de, aceitar a culpa do banco, ou a culpa exclusiva da vítima, permitindo assim o dano cair sobre um ou outro.

Sim, o correntista acessou o lugar certo e acreditava plenamente na empresa agindo de boa-fé, em contrapartida, mesmo tendo o sistema burlado o banco não entregou o bem ele foi entregue pelo próprio correntista ao realizar a operação, ao se entender a culpa concorrente o prejuízo acaba sendo diminuído para ambos.

Esse entendimento infelizmente não tem respaldo jurídico, visto que como já exposto, deve ser aplicado o Código de defesa do consumidor, o qual não aceita a culpa concorrente, o que nos mostra a necessidade de uma atualização do direito em virtude das novas realidades que passam a surgir.

#### **4. CONCLUSÃO**

A partir do estudo deste artigo, podemos concluir que a responsabilidade civil é um acessório de reparação de danos causados.

Portanto, a responsabilidade civil, ao longo da história passou a evoluir de acordo com os anseios e necessidades da sociedade, de modo a se adaptar as relações, buscando assim pacificar e solucionar os conflitos.

Tendo em vista essas necessidades, se confrontado com o avanço tecnológico nota-se o choque nas normas em face ao entendimento atual, a responsabilidade dos bancos poderia ser diferente, uma vez que sua atividade, a prestação de serviços, exige certa confiança do consumidor em relação aos próprios bens.

Quando essa relação é quebrada, é preciso analisar se o consumidor foi lesado por uma falha na prestação de serviços do banco, para assim saber se este poderá ser ressarcido pela instituição financeira.

#### **REFERÊNCIAS**

Banco não tem de indenizar cliente roubado após sair da agência. **STJ**, 13 dez. 2017. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-12-13\\_08-09\\_Banco-nao-tem-de-indenizar-cliente-roubado-apos-sair-da-agencia.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-12-13_08-09_Banco-nao-tem-de-indenizar-cliente-roubado-apos-sair-da-agencia.aspx). Acesso em 15 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CASARIEGO, Alessandra Campanha Puig. Responsabilidade civil das instituições financeiras. **Âmbito Jurídico**, abr. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/responsabilidade-civil-das-instituicoes-financeiras/#:~:text=Responsabilidade%20Civil%20Contratual%3A%20as%20institui%C3%A7%C3%B5es,atuando%20abusivamente%2C%20causarem%20a%20terceiro.> Acesso em: 15 out. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. Barueri: Atlas, 2010. 656 p.

Código de Defesa do Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 7**. 36. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. 304 p.

FALLA, Naty. Aceitação de bancos digitais dobra no Brasil, mostra pesquisa. **Forbes Money**, 05 out. 2022. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/10/brasileiros-se-dividem-entre-bancos-digitais-e-tradicionais-diz-pesquisa/>. Acesso em: 15 out. 2022.

GAMA, Tamires. Ausência de responsabilidade da instituição financeira na ocorrência do pagamento pelo consumidor de boleto fraudado. **Migalhas**, 12 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363640/ausencia-da-instituicao-financeira-na-ocorrenca-de-boleto-fraudado>. Acesso em: 15 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Volume 05 – Direito das Coisas**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Lucca Merthy Arruda. Responsabilidade civil em casos de fraudes no setor bancário. **Anima Educação**, Curitiba, nov. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/17831#:~:text=Do%20estudo%20conclui%20que%20a,para%20a%20responsabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20institui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 nov. 2022.

MOLTOCARO, Thaiane Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. Responsabilidade Civil: da evolução histórica ao estudo do dano moral. **Revista Jurídica de Direito, Sociedade e Justiça**, 29 set. 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/55129/Downloads/marcosalcara,+RESPONSABILIDADE+CIVIL\\_DA+EVOLU%C3%87%C3%83O+HIST%C3%93RICA+AO+ESTUDO+DO+DANO+MORAL.pdf](file:///C:/Users/55129/Downloads/marcosalcara,+RESPONSABILIDADE+CIVIL_DA+EVOLU%C3%87%C3%83O+HIST%C3%93RICA+AO+ESTUDO+DO+DANO+MORAL.pdf). Acesso em: 15 out. 2022.

MORGENSTERN, Grasielle Giusti; TISSOT, Tania Regina Gottoardo. Crimes Cibernéticos: Phishing – Privacidade Ameaçada. In: Seminário de Iniciação Científica, 23., 2015, Santa Rosa. Salão do Conhecimento, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/55129/Downloads/5174-Texto%20do%20artigo-22388-1-10-20150827.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

PAZZINI, Maria Clara. A responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras frente as fraudes e delitos praticados por terceiros em operações bancárias. **Advocacia Pontes Fialho & Junqueira**, 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.pontesfialhojunqueira.adv.br/blogsite/a-responsabilidade-civil-objetiva-das-instituicoes-financeiras-frente-as-fraudes-e-delitos-praticados-por-terceiros-em-operacoes-bancarias/>. Acesso em: 15 out. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Parte Geral – Volume 1**. 22. ed. Barueri: Atlas, 2022. 584 p.



## **ANÁLISE DA OBRA *1984*, DE GEORGE ORWELL: O FUTURO DISTÓPICO SUBJUGADO PELO TOTALITARISMO E INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS**

**AUGUSTO ANTÔNIO DO NASCIMENTO CARVALHO:**  
Graduando em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).<sup>30</sup>

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO<sup>31</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>32</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra literária "*1984*" de Eric Arthur Blair (mais conhecido pelo pseudônimo George Orwell), com a ciência do Direito. A principal relação dessa obra com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos. A narrativa apresenta diversas violações a garantias fundamentais, em virtude de um universo estatal autoritário e intransigente que trata com indiferença a liberdade das pessoas. Como se sabe, o prelúdio da supressão de direitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana, pode ocorrer não apenas com atos violentos, mas também veladamente aos poucos, de modo que o indivíduo, ludibriado, acaba por aceitar inconscientemente a extinção daquilo que lhe é intrínseco para desfrutar de uma vida digna. Assim, a população acaba por viver em regimes autoritários e ditatorias, que anuiu aos poucos, sem perceber. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão "Direito & Literatura" da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que, ao retratar um futuro distópico subjugado pelo totalitarismo, a obra evidencia a ocorrência da supressão da liberdade e a inobservância aos direitos fundamentais e humanos. Desse modo, tal descumprimento acaba por resultar na maculação da dignidade da pessoa humana — de cujo valor supremo jamais se deve olvidar.

**Palavras-Chave:** Regimes Totalitários. Direitos Humanos. Autoritarismo.

---

30 Contato: E-mail: [augusto.carvalho.22722@aluno.facape.br](mailto:augusto.carvalho.22722@aluno.facape.br)

31 Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

32 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect the literary work “1984” by Eric Arthur Blair (better known by the pseudonym George Orwell), with the science of law. The main relationship of this work with legal science is the narrative points that reflect Human Rights. The narrative presents several violations of fundamental guarantees, due to an authoritarian and intransigent state universe that treats people's freedom with indifference. As is well known, the prelude to the suppression of fundamental rights, inherent to the dignity of the human person, can occur not only with violent acts, but also covertly little by little, so that the deceived individual ends up unconsciously accepting the extinction of what it is intrinsic to enjoy a dignified life. Thus, the population ends up living in authoritarian and dictatorial regimes, which they agreed little by little, without realizing it. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out mainly in the area of Human Rights. This work arises from studies directed to the extension project “Law & Literature” of FACAPE – Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that, by portraying a dystopian future subjugated by totalitarianism, the work highlights the occurrence of the suppression of freedom and the failure to observe fundamental and human rights. In this way, such non-compliance ends up resulting in the tarnishing of the dignity of the human person — whose supreme value must never be forgotten.

**Keywords:** Totalitarian Regimes. Human rights. Authoritarianism.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura se destina ao estudo e difusão da interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

## 2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE – Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

#### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a) Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
- b) Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
- c) Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região.
- d) Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
- e) Participação em Congressos e eventos diversos.

### **4. METOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

### **5. AÇÕES REALIZADAS PELO DISCENTE AUGUSTO ANTÔNIO DO NASCIMENTO CARVALHO**

- a) Por meio do Projeto Direito & Literatura, foram realizadas reuniões periódicas

entre os alunos participantes, para fins de debate sobre os livros escolhidos e também para discussão de algumas obras cinematográficas sugeridas pela orientadora.

- b) A respeito de eventos ofertados pela Faculdade de Petrolina – FACAPE, durante a Semana Acadêmica de Direito, no Bicentenário da Independência, participei de diversas atividades, tais como a palestra “OAB vai à faculdade: da vida acadêmica ao início da prática advocatícia”, os minicursos sobre “Microempreendedor Individual (MEI)” e sobre a “Atividade de Polícia Judiciária da União”.
- c) Ademais, após a leitura do livro, houve a elaboração de resumos e a produção deste relatório, para melhor absorção de conhecimento.

## 6. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA

A Obra literária escolhida foi *1984*, do autor George Orwell. O livro narra a ficção de um futuro distópico, no respectivo ano de 1984, e possui como personagem principal Winston Smith: um adulto de meia-idade cujo trabalho era exercido na seara pública. Nesse contexto, a história apresenta ao interlocutor determinado regime de opressão, sob o qual viviam os personagens, o qual todos sentiam temor.

O totalitarismo partia precipuamente da figura do “Grande Irmão” ou *Big Brother*, que exercia absoluto controle daquela sociedade, pois a vigiava o tempo inteiro. Tal tirania era tão presente que, caso alguém planejasse confrontar o Estado, não demoraria muito para ser descoberto e, assim, sofrer diversas tentativas de lavagem cerebral e várias formas de torturas.

O local da narração denomina-se Oceânia — nação onde Winston se encontrava e que é governada pelo “Grande Irmão” por meio do Partido. Este era composto por um conjunto de pessoas da alta cúpula, voltadas à manipulação social a qual todos ali deveriam ser subservientes, do contrário seriam eliminados.

A finalidade do regime era o domínio coletivo, havia os Ministérios incumbidos de sustentar a doutrina do Partido, os quais executavam as ações necessárias para controle social. Desse modo, verifica-se que as deturpações deliberadamente utilizadas tinham o intuito de enganar as pessoas e fazê-las aceitar o intolerável, considerando o aberrante como algo normal. A obra ainda apresenta a paixão que aconteceu entre o protagonista Winston e sua colega de trabalho Julia. Como ambos possuíam consciência das mentiras e das manipulações impostas pelo Partido, o casal se torna a resistência, indo de encontro às radicais regras estabelecidas.

Em suma, a essência da obra é justamente denotar a afronta a um Estado totalitário, praticada por Winston — a princípio um homem solitário até um certo ponto da história

— que se rebela contra a ditadura à qual está submetido.

## 7. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA

O autor da obra *1984* é Eric Arthur Blair (mais conhecido pelo pseudônimo George Orwell), nascido em 25 de junho de 1903, em Motihari, norte da Índia. Ainda quando pequeno, com apenas quatro meses de vida, o escritor mudou-se para a Inglaterra onde estudou no Eton College, um renomado colégio britânico.

Tempos depois, no ano de 1922, aos 19 anos, começou a trabalhar na Polícia Imperial Indiana, na Birmânia. Todavia, em 1927, decidiu sair do emprego com a finalidade de se empenhar à escrita de obras literárias. No ano de 1928, o romancista foi para Paris e por lá viveu aproximadamente um ano e meio.

Ao final de 1936, durante seis meses, ele participou da Guerra Civil Espanhola, lutando contra o fascismo ao lado do POUM (Partido Obrero de Unificación Marxista).

O sucesso de Orwell como escritor somente sobreveio devido à publicação, em 17 de agosto de 1945, do livro *A Revolução dos Bichos*, que consistia numa sátira política sobre o totalitarismo de Stalin na antiga União Soviética.

Com isso, deve-se realçar que a criação mais famosa dele foi o romance *1984*, cuja publicação se deu em 08 de junho de 1949. Todavia, o autor não testemunhou o sucesso de sua obra após ser publicada, já que, por causa de uma tuberculose, faleceu no dia 21 de janeiro de 1950, em Londres.

## 8. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO

A obra literária *1984*, de George Orwell, relaciona-se com o Direito na medida em que apresenta diversas violações a garantias fundamentais em virtude de um universo estatal autoritário e intransigente que trata com indiferença a liberdade das pessoas.

Como se sabe, o prelúdio da supressão de direitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana, pode ocorrer não apenas com atos violentos, mas também veladamente ao poucos, de modo que o indivíduo, ludibriado, acaba por aceitar inconscientemente a extinção daquilo que lhe é intrínseco para desfrutar de uma vida digna.

Sob esse viés, há de se falar que o conceito de dignidade está intrinsecamente ligado ao direito de ter direitos, pois é um preceito concernente a qualquer pessoa, por meio do qual, independentemente de tipificação legal, deve sempre existir numa sociedade que visa ser justa e igualitária.

Dessa conceituação, deriva o princípio da dignidade da pessoa humana que — a despeito de constituintes promulgadas trazerem-no expressamente como um dos principais fundamentos de uma República — opera como um metaprincípio cuja observância não se pode abrir mão, uma vez que se faz superior aos demais princípios instituídos.

Entretanto, regimes antidemocráticos tendem a não respeitá-lo, colocando os seus desejos acima do interesse público. É necessário entender que o totalitarismo se estabelece no poder escondendo primordialmente sua essência, que consiste na supressão de direitos fundamentais e humanos.

Isso se dá porque grupos totalitários possuem a finalidade de obter inicialmente o apoio populacional e, ao agirem de tal maneira, pretendem angariar adeptos aos seus ideais mediante falsas promessas. Nesse sentido, já em um outro momento após a conquista, revelam-se como bases ideológicas arbitrarias, manifestando-se como usurpadores da liberdade e da igualdade.

Outrossim, torna-se interessante lembrar que certas ditaduras conseguiram chegar à ascensão não impondo um modelo tirano, mas sim convencendo o povo a seguir incontestadamente a sua ideologia, vindo apenas posteriormente a calar e a oprimir as ideias daqueles que atuavam e pensavam diferente de convicções autocráticas reveladas.

Dessa forma, é perceptível a relevância da manipulação das massas para que determinado regime usurpador seja capaz de alcançar e de se perpetuar no poder. Para se obter isso, a utilização da propaganda foi algo imprescindível e ordinariamente usado, o que quase sempre está presente em movimentos totalitários, bem como manipuladores de opinião.

Na obra *1984*, percebe-se que, por meio das teletelas, as quais funcionavam como televisor e simultaneamente como câmera de vigilância, transmitia-se a programação do governo do "Grande Irmão", que era composta pela divulgação de inverdades, a fim de enganar os interlocutores. Fazia-se isso não só aos integrantes daquela nação, mas também ao povo de outros países, pregando-se que tudo corria bem e que, portanto, aquele regime implementado era benevolente. À vista disso, explana Hannah Arendt (1989, p. 359-360) que:

Os movimentos totalitários são forçados a recorrer ao que comumente chamamos de propaganda. Mas essa propaganda é sempre dirigida a um público de fora — sejam as camadas não totalitárias da população do próprio país, sejam os países não totalitários do exterior. Essa área externa à qual a propaganda



totalitária dirige o seu apelo pode variar grandemente; mesmo depois da tomada do poder, a propaganda totalitária pode ainda dirigir-se àqueles segmentos da própria população cuja coordenação não foi seguida de doutrinação suficiente.

Ademais, para se ter a complacência da população, era comum o exaltamento à figura de um salvador que supostamente sanaria todos os infortúnios daquela sociedade. No livro, tem-se a personagem do “Grande Irmão”, que era amado e reverenciado por quase todos os personagens e, se alguém ousasse contestá-lo, sendo contrário aos valores do Partido — incumbido a gerenciar tal estrutura autoritária —, essas pessoas seriam consideradas inimigas do Estado.

Os indisciplinados seriam submetidos a duas consequências: a de ser torturados até aceitarem a ideologia do Partido, já que, uma vez reeducados, poderiam voltar à sociedade; e a de que, caso essa lavagem cerebral sob suplício não funcionasse, os insubordinados seriam eliminados.

No entanto, o mencionado despotismo não ocorre em Estados Democráticos de Direito, haja vista que possuem, como um dos principais alicerces, o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana pelo qual há respeito. Desse princípio, pode-se extrair o direito à liberdade de expressão e o direito de não ser torturado, assegurando, destarte, o devido exercício da cidadania.

Nesse caso, é possível aduzir que variados institutos humanitários são geralmente tutelados e protegidos por ordenamentos jurídicos de nações liberais e democráticas; enquanto nações totalitaristas abolem direitos fundamentais, tais como a supressão do direito à livre manifestação do pensamento, porquanto os interesses do Estado sobressaem aos dos cidadãos.

No romance de Orwell, nota-se que naquela sociedade em que o personagem Winston Smith está inserido inexistia a possibilidade de participação populacional, tampouco existe a garantia de poder exteriorizar o livre-arbítrio. Em *1984*, a tirania é tão colossal que o romance demonstra a Polícia do Pensamento, cujo dever era sobretudo o de localizar e reprimir os chamados crimes voltados ao pensamento.

O aludido delito poderia se configurar quando um indivíduo cogitasse (ou ao menos aparentasse que estava a cogitar) se contrapor à autoridade do Partido. Em comparação com o Direito Penal brasileiro, isso seria um total descumprimento ao princípio da lesividade — que é um desdobramento do princípio da alteridade. Ambos os princípios enunciam que determinada conduta só deve ser criminalizada, e então punida, se ela atingir ou lesionar direito de terceiro.

Em que pese a ficção do romance, há entendimentos de que ela foi inspirada na realidade vivida por aqueles que eram subjugados por Stalin na extinta União Soviética, tendo em vista que o referido ditador não hesitou ao executar atos de censura e perseguição aos seus opositores.

Ainda, isso demonstra no que pode resultar a perpetuação de violações aos valores apresentados em regimes onde perdura a democracia. Quando acontece a ausência desta, o indivíduo fica integralmente desprotegido devido à cessação de garantias, além de estar à mercê do poder totalitário intimidatório e perseguidor.

Por fim, a obra *1984*, de George Orwell, ao retratar um futuro distópico subjugado pelo totalitarismo, evidencia a ocorrência da supressão da liberdade e a inobservância aos direitos fundamentais e humanos. Desse modo, tal descumprimento acaba por resultar na maculação da dignidade da pessoa humana — de cujo valor supremo jamais se deve olvidar.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Direito & Literatura conseguiu propagar pertinentes informações no que tange à integração dos conteúdos extraídos do livro *1984*, de George Orwell. Isso se deu em virtude da análise, que foi direcionada às semelhanças da obra com o Direito e, assim, conseguiu-se dialogar tanto com institutos literários quanto com jurídicos. A título de exemplo, verificou-se a discrepância que ocorre ao comparar regimes democráticos a uma ficção totalmente distópica e incompatível com a forma de governos republicanos.

A partir dessa leitura, foi possível ter uma noção de como seria um mundo distópico em que não é permitido exercer direitos fundamentais básicos que geralmente pairam sobre Estados progressistas. Na medida em que se faz tal confronto, entre democracia e autocracia, chega-se à conclusão de que, para que a liberdade possa subsistir, é basilar a moderada atuação estatal. A respeito dessa moderação, faz-se interessante realçar que a ciência jurídica apresenta instrumentos para fins de limitação do poder do Estado, entre os quais estão os princípios, tais como o metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

Dessarte, devido à forma com a qual este estudo foi desenvolvido ao entrelaçar determinados ramos epistemológicos, de modo a desenvolver uma similaridade acerca dos temas abordados, vem à tona a pertinência do reconhecimento de obras clássicas que, envolvendo as ciências da literatura e do Direito, modificaram a visão de mundo deste leitor.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

ORWELL, George. *1984*. Trad. Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 1. Ed. 2009.

## **ANÁLISE DA OBRA “ELIZE MATSUNAGA, A MULHER QUE ESQUARTEJOU O MARIDO”: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS RELACIONAMENTOS TÓXICOS**

**ANNA VICTORIA MENDONÇA DE SOUSA**<sup>33</sup>:  
Graduanda em Direito na Faculdade de  
Petrolina-PE (FACAPE).<sup>34</sup>

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO<sup>35</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>36</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra “Elize Matsunaga: A mulher que esquartejou o marido”, de autoria do Ullisses Campbell com a ciência jurídica. A obra retrata da vida da Elize antes, durante e após o crime cometido por ela (em 2012), que chocou o Brasil, e repercute até a atualidade. A principal relação dessa obra com o Direito, além do homicídio cometido, é a discussão sobre violência de gênero perpetrada pelo marido de Elise, pontos importantes da narrativa. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área do Direito Penal. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que o Direito não significa tão somente o estudo dogmático das leis. É importante entender a perspectiva jurídica como uma ciência social que está em desenvolvimento. Desta forma, conseguimos entender que a relação da obra com o direito também toca no ponto da violência de gênero cometida contra as mulheres, uma ferida profunda infligida pelo modelo patriarcal, consubstanciado no tratamento machista e misógino reproduzido pela sociedade, que acaba por adoecer psicologicamente as famílias.

**Palavras-Chave:** Direitos da Mulher. Relacionamentos Tóxicos. Violência de gênero.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect the work “Elize Matsunaga: The woman who dismembered her husband”, authored by Ullisses Campbell with legal science.

---

33 Contato: annavictoria0929@gmail.com

34 Graduanda em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

E-mail: anna.sousa.23216@aluno.facape.br

35 Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

36 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

The work portrays Elize's life before, during and after the crime committed by her (in 2012), which shocked Brazil, and still has repercussions today. The main relationship of this work with the Law, in addition to the homicide committed, is the discussion about gender violence perpetrated by Elise's husband, important points of the narrative. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out primarily in the area of Criminal Law. This work arises from studies directed to the Extension Project "Law & Literature" of FACAPE - Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that Law does not only mean the dogmatic study of laws. It is important to understand the legal perspective as a social science that is in development. In this way, we are able to understand that the relationship between the work and the law also touches on the point of gender violence committed against women, a deep wound inflicted by the patriarchal model, embodied in the sexist and misogynistic treatment reproduced by society, which ends up making women psychologically ill. families.

**Keywords:** Women's Rights. Toxic Relationships. Gender violence.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura da Faculdade de Petrolina (FACAPE) tem o propósito de estudar, analisar, debater e difundir a interdisciplinariedade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e da sociedade, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de transformação social. Assim, a interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão, produzem conhecimento através de debates e os seus impactos se dão também no âmbito jurídico, de forma que há construção de novas formas de pensar o Direito. Tal persecução deve ser estimulada, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural e social. Com o Projeto, busca-se, em suma, uma análise humanista, holística e sensível do Direito.

## 1. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a realização de estudos e pesquisas, além de difundir, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender, interpretar e aplicar o Direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais

e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos e dos grupos de trabalho. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas estudadas na universidade, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE –Faculdade de Petrolina, e de outras instituições de ensino e interessados em geral.

## **2.OBJETIVOS**

### **2.1 OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à Coordenadora.

### **2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados; Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos; Promover a integração dos estudantes de Direito com a comunidade acadêmica da região. Além disso propõe-se a produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos e a participação em Congressos e eventos diversos.

## **3.METOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade, em decorrência da pandemia.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

## **4.AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE ANNA VICTORIA MENDONÇA DE SOUSA**

I. Na reunião 20/04/2022 foi apresentado o projeto e discutido amplamente seus objetivos e atividades a serem desempenhadas: Leitura de obras literárias sugeridas, reuniões periódicas e compartilhamento do conhecimento adquirido para fora da Instituição FACAPE para outras instituições de ensino superior da região.

II. No dia 26/04/2022 foi realizada a apresentação do projeto em si, foram discutidos as definições de atribuições (preenchimento de atas de presença, relatórios,



apresentação de slides, etc), instagram do projeto, livros a serem analisados e propostas de pesquisa para o MEPE, Mostra de Ensino, Pesquisa e Extensão do Vale do São Francisco.

III. Na data 09/05/2022 foi mostrado como incluir o projeto de extensão no currículo *lattes*, além disso, houve uma roda de conversa/debate sobre o filme “Animais Noturnos”.

IV. No dia 23/05/2022 ocorreu a participação dos alunos no evento MEPE – Mostra de ensino e pesquisa da FACAPE. Os alunos participaram como ouvintes e apresentando trabalhos no evento. A participação no evento equivale à reunião do projeto Direito & Literatura.

V. Na data 22/08/2022 foram estabelecidas as diretrizes para a entrega do RELATÓRIO FINAL DO PROJETO DIREITO & LITERATURA.

VI. A discente também participa do “Projeto de pesquisa e extensão Educação política – GEPOC”. Sabe-se que Educação política é essencial para a construção de uma sociedade justa e livre. Previsto isso, o projeto possui variados temas desde a função dos cargos, como se organizam, as suas características, objetivos e formas de fiscalização desses poderes. A discente também ingressou na LADVASF (Liga acadêmica do Vale do São Francisco), com o objetivo de ampliar e aprofundar os seus conhecimentos a respeito dos direitos e garantias fundamentais, para participar de outras atividades de ensino, pesquisa e extensão.

## **5. RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA**

A Obra Literária escolhida trata-se de “Elize Matsunaga: A mulher que esquartejou o marido”, de autoria do Ullisses Campbell. A obra retrata da vida da Elize antes, durante e após o crime cometido por ela (em 2012), que chocou o Brasil, repercutindo até a atualidade.

Aborda-se vários momentos da vida da protagonista, até mesmo antes do seu nascimento, de como a sua mãe possuía uma carência emocional e se sujeitava a relacionamentos abusivos, assim como a filha Elise, também vítima desse modelo de relação que contém abusos de todos os tipos. As consequências desses sofrimentos foram drásticas.

Elize Matsunaga, antes de mais nada, sonhava em conquistar a sua estabilidade financeira e ser uma mulher independente. Mas as circunstâncias e dificuldades sociais a fez se tornar uma “prostituta de luxo”. Apesar de todos os abusos sofridos em sua profissão, a protagonista acreditava encontrar alguém que pudesse construir uma família.

Mas o seu comportamento disfuncional a prejudicou, uma vez que cresceu assistindo a mãe se envolver em relacionamentos tóxicos, comportamento que Elize também viria a reproduzir.

Enquanto trabalhou como “Prostituta de Luxo”, Elise conheceu Marcos Matsunaga, que a tirou da “vida” e realizou todos os seus desejos e ambições. Em um primeiro momento, a ideia apresentada no livro é de que a protagonista viveu uma história de amor digna de cinema e contos de fadas.

Entretanto, logo após a filha do casal nascer, houve uma mudança no relacionamento, o que acabou resultando em um dos crimes mais assustadores do Brasil. Elise assassinou, com um tiro na cabeça, o seu marido. Ela conta que sofria vários tipos de violência conjugal e era constantemente ameaçada, volada e desrespeitada. O que chama atenção nesse crime é que ela esquetejou o corpo, colocando-o dentro de malas, em uma tentativa de se livrar de todos os vestígios do crime.

A obra explica tudo o que Elise fez, desde a forma que cortou o cadáver até os seus atos após o crime. É um mergulho na história macabra que chocou o País, e também mergulha-se na mente e na história de Elize, analisando o antes e depois do crime. Por fim, o livro aborda como a sua vida mudou após anos cumprindo a pena na prisão.

## **6. CONHECENDO O AUTOR DA OBRA**

O autor da obra Elize Matsunaga: A mulher que esquetejou o marido chama-se Ullisses Campbell, de nacionalidade brasileira. Nascido em 1975 na cidade de Belém do Pará.

Escritor e jornalista, trabalhou nos jornais: A Província do Pará, O Liberal, Folha de São Paulo e Correio Braziliense. Além disso, trabalhou na Editora Abril e nas revistas Superinteressante e Veja.

Ullisses Campbell possui 25 anos de profissão e três livros publicados ao todo, os quais citamos: Suzane: assassina e manipuladora; Flordelis a pastora do diabo e Elize Matsunaga: A mulher que esquetejou o marido. Até o momento, o autor acumula prêmios: três prêmios “Esso de Reportagem” e um prêmio “Embratel de Jornalismo”.

## **7. RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO**

É importante pontuar que a obra em comento traz pontos importantes para reflexão:

- I. Famílias disfuncionais. Relações familiares marcadas por muito conflito, desrespeito e violência.

- II. Machismo e misoginia, poder econômico centrado na figura masculina.
- III. Relacionamentos tóxicos, abusivos e com alto teor de dependência emocional.
- IV. Violência doméstica.

Compreende-se que o Direito não significa tão somente o estudo dogmático das leis. É importante entender a perspectiva do direito como uma ciência social que está em desenvolvimento, acompanhando os avanços da sociedade como um todo.

Desta forma, conseguimos entender que a relação da obra com o direito, para além do crime de assassinato cometido por Elise, também toca no ponto da violência cometida contra as mulheres, uma ferida profunda infligida pelo modelo patriarcal, consubstanciado no tratamento machista e misógino reproduzido pela sociedade, que acaba por adoecer psicologicamente as mulheres.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Projeto Direito & Literatura executado na Faculdade de Petrolina - FACAPE, efetivamente consegue incentivar a leitura, além de disseminar informações sobre as obras escolhidas pelos integrantes do projeto. A partir da leitura do livro “Elize Matsunaga: A mulher que esquartejou o marido” consegue-se refletir e interpretar o Direito, em diversos pontos como: na importância de prezar por uma boa relação familiar; a importância do Estado intervir quando necessário; a “romanização da prostituição”, que objetifica mulheres, dentre outros diversos pontos. Consegue-se interligar a ficção com a realidade social e desenvolver pensamento crítico, entendendo-se o contexto em que se desenvolveu o crime em questão.

## **9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CALIXTO, Clarice Costa. *Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2010.

CAMPBELL, Ullisses. *Elize Matsunaga, a mulher que esquartejou o marido* - 1. ed. - São Paulo: Matrix, 2021.

KRAMER, Celso; SASSE, Fernanda. *O conceito de arte e sua importância para a educação*. Atos de pesquisa em educação, 2011.

## **ANÁLISE DA OBRA “A HORA DA ESTRELA” DE CLARICE LISPECTOR: A MIGRAÇÃO COMO REALIDADE SOCIAL PARA O DIREITO**

**JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO**<sup>37</sup>: Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora de direito penal e direito constitucional da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE), advogada.

ANA VITÓRIA NASCIMENTO DIAS<sup>38</sup>

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA<sup>39</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é conectar a obra literária “A hora da estrela”, da autora Clarice Lispector com a ciência do Direito. A principal relação dessa obra literária com a ciência jurídica são os pontos da narrativa que refletem os Direitos Humanos. Por isso, destaca-se a questão da migração como questão social. Destaca-se as dificuldades enfrentadas por aqueles que migram, principalmente as mulheres, além da pobreza e xenofobia, realidades enfrentadas pela protagonista da história, que se chama Macabéa. Com efeito, este trabalho consiste em uma Pesquisa Descritiva e Bibliográfica, realizada precipuamente na área dos Direitos Humanos. Esse Trabalho surge a partir de estudos direcionados ao Projeto de extensão “Direito & Literatura” da FACAPE – Faculdade de Petrolina. Ao final, conclui-se que as mulheres que são migrantes nordestinas passam por intensa desvalorização feminina. O trabalho da mulher migrante não é valorizado. Desta forma, Macabéa, no livro, como mulher, era extremamente rebaixada e menosprezada, era jovem sem experiências de vida, completamente órfã, vinda do interior para uma grande capital, vivendo uma vida que não sonhou nem desejou, o que acarretou no seu final trágico.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Migração. Mulher Nordestina.

---

37 Contato: [jessicabr2017@gmail.com](mailto:jessicabr2017@gmail.com)

38 Graduanda em Direito na Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

E-mail: [ana.dias.23277@aluno.facape.br](mailto:ana.dias.23277@aluno.facape.br)

39 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. Professor de Direito da Faculdade de Petrolina-PE (FACAPE).

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to connect the literary work "A hora da Estrela", by author Clarice Lispector with the science of Law. The main relationship of this literary work with legal science are the points of the narrative that reflect Human Rights. Therefore, the issue of migration as a social issue stands out. It highlights the difficulties faced by those who migrate, especially women, in addition to poverty and xenophobia, realities faced by the protagonist of the story, whose name is Macabéa. Indeed, this work consists of a Descriptive and Bibliographic Research, carried out primarily in the area of Human Rights. This work arises from studies directed to the Extension Project "Law & Literature" of FACAPE - Faculdade de Petrolina. In the end, it is concluded that women who are northeastern migrants undergo intense female devaluation. The work of migrant women is not valued. In this way, Macabéa, in the book, as a woman, was extremely degraded and belittled, she was young without life experiences, completely orphaned, coming from the countryside to a big capital, living a life that she neither dreamed nor desired, which led to her ending tragic.

**Keywords:** Human Rights. Migration. Northeastern woman.

## 1. INTRODUÇÃO

O Projeto de extensão Direito & Literatura (FACAPE – Faculdade de Petrolina), se destina ao estudo e difusão da interdisciplinaridade entre Direito, Literatura, Arte e Cinema. Demonstra-se que com o desenvolvimento de propostas para reflexão acerca do Direito e dos contextos sociais relevantes, expostos através da Literatura e da Arte, os juristas possuem papel de revolução social. Assim, a Interdisciplinaridade e interligação de fontes de conhecimento, possibilitam uma compreensão mais eficaz do fenômeno jurídico no seio social.

A aproximação entre Direito, Literatura, Arte e Cinema motivam a reflexão e os seus impactos se dão sobre o âmbito jurídico, de forma que há ênfase nas novas formas de pensar acerca do Direito. Tal persecução deve ter amplitude de preocupação, pois, apesar da formação do jurista se basear no conhecimento técnico-legal, não se pode ignorar o contexto cultural. Busca-se, em suma, uma análise dinâmica, holística e sensível do Direito.

## 2. JUSTIFICATIVA

O Direito & Literatura possibilita a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas e difunde, mediante o diálogo entre as comunidades acadêmicas, a reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de compreender/interpretar/aplicar o direito, relacionando a ficção com a realidade social e jurídica.

A importância da atividade se materializa na expansão dos horizontes culturais e na ampliação da capacidade interpretativa, bem como da habilidade da escrita (elaboração de textos) de todos os que participarem dos eventos. Também, possibilita, uma comunicação entre diferentes disciplinas, sob diferentes olhares, a partir do diálogo entre docentes e discentes da FACAPE –Faculdade de Petrolina, e de outras instituições e interessados em geral.

### **3.OBJETIVOS**

#### **3.1 OBJETIVO GERAL**

Este relatório tem o objetivo principal de comunicar as atividades desenvolvidas pelos alunos integrantes do Projeto de Extensão à coordenadora.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Realizar reuniões para a manutenção do projeto e o Aprofundamento nos temas tratados, através da discussão de textos, livros e materiais ofertados;
2. Auxiliar na formação crítica e interpretativa dos alunos;
3. Promover a integração dos estudantes de Direito com a Comunidade acadêmica da região.
4. Produção de artigos, capítulos de livro, e outros trabalhos acadêmicos.
5. Participação em Congressos e eventos diversos.

### **4.METOLOGIA OPERACIONAL**

Leitura de material bibliográfico pertinente, identificação de instituições Públicas de ensino superior que concordem em viabilizar visitas para promover encontros com seus discentes e atividades voltadas para o incentivo à leitura. As reuniões também podem acontecer de forma remota, conforme necessidade.

A forma de avaliação será a presença nas reuniões, o estudo dos temas levantados para formação humanística relativa ao tema e a participação nos encontros nas instituições públicas (ensino superior).

### **5.AÇÕES REALIZADAS PELA DISCENTE ANA VITÓRIA NASCIMENTO DIAS NO PROJETO DE EXTENSÃO**

No projeto direito e literatura todos os alunos participam de forma ativa, através das reuniões com os participantes do projeto de extensão, em que todos trazem sugestões



e maneiras de como realizar uma pesquisa de análise bem desenvolvida, rica em opinião e intelectualidade, com rodas de conversas, discussões sobre o projeto na sua essência, seu formato, sua função, e as conexões causais do projeto.

Dessa forma, participei das rodas de conversa, para discutir, além das leituras indicadas pela coordenadora do projeto, filmes, como "Animais Noturnos". Também tive participação na VII MEPE (Mostra de ensino, pesquisa e extensão do Vale do São Francisco) que é uma mostra de pesquisa organizada por professores e alunos universitários, que traz visibilidade às pesquisas de diversos temas.

## **6.RESUMO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA**

A obra literária escolhida trata-se de "A Hora da Estrela", escrita por Clarice Lispector, publicada no ano de 1977. Foi a última obra escrita pela autora. Assim, apresentar-se-á o resumo da obra em forma de verso:

*A hora da estrela*

*Tem como introdução, uma metalinguagem de narração.*

*Aqui Clarice criou um personagem chamado Rodrigo S.M.*

*Que vai narrar essa história que tanto aprecio.*

*Macabéa é uma jovem de 19 anos nordestina.*

*Vinda do interior de Alagoas para o sudeste com sua tia.*

*Criada por uma tia excêntrica moralista.*

*Uma tia Cristã cheia de tabus onde desses mais passou para a sobrinha.*

*Uma jovem que foi morar no Rio de Janeiro.*

*Apaixonada por goiabada com queijo.*

*O tempo passa e Macabéa se torna datilografa.*

*Com conhecimento pouco arranja um emprego.*

*Garota nova, de olhar velho.*

*Vivia a cheirar mal, pois banho rotineiro, não era o seu normal.*

*Vivia a tossir, tomar um café frio e para a fome passar, comia pedacinhos de papel.*

*Hábitos diários de ouvir um rádio relógio a colecionar anúncios de jornais e revistas.*

*Com manias esquisitas, porém que entretinha o vazio de sua pequena vida.*

*Não comia bem, era magra.*

*Entretanto nos seus raros dias de luxo ia ao cinema e assim desejava.*

*Ser a futura estrela a ser na tela apresentada.*

*"E assim se passava o tempo para moça está.*

*Assoava o nariz na barra da combinação.*

*Não tinha aquela coisa delicada que se chama encanto.*

*Só eu a vejo encantadora. Só eu, seu autor, a amo.*

*Sofro por ela. E só eu que posso dizer assim:*

*Que é que você não me pede chorando, que eu não lhe dê cantando?*

*Essa moça não sabia o que ela era o que era, assim como um cachorro não sabe que é cachorro.*

*Daí não se sentir infeliz.*

*A única coisa que queria era viver."40*

*Até que em um dado momento, de namorado, Macabéa estava.*

*Olímpico no Nordeste morava, de lá veio fugindo do assassinato cometido.*

*Um ambicioso mau-caráter, que de conversador tinha de gigolô.*

*Com os dias indo e vindo, Macabéa trocou, pela amiga da coitada, gloria colega de trabalho.*

*De uma tuberculose, Macabéa, estava acometida.*

---

40 LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. Rio de Janeiro. ROCCODIGITAL, 2013, p.14.

*Até que em um dia, por aconselhamento da traíra, vai a cartomante.*

*Madame Cartola, antes cafetina, lê as cartas e afirma:*

*Um estrangeiro casará contigo, lhe dará não só dinheiro, mais amor e filhos.*

*Encantada com essa proeza, é saindo de Carlota que é atropelada.*

*Caída na calçada, todos se aproximam para ver, porém sem socorro ter.*

*Dar seu último suspiro, estava livre de si e de nós.*

*Qual é o peso da luz?*

*Então é ali que a estrela se despede, abraçada de si mesma com vontade do doce nada.*

*Enfim...chegou a hora da estrela<sup>41</sup>.*

## **7.CONHECENDO A AUTORA DA OBRA**

A jornalista brasileira e escritora Clarice Lispector nasceu na Ucrânia em 10 de dezembro de 1920, descendente de judeus. Clarice e sua família fugiram da perseguição aos judeus durante a guerra civil de 1918-1920. Assim que chegaram ao Brasil, seu pai teve que mudar o seu nome por conta das perseguições, pois corriam risco de serem encontrados.

A família da autora chegou ao Brasil no ano de 192, e viveram nas cidades de Maceió e do Rio de Janeiro. Desde criança Lispector era uma boa aluna, muito estudiosa, tendo se tornado poliglota. Aprendeu a falar português, francês, inglês, hebraico, ídiche, além de ter aprendido a tocar piano. Era pessoa de distinta intelectualidade.

No ano de 1939, já com 19 anos, a autora entrou para a escola de Direito da Universidade do Brasil e se dedicou por inteiro à a sua paixão, a literatura. Teve oportunidade de fazer cursos de antropologia e psicologia. No ano de 1940 publicou seu primeiro conto, "*Triunfo*".

Na década de 40, com a morte de seu pai, Clarice começou a carreira de jornalista, trabalhando como redatora e repórter na agência nacional, no correio da manhã e no diário da noite. Em 1943, casou-se com o diplomata Maury Gurgel Valente, com quem teve dois filhos. Por conta da profissão do marido, Clarice conheceu diversos países como, Itália,

---

<sup>41</sup> Versos de autoria de Ana Vitória Nascimento Dias.

Estados Unidos, França, Suíça, Inglaterra. Entretanto, no ano de 1959, separou-se e voltou com os filhos para o Rio de Janeiro.

A autora é uma das maiores escritoras brasileiras. Escreveu livros, poemas, romances, contos, crônicas e até literatura infantil. Com uma personalidade autêntica, singular e sem se preocupar com as críticas ela dizia: *"Eu escrevo sem esperança de que o que escrevo altere qualquer coisa. Não altera em nada. Porque no fundo a gente não está querendo alterar as coisas. A gente está querendo desabrochar de um modo ou de outro."* Faleceu em 1977, com 57 anos, vítima de câncer de ovário.

Por fim, algumas de suas grandes obras: *Perto do coração selvagem* (1942), *O lustre* (1946), *Laços de família* (1960), *Felicidade Clandestina* (1971), *Água viva* (1973), *Visão do esplendor* (1975), *A hora da Estrela* (1977).

## **8.RELAÇÃO DA OBRA LITERÁRIA ESCOLHIDA COM O DIREITO**

A principal relação da obra literária *"A hora da estrela"* com o direito é a migração como questão social. É difícil sair do estado natal para um outro estado, completamente diferente em todos os quesitos, seja a forma de se comunicar, o que se come, o jeito peculiar de falar. Além da xenofobia como uma realidade enfrentada pelo nordestino.

Clarice Lispector, em um dado momento vai afirmar que Macabéa, retratada no livro teve a sua inocência pisada, em palavras mais claras, ela teve sua história de vida desvalorizada. Nas palavras de Clarice *"Macabéa era tão pobre que só comia cachorro quente"*, e essa era a dura realidade de uma datilógrafa nordestina, que as escondidas, à noite, por falta do que ter para comer, comia papel, tomava café frio e ainda em alguns poucos momentos tirava seu dia para tentar sonhar e viver pelo menos um pouco em uma sala de cinema.

Na obra, em vários momentos, o narrador fictício da história se pronuncia a Macabéa, com ar de desdém, mostrando para o leitor o quão a personagem era desarrumada, sem jeito para andar nas ruas do Rio de Janeiro. Entretanto, em outros pontos do livro, ele a coloca em lugar de afeição (LISPECTOR, 2013, p. 23):

Se o leitor possui alguma riqueza e vida bem acomodada, sairá de si para ver como é às vezes o outro. Se é pobre, não estará me lendo porque ler-me é supérfluo para quem tem uma leve fome permanente. Faça aqui o papel de vossa válvula de escape e da vida massacrante da média burguesia. Bem sei que é assustador sair de si mesmo, mas tudo o que é novo assusta. Embora a moça anônima da história seja tão antiga que podia ser uma figura bíblica. Ela era subterrânea e nunca tinha tido floração. Minto: ela era capim.

A vida de um nordestino que migra do seu estado para uma outra região no Brasil não é fácil. A discriminação e xenofobia ainda acontecem, fazendo com grande parte dessa população de pessoas sofram em questões como busca por emprego, fazendo com que a massa nordestina em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, seja marginalizada.

No livro, além de abordar a pauta migratória, aborda também o fato das mulheres no Brasil serem vistas de forma “substituível” como nesse trecho mencionado no livro escolhido (LISPECTOR, 2013, p. 4):

Como a nordestina, há milhares de moças espalhadas por cortiços, vagas de cama num quarto, atrás de balcões trabalhando até a estafa. Não notam sequer que são facilmente substituíveis e que tanto existiram como não existiriam. Poucas se queixam e ao que eu saiba nenhuma reclama por não saber a quem. Esse quem será que existe?

O machismo, como realidade social, torna as mulheres “substituíveis”, ocorrendo a desvalorização feminina. O trabalho da mulher não é bem visto e valorizado. Desta forma, Macabéa no livro, como mulher, era extremamente rebaixada e menosprezada, uma jovem sem experiências de vida e infelizmente sem pais, completamente órfã, vinda do interior para uma grande capital, vivendo uma vida que não era a que sonhou nem desejou.

Assim, há a busca pelo bem-estar e qualidade de vida por Macabéa, que no decorrer da história, são frustrados. O livro é a representação da realidade do nordestino, e traz também a desvalorização do trabalho feminino no país.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo do projeto Direito e Literatura, é disseminar informação, conhecimento, e cultura da Literatura brasileira. Com a obra apresentada “*A Hora da Estrela*” de Clarice Lispector, mostrou-se a realidade de uma retirante nordestina, que se desloca do interior para uma grande capital, vivendo uma realidade que infelizmente, a silenciou, menosprezou, dentre esses fatores pelo fato de ser uma mulher.

Portanto, ressalta-se a importância do projeto, a importância da leitura, da busca por conhecimento, das trocas de conversa, para alcançar discussões sobre realidades sociais atreladas ao direito.

## **9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DIANA, Daniela. *Vida e Obra de Clarice Lispector*. Toda matéria. Disponível em:

<https://www.todamateria.com.br/vida-e-obra-de-clarice-lispector/>

FRAZÃO, Fernando. *A hora da estrela – Resumo da obra de Clarice Lispector*. Guia do estudante. 18 de setembro de 2019. Disponível em:

<https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/a-hora-da-estrela-resumo-da-obra-de-clarice-lispector/amp/>

LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. Rio de Janeiro. ROCCODIGITAL. Março 2013.

SALVÁ, Camila. DIEDRICH, Andressa. *A MIGRAÇÃO COMO TEMÁTICA SOCIAL EM A HORA DA ESTRELA*. Instituto LING. 13 de novembro de 2020. Disponível em: [https://institutoling.org.br/explore/a-migracao-como-tematica-social-em-a-hora-da-estrela#:~:text=A%20migra%C3%A7%C3%A3o%20como%20tem%C3%A1tica%20social%20em%20A%20Hora%20da%20Estrela&text=\(Se%20o%20leitor%20possui%20alguma,tem%20uma%20leve%20fome%20permanente.](https://institutoling.org.br/explore/a-migracao-como-tematica-social-em-a-hora-da-estrela#:~:text=A%20migra%C3%A7%C3%A3o%20como%20tem%C3%A1tica%20social%20em%20A%20Hora%20da%20Estrela&text=(Se%20o%20leitor%20possui%20alguma,tem%20uma%20leve%20fome%20permanente.)

SILVEIRA, Juliana da Silva. OLIVEIRA, Viviane Cristiana. *A QUESTÃO SOCIAL NA OBRA “A Hora DA ESTRELA”, DE CLARICE LISPECTOR*. Revista Humanidades e Inovação. P:254 a 260. 13 de julho de 2020.



## RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

**DÉBORA PASCAL DE ALMEIDA**<sup>42</sup>:  
Advogada. Especialização em direito tributário pelo IBET, bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

**Resumo:** O presente trabalho faz a análise da restituição de tributos no regime de substituição tributária considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em síntese, no regime de substituição tributária progressiva, determina o contribuinte no início da cadeia de circulação de mercadorias, assumindo uma condição de responsável por reter e recolher antecipadamente o imposto devido não apenas sobre a sua própria operação de saída, mas, também, o imposto devido sobre as operações de saídas subsequentes, a serem praticadas pelos próximos contribuintes envolvidos na cadeia. Nesse sentido, atendendo ao comando constitucional, o STF entende devida a restituição de tributos no regime de substituição tributária na hipótese de inoccorrência, total ou parcial, do fato gerador presumido.

**Palavras Chave:** Tributo, Restituição, Contribuinte, Imposto.

**Abstract:** The present work analyzes the refund of taxes in the tax substitution regime considering the jurisprudence of the Federal Supreme Court. In short, in the progressive tax substitution regime, the taxpayer is determined at the beginning of the goods circulation chain, assuming the position of being responsible for withholding and collecting in advance the tax due not only on its own output transaction but also the tax due on subsequent output operations, to be practiced by the next taxpayers involved in the chain. In this sense, in compliance with the constitutional command, the STF understands that the refund of taxes in the tax substitution regime is due in the event of non-occurrence, in whole or in part, of the presumed taxable event.

**Keywords:** Tribute, Restitution, Taxpayer, Tax.

### 1.Introdução

O ordenamento jurídico prevê que o tributo apenas poderá ser objeto de cobrança após a ocorrência do fato gerador, momento no qual há a manifestação da capacidade econômica do contribuinte.

---

<sup>42</sup> Contato: deborapdalmeida@gmail.com

Nada obstante a rigidez do nosso sistema tributário, excepcionalmente, a Constituição permite a antecipação do recolhimento do tributo para momento anterior ao da efetiva ocorrência da hipótese de incidência, por meio do instituto da substituição tributária progressiva ou "para frente", insculpido no § 7º do art. 150 da Carta Política, introduzido através da emenda constitucional 3/93.

Apesar de, conforme pacificamente admitido, o instituto da substituição tributária progressiva não ferir, de *per si*, os princípios constitucionais tributários, o fato é que esse deve necessariamente ser aplicado com temperamentos, justamente porque permite a tributação tomando por base tão somente uma presunção de ocorrência de um fato gerador futuro.

Tanto é assim que o constituinte instituiu a técnica da substituição tributária para frente, visando a tornar a fiscalização mais eficaz; e, em contrapartida, estabeleceu uma garantia de restituição em favor do contribuinte, com o objetivo de afastar eventual excesso de poder de tributar.

Acerca do direito de restituição dos contribuintes, um grande debate foi levado ao Supremo Tribunal Federal. Especificamente, por anos, discutiu-se se a parte final do § 7º do art. 150 da Constituição Federal asseguraria a imediata e preferencial restituição da quantia paga, apenas na hipótese de o fato gerador presumido não se realizar totalmente ou, se também, o texto constitucional asseguraria à restituição da quantia paga a maior, caso o fato gerador presumido se realizasse parcialmente.

## **2. Da possibilidade de restituição de tributos no regime de substituição tributária**

Dispõe o Código Tributário Nacional, notadamente os arts. 113 e 114, que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador, sendo esta uma situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

A regra, portanto, é que o tributo apenas poderá ser objeto de cobrança após a ocorrência do fato gerador, momento no qual há a manifestação da capacidade econômica do contribuinte.

A Constituição da República estabelece que as "operações relativas à circulação de mercadorias" constituem o elemento material da hipótese de incidência tributária relativa ao ICMS, de sorte que a base de cálculo do tributo deve corresponder a uma grandeza que represente essas operações.

Assim é que, da inteligência do texto constitucional, depreende-se que o constituinte estipulou, ainda que implicitamente, a base de cálculo do imposto como sendo o valor da operação. Diante disso, a princípio, o tributo apenas poderá ser objeto de cobrança após a ocorrência do fato gerador, momento no qual há a manifestação da

capacidade econômica do contribuinte, nos termos do art. 145, §1º da CF/88:

“Art. 145 (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Excepcionalmente, todavia, a Constituição permite a antecipação do recolhimento do ICMS para momento anterior ao da efetiva ocorrência da operação de circulação de mercadoria, por meio do instituto da substituição tributária progressiva ou “para frente”, insculpido no §7º do art. 150 da Carta Política, introduzido através da Emenda Constitucional nº 3/93. Observe-se a dicção constitucional:

“Art. 150.

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.” (grifos acrescentados)

Esse dispositivo veio a ser regulamentado pela Lei Complementar nº 87/96 que, nos seus arts. 6º, 9º e 10, delegou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para disciplinar o regime de substituição tributária, através de lei ordinária (operações internas) ou norma interestadual (operações interestaduais). “In verbis”:

“Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

(...)

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

(...)

Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.”

Em síntese, no regime de substituição tributária progressiva, determinado contribuinte situado no início da cadeia de circulação de mercadorias assume a condição de responsável por reter e recolher antecipadamente o imposto devido não apenas sobre a sua própria operação de saída mas, também, o ICMS devido sobre as operações de saídas subseqüentes, a serem praticadas pelos próximos contribuintes envolvidos na cadeia.

Noutros termos, pela substituição tributária progressiva ou “para frente”, presume-se a ocorrência dos fatos geradores subseqüentes, determinando-se ao contribuinte situado no início do ciclo econômico que calcule, retenha e recolha o ICMS-ST devido sobre operações que ainda irão se concretizar.

Naturalmente, se o fato gerador subsequente ainda não ocorreu, é evidente que é desconhecido o valor efetivo da operação presumida – este que se estabelece tão somente quando a operação se concretizar no plano dos fatos. Assim, para efeito de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária para frente, portanto, assume-se como “preço” da operação uma unidade de valor presumida, normalmente fixada por ato do ente tributante.

Apesar de, conforme pacificamente admitido, o instituto da substituição tributária progressiva não ferir, de per si, os princípios constitucionais tributários, é também incontroverso que se deve aplicá-lo com temperamentos, justamente porque permite a tributação tomando por base tão somente uma presunção de ocorrência de um fato gerador futuro.

Tanto é assim que, da leitura do §7º do art. 150 da CF/88 vê-se que “o constituinte fez surgir a nova figura jurídica do fato gerador por presunção, contrabalançada pela ‘imediata e preferencial restituição da quantia’ na hipótese de sua não realização”<sup>43</sup>. Noutras palavras, o constituinte instituiu a técnica da substituição tributária para frente, visando a tornar a fiscalização mais eficaz; e, em contrapartida, estabeleceu uma garantia em favor do contribuinte, com o objetivo de afastar eventual excesso de poder de tributar.

É assim porque o fato gerador presumido, em função do qual se antecipa o recolhimento do ICMS que seria futuramente devido não é definitivo, posto que pode vir a não ocorrer, ensejando posterior acerto de contas através de restituição dos valores recolhidos.

A Constituição, naturalmente, não autoriza a adoção de qualquer base de cálculo para substituição tributária. Ao contrário, a Carta Política autoriza tão somente a adoção de base de cálculo cuja grandeza corresponda ao preço da venda ao consumidor final, ou seja, corresponda ao fato gerador subsequente, eis que a base de cálculo do ICMS deve, necessariamente, externar ou refletir a hipótese que materializa a incidência do tributo.

Sob esse raciocínio, e nos termos da redação do §7º do art. 150 da CF/88, se o fato gerador efetivamente realizado no plano dos fatos não reflete a grandeza que, presuntivamente, serviu de parâmetro para o recolhimento antecipado no momento da presunção, o imposto será, ainda que parcialmente, indevido, devendo ser restituído.

Em outras palavras, na hipótese de a base de cálculo presumida ser contrariada

---

<sup>43</sup> Reclamação 5.639/MT. Rel. Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ: 30.09.2014. DJe: 14.11.2014.

pela base de cálculo efetivamente praticada na operação comercial realizada, é esta que deve se sobrepor.

Registre-se, ainda, que o instituto da substituição tributária constitui instrumento de arrecadação, que dimensiona os elementos da obrigação tributária com base em valores estimados, visando a uniformizar a atividade de fiscalização e recolhimento do ICMS da Administração, não podendo tornar-se um meio para o Estado aumentar sua receita.

Desta feita, não apenas nos casos em que a operação final não se realiza, mas também naqueles em que a operação final se apresenta em valores menores do que aqueles presuntivamente utilizados para efeito de antecipação do ICMS, é dever da Administração devolver imediata e preferencialmente o valor indevido recolhido antecipadamente a título de ICMS-ST.

Sobre o tema, cumpre trazer à baila os ensinamentos de HUMBERTO ÁVILA, expendidos em Parecer colacionado nos autos do RE 593.849/MG, no qual analisou a constitucionalidade da restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária na hipótese de restar comprovado que, na operação final com mercadoria ou serviço, ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida. Senão vejamos:

“(…) a CF/88 não permite um abandono total do fato gerador subsequente, como se poderia apressadamente pensar. Ao contrário, na operação com substituição, o legislador institui obrigação tributária ‘cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente’, devendo assegurar a restituição da quantia paga, caso não se realize ‘o fato gerador presumido’. Isso significa que, embora seja legalmente criado um novo fato gerador (saída da mercadoria na fase inicial do ciclo econômico), o ponto de referência para o dimensionamento da obrigação tributária com substituição continua sendo o fato gerador que presumidamente vai ocorrer em fase subsequente do ciclo econômico. Em outras palavras, a CF/88 não autoriza o legislador a adotar qualquer base de cálculo para a obrigação com substituição, mas apenas aquela cuja grandeza corresponda ao fato que deva ocorrer posteriormente. Essa exigência de vinculação conduz a capacidade objetiva ao centro da substituição tributária.

Pode-se afirmar, até mesmo, que a capacidade contributiva objetivada pelo valor de venda efetiva da mercadoria constitui uma razão que não pode ser afastada por completo, recebendo um peso que se mantém mesmo diante das razões que justificam a utilização da substituição. A capacidade contributiva objetiva é, assim, uma razão para tanto (ou



'contanto que'), no sentido de que não pode ser descartada, conservando seu peso mesmo diante de razões contrárias e, não prima facie (ou 'descartável'), no sentido de que pode ser afastada completamente em face de razões contrárias."

Registre-se ainda que, acerca da interpretação desse dispositivo, até outubro de 2016, não era desprezível a jurisprudência no sentido de que a Constituição apenas asseguraria a imediata e preferencial restituição de quantia paga no caso de não se realizar o fato gerador presumido, vendendo-se a mesma possibilidade nos casos em que o fato gerador se concretizasse em importe inferior ao valor que serviu de referência para antecipação do ICMS.

Esse entendimento, todavia, foi superado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 593.849/MG, realizado sob o regime de repercussão geral. No caso concreto, objetivava-se garantir o direito da empresa Parati Petróleo Ltda. de usufruir da garantia constitucional de imediata e preferencial restituição da quantia concernente às diferenças acontecidas nas operações finais de venda de óleos combustíveis, óleo diesel, querosene e outros lubrificantes com preço inferior ao valor que serviu de base à antecipação do imposto.

No julgamento, proferido sob a sistemática de repercussão geral, dando nova interpretação ao §7º do art. 150 da CF, a Suprema Corte fixou tese nos seguintes termos: "é devida a restituição do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior a presumida". Observe-se o dispositivo da decisão:

"O Tribunal, apreciando o tema 201 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário a que se deu provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais e respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei Complementar n.º 118/05; na qualidade de prejudicial, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei n.º 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais; fixou interpretação conforme à Constituição nas expressões "não se efetive o fato gerador presumido" no § 11 do art. 22 da Lei estadual e "fato gerador presumido que não se realizou" no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste tema de repercussão geral; e condenou a parte recorrida ao pagamento

das despesas processuais, à luz da legislação processual regente ao tempo da interposição do recurso extraordinário, ficando a parte vencida desonerada do pagamento de honorários advocatícios, conforme o enunciado da Súmula 512 do STF e o art. 25 da Lei 12.016/2009, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso extraordinário. Por unanimidade, o Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Em seguida, o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte.”

Entendeu o ilustre Relator, Ministro Edson Fachin, que o princípio da praticidade, que justifica a existência do sistema de substituição tributária, não pode se sobrepor aos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Outrossim, destacou que “A tributação não pode transformar uma ficção jurídica em uma verdade absoluta, tal como ocorreria se o fato gerador presumido tivesse caráter definitivo, logo, alheia à realidade extraída da realidade do processo econômico.”

Na mesma linha, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso destacou que a presunção do fato gerador é provisória, após o que o Fisco tem a oportunidade de apurar a operação real, cabendo tanto a restituição dos valores pagos a mais pelo contribuinte no regime de substituição, caso o valor presumido seja maior que o real, quanto a cobrança da diferença, caso seja menor.

Elucidativo, ainda, o seguinte trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, proferido nos autos do referido recurso, que revela de forma mais clara o entendimento estabelecido pelo Tribunal:

“Nessa linha de raciocínio, constato, desde logo, que a interpretação literal do dispositivo constitucional em tela mostra-se inadequada, data venia, para o correto deslinde da questão sob exame.

É que, como lembra Karl Larenz, na esteira de outros doutrinadores, a interpretação literal dos textos legais constitui apenas a primeira etapa do processo hermenêutico. Vicente Ráo, por sua vez, discorrendo acerca das

técnicas de interpretação, aponta para os riscos decorrentes do apego ao sentido literal dos textos, com o abandono dos demais processos hermenêuticos, recordando uma velha regra do direito luso-brasileiro segundo a qual 'deve-se evitar a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói a sua intenção'.

Com efeito, a impossibilidade de restituição do valor cobrado a maior, por força da incidência do regime de substituição tributária para frente, não se sustenta quando submetida a uma exegese mais abrangente, que leva em conta os princípios gerais do direito, dentre os quais se encontra a regra que estabelece ser lícito ou exigível o menos, quando o texto autoriza o mais.

Nesse ponto, vale recordar a lição de Carlos Maximiliano, para o qual, 'descoberta a razão íntima e decisiva de um dispositivo, transportam-lhe o efeito e a sanção aos casos não previstos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos aos do texto'.

Assim, ao autorizar o mais, isto é, a devolução imediata e preferencial da quantia paga, caso não se verifique o fato gerador presumido, o texto constitucional, à toda a evidência, autorizou o menos, ou seja, a restituição do valor indevidamente pago a maior.

Não se argumente, portanto, que a restituição imediata e preferencial do tributo somente é possível na hipótese de inoccorrência integral do fato gerador, visto que, se o texto constitucional garantiu ao contribuinte um plus, não se admite, como querem alguns, uma interpretação restritiva para afastar o direito de reembolso, caso se verifique um minus, quer dizer, se ocorrer a realização apenas parcial daquele pressuposto.

A interpretação que desautoriza a devolução nesses termos, ademais, também nega vigência ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e àquele que garante a repetição do indébito, os quais constituem balizas fundamentais do Direito. De fato, conforme adverte Marco Aurélio Greco, a autorização constitucional para antecipar a cobrança do devido não implica 'uma autorização para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido'. A proibição de restituição do imposto pago a maior igualmente não se coaduna com os princípios

constitucionais de natureza tributária aplicáveis à espécie. Em outras palavras, se o ICMS recolhido pelo contribuinte substituto apenas se torna efetivamente devido com a ocorrência do fato gerador, a inoccorrência, total ou parcial deste, impõe que se faça a devida adequação da regra ao fato, sob pena de afronta aos princípios da moralidade, da legalidade e do não-confisco. O fato gerador, descrito pelo Código Tributário Nacional como a 'situação definida em lei como necessária e suficiente' à ocorrência da obrigação tributária (art. 114), representa, nas palavras de Geraldo Ataliba, 'o fato concreto, ocorrido hic et nunc, no mundo fenomênico, como acontecimento fático, sensível, palpável, concreto, material e apreensível'. Configura, pois, um fato jurígeno, quer dizer, um dado empírico ao qual a lei atribui a consequência de criar uma determinada obrigação tributária, com contornos bem definidos, que não podem ser expandidos pela simples razão de o contribuinte-substituto recolher o imposto antecipadamente. Penso que a interpretação do texto constitucional que autoriza a restituição de parte do tributo na hipótese de pagamento a maior mostra-se coerente com as garantias que protegem o contribuinte e os limites que balizam o poder de tributar, não configurando benefício fiscal.

Isso posto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 2º, do RISTF), para reconhecer, com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, a possibilidade de exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente, em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS." (grifos acrescidos)

Nessa senda, confira-se o posicionamento do e. Min. Cezar Peluso, no julgamento da ADI nº 2.777/SP, ao qual se filiaram os Ministros Lewandowski, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello:

"Esta aí boa resposta à objeção de que o art. 150, §7º, da CF, só se aplica ao fato gerador presumido que não se tenha realizado como fato histórico visto na sua simplicidade material, isto é, como algo que, perceptível aos sentidos, muda a configuração do mundo físico. É que a lei não cuida apenas do fato gerador como simples evento histórico que componha a cadeia de comercialização, mas se refere ainda ao mesmo fato como unidade jurídico-normativa, da qual é ineliminável a dimensão do valor monetário que serve à definição da base de cálculo do tributo. Daí a necessidade de se considerar também a hipótese em que, embora acontecido o fato na sua consistência material, não se realize a dimensão

monetária presumida pela lei como base de cálculo do tributo, cuja obrigação de pagamento antecipou".

Registre-se, ainda, o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 1.851:

"recuso-me a ceder à interpretação literal, gramatical, verbal, a qual realmente seduz, no que se tem a cláusula segundo a qual 'fica assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido'. Será que esta previsão, voltada à proteção do contribuinte, à preservação do figurino do tributo, com balizas rígidas, com quantia que não diz respeito ao tributo? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa".

Vale destacar, ademais, que o entendimento adotado pelo STF em sede de repercussão geral no RE 593.849/MG já vinha sendo adotado em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como se confere de trechos do voto do Ministro Ari Pargendler, nos autos do RMS 9.380/MS, no qual analisou o §7º, do art. 150 da Constituição:

"A partir de então já é anacrônica a afirmação de que 'entre o Estado e o substituído não existe qualquer relação jurídica' (Backer, op. Cit. P. 507). Com certeza, o 'substituído' não passou a integrar a relação jurídico-tributária, que se esgota na prestação do tributo. Mas tem uma relação jurídica com o Estado porque a lei lhe conferiu 'legitimidade' para requerer a devolução do imposto, 'caso não se realize o fato gerador presumido'.

Em outras palavras, o regime de substituição tributária mudou, já que não admitindo base de cálculo por estimativa, com presunção juris et de jure, na forma como a Lei Complementar nº 44, de 1983 autorizava; e o 'substituído' é o beneficiário da eventual diferença entre a base de cálculo do imposto estimada e o preço efetivo de venda, se menor.

(...)

Do ponto de vista legal, na cláusula 'caso não se realize o fato gerador presumido', incluem-se tanto a hipótese em que o fato material não se realiza quanto a hipótese de eventual saída de mercadorias por preço inferior àquele que serviu de base de cálculo para o imposto. Só a reunião de seus vários aspectos (material, pessoal, espacial, temporal) configura o fato gerador (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p.68). Se o fato gerador previsto

pelo regime de substituição tributária pressupunha 'x' como base de cálculo, ele efetivamente não se realiza numa operação consumada pelo preço 'x' – 'y'." (grifos acrescentados)

De resto, a doutrina igualmente acolhe o posicionamento. Com efeito, HUGO DE BRITO MACHADO em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 26, às páginas 36, esclarece que:

"Não podem, porém, as leis estaduais, excluir o direito do contribuinte substituído às diferenças, nas hipóteses de operação final com preço inferior ao valor que serviu de base a antecipação. Disposição nesse sentido seria inconstitucional, pela mesma razão que não se admite a pauta fiscal, vale dizer, por desrespeito à norma Constitucional Federal que estabelece ser o imposto sobre operações relativas à circulação e mercadorias. Se o imposto incide sobre operações relativas à circulação de mercadoria, sua base de cálculo há de ser o valor de tais operações. No caso de venda , o processo correspondente". (grifos acrescentados)

No mesmo sentido, HUMBERTO ÁVILA, no âmbito do Parecer mencionado anteriormente, colacionado nos autos do RE 593.849/MG, analisando detalhadamente a matéria, concluiu:

"(...) (3) Sendo a tributação sem substituição meio de realização da justiça individual e a tributação com substituição tributária instrumento de concretização da justiça geral, é perfeitamente permitida (e necessariamente obrigatória para determinados casos em qualquer modelo de substituição) a utilização de um sistema que harmonize a justiça geral com a individual mediante a instituição de cláusulas de devolução;

(4) A padronização deve servir de instrumento para a realização da igualdade geral, o que só se verifica quando provoca efeito desigual de diminuta extensão (a desigualdade não é contínua nem considerável entre os contribuintes), alcance (a desigualdade não atinge um número expressivo de contribuintes) e qualidade (a desigualdade não provoca efeito de natureza direta, mas secundária relativamente aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade);

(5) A substituição deve usar uma base de cálculo que reflita o valor de venda das mercadorias para um grupo proporcionalmente grande de vendedores, sendo permitidas unicamente discrepâncias acidentais entre o valor presumido e o real; deve usar a mesma base de cálculo para



situações substancialmente iguais e deve ser neutra com relação às atividades exercidas e levar em consideração as diferenças estruturais entre os grupos profissionais atingidos, sem interferir em elementos essenciais ao livre exercício de atividade econômica e à livre concorrência;

(6) A devolução das diferenças entre o valor presumido e o efetivo de venda das mercadorias forçosamente não pode conduzir à impraticabilidade da substituição tributária, pois se a diferença entre o valor presumido e o efetivo só pode surgir para um número marginal de situações e de contribuintes, o dever de devolução não tem como anular as vantagens da substituição, haja vista que o acréscimo em fiscalização será ínfimo em relação às vantagens;

(7) Qualquer modelo de substituição tributária deve, necessariamente, envolver a devolução das diferenças que sejam significativas e, por isso mesmo, causem gravames que comprometam a eficácia mínima de princípios fundamentais;

(8) A invalidade de uma lei que institui um modelo de substituição tributária não está na determinação de devolução condicionada de diferenças entre o valor presumido e o efetivo, mas na sua total ausência;

(9) A previsão de cláusulas de devolução da Lei Estadual nº 6.374/88, modificada pela Lei Estadual nº 9.176/95, não coloca em risco a aplicabilidade geral da substituição tributária porque as cláusulas de equidade só inviabilizam a padronização se anularem as suas vantagens, fazendo com que o custo e a insegurança da fiscalização sejam superiores àqueles decorrentes do modelo regular de tributação sem substituição; isto não ocorre no caso em exame, já que o custo da fiscalização das operações que envolvem substituição com cláusula de devolução não é maior do que o da fiscalização das operações regulares na medida em que o número de casos em que é necessária a fiscalização é, além de reduzido e pouco intenso, necessariamente menor do que aqueles que deveriam ser fiscalizados num modelo normal de tributação; ademais, a insegurança decorrente das operações que envolvem substituição com cláusula de devolução não é maior do que aquela advinda da fiscalização das operações regulares porque há regras claras e prévias que determinam condições sem cujo preenchimento surge o dever de devolver;

(10) O exercício da autonomia legislativa estadual pode oscilar no âmbito existente entre a regra e a exceção, privilegiando totalmente a justiça

particular ou perseguindo parcialmente a justiça geral, não podendo, porém adotar um modelo puro de justiça geral sem cláusulas de abertura para realização do critério básico de tributação de acordo com a capacidade contributiva objetiva;

(11) O princípio da eficiência administrativa não justifica o abandono total da capacidade contributiva objetiva exteriorizada pelo valor efetivo de venda das mercadorias, já que lhe é vedado criar poder inexistente e ampliar poder existente; (...)"

Por fim, é precisa a lição de MARCO AURÉLIO GRECO:

"Questão que pode ser levantada é saber se a previsão constitucional alcança as hipóteses em que o fato gerador não se realizar (dicção literal do dispositivo) ou se também se aplica às hipóteses em que ele ocorrer, mas não tiver a dimensão prevista ao ensejo do recolhimento por antecipação (não ocorrer tal como previsto). O sentido do dispositivo constitucional é claramente o de proteger o contra exigências maiores do que as que resultam da aplicação do modelo clássico do fato gerador da obrigação tributária. Não há uma autorização constitucional para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta de alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido, não se antecipa para arrecadar mais do que o devido. Portanto, a devolução é de rigor sempre que o fato não realizar ou, realizando-se, não se der na dimensão originalmente prevista. O excesso tem a natureza de uma cobrança indevida e a Constituição não está legitimando o indébito." (Substituição Tributária – ICMS, IPI, PIS COFINS. IOB – informações objetivas, pág. 22). (grifos acrescentados)

### 3. Conclusão

Diante de todo o exposto, parece que a melhor interpretação da norma do § 7º do art. 150 da CF/88 é no sentido de que, se o fato gerador efetivamente realizado no plano dos fatos não reflete a grandeza que, presuntivamente, serviu de parâmetro para o recolhimento antecipado no momento da presunção, o tributo será, ainda que parcialmente, indevido, devendo ser restituído. É dizer, na hipótese de a base de cálculo presumida ser contrariada pela base de cálculo efetivamente praticada na operação comercial realizada, é esta que deve se sobrepor.

Entender em sentido diverso em nome da praticidade, parece-nos, pode dar margem para que, de encontro aos comandos constitucionais, o instituto torne-se um meio

de enriquecimento sem causa para o Estado. Afinal, estar-se-ia tributando grandeza que não corresponde ao real preço da venda ao consumidor final, ou seja, que não corresponde ao fato gerador subsequente.

Assim é que o posicionamento que perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal parece acertado e representa importante vitória aos contribuintes, que, por décadas, aguardaram uma definição segura a respeito da matéria. Vez que ambas as decisões foram proferidas sob o apanágio da repercussão geral, o entendimento deverá ser seguido pelos demais tribunais pátrios.

### **Referências**

Reclamação 5.639/MT. Rel. Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ: 30.09.2014. DJe: 14.11.2014.

GRECO, Marco Aurélio. Comentário ao artigo 150, parágrafo 7º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1672.

HUMBERTO ÁVILA - Parecer colacionado nos autos do RE 593.849/MG.

HUGO DE BRITO MACHADO - artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 26, às páginas 36.

## PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

**CLAUDIO RODRIGUES ARAUJO**<sup>44</sup>:

Delegado de Polícia Civil do Espírito Santo, mestre em Teologia e Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Janeiro (PUC-RJ) e pós-graduando em Ciências Penais e Segurança Pública pela Universidade de Vila Velha (UVV) e em Direito Constitucional e Direito do Consumidor pela Faculdade Legale.

**RESUMO:** O presente trabalho trata do conflito entre a possibilidade processual de restrição da liberdade antes da condenação definitiva do acusado e o princípio da presunção de inocência. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da presunção de inocência relacionado a prisão preventiva, sendo que, a decretação dessas medidas importa na restrição da liberdade do acusado. A conclusão que é possível tirar, com maior relevância, é relacionada ao rigor e o comprometimento com os critérios justos e adequados para o decreto de uma prisão preventiva. Por esse motivo, a análise, além de outras garantias, precisa ter realização à luz da presunção de inocência. Por fim, é possível dizer que a prisão preventiva precisa estar pautada nas garantias com previsão na Constituição e nos seus princípios. O magistrado precisará ter sua atuação como um real guardião da Carta Magna, encarando o princípio da presunção de inocência como garantia eficaz para tratar o acusado. Toda prisão preventiva que sofrer violações na presunção de inocência e que não tenha sido decretada por exigências cautelares absolutas não terá legitimidade.

**Palavras-chave:** Presunção de Inocência; Prisão Cautelar; Prisão Preventiva.

### 1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência tem sua expressividade em consagração dentro da Constituição Federal de 1988, pois no artigo 5º, LVII, está estabelecido que: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de penal de condenação.

Mesmo que essa preceituação não se trata de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto cartas das constituições anteriores faziam a previsão de direitos e garantias com compatibilidade com o princípio, o destaque que acabou

---

<sup>44</sup>Contato: [claudio.araujo2010@hotmail.com](mailto:claudio.araujo2010@hotmail.com)

recebendo dos constituintes aponta uma clara e visível opção por um processo penal com a preocupação com os direitos e garantias das pessoas.

Não existem dúvidas de que o texto da Constituição fez a opção por elencar os direitos fundamentais do indivíduo como maneira de fazer sua transformação em alicerces fundamentais do ordenamento jurídico. O princípio da presunção de inocência torna-se uma das principais garantias da pessoa acusada no processo penal. No entanto, a realidade social que vive o país acaba colocando em xeque a eficiência do princípio. A criminalidade assolada cada vez mais o país de forma implacável, fazendo estímulo no indivíduo uma sensação de grande insegurança. Em consequência deste sentimento de medo em generalização, a sociedade faz protestos para reforçar o aparato de repressão do Estado.

O clamor relacionado com as políticas criminais com maior eficácia e especialmente pelas punições mais severas, acabou conduzindo o legislador a fazer a adoção de um discurso político em prol da repressão, por causa das garantias processuais e constitucionais da pessoa acusada. Com isso, parece que, a elevação da presunção de inocência a um contexto constitucionalista corre risco de cumprir somente uma natureza política-retórica, aludindo o indivíduo com a ideia de que a pessoa acusada será, todavia, considerada inocente antes do trâmite de condenação definitiva.

Do contraste evidente entre os anseios da sociedade por uma repressão eficaz contra a criminalidade e o direito do acusado à realização do devido processo legal surge a proposta de apresentação deste trabalho. Uma análise do conflito entre a possibilidade processual de restrição da liberdade antes da condenação definitiva do acusado e o princípio da presunção de inocência.

Assim, pretende-se com o presente trabalho responder a seguinte questão problema: Como é dada a aplicação do princípio de inocência em relação a prisão preventiva?

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação do princípio da presunção de inocência relacionado a prisão preventiva, sendo que, a decretação dessa medida importa na restrição da liberdade do acusado.

Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, onde foi buscado investigar o maior número de conhecimento técnico à disposição nessa área e em posicionamento sobre o tema. A pesquisa bibliográfica consiste no exame da bibliografia, para o levantamento e análise do que já foi produzido sobre o assunto que foi assumido como tema de pesquisa científica (RUIZ, 1992).

## **2 DESENVOLVIMENTO**

## 2.1 A Prisão Preventiva

O cerceamento relacionado com a liberdade individual, antes do trânsito em julgado da sentença penal de condenação, torna-se uma medida grave. Sendo que, esta medida ao longo dos tempos, acabou se tornando alvo de diversas críticas por diversos estudiosos. Entretanto, onde pese a indiscutível gravidade deste processo, em várias situações, a adoção torna-se inevitável e com necessidade ao regular andamento do processo investigatório policial e do processo criminalista (WEDY, 2013).

O instituto relacionado com a prisão preventiva é constituinte de uma das maneiras de limitar a liberdade antes do processo em julgamento, encontrando regulamentação em especificidade nos artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal. Além disso, vale destacar que, a reforma com instituição pela Lei nº 12.403/2011 acabou proporcionando grandes alterações neste interim, principalmente em relação à excepcionalidade dessa modalidade de prisão sem pena, que apenas tem cabimento quando não existir possibilidade de impor outras medidas de cautela ao cárcere (MARCÃO, 2012).

Para Fernandes (2005), a prisão preventiva é considerada a hipótese classista de prisão cautelar. Já Lopes Junior (2012), considera-a como uma espinha dorsal do sistema de cautelas. Assim, pontua-se que, no universo das prisões cautelares, este tipo de prisão é considerado o sol, e as outras prisões seriam os planetas que acabam o cercando e procuram nele sua fonte de luz. Para Renato Brasileiro, cuida-se de “prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal” (BRASILEIRO, 2020).

Como visto, a prisão preventiva é considerada uma forma de prisão provisória, ficando ao lado da prisão em flagrante e temporária. É possuínte de natureza acautelatória, e não de um provimento final de condenação, sendo que, possui em seu escopo de tutela, valores com relação à persecução penal, bem como interesses voltados a sociedade, podendo acabar sofrendo risco se o autor criminal fica solto (CAPEZ, 2012).

E relação à sua conceituação, Mirabete (2003) pontua que, este tipo de prisão em contexto estrito, torna-se a medida cautelar, possuindo em sua constituição a privação de liberdade da pessoa acusada e com decreto pelo juiz no processo do inquérito ou instrução criminalista, com a existência de pressupostos legais para a asseguaração dos interesses socialistas de segurança.

Mirabete (2003) ainda pontua que, tem consideração como um mal necessário, pois acaba suprimindo a liberdade da pessoa acusada antes mesmo de uma sentença de condenação com trânsito em julgado, mas é possuínte do intuito de garantir a ordem pública, preservando a instrução crimina a fiel execução penal. Apenas tem justificativa em



situações em especificidade, nos casos especiais onde a custódia provisória não seja dispensável e haja perigo na liberdade do acusado.

Nucci (2013) afirma que este tipo de prisão se torna uma medida de cautela que priva a liberdade e que é possuído do intuito da assecuração do intuito útil do processo criminalista, seja em relação a instrução ou a segurança pública e aplicação da lei.

Já para Marcão (2012), esse tipo de prisão é considerado uma modalidade de prisão cautelar de caráter processualista, decorrendo da decisão judicial, podendo ter seu decreto em qualquer que seja etapa da investigação criminal ou do processo penal, e mesmo no momento da decisão de pronúncia ou da sentença penal de condenação, desde que tenha presença os requisitos legais. À luz da reforma do Código de Processo Penal, após a Lei nº. 13.964/19, firmou-se o entendimento de que é vedado a decretação de medidas cautelares, inclusive a prisão, pelo juiz de ofício, tanto na fase investigatória, como na fase processual (Brasileiro, 2020).

Assim, a prisão preventiva por ser considerada uma medida em exceção, com imposição apenas em última instância, precisa ter interpretação de forma restritiva para sua compatibilização com o princípio da presunção de inocência, pois, o estigma do encarceramento da cautela é por demais deletérios à figura do infrator (TÁVORA E ALENCAR, 2011).

### **2.1.1 Hipóteses de Cabimento**

A decretação da prisão preventiva depende da demonstração da presença do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, consoante disposto na parte final do art. 312 do CPP: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (Brasileiro, 2020). A presença relacionada com os pressupostos voltados à prisão preventiva torna-se uma condição fundamental, mas não tem suficiência para decretar a prisão preventiva. Precisam estar presentes as hipóteses de cabimento que fazem a definição das circunstâncias e crimes que há a possibilidade do cerceamento da liberdade, no intuito de causar impedimento que a medida em deferimento tenha maior gravidade e intensidade que a pena a ter aplicação na ação penal no final do processo (OLIVEIRA, 2011). Para que a prisão preventiva seja decretada, não é necessário que o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado esteja evidenciado com a presença concomitante de todas as hipóteses do art. 312 do CPP.

A temática tem ainda regulação no artigo 313 do Código de Processo Penal. O texto em expressividade no artigo 313, inciso I, não acaba fazendo nenhuma distinção perante crime apenado com reclusão e detenção, somente faz a adoção com parâmetro pena

máxima do delito, de maneira que apenas torna-se com cabimento a prisão preventiva nos crimes dolosos, e desde que a pena máxima do delito tenha superioridade a 4 anos.

O conteúdo com incerteza no presente inciso, não fazendo admissão da decretação da prisão preventiva em crimes dolosos, onde a pena cominada tenha inferioridade ou igual a 4 anos, acaba sendo vista pela parte doutrinária como correta, sendo que encontra uma perfeita harmonia com o artigo 33, inciso I, do CP, que faz a previsão de substituir a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos para crimes com pena até esse contexto. Para Giacomolli (2013), ser processado preso e ser colocado em liberdade após a condenação torna-se uma situação com incongruência.

Além disso, acabam surgindo várias outras medidas para o cárcere, previstas no artigo 319 do CPP, com destinação para atendimento das vastas infrações penais com menor relevância. De maneira igualitária, é afastado o cabimento da prisão preventiva para os crimes de culpa e para as contravenções penais, ainda que com presença nos pressupostos presentes no artigo 312 do CPP, pois existe um juízo prévio de proporcionalidade, com emissão através do legislador, pela falta de adequação e necessidade da prisão nestes casos (NUCCI, 2013). Importante também considerar a novidade trazida pela Lei nº. 13.964/19 ao inserir no parágrafo 2º do artigo 312 o princípio da atualidade, já que a prisão deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (Brasileiro, 2020).

Relacionado ao inciso II, é preciso ter entendimento que, a decretação da preventiva apenas terá autorização quando o réu acabar sendo reincidente em crime doloso, ou seja, condenado em um primeiro momento por crime doloso, tornando-se a ser apenados por outro crime doloso, desde que a primeira condenação não tenha experimentação do período de 5 anos, de acordo disposto no artigo 64, inciso I, do CPP. Essa hipótese torna-se uma exceção à regra do inciso I, sendo que, ao reincidir o crime doloso, a pena com previsão para esse tipo de delito poderá ter igualdade ou inferioridade a 4 anos. Assim, a reincidência precisa ser dolosa, não fazendo admissão da reincidência para os fins de decretar a preventiva, quando ter envolvimento crime culposos (MENDONÇA, 2011).

Com relação ao inciso III, este faz previsão da possibilidade de decretar a prisão preventiva para os crimes que acabarem envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa possuínte de deficiência, no intuito da asseguarção que seja executada as medidas de proteção de urgência. Este inciso também excepciona a regra geral presente no inciso I, o que permite que seja decretada a prisão preventiva mesmo que a infração seja possuínte de pena máxima em igualdade ou inferioridade a 4 anos. Entretanto, não é uma exceção relacionada com a necessidade de se tratar de crime doloso (TÁVORA E ALENCAR, 2011).

O intuito do dispositivo com inserção no inciso III é a proteção dos hipossuficientes no contexto familiar de maneira sem restrição à mulher. Todavia, porque as medidas protetivas acabaram não sendo suficientes ou não adequadas, principalmente em detrimento do risco de seu descumprimento, haverá a possibilidade de decretar a prisão preventiva (TÁVORA E ALENCAR, 2011). No entanto, para alguns doutrinadores, o inciso III deve ser lido em conjunto com o teor do caput do art. 313 do CPP, que expressamente faz menção aos termos do artigo 312 do Código. Isso significa que mesmo nos casos de violência doméstica, a decretação da prisão preventiva também está condicionada à demonstração da necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (Brasileiro, 2020).

No parágrafo primeiro do artigo 313, é criada uma nova hipótese relacionada com a prisão preventiva, relacionada ao indiciado ou réu, onde identidade civil acabar sendo duvidosa e não ter a existência de elementos para seu esclarecimento, entretanto a prisão faz cessação de seus efeitos no momento que a dúvida for sanada: “§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

Como a lei não acaba fazendo distinção, cabe a prisão preventiva nessa hipótese em caso de crime doloso ou culposo. Isto devido ao fato que, caso a pessoa se recuse a fazer sua identificação perante a autoridade policial, poderá prejudicar a própria aplicação da lei penal. Caso não tem conhecimento do nome ou ainda da quantificação civil, acabará ficando quase que sem viabilidade o processo (BRASILEIRO, 2020).

Vale destacar que, a prisão preventiva nas hipóteses da não identificação apenas precisará ter seu decreto caso não exista outras medidas com menor gravidade com a capacidade de sanar a dúvida, em atenção ao princípio da excepcionalidade e da proporcionalidade. Com isso, caso a condução coercitiva do réu e a identificação criminal ou datiloscópica já tiverem suficiência para a identificação do réu, não terá necessidade a prisão (MENDONÇA, 2011).

Assim, é verificado que, sem preencher os pressupostos relacionados com a tutela cautelar e com ausência da devida comprovação de seu cabimento no processo, despido acabará estando da natureza da instrumentalidade da prisão preventiva, com a consequente afronta ao princípio da presunção de inocência caso tenha decreto.

## **2.2 Presunção de Inocência**

A presunção acaba vindo do latim *praesumptio*, onde a verbalização é *praesumere*, que tem em seu significado tomar antes ou por primeiro, prever, imaginar de forma prévia (CRETELA JUNIOR E CINTRA, 1944). Assim, faz indicação ser a presunção uma maneira de se tomar, de maneira em antecipação, algo que ainda não teve ocorrência ou que é esperado que ocorra.

Já inocência também provem do latim, *innocentia*, onde sua significação é de forma original com ligação as práticas religiosas. A inocência, na área canônica, era uma qualidade com atribuição para aquele que nunca cometeu pecado, que nunca acabou transgredindo as regras da divindade (BENTO, 2007).

Na laicização com pregação no racionalismo iluminista, a terminologia, entretanto, se desvencilhou de sua concepção religiosa e teve inserção no contexto filosófico de um estado ideal a ter conferência ao cidadão (COSTA, 1989).

De forma racional, não é possível tomar, a priori, alguém como culpado perante um fato, sem que antes existisse uma certeza de seu cometimento, empunhando uma necessidade de provas para demonstrar a culpa. A terminologia inocência, com isso, acabou se despidendo de todo o conteúdo da religiosidade para, assim, ter utilização num contexto racional, baseado nos ideais iluministas (BECHARA, 2005). No séc. XVIII, Cesar Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, afirmou que "um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada".

A preceituação primária dispõe em um mandamento de ordem geral. Se trata da presunção de inocência em si: toda pessoa tem consideração inocente por sua natureza. Assim, é uma característica que tem aplicação a toda pessoa (BENTO, 2007).

A segunda preceituação, faz ligação ao preceito primário através de uma preposição, com indicação da existência de uma excepcionalidade com a capacidade de subverter a ideia original de que a pessoa é de forma natural inocente. Com presença essa circunstância, e apenas após sua superveniência, a pessoa acaba passando a ter reconhecimento com culpa (BENTO, 2007).

Em conjunto, a preceituação primária e a secundária acabam formando o enunciado do princípio da presunção de inocência, e assim, faz informação dos elementos de sua composição, formando seu conteúdo fundamental de 3 elementos:

- 1) Toda pessoa acusada tem presunção de inocência, devido ao fato que, assim o nasce;
- 2) O ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa. Não existem motivos para a pessoa acusada provar um estado naturalista que já teve presunção. Incumbe à

defesa, somente ter seu posicionamento contra as provas com produção pela acusação;

- 3) O estado de inocência apenas poderá ter alteração através da declaração do Estado. No Brasil por sentença;

Relacionado com elementos que formam o conteúdo fundamental do princípio, Machado (2005) pontua que, pelo vetor racional com empreendimento pelo iluminismo na expressão “presunção de inocência”, é asseverado a certeza de que a maior parte dos homens é honesta e não criminosa, e que a reconstrução probatória acaba atingindo apenas o provável, nunca a perfeição.

Assim, tendo remanescendo a dúvida perante o cometimento ou não do ato criminal, o razoável é a manutenção do estado de inocência da pessoa, não fazendo o reconhecimento de sua culpa, sendo uma exceção à regra. É nascido então o provérbio de que qualquer um tem presunção boa, até seja provado o contrário, e o ônus da prova, por esta observação da regra dos acontecimentos humanos, já ficava relegado à acusação.

Mesmo que a expressão *in dubio pro reo* não tenha consideração como sinônimo do princípio da presunção de inocência, é preciso fazer destaque que, sua primeira aparição pode ter verificação desde o direito romano. Já a presunção de inocência acaba figurando como um dos princípios fundamentais da revolução iluminista do século XVIII (GOMES FILHO, 1991).

Com consagração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1789, com previsão no artigo 9º: toda pessoa tendo presunção de inocência até que tenha tido declaração com culpa, se julgar-se fundamental sua detenção, todo rigor que não tiver necessidade para a garantia de sua detenção precisa ser de forma severa com repressão em lei (BRASILEIRO, 2020).

A presunção de inocência acabou sendo uma das principais conquistas relacionadas com a revolução com o sistema de repressão do antigo regime. Antes disso, cabia a pessoa acusada a demonstração de sua inocência e de forma frequente a tortura acabava figurando como maneira de se extirpar uma confissão. A lógica do sistema pré-revolucionários fazia a transformação dos atos de instrução em punição antecipada do acusado (DELMATO JUNIOR, 2001).

De toda maneira, mesmo com o extremo rigor de repressão do antigo regime, a criminalidade teve crescimento na mesma proporção do desenvolvimento proporcionado através da Revolução Industrial. Com isso, os iluministas acabaram respondendo as exigências socialistas com teorias com foco no direito da pessoa e essas partiam da

constatação do elemento de que ao processo criminalista possuem submissão culpados como inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível absolver um culpa à condenar um inocente (CABRAL, 2006).

No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Com a Constituição ele passou a estar expresso no inciso LVII do art. 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Com estabelecimento da ideia de que a presunção de inocência trata-se de um princípio, e tendo definição de seu conteúdo fundamental, outra não é a conclusão a que é chegado perante sua função senão a de ter serventia de base à forma da compreensão, administração e construção de um sistema processualista penal para o qual a pessoa, já no começo da persecução penal, tem inocência e com isso precisa ter consideração e tratamento até que o judiciário possua a certeza e faça a declaração de maneira definitiva a sua culpa, baseado na conjuntura probatória mínima e lícita (BECHARA, 2005).

Sua amplitude na extensão e incidência, acaba fazendo com que ela tenha relação de forma direta ou indireta, com cada ponto do sistema, ideário que faz informação e orientação de formar e aplicar todos os atos da persecução penal, sendo que, uma pessoa, todavia terá submissão à constrição do Estado desde o primeiro ato persecutório até sua conclusão em definição e ainda em contexto revisional (FREITAS, 2004).

Com isso, a presunção de inocência faz orientação e direcionamento de toda a conformação legal do sistema jurídico do Estado que a recebe, fazendo representação da ideia síntese da área criminalista, que advém da intersecção com formação através dos princípios de igualdade, respeitando a dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito (FREITAS, 2004).

### **2.3 Prisão Preventiva e a Presunção de Inocência**

Como foi possível ver, parece bem claro que a presunção de inocência, especialmente após acabar assumindo um contexto constitucionalista, tem relação de forma direta com a prisão preventiva.

Com isso, a decreto da prisão preventiva, onde a previsão não seria admissível em uma interpretação mais radicalista do princípio da presunção de inocência, precisa ter obediência a critérios de forma extrema com rigorosidade situando-se como medida de forma absoluta excepcional, levando em consideração as consequências que uma medida cautelar poderá acabar provocando.



Perante a ótica da presunção de inocência não são concebíveis nenhuma forma de medidas cautelares que tenham implicação na execução em antecipação da pena ou que acabem equiparando o imputado à condição de culpado, mesmo que isso não se faça de forma em expressividade.

### **2.3.1 Cautela Instrumental**

O magistrado tem a possibilidade de abrir mão da prisão preventiva para realizar impedimento que o acusado mantido em liberdade acabe se furtando do comparecimento aos atos instrutórios essenciais para o trâmite do processo, assim como quando faça tentativas da destruição de provas, faça ameaça a testemunhas ou ainda, qualquer maneira de perturbação do regular desenvolvimento do processo. Quando a medida cautelar tem seu decreto para evitar as ações com descrição anteriormente, é dado o nome de cautela instrumental.

Em um primeiro momento, a prisão preventiva de natureza instrumental não acaba ferindo a presunção de inocência, pois não é representante de punição em antecipação. Entretanto, em diversos casos há uma real identificação perante o acusado e o culpado, pois o temor de que o réu fará a obstrução do bom trâmite do processo, mostra que esse não é mais visto através do órgão julgados com inocência (GOMES FILHO, 1991).

Da mesma maneira, há questões problemáticas e com contradição em relação a cautela instrumental, perante o prisma do processo penal de garantia. Em primeiro momento, nada faz garantias que o encarceramento da pessoa acusada fará impedimentos que esse não faça a criação de obstáculos para o processo, fazendo a intimidação das testemunhas e a destruição de provas partindo de terceiros, com isso, de nada acabaria adiantando o sacrifício da liberdade do réu, sendo mais eficiente a cogitação de outras formas para a asseguarção da segurança das provas e testemunhas (GOMES FILHO, 1991).

Assim, o encarceramento do réu no trâmite processual é representante de uma clara restrição ao direito de defesa e igualdade processualista, pois para a garantia da produção de provas de acusação, é limitado a possibilidade de a defesa buscar provas para sua inocência. Nesse contexto, a excepcionalidade da medida precisa se tornar critério de harmonia, além da exigência não declinável de um eficaz contraditório.

### **2.3.2 Cautela Final**

O magistrado pode decretar a prisão de forma preventiva o acusado para asseguarção que seja aplicada a lei penal. Isto é, como o Estado faz reconhecimento da própria não capacidade de cumprimento com as consequências relacionadas com as decisões por si proferidas, foi criada essa possibilidade de detenção preventiva, revelando

uma adesão quanto as concepções absolutas da pena, sem vínculo de conotações utilitárias (GOMES FILHO, 1991).

De outro lado, o decreto da custódia preventiva para a garantia de um dos possíveis resultados relacionados ao processo, não faz ofensa em um primeiro momento, o princípio da presunção de inocência, pois não existe uma identificação perante acusado e culpado, sendo que até mesmo a pessoa inocente poderá acabar fugindo para evitar uma eventual condenação não justa (CAMARA, 1997).

Assim, se trata do cuidado para uma avaliação com maior rigor da necessidade de aplicar a medida. Os indícios voltados a culpabilidade assim como da provável aplicação de uma pena de detenção, de acordo com os princípios de proporcionalidade, necessidade e adequação, precisam ter consistência e desfavor da pessoa acusada (TOURINHO FILHO, 2001).

### **2.3.3 A Lei dos Crimes Hediondos**

Devido à grande escalada da criminalidade, com exploração de forma sucessiva e sem responsabilidade pela mídia sensacionalista, aos clamores socialistas que acabam concebendo o delito como o auge da não satisfação humana, percebendo o Direito Penal como única medicação de emergência satisfatória, o legislador fez a edição na década de 90, a lei que faz disposição perante os crimes hediondos. Entre outras providências, faz previsão essencialmente que não possuem fiança e não são suscetíveis de graça, anistia e liberdade provisória crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os crimes com definição de hediondos.

Devido ao caos e a violência nas cidades, o legislador acabou ignorando a problemática voltada aos direitos e garantias individualistas, sufocou a história relacionada aos avanços da democracia da legislação infraconstitucional e acabou transcendendo os autorizativos constitucionalistas para se imiscuir em terreno em proibição. A crítica relacionada ao diploma tem sua tradução uníssona partindo da doutrina, de maneira que Tourinho Filho (2001) teve pronunciamento, pontuando que, uma leitura de todo o diploma legal demonstra em evidência que, as pessoas com responsabilidade por elaboram não tinham preparo.

Tem evidência que, o texto da denominada lei faz violações no princípio da presunção de inocência. A não possibilidade da liberdade provisória, medida que acaba colocando a pessoa acusada em custódia durante o trâmite do processo, é certo que faz colisão com o estado de inocência, pois tem implicações em cumprir de forma antecipatória a pena e equiparação da pessoa acusada à condição de culpa.

Fazendo uma suposição que há indícios com veemência de inocência da pessoa acusada e tem a manifestação da colaboração do réu com o bom trâmite do processo, em relação a esses elementos, a pessoa acusada precisará acabar respondendo em cárcere a todo o trâmite, devido a previsão legal (BATISTI, 2009, p.112).

O grande engano que foi cometido através do legislador em elaborar a lei de crimes hediondos foi o esquecimento que não é lançado mão de legislação infraconstitucionalista que faça a imposição, de forma abstrata, medidas de restrição da liberdade, fazendo a retirada do juiz o poder da jurisdição com aplicação em caso concreto. Nesse contexto, a legislação do processo penal não deve fazer a restrição dos bens jurídicos, a não ser quando de forma absoluta de fundamental. Para evitar que as presunções e banalizações acabem provocando situações jurídicas absurdas, é preciso a permissão que o magistrado, perante ao caso concreto, faça a análise e o impedimento que em nome de uma presunção falha tenha o sacrifício dos bens jurídicos.

O Supremo Tribunal de Justiça fez apreciação em caso em especificidade a não possibilidade do mantimento em custódia provisória a pessoa acusada de forma exclusiva pelo delito ter configuração de crime hediondo. A segregação provisória não tem justificativa de forma única pelo fato imputado ter sido elencado como crime hediondo, fundamental que tenha presença os pressupostos que autorizam a prisão preventiva.

Com isso, tem evidência a violação da presunção de inocência com causa através da redação da presente lei. A proibição de liberdade provisória, com ausência dos requisitos cautelares da prisão preventiva, com base nas hipóteses taxativas da lei, hipóteses com fixação com plano em critério de gravidade do delito através do legislador, não acabam deixando nenhuma dúvida que tenha desprezo a garantia constitucionalista da presunção de inocência em prol de uma norma de emergência que solapa os direitos individualistas da pessoa.

#### **2.3.4 O Estatuto do Desarmamento**

Relacionada as outras inconstitucionalidades que acabam permeiam o contexto relacionado com o estatuto do desarmamento, ao se tratar tema objeto de estudo do presente trabalho, fala-se na previsão que foi trazida através do estatuto no art. 21, tornando não suscetíveis de liberdade provisórias os crimes com descrição nos arts. 16, 17 e 18 do referido diploma.

Pelos mesmos motivos já tratados anteriormente, tem evidência que essa prisão faz ofensa ao estado de inocência com previsão na Carta Magna do país.

Não é possível fazer a admissão da alteração de uma previsão legal que venha a comprometer de forma direta as garantias do indivíduo na determinação que a pessoa acusada acabará respondendo, independente das circunstâncias, em custódia o trâmite de todo o processo. O legislador que faz previsão desse absurdo, de forma certa não conhece as condições do sistema carcerário do país, que da mesma forma como as delegacias, acabam apresentando condições subumanas (GIACOMOLLI, 2013, p.99).

O juízo perante a custódia cautelar faz ultrapassagem dos critérios de gravidade ou de forma taxativa certos delitos. Sem uma fundamentação com base nos princípios da proporcionalidade, adequação, e acima de tudo, necessidade não existe como a admissão de uma prisão preventiva. E assim o faz esse diploma legal, que permite que a pessoa acusada tenha tratamento como culpado antes que o processo tenha seu deslinde de condenação que faz determinação de culpa ao réu.

### **2.3.5 A Reparação da Prisão Cautelar Injusta**

Tem evidência que o tempo que foi transcorrido em detenção não pode ter compensação de maneira alguma, entretanto, o patrimônio torna-se passível de ser restaurado.

Quando a prisão preventiva ter configuração em evidência de erro judiciário em constatação que tratou-se de medida não legal ou injusta, é certo que caberá seu ressarcimento de indenização. Entretanto, em diversos casos a absolvição não faz a indicação de que a prisão cautelar acabou sendo errônea; as medidas cautelares possuem decreto baseado em juízos prováveis e não de certeza, além do que o julgamento definitivo posterior pode ter realização contando com outras provas que vierem a surgido após o decreto de custódia, ou do contrário, diante do desaparecimento dos elementos que tiveram serventia para a decisão cautelar.

De toda maneira, perante a égide do estado de inocência, e em conjuntura com a disposição do artigo 5º, LXXV 89 da CF 88, todas as hipóteses de prisão cautelar seguidas de absolvição precisariam ter reparação, pois é preciso levar em consideração o dano que foi sofrido pelo réu, onde sua inocência o próprio Estado fez reconhecimento.

## **3. CONCLUSÃO**

Como foi possível ver, é na análise crítica que o estudo precisa ter seu foco, evitando que a manualística tenha predominância e a utilização de medidas cautelares como é o caso da prisão preventiva tenha multiplicação como maneira de expressão de um Direito

Penal do inimigo, fazendo atropelo às garantias e fazendo a exclusão daqueles que acabam se enquadrando na visão quase nazista de ameaça à ordem pública.

A conclusão com maior relevância que é possível tirar, é relacionada ao rigor e o comprometimento com os critérios justos e adequados para o decreto de uma prisão preventiva. Por esse motivo, a análise, além de outras garantias, precisa ter realização à luz da presunção de inocência.

Com soma a isso, não se deve deixar em esquecimento que, a solução para os problemas que são ocasionados pela violência não se encontra no inchaço do sistema penal com causa através da produção de normas em emergência que deixam de lado as garantias, mas sim nas políticas sociais que venham a colocar o “outro”, o elemento com consideração perigoso dentro do sistema. Assim, o mesmo sistema de poder que faz a fabricação da pobreza é o que faz a declaração de guerra sem um quartel aos não preparados que acaba gerando.

Por fim, é possível dizer que a prisão preventiva precisa estar pautada nas garantias com previsão na Constituição e nos seus princípios. O magistrado precisará ter sua atuação como um real guardião da Carta Magna, encarando o princípio da presunção de inocência como garantia eficaz para tratar o acusado. Toda prisão preventiva que violações na presunção de inocência e que não tenha decreto por exigências cautelares absolutas não terá legitimidade.

As leis devem ser criadas pelo Poder Legislativo, de modo que, o Poder Judiciário tem o dever de julgar e aplicar a lei consoante está prevista no ordenamento jurídico, devendo respeitar o princípio da presunção de inocência, princípio do in dubio pro réu, devido processo legal, do contraditório e ampla defesa. Sendo assim, a decisão das ADCs 43, 44 e 54 pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que entenderam como violação à Constituição Federal a prisão de um cidadão antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória foi uma vitória para um país democrático de Direito, no qual deve respeitar os direitos e garantias de qualquer cidadão.

## REFERÊNCIAS

BASTISTI, Leonir. **Presunção de Inocência. Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituição do Brasil e Portugal**: Curitiba. Pr. Juruá. 2009.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASILEIRO de Lima, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

CABRAL, Karina Melissa, **Prisão preventiva: um mal necessário**, in: Revista dos Tribunais, nº 844, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, ano 95.

CÂMARA, Luiz Antônio, **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**, Curitiba: Juruá, 1997.

CARDOSO, Rosa Maria, **O caráter retórico do princípio da legalidade**, Porto Alegre: Síntese, 1979.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. **Enciclopédia Saraiva de Direito**, V.71, São Paulo: Saraiva, 1944.

COSTA, José Armando da. **Estrutura jurídica da liberdade provisória**. São Paulo: Saraiva, 1989

DELMANTO JUNIOR, Roberto, **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal Constitucional**. 4.ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LIMA, Camila Eltz de, **A “garantia da ordem pública” como fundamento da prisão preventiva: (in)constitucionalidade à luz do garantismo penal in: Revista de Estudos Criminais, nº 11**, Porto Alegre: Notadez, 2003, ano 3, p. 148-161.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antonio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2005



MAIER, Julio **Derecho Procesal Penal.Tomo I: Fundamentos**. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETTO, José Laurindo de, **Processo penal: sistemas e princípios**, Curitiba: Juruá, 2003

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 577.

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RUIZ, J. A. **Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos**. São Paulo (SP): Atlas; 1992.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 2001.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

## **A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SUA EFICÁCIA NO ATUAL QUADRO POLÍTICO BRASILEIRO**

**SERGIO BAPTISTA PEREIRA DE ALMEIDA FILHO<sup>45</sup>:**

Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e estudante do Mestrado em Direito Civil Comparado, na mesma instituição.

**RESUMO:** O presente artigo apresentará um panorama sobre o grau de importância e os benefícios que uma política bem conduzida da garantia de liberdade econômica pode obter em uma sociedade, realizando-se um paralelo com os conceitos e diretrizes trazidos pela Lei 13.874/2019 e como a sua aplicação prática não desempenhou o resultado que era esperado em 2 (dois) anos de vigência.

**Palavras-chave:** Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019, Geração de Riqueza, Empreendedorismo

**ABSTRACT:** This article will present an overview of the importance and the benefits that a well-conducted policy of guaranteeing economic freedom can obtain in a society, following a parallel with the concepts and guidelines taken by the Law 13.874/2019 and how its practical application did not produce the results that was expected in 2 (two) years of effectiveness.

**Keywords:** Economic Freedom, Law 13.874/2019, Wealth Generation, Entrepreneurship,

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo trazer um panorama da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), uma das promessas do Governo Federal para alavancar a economia do Brasil e aumentar o grau de empreendedorismo da população, desburocratizando o sistema econômica e aumentando a liberdade de negociações dos particulares.

Para cumprir este objetivo, primeiramente será traçada uma visão acerca do conceito de liberdade econômica e como a sua aplicação afeta o sistema econômica de diferentes países, partindo da análise de dados empíricos.

Cumprida esta etapa, traçar-se-á um retrato da Lei 13.874/2019, o contexto de sua criação, quais eram os objetivos almejados por seus idealizadores e, a partir de então, far-

---

<sup>45</sup>Contato: e-mail: sbpalmeidaf@gmail.com.

se-á uma análise crítica dos principais pontos abordados pela lei e o impacto de tais pontos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, tem-se como objetivo observar, através de comparações com o contexto internacional, de outras nações que adotam políticas de liberdade econômica, em que posição o Brasil se encontra antes e depois da vigência da Lei da Liberdade Econômica e o quais efeitos surtiram para o desenvolvimento das empresas dentro do mercado econômico, passados dois de sua vigência.

A metodologia utilizada para se aduzir as conclusões alcançadas foi principalmente o método dedutivo e comparativo, no qual, primeiramente, foi abordada uma análise ampla sobre o conceito de liberdade econômica para, em seguida, comparar os conceitos a que se chegou com a aplicação prática da Lei de Liberdade Econômica no contexto brasileiro.

A bibliografia utilizada para elaboração da primeira parte deste artigo foi a análise dos mais conhecidos autores referência no âmbito internacional na área de direito econômico.

Para a segunda parte do artigo, a parte comparativo, postou-se da análise de diversos estudos realizados pelo Governo Federal à época da tramitação da MP 881/2019, que deu origem à Lei 13.876/2019, além dos dados obtidos através do estudo divulgado pela The Heritage Foundation acerca do índice de desenvolvimento econômico de diferentes países.

## **2.O QUE É LIBERDADE ECONÔMICA E QUAL A SUA IMPORTÂNCIA**

A liberdade econômica se define como uma situação em que as pessoas de uma sociedade desempenhando um papel de agente econômico - podem escolher como usar o recurso de que dispõem - seja natural ou físico ou intangível como sua força de trabalho ou sua força de empreendedorismo, de sua propriedade - sem ter de se sujeitar à qualquer compulsão ou coerção de outro agente, seja privado ou do estado, não baseada em lei criada de maneira legal e socialmente reconhecida como tal (Mises Brasil).

Veja, portanto que, sem levar em consideração o pensamento utópico de uma sociedade totalmente estruturada de forma livre na esfera econômica, ou seja, aquela sociedade onde o Estado é quase nulo e toda a economia é autorregulada pela iniciativa privada, a liberdade econômica será um fim almejado pela sociedades com base capitalista com o fim de aumentar a produtividade de seu país e o desenvolvimento de sua população.

Para desenvolver a liberdade econômica, portanto, deve-se diminuir a força do Estado de modo que a sua intervenção apenas ocorra quando for estritamente necessária,

e a ponto de não anular a atuação dos particulares, uma vez que estes tornam-se os protagonistas da atividade financeira de um país.

Há fortes indícios de que o caminho para uma maior liberdade econômica alcança fortes benefícios à economia, à população e à sociedade como um todo.

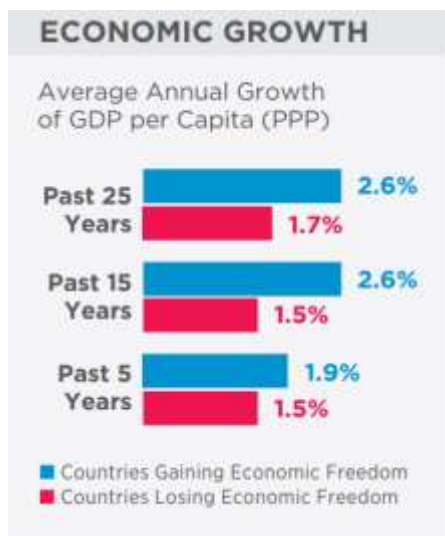
Segundo Murray N. Rothbard:

O livre mercado e o livre sistema de preços fazem com que bens de todo o mundo estejam disponíveis para o consumidor. O livre mercado também dá a maior liberdade de ação possível aos empreendedores, que arriscam capital para alocar recursos de maneira a satisfazer os desejos futuros da massa de consumidores da maneira mais eficiente possível. Poupança e investimento podem então desenvolver bens de capital e aumentar a produtividade e os salários dos trabalhadores, aumentando assim seu padrão de vida. O mercado livre e competitivo também recompensa e estimula a inovação tecnológica, o que permite ao inovador ter uma pequena vantagem na corrida para satisfazer os desejos do consumidor de maneiras novas e criativas (MISES BRASIL).

Vamos conferir alguns aspectos empíricos que fazem uma sociedade almejar maior liberdade econômica em seu sistema financeiro.

## 2.1 LIBERDADE ECONÔMICA E GERAÇÃO DE RIQUEZA

Gráfico 1 — Liberdade Econômica e Geração de Riqueza



Fonte: Miller, Kim e Roberts (2018).

Neste primeiro gráfico apresentado verificamos as as taxas de crescimento médio anual do PIB per capita em três recortes temporais, nos últimos 5 (curto prazo), 15 (médio prazo) e 25 anos (longo prazo).

Cada um dos três grupos possui duas colunas referentes à divisão das nações em agrupamentos tendo como referência a melhora no nível de liberdade econômica (primeiro grupo, em azul) e aqueles países com piora do nível de liberdade econômica (segundo grupo, em vermelho).

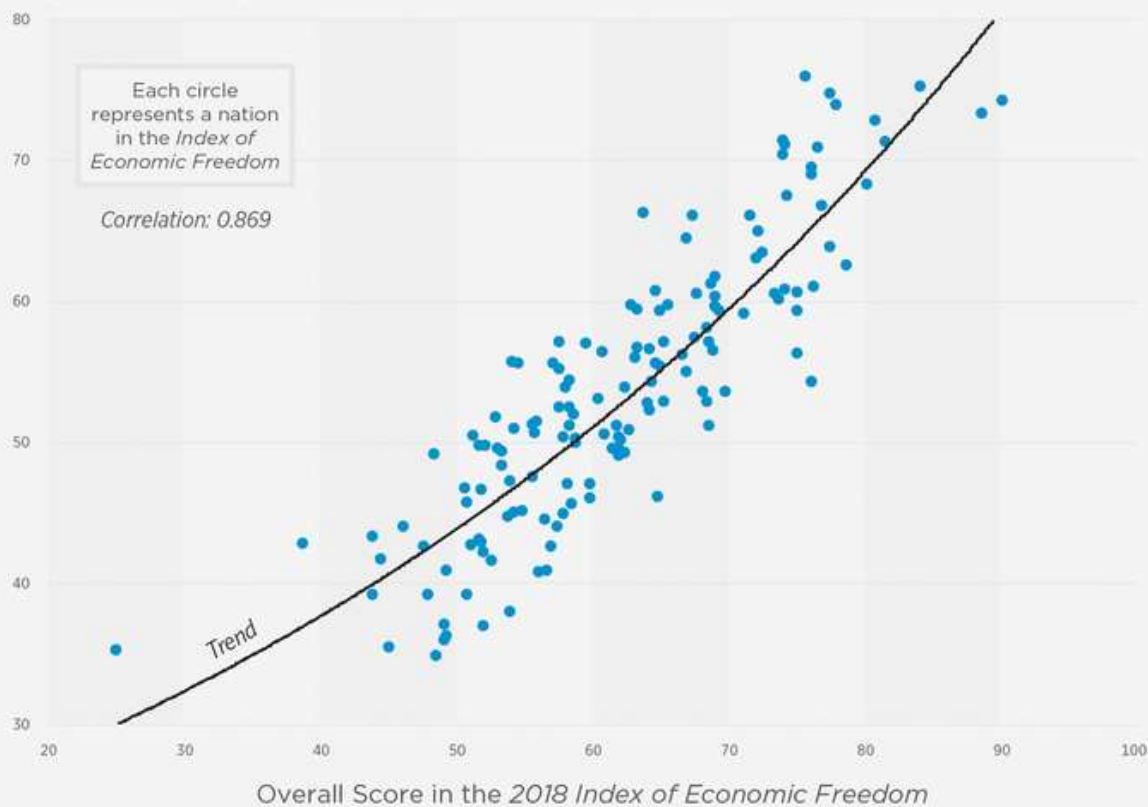
Evidencia-se, assim, a ligação existente entre o grau de liberdade econômica de um país e a capacidade de geração de riqueza para a população (Uliano).

## 2.2 LIBERDADE ECONÔMICA E EMPREENDEDORISMO

Gráfico 2 — liberdade econômica e empreendedorismo

## ECONOMIC FREEDOM AND ENTREPRENEURIAL DYNAMISM

*Legatum Prosperity Index's Business Environment Pillar Score*



**NOTE:** Represented are the 146 countries that are in both the 2018 *Index of Economic Freedom* and the *Legatum Prosperity Index 2016*.

**SOURCES:** Terry Miller, Anthony B. Kim, and James M. Roberts, *2018 Index of Economic Freedom* (Washington: The Heritage Foundation, 2018), <http://www.heritage.org/index>, and Legatum Institute Foundation, *The Legatum Prosperity Index 2016*, <http://www.prosperity.com/rankings> (accessed November 21, 2017).

Chart 1  heritage.org

Fonte: Miller, Kim e Roberts (2018).

Neste segundo gráfico, verificamos que cada pontinho azul, representando os países analisados, à medida que se distancia para a esquerda do gráfico, maior o grau de liberdade econômica, enquanto que à medida que distancia da base, melhor as condições referentes ao “ambiente econômico” que propiciando um melhor índice de empreendedorismo.

A linha de tendência diagonal ascendente confirma a conexão entre liberdade econômica e um melhor ambiente empreendedor (Uliano).

Deste modo, um melhor ambiente empreendedor irá fortalecer o desenvolvimento de um país, conforme nos ensina João Gobira:



O empreendedorismo é uma atividade que contribui de inúmeras formas para o desenvolvimento de um país. Além de gerar mais empregos formais, o empreendedorismo ajuda a desenvolver novas tecnologias e a criar produtos e serviços de valor para o mercado de consumo (GOBIRA, 2021).

Ao lado da distribuição de renda, da alfabetização e outros critérios de avaliação de geração de riqueza como o PIB (Produto Interno Bruto), o estímulo do desenvolvimento tecnológico é um dos pilares que sustentam os países desenvolvidos (GOBIRA, 2021).

Ainda, na opinião de André Borges Uliano:

Em países com pouca burocracia, máquina estatal enxuta, forte império da lei e reduzidos graus de corrupção só há uma forma de atingir seus objetivos econômicos: servindo às demais pessoas por meio da colocação no mercado de bens e produtos que elas queiram adquirir, ao preço mais razoável possível, a fim de conquistar clientes. Ou seja: em questões econômicas, a chave do sucesso em locais com liberdade é o empreendedorismo (ULIANO).

Além do empreendedorismo, outro ponto essencial que determina o desenvolvimento de uma sociedade é o seu grau de inovação.

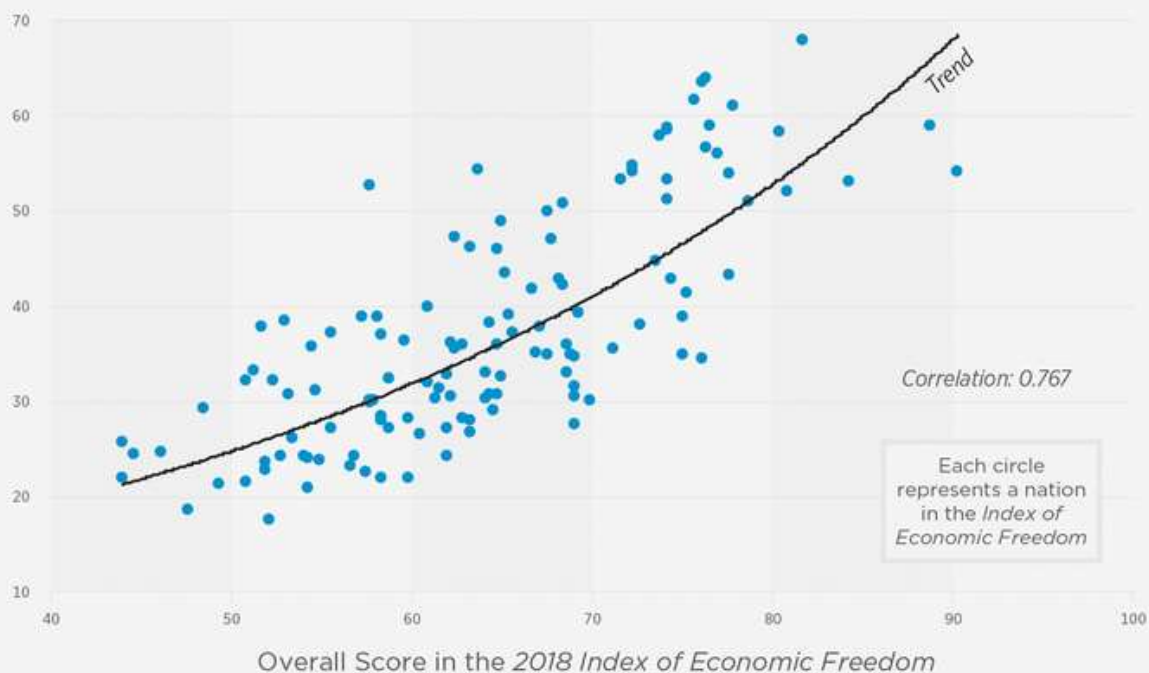
No gráfico abaixo, é possível conferir na coluna da direita para a esquerda o grau de liberdade econômica de cada país analisado (pontinho azul representado no gráfico), enquanto que de baixo para em cima irá demonstrar o maior de grau de inovação dos mesmos países, de acordo com nota atribuída pelo Global Innovation Index organizado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, Cornell University e Escola Mundial de Negócios (Uliano).

Assim, a linha diagonal comprova que, quanto maior a liberdade econômica de um país, maior o índice de inovação de sua população (Uliano).

Gráfico 3 — liberdade econômica e inovação

## ECONOMIC FREEDOM AND INNOVATION

Global Innovation Index Score



**NOTE:** Represented are the 126 countries that are in both the 2018 Index of Economic Freedom and the 2017 Global Innovation Index.

**SOURCES:** Terry Miller, Anthony B. Kim, and James M. Roberts, *2018 Index of Economic Freedom* (Washington: The Heritage Foundation, 2018), <http://www.heritage.org/index>, and Cornell University, INSEAD, and the World Intellectual Property Organization, *The Global Innovation Index 2017*, <https://www.globalinnovationindex.org/gii-2017-report> (accessed November 17, 2017).

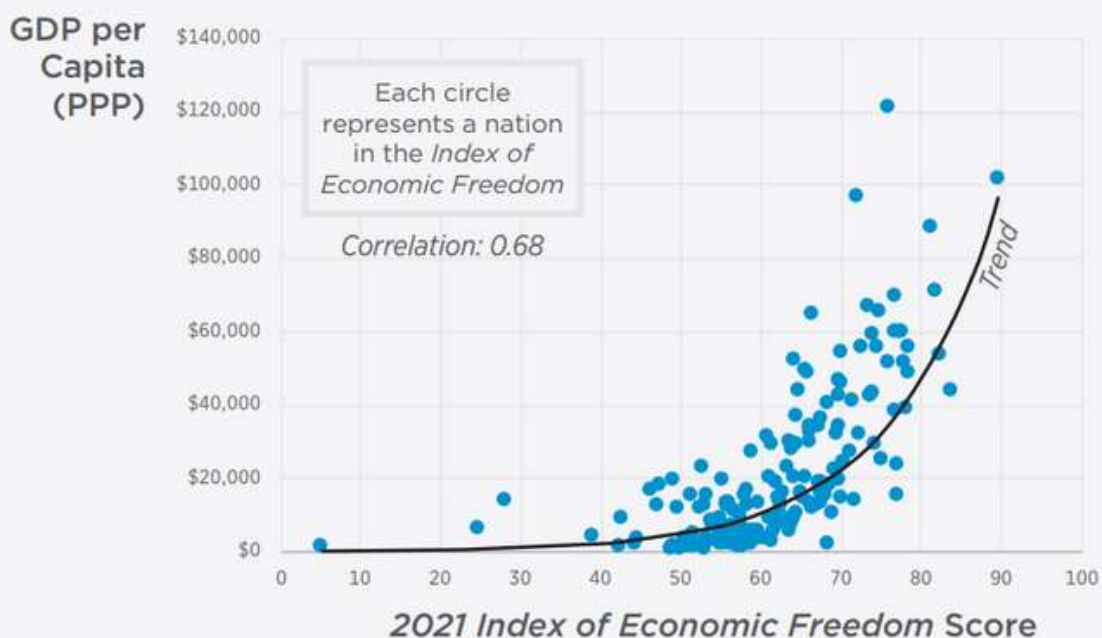
Chart 7  heritage.org

Fonte: Miller, Kim e Roberts (2018).

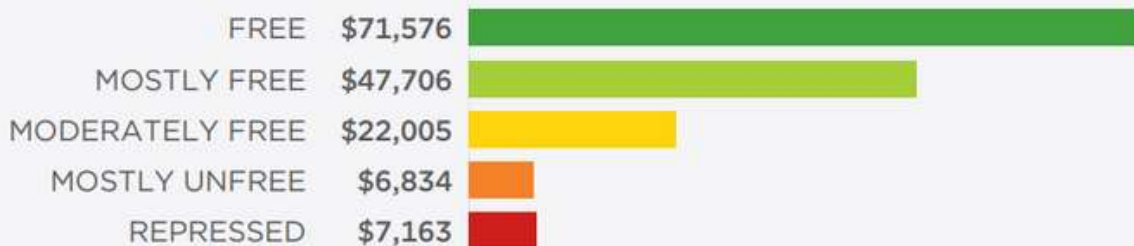
### 2.3 LIBERDADE ECONÔMICA E PADRÃO DE VIDA DA POPULAÇÃO

Gráfico 4 — Liberdade Econômica e Padrão de Vida da População

## ECONOMIC FREEDOM AND THE STANDARD OF LIVING



### Average GDP per Capita (PPP), by Economic Freedom Category



SOURCES: 2021 *Index of Economic Freedom* and IMF.

 heritage.org

Fonte: Terry et al. (2021).

Estes dois últimos gráficos irão demonstrar, o primeiro, a comparação do PIB per capita dos países analisados (coluna da esquerda, de acordo com dados do FMI) em relação ao seu grau de liberdade econômica (linha inferior).

A ligação entre os dois fatores fica novamente atestada pela curvatura ascendente.

O segundo gráfico da imagem revela o PIB per capita médio dos países dentro de cada uma das classificações do Índice da Heritage Foundation: deixando manifesto que quanto mais livre o grupo, maior a prosperidade usufruída pelo povo (Terry et al., 2021).

#### 2.4. CRITÉRIOS PARA ANALISAR O GRAU DE LIBERDADE ECONÔMICA

Como verificar, portanto, qual o grau de liberdade econômica adotado por um país, sendo que o papel do Estado na economia pode ser realizada de diversas formas, com maior participação em umas em detrimentos de outras, mas que ao final podem resultar em uma economia mais ou menos livre.

O The Heritage Foundation, utilizado aqui como referência para cálculo do índice de liberdade econômica utiliza alguns critérios, os quais passemos a analisar.

1. **Estado de Direito (Império da Lei):** em que examina o respeito aos Direitos de Propriedade; a Eficiência Judicial ao assegurar o cumprimento dos direitos e dos contratos; e a Integridade de Governo (observância da Constituição e das leis e ausência de corrupção);
2. **Peso do Governo:** carga tributária; proporção da riqueza nacional consumida pelo Estado; e equilíbrio fiscal;
3. **Grau de Intervencionismo do Estado:** liberdade para empreender, averiguando a dificuldade para abrir, operar e fechar uma empresa (a partir do número de procedimentos burocráticos exigidos, quantidade média de dias de espera e custo, seja para abrir, licenciar a operação ou encerrar um empreendimento); nível de intervenção do Estado nos contratos de trabalho, reduzindo sua liberdade; e liberdade monetária, ou seja, ausência de inflação e controle coercitivo sobre preços;
4. **Abertura comercial:** Liberdade de Comércio Exterior (ausência de barreiras tarifárias e não tarifárias à importação e exportação); Liberdade de Investimento (inexistência de amarras legais para movimentar capital de um setor para outro e através das fronteiras); e Liberdade Financeira (independência do setor bancário em relação ao Estado) (ULIANO).

Visto isso, é possível ter uma noção do caminho a se seguir para conquistar um ambiente mais economicamente livre.

Assim, passemos a analisar a Lei 13.874/2019, a Lei da Liberdade Econômica.

### 3. LEI 13.874/2019

A MP da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881/2019), foi publicada pelo Presidente Jair Bolsonaro em abril de 2019, e entrou em vigor no mesmo ato. Cinco meses depois, em setembro, a medida foi aprovada com algumas alterações pelo Congresso Nacional, dando nascimento à Lei nº 13.874/2019.

Seu apelido, "da liberdade econômica", deve-se ao seu objetivo: diminuir a intervenção estatal nas atividades econômicas brasileiras.

O governo federal, ao elaborar a Medida Provisória n. 881, dividiu o processo em 3 fases.

Na primeira fase, denominada "Identificação de Problemas", foram realizadas pesquisas com o fim, não só de identificar os problemas na economia brasileira que precisariam ser trabalhados para melhorar o ambiente econômico, como tentaram buscar soluções concretas e emergenciais para os problemas encontrados.

Nesta fase foram pontuadas as seguintes problematizações:

- a) alto desemprego;
- b) estagnação econômica;
- c) recuperação lenta da recessão;
- d) umas das piores cargas regulatórias e burocráticas do mundo;
- e) alta insegurança jurídica aos mais vulneráveis em atividades econômicas;
- f) má reputação do Governo; e,
- g) altos níveis de corrupção.

Em uma segunda fase, denominada "Foco do Estado nas situações de risco", através de análises empíricas, verificou-se os benefícios trazidos pela melhoria do ambiente dos negócios a partir da concessão de uma maior liberdade na economia.

O Ministério da Economia apresentou as seguintes conclusões:

- a) acelera de três a seis vezes o aumento de renda per capita de um país democrático;
- b) é determinante para qualidade de vida, nível de emprego e produtividade;
- c) mais relevante para o desenvolvimento econômico de que características regionais e culturais;
- d) pré-requisito necessário para que investimentos em educação e tecnologia tenham resultado; e,
- e) acelera o ritmo do crescimento.

Confira que as mesmas conclusões a que chegou o Governo Federal foram as analisadas no começo deste trabalho, com respaldo nas análises obtidas dos índices de liberdade econômica formulados por entidades internacionais.

Além disso, as conclusões supostamente se coadunam com as problematizações encontradas pelo Governo na primeira fase do projeto de elaboração da Lei 13.874/2019.

Em uma última e terceira fase, o Governo Federal aponta a realização de conversas e entrevistas junto à sociedade civil e, em segundo lugar, a análise da posição brasileira no cenário mundial em questão de liberdade econômica, levando em consideração diferentes índices de medição realizado por diferentes instituições (Heritage, Fraser, Banco Mundial, Davos e IPRI).

Assim, dada esta pequena introdução da elaboração da MP n. 881/2019 vale passar a analisar a Lei da Liberdade Econômica em si, através de seus princípios, diretrizes e garantias estabelecidos.

### 3.1 PRINCÍPIOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (ARTIGO 2º DA LEI 13.874/2019)

O objetivo da Lei da Liberdade Econômica é estabelecer normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, assim como dispor de regras para atuação do Estado como agente normativo e regulador, de modo que a sua intervenção seja o menos repressora possível em face dos particulares (Thamay ; Junior; Tamer, 2020).

Assim, logo no segundo artigo da Lei serão estabelecidos os princípios que irão reger a relação entre o público e o privado na qualidade de agentes da ordem econômica.

Não custa transcrever o seu texto:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Verifica-se, à priori, o caráter programático da Lei da Liberdade Econômica, o que gerou pretensas críticas dos especialistas, pela limitação da aplicação prática.



Confira na opinião do Professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

(...) grande parte dos dispositivos não ataca problemas específicos e concretos que eventualmente estejam a opor empecilhos à livre iniciativa, mas apenas faz enunciados genéricos e abstratos de pouca concretude normativa. E isso talvez seja justificado pela enorme controvérsia entre os parlamentares acerca do que, em concreto, deve ser admitido ou não. Uma evidência dessa controvérsia é a de que, no decorrer do processo legislativo, além de terem sido apresentadas mais de trezentas emendas de parlamentares, o relatório da Comissão Mista ofereceu um texto vasto com inúmeros dispositivos posicionando-se sobre problemas concretos, mas, diante das divergências e dos limites formais ao procedimento de conversão de Medida Provisória em lei, esse texto foi desidratado para a versão atual, que é muito genérica e mais enxuta (OLIVEIRA, 2019).

Apesar disso, nota-se dos princípios articulados no artigo em questão, que há uma clara tentativa de aplicar uma nova roupagem à relação entre os agentes da iniciativa privada e o Estado, mas que de qualquer forma já se coaduna com a orientação já seguida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e da doutrina majoritária sobre o tema.

Veja que, não apenas como determinador dos princípios a serem estabelecidos, ainda fazendo uso de normas com caráter programático, o legislador ainda aplicou as diretrizes visadas para serem incorporados em outras legislações já existente, como o Código Civil.

Vale conferir o novel artigo 421-A, instituído pela Lei 13.874/2019 no aludido Código:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Assim, a incorporação dos princípios invocados no artigo 2º da Lei 13.874/2019, serão repetidos ao longo do ordenamento jurídico, como podemos perceber na incorporação do citado artigo 421-A, no que se refere ao exercício das atividades econômicas e a intervenção subsidiária do Estado nestas.

### 3.2 DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA (ARTIGO 3º DA LEI 13.874/2019)

A Lei 13.874/2019, em seu artigo 3º trata do que chamou de "Declaração de Direitos da Liberdade Econômica" o que, para muitos especialistas, foi considerado uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, pois trata-se da garantia à livre iniciativa enquanto liberdade de estabelecimento, com o fim de assegurar o direito de iniciar uma atividade econômica, qual seja, o direito de constituir uma empresa, bem como o direito de, pessoalmente ou sob o manto da pessoa jurídica, proceder com a ordenação de certos meios de produção para certa finalidade econômica (Miranda, 2000, p. 516).

Um dos principais pontos que podemos verificar no presente artigo é a característica da prestação negativa da Lei com relação ao Poder Público.

Neste sentido, podemos conferir o inciso I do mencionado artigo:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica.

Da leitura do inciso, verificamos que a lei determina a ausência de atuação do Estado com relação às atividades consideradas de baixo risco, levando os particulares a obter uma maior liberdade com a atuação de suas atividades sem interferência do Poder Público.

Não obstante a novidade principiológica trazida nesta questão, o inciso não deixou de receber críticas dos especialistas com relação à sua limitação às atividades de baixo risco.

Confira neste sentido a doutrina especializada:

De fato, a exigência da autorização do Poder Público para que o particular possa empreender ainda é tomada como regra, sendo a caracterização da atividade como de baixo risco uma excepcionalidade. A livre-iniciativa fica, portanto, ainda condicionada em sua maior parte à submissão ao poder de polícia estatal, em inversão de prioridades que não passa despercebida a alguns administrativistas contemporâneos (NETO; JÚNIOR; LEONARDO, 2019).

Além do inciso mencionado, importante destacar ademais no artigo 3º da Lei 13.874/2019 a definição da liberdade de atuação e pactuação dos particulares no mercado econômico.

Confira dos incisos III e VIII:

III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda.

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.

Através dos referidos incisos, verificamos, portanto, a garantia para os particulares de promoverem de acordo com as próprias regras estipuladas a forma de atuação do mercado econômica.

Faz-se presente, portanto, a ideia da atuação mínima do Estado, cabendo aos próprios agentes a prevalência de sua pactuação, desde que esta obviamente, não infira em qualquer norma de ordem pública.

Segundo Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

A quarta diretriz é que a nova lei partiu do pressuposto de independência e autoresponsabilidade dos empreendedores, na ideia de que cabem a eles assumirem as consequências (boas ou ruins) de suas próprias decisões, de maneira que o Estado, de um modo geral, deve abster-se de intervir. Trata-se, pois, de um aceno para teorias econômicas próprias do neoliberalismo. Portanto, a quarta diretriz é a de, no caso de dúvida interpretativa, deve-se

preferir a interpretação que prestigie a autorresponsabilidade dos indivíduos por suas escolhas (autorresponsabilidade dos indivíduos por seus atos). (OLIVEIRA, 2019).

Por fim, vale mencionar na presente "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica" a garantia do desenvolvimento econômico em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem encargos adicionais, flexibilizando assim algumas normas trabalhistas em prol do desenvolvimento das empresas.

Confira o inciso a que se faz referência:

II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

- a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público;
- b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e
- c) a legislação trabalhista.

Circundado de muitas críticas declarando que a Lei 13.874/2019 traz uma minirreforma trabalhista, com o fim de desonerar a carga existente nas empresas, especialmente aqueles que estão iniciando o desenvolvimento de sua atividade.

A polêmica acerca do presente inciso gerou inclusive muitas dúvidas acerca de sua constitucionalidade quando confrontado com o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal<sup>46</sup>.

Neste sentido, veja a opinião de parte da doutrina:

Tanto a redação originária quanto a alterada conflitam com o Texto Constitucional, que é indicativo da obrigatoriedade geral do controle, como uma regra que deve ser observada, em razão dos diversos reflexos que os excessos podem ocasionar: pagamento de horas extras, compensações, risco de acidentes e geração de novos postos de trabalho. Há uma obrigação constitucional de um controle

---

46Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (...).

realizado de forma transparente e eficiente, por parte de quem se beneficia do serviço prestado, e um direito ao controle por aquele que presta a atividade laboral sob o comando de outrem (THAMAY ; JUNIOR; TAMER, 2020).

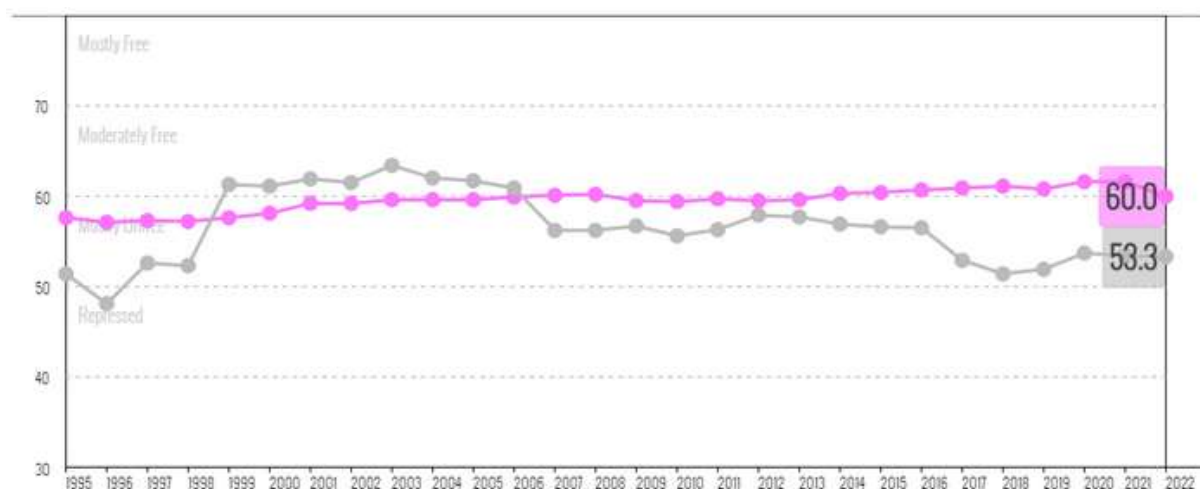
#### 4.O IMPACTO DA LEI 13.874/2019

Diante da análise realizada, resta evidente que a Lei de Liberdade Econômica, à parte com as críticas de que carrega mais um material principiológico do que prático, foi um marco para a livre iniciativa.

No entanto, o impacto causado na economia desde a sua promulgação não foi muito efetivo.

Aqui temos um gráfico da evolução do índice de liberdade econômica do Brasil desde 1995, quando o índice da Heritage foi criado, até 2022.

Gráfico 5



Fonte: The Heritage Foundation.

Em 2018, o Brasil possuía um índice de 51,9, estando em 152ª do Ranking Mundial.

Em 2019, ano de publicação da Lei da Liberdade Econômica, o Brasil possuía um índice de 53,7 (149ª no ranking mundial), índice que foi repetido no ano de 2020, subindo para a posição de 142º no ranking mundial.

Em 2021, ano em que é possível verificar o impacto da pandemia no mundo, o Brasil está em 143ª posição dos países avaliados (de 178) e está na categoria "mostly unfree", ou seja, praticamente sem liberdade econômica, com um índice de 53,4.

Por fim, em 2022, mantendo a mesma categoria, o Brasil ficou na 133ª posição, com um índice de 53,3, quer dizer, piorando a sua condição e se afastando cada vez mais da média mundial.

Segundo a análise realizado pelo próprio instituto idealizado do índice, é possível verificar os pontos que fizeram o Brasil não melhorar, mesmo com a advento da Lei da Liberdade Econômica:

O crescimento econômico do Brasil desacelerou em 2019, tornou-se negativo em 2020 e se recuperou em 2021. Seu nível de liberdade econômica mudou pouco nos últimos cinco anos. Liderado por aumentos modestos na pontuação em liberdade trabalhista e integridade do governo, o Brasil registrou um ganho geral de apenas 0,4 ponto em liberdade econômica desde 2017 e permanece nas classificações mais baixas dos países "principalmente não livres". A liberdade monetária é relativamente boa, mas sua saúde fiscal está entre as piores do mundo (THE HERITAGE FOUNDATION)<sup>47</sup>.

Com relação ao impacto causado pela pandemia, o mesmo instituto faz a seguinte análise:

Até 1º de dezembro de 2021, 614.964 mortes foram atribuídas à pandemia no Brasil, e a resposta do governo à crise ficou em 97º lugar entre os países incluídos neste Índice em termos de rigor. A economia contraiu 4,1% em 2020 (THE HERITAGE FOUNDATION)<sup>48</sup>.

Assim, à despeito da Lei 13.874/2019, diversos outros fatores prevaleceram para piorar o desempenho de liberdade econômica a que própria lei predispõe.

Confira a seguir os principais itens nos quais o Brasil tem apresentado queda e que vem contribuindo para seu baixo desempenho em comparação com outros países.

Com relação à integridade do governo, especificamente no que se tange ao grau de corrupção do país:

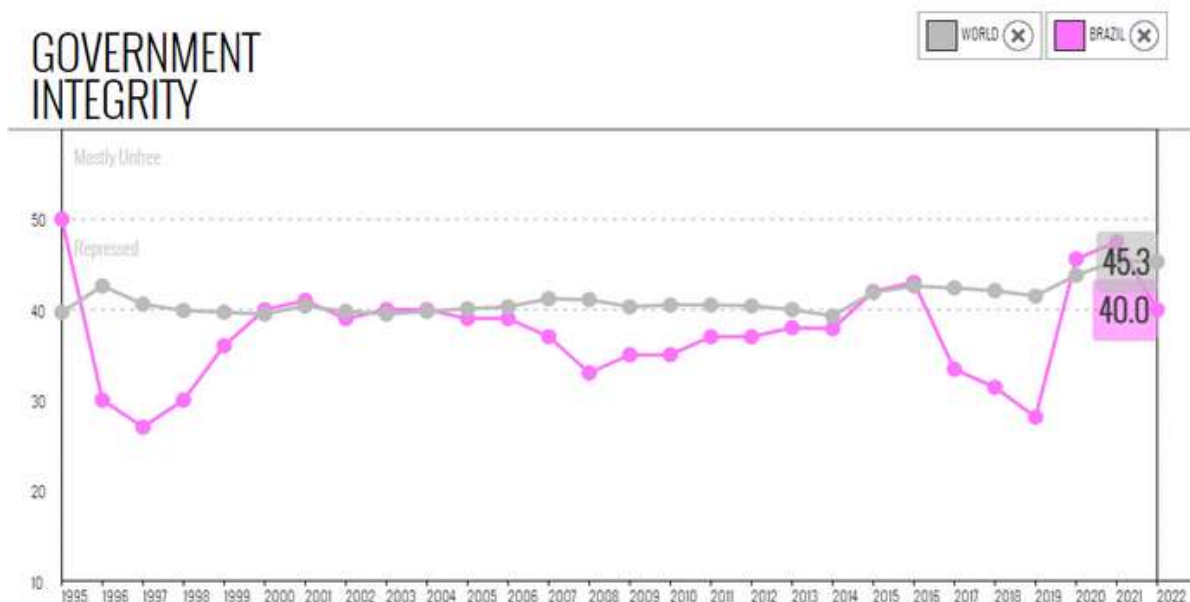
---

<sup>47</sup>"Brazil's economic growth slowed in 2019, turned negative in 2020, and rebounded in 2021. Its level of economic freedom has changed little over the past five years. Led by modest score increases in labor freedom and government integrity, Brazil has recorded a mere 0.4-point overall gain in economic freedom since 2017 and remains in the lower ranks of the "Mostly Unfree" countries. Monetary freedom is relatively good, but its fiscal health is among the world's worst."

<sup>48</sup>"IMPACT OF COVID-19: As of December 1, 2021, 614,964 deaths had been attributed to the pandemic in Brazil, and the government's response to the crisis ranked 97th among the countries included in this Index in terms of its stringency. The economy contracted by 4.1 percent in 2020."



Gráfico 6



Fonte: The Heritage Foundation.

Com relação aos gastos do governo:

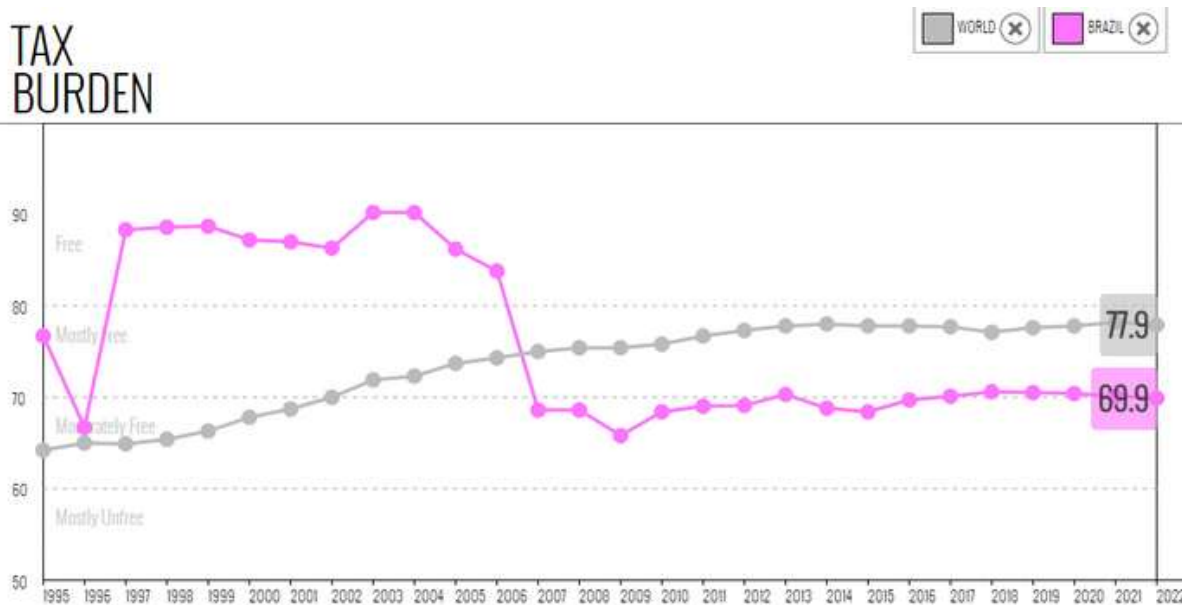
Gráfico 7



Fonte: The Heritage Foundation.

Com relação à carga tributária:

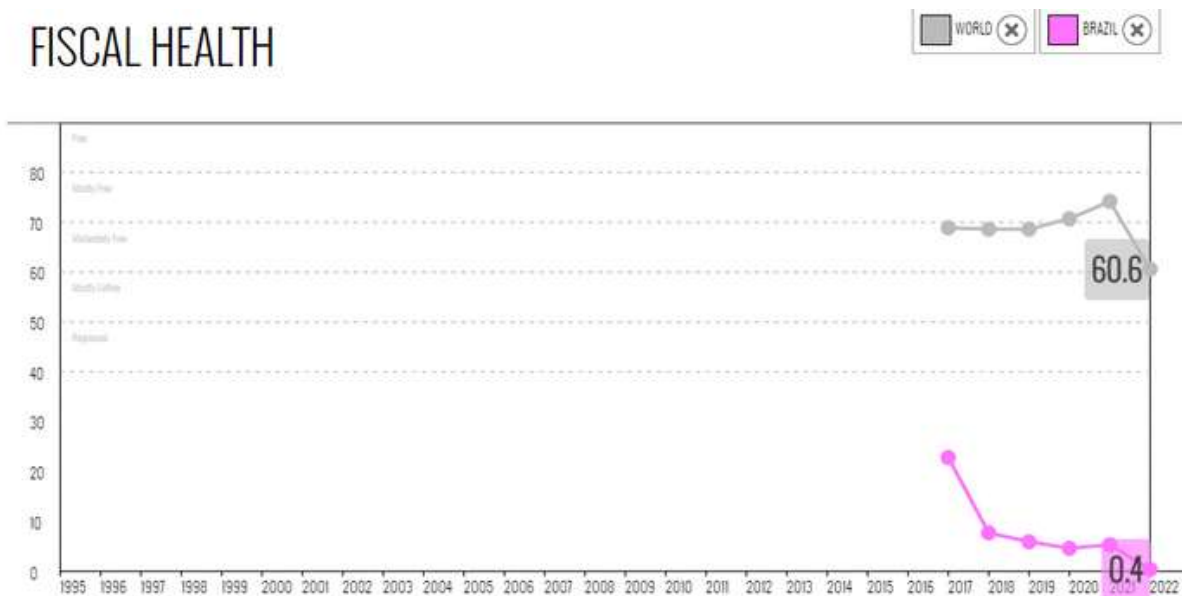
Gráfico 8



Fonte: The Heritage Foundation.

Com relação à saúde fiscal:

Gráfico 9



Fonte: The Heritage Foundation.

Confira, portanto, que apesar das boas intenções da Lei, na prática, não surtiram efeitos nos aspectos já historicamente problemáticos na economia brasileira, mantendo o seu baixo índice de liberdade econômica no mesmo patamar de antes de sua vigência.

## 5.CONCLUSÃO

Vemos através do presente trabalho que a Lei da Liberdade Econômica apresentou um grande marco para a construção da ideia de um mercado regulado cada vez mais pela iniciativa privada, limitando a intervenção do Estado e evitando a prática de abusos que afetem o livre empreendedorismo e a inovação.

Não obstante, apesar dos conceitos nobre trazidos pela Lei e por sua Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, o seu teor não foi eficiente do ponto de vista prático.

A excessiva carga programática das normas, com a tímida vontade de seu elaborador em aperfeiçoar a sua aplicação prática talvez seja a explicação mais razoável para o pouco efeito surtido pela Lei, após a sua vigência, em comparação com os parâmetros internacionais.

Da análise dos índices internacionais, é possível verificar que a Lei trouxe muito pouco no que tange ao verdadeiro problema econômico brasileiro, qual seja, a altíssima carga tributária e a integridade do governo, como os dois índices principais que fizeram o país deixar de ter a sua melhor performance apesar dos esforços.

A carga tributária e a garantia de cumprimento do Estado de suas responsabilidades fiscais, pagamento de dívidas e manutenção de uma política econômica estável fazem com que o Brasil fique aquém de suas possibilidades, considerando o tamanho da riqueza e potencial contido em suas terras.

O que falta, na realidade, em nosso legislador é a vontade de efetivamente surtir mudanças na modo de arrecadação e gasto públicos, pois a mera introdução de princípios não irá mudar o papel do Brasil no mercado internacional.

De qualquer forma, não há como negar que os princípios, diretrizes e garantias adotadas pela Lei podem ser utilizadas tanto nas futuras pactuações entre particulares e como garantia do mínimo de intervenção do Estado na regulação dos mercados, no entanto, a ausência de aplicação prática de suas normas programáticas fizeram com que a Lei se tornasse apenas um instrumento de compilação principiológica e sem efeito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13874, de 19 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**.

GOBIRA, João . **Por que o empreendedorismo é tão importante**: Quanto mais startups inovadoras surgem, mais dinheiro e riqueza circula no país de forma direta ou indireta.

Entenda.. 2021. Disponível em: <https://app.startse.com/artigos/por-que-o-empendedorismo-e-tao-importante>. Acesso em: 20 dez. 2022.

MILLER, Terry; KIM, Anthony B; ROBERTS, James M.. **2018 INDEX OF ECONOMIC FREEDOM**. The Heritage Foundation. Washington DC, 2018. Disponível em: [https://www.heritage.org/index/pdf/2018/book/index\\_2018.pdf](https://www.heritage.org/index/pdf/2018/book/index_2018.pdf). Acesso em: 8 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **MP Liberdade Econômica**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/apresentacoes/2019/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf/view>. Acesso em: 20 dez. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV: direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MISES BRASIL. **O que é o Livre Mercado?**. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=52>. Acesso em: 20 dez. 2022.

NETO, Floriano Peixoto Marques (Coord.); JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.); LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários a Lei de Liberdade Econômica : Lei 13.874/2019**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: DIRETRIZES INTERPRETATIVAS DA NOVA LEI E ANÁLISE DETALHADA DAS MUDANÇAS NO DIREITO CIVIL E NOS REGISTROS PÚBLICOS**. 2019. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/09/5644cacd-2019-9-lei-da-liberdade-economica.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

TERRY, Miller *et al.* **Highlights of The 2021 Index of Economic Freedom**. The Heritage Foundation. Washington DC, 2021. Disponível em: [https://www.heritage.org/index/pdf/2021/book/2021\\_IndexofEconomicFreedom\\_Highlights.pdf](https://www.heritage.org/index/pdf/2021/book/2021_IndexofEconomicFreedom_Highlights.pdf). Acesso em: 8 jun. 2021.

THAMAY , Rennan Faria Krüger; JUNIOR, Vanderlei Garcia; TAMER, Maurício. **A Lei de liberdade econômica**: ma análise material e processual da Lei nº 13.874/2019. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THE HERITAGE FOUNDATION. Disponível em: <https://www.heritage.org/>. Acesso em: 20 dez. 2022.

ULIANO, André Borges. **15 gráficos que mostram por que a Liberdade Econômica importa**. Instituto Politéia. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/por-que-a-liberdade-economica-importa/>. Acesso em: 8 jun. 2021.

## **A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES JUDICIAIS: SISTEMA PENAL E O *SHOW BUSINESS***

**ARILDO DE LIMA**<sup>49</sup>: graduando em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP<sup>50</sup>.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

### **1 TEMA**

Em tempos de sociedade da informação, a propagação de fatos criminosos ocorre de maneira imediata, repetida diariamente por inúmeros meios de comunicação em massa. Apesar de a função principal de tais mecanismos ser de informar o público, esta exerce certo poder, e uma reação social que influencia nos trâmites processuais criminais, tendo-se uma sociedade que começa a exigir maior rigor punitivo por parte do Estado nos crimes de maior repercussão.

Referida situação, entretanto, gera uma espécie de condenação preliminar pela sociedade, que em desrespeito a garantias constitucionais, em especial a presunção de inocência, clamam por uma punição severa do acusado sem aguardar o trâmite do julgamento, que detém instrumentos para fazer comprovar a autoria do delito, situação contrária da mídia, que almejando o lucro, produz matérias de natureza criminal sensacionalista, mesclando a realidade com fatos fictícios.

Nesta perspectiva é que estabelece o interesse pelo presente tema, no sentido de analisar a influência da mídia nas decisões criminais, tendo-se visualizado que a primeira fomenta um verdadeiro *show business* com delitos de grande repercussão, desconsiderando o atropelo a direitos e garantias constitucionais, seja da vítima, que se torna exposta, e do suposto acusado, que sofre os estigmas sociais antes de uma eventual condenação.

Longe de esgotar o tema, a pesquisa busca contribuir para novos estudos acadêmicos e pesquisas voltadas à influência da mídia nos processos criminalizantes,

---

49 Contato: ladobjunior@yahoo.com.br

50 Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso.

demonstrando o impacto desta na sociedade contemporânea, e propriamente, na vítima e suposto acusado pelo delito fomentado pelo *show business* midiático.

## 2 PROBLEMATIZAÇÃO

Apoiando-se na criminologia crítica de Batista (2003), no universo midiático, os jornalistas e apresentadores, ao noticiar o cometimento de crimes bárbaros, que sabem chamar a atenção da sociedade e, conseqüentemente, aumentar seu lucro, assumem um papel quase que teatral, reproduzindo os trajetos e ações do crime, na tentativa de fazer com que os telespectadores acompanhem os desfechos da "trama" criminosa, fazendo um juízo pré-criminal de culpa do acusado, estigmatizando os envolvidos antes de qualquer manifestação do Poder Judiciário.

Nesta linha, a mídia inicia o escrutínio público sobre como um caso de alto perfil está sendo tratado no sistema de justiça criminal, podendo com isso influenciar o procedimento de julgamento do caso, que inclui o processo de coleta e apresentação de provas, bem como as testemunhas e demais elementos judiciais importantes em um julgamento.

O envolvimento da mídia em um julgamento pode operar em uma justiça criminal negativa ou positiva, a depender da situação em concreto, todavia, apesar da influência desta em vários casos criminais notórios, não houve, até o momento, estudos científicos estruturados sobre os efeitos que a mídia teve na justiça criminal, motivo pelo qual é perene a necessidade de mais pesquisas acadêmicas sobre a influência midiática em casos que estão sendo julgado no sistema penal brasileiro, podendo os resultados instigar em uma discussão mais aprofundada.

Afetando mais as crenças humanas do que a ciência, em todas as formas de se fazer notícia, os julgamentos criminais ocupam grande pauta das manchetes diárias, sendo, por diversas vezes, a "ordem do dia", motivo pelo qual é necessário examinar como a mídia influencia o sistema de justiça criminal do país.

Escudada pela garantia da liberdade de imprensa, instrumentalização da própria liberdade de expressão, tão dificilmente reconquistada no Brasil após grande período opressivo de Ditadura Militar, a mídia, utilizando-se do argumento de ser seu direito e função social transmitir e veicular informações, notícias ou opiniões sobre fatos relevantes, tem se apoiado em tamanho direito para legitimar a espetacularização de crimes bárbaros.

De outro lado encontra-se a sociedade, curiosa pela sua própria natureza humana, ávida para obter informações acerca dos acontecimentos ao seu redor, sendo a comunicação social um modo inclusivo e um meio de sobrevivência para o ser humano, facilitando a convivência de uns e outros nos diversos ambientes de interação social, como



o lar, o trabalho, locais de lazer, dentre outros, para poder cumprir, de forma eficaz, seu papel como cidadão.

Desde os primórdios, existe por parte da sociedade uma grande fascinação nas estórias entre os estereótipos do herói e o vilão, a luta entre o bem e o mal, a torcida pela sucumbência do bandido pelo “bonzinho”. Atualmente, a mídia, dando continuidade a tal fascínio, aponta que o vilão é o criminoso, e a lei é a espada que deve ser utilizada pelo juízo penal para combatê-lo.

Neste diapasão, os jornais, as rádios, os programas de televisão, a *internet*, redes sociais, entre outros meios de comunicação, não contentes em noticiar os eventos delituosos, por vezes realizando simulações realísticas dos fatos, apontam os acusados de forma estigmatizada, visando à atenção dos telespectadores em busca de maiores índices de audiência, desconsiderando se aquele é realmente culpado pelo delito, realizando, de certo modo, um pré-julgamento sobre o indivíduo.

Atuando como um verdadeiro Tribunal, a mídia tem o condão de incitar a punição e culpabilidade do indivíduo, sem garantias a um processo criminal justo, respeitando os direitos de resposta e defesa, influenciando na mentalidade da sociedade e daqueles que atuam no sistema criminal.

Nesta linha, considerando os possíveis impactos que a espetacularização midiática sobre crimes notórios tem sobre o juízo penal, é que o presente trabalho será guiado pelo seguinte questionamento: até que ponto a mídia influencia na opinião da sociedade e reflete na imparcialidade do juízo criminal?

### **3 OBJETIVOS**

#### **3.1 Objetivo geral**

O objetivo geral do estudo é analisar a influência que a mídia exerce na opinião social, e os seus reflexos no Poder Judiciário e na imparcialidade do juízo criminal, examinando a relação entre sentenças e pré-julgamentos midiáticos. Há a necessidade de estabelecer objetiva e cientificamente de forma conclusiva como a mídia impacta nos processos de justiça criminal, sendo a pesquisa uma importante ferramenta para instigar discussões, bem como reforçar os perfis de intervenção.

#### **3.2 Objetivos específicos**

- Analisar os motivos e circunstâncias que fazem com que alguns casos recebam maior importância da imprensa do que outros, dando ênfase ao fenômeno da seletividade midiática nos processos criminalizantes;

- Identificar os princípios de ordem constitucional que a mídia atinge e/ou viola;
- Dispor no que consiste o direito ao esquecimento, e como acioná-lo diante de casos de alta repercussão midiática;
- Apontar se é possível considerar a mídia como um quarto Poder de Estado.

#### 4 JUSTIFICATIVA

O trabalho que se apresenta é resultado da inquietação sobre a relação entre o sistema penal e as mídias em geral, compreendidas como jornais, revistas, televisão, rádio e *internet*, consistindo tais meios de comunicação na forma mais eficaz e ágil de propagar ideias, sejam elas boas ou más.

O fato é que, na sociedade, os meios de comunicação se tornaram de extrema importância, não somente para informar, mas também para influenciar os aqueles que a recebem, existindo certa preocupação de como essa informação vai ser absorvida pelo destinatário, isto é, telespectador, leitor, ou ouvinte, moldando a perspectiva do que se passa ao seu redor e da vida em sociedade.

Sendo assim, a mídia, que tanto influência no cotidiano, também exprime suas vontades no meio jurídico, especificamente no sistema penal brasileiro, que sofre intervenção da opinião transmitida pelos meios de comunicação, gerando impactos na punição ou absolvição de indivíduos.

Considerando os possíveis reflexos da atuação midiática no sistema penal brasileiro, é que se justifica o interesse pelo presente tema em função da sistemática violação de garantias penais praticadas pelos meios de comunicação, os quais, não raras vezes, condenam antecipadamente pessoas, afrontando os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além dos sagrados direitos à liberdade, intimidade, à imagem e à honra, também assegurados constitucionalmente.

#### 5 HIPÓTESES

Dentre as hipóteses suscitadas ao longo do desenvolvimento destaca-se que a mídia, de forma indireta, propaga o medo e cultua a vingança na sociedade, punindo previamente o eventual agente delituoso antes de o Poder Judiciário e demais órgãos investigativos findarem com o *ius puniendi*, ocasionando uma desestabilização da vida privada e social do indivíduo.

Conforme será apontado ao longo do estudo, a mídia, estando em busca de lucro, utiliza de artimanhas sensacionalistas, mesclando os eventos reais com fictícios, em uma

forma de telejornal e telenovela, vendendo o “produto” crime desde os primeiros indícios de sua ocorrência.

Buscando justificar a sua atuação, a mídia justifica erroneamente os seus atos no direito à liberdade de imprensa e na necessidade de informar a sociedade, deixando de visualizar que o seu modo de repassar a ocorrência dos delitos ocasiona uma verdadeira violação de outras tantas garantias da ordem constitucional, especialmente aquelas voltadas ao possível agente criminoso, punindo-o socialmente antes do próprio sistema criminal.

Neste sentido, a hipótese relacionada no trabalho é no sentido que a espetacularização midiática de crimes bárbaros no Brasil influencia não só a sociedade, como também interfere no processo criminal, agindo de maneira tal que exige que o Poder Judiciário condene o indivíduo para atender o clamor social.

## **6 REVISÃO DA LITERATURA**

### **6.1 A seletividade midiática nos processos criminalizantes**

Atualmente, os instrumentos tecnológicos compõem uma necessidade natural do ser humano, que já não consegue mais viver sem o acesso a tais mecanismos, os quais, além de auxiliá-lo nas demandas de trabalho e no dia a dia, consistem em uma forma de mantê-lo informado sobre os acontecimentos regionais e mundiais.

A par dos avanços tecnológicos, a mídia tem se utilizado dos meios de comunicação em massa para propagar, diariamente, inúmeras notícias e outros acontecimentos, visando não apenas manter a sociedade informada, como também gerar lucros, utilizando, para tanto, de situações atrativas.

Dentre algumas atrações, destaca-se a abordagem do “produto” crime, campo fértil para captar audiência e aumentar o lucro dos meios de telecomunicação, os quais recorrem a critérios sensacionalistas e estigmatizantes de maneira consciente para manter o público interessado, realizando uma espécie de processo seletivo dos principais acontecimentos relacionados ao universo do crime, transformando as informações ou criando mais de uma versão, tornando o processo criminal um verdadeiro *show business* (DIAS, F. F.; DIAS, F. V.; MENDONÇA, 2013).

Através de um sensacionalismo impactante, e de instrumentos tecnológicos que mesclam a realidade dos fatos com a ficção, a mídia consegue gerar tensão e curiosidade na sociedade, além de influenciar na rotulação de determinados indivíduos, propriamente, na estereotipação das classes mais fragilizadas, tratando de maneira diferente o eventual

criminoso de uma classe social mais baixa, do que outro com melhor qualidade de vida (CAMPOS, 2012).

Além de selecionar os estereótipos dos agentes criminosos, preferindo os mais marginalizados pela sociedade, a mídia também escolhe as vítimas, interessando aos programas as mais funcionais, com poder de fala e posicionamento, que conseguem encenar um discurso repressivo e vingativo, caso contrário, esta se tornará “desinteressante” para o meio social, fazendo com que o coletivo deixe de acompanhar os meios televisivos (SOUZA, 2017).

Em crítica, Souza leciona que, apesar de diariamente jovens serem vítimas em favelas, é como se a morte desses não valesse para a sociedade por não serem nada rentável:

Não interessa à criminologia midiática, conseqüentemente, a morte de um adolescente pobre em um bairro periférico. Muito mais interessante seria se ele fosse de classe social abastada e o homicídio ocorresse em uma zona nobre da cidade; a imagem da família desolada clamando por justiça seria incessantemente explorada.

Não importa quantos jovens são mortos todos os dias nas favelas e em bairros periféricos, vítimas da violência, do abuso do poder da polícia, vítimas do tráfico de drogas, balas perdidas [...]. Esses cadáveres não são funcionais, essas vidas não importam para a criminologia midiática. (SOUZA, 2017, p. 74).

Batista (2003), ao se debruçar sobre a lucratividade da mídia com os processos criminais, alude que os meios de comunicação em massa já estão cientes que a espetacularização do crime é algo altamente rentável, tanto é que, em uma análise do editorial *O Globo* de 2002, o autor constatou que 80% desta edição correspondiam a matérias criminais, expondo atos de violência, homicídios, terrorismo, entre outros.

A mercantilização do crime, entretanto, gera diversas conseqüências, estando à primeira delas ligadas ao fato de que, os meios de comunicação em massa são considerados os principais instrumentos formadores da opinião pública, o que conseqüentemente reflete no modo com o qual a sociedade irá lidar com determinado crime, podendo está se manifestar fervorosamente para que os Poderes de Estado tomem medidas que antes de ser verdadeiramente benéfica a eventual vítima, puna com o máximo rigor o ofensor, sem ao menos ter a certeza de que este é o real autor do delito (DIAS, F. F.; DIAS, F. V.; MENDONÇA, 2013).

Segundo Zaffaroni (2012), esta atitude por parte da mídia configura-se como uma espécie de criminologia midiática, onde os meios de comunicação propagam um discurso de neopunitivismo, cientes de que a sociedade visualiza na imposição da pena a forma mais certa de solucionar um crime, dispensando-se assim outros instrumentos que, a depender da gravidade do delito, poderiam trazer uma solução pacífica à vítima e ao ofensor.

Batista, de igual modo, também alude que pelo viés da criminologia crítica, a mídia coloca a pena como um rito sagrado da solução de conflitos, elucidando:

O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. [...] Na há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventinismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé. (BATISTA, 2003, p. 3-4).

No Brasil, existem casos concretos que atestam a influência da mídia na condução dos processos criminais, os quais devido às ações delas exploram situações que sequer tenham acontecido de verdade, gerando condenações injustas e impactos na vida privada e social dos envolvidos.

A título de exemplo, cita-se o caso conhecido como “Escola Base”, ocorrido em São Paulo em março de 1994, em que, para além de ter demonstrado o despreparo da polícia judiciária em conduzir as investigações, é um símbolo marcante das ações da mídia na mercantilização do crime e do medo na sociedade (LOPES JÚNIOR, 2020).

A situação condutora do caso foi uma denúncia de abuso realizada por duas mães que alegavam que seus filhos, de cerca de quatro anos, participaram de orgias sexuais organizadas pelos proprietários da Escola de Educação Infantil, por uma professora e pelo motorista de transporte escolar (SANTOS, 2017).

A denúncia teve como base a narrativa de uma das crianças, que relatou ter tirado fotos em uma cama redonda com uma mulher que havia lhe beijado, tendo sido percebido pela mãe, em momento posterior, que o filho tinha fissuras na região anal, levando esta a crer que o menor tinha sido abusado sexualmente (LOPES JÚNIOR, 2020).

Apesar de o exame de corpo de delito do menor ser inconclusivo, ainda assim foi expedido mandado de busca e apreensão na Escola Base, cumprido com indevida publicidade policial e midiática, resultando no alastramento dos supostos abusos nos noticiários do país, desencadeando na pichação e depredação da Escola, assim como em falsas acusações pela mídia, que alegavam que as crianças teriam consumido drogas e sido contaminadas pelo vírus HIV (SANTOS, 2017).

Em certo momento, foi decretada a prisão temporária dos envolvidos, revogando-se esta depois de alguns meses, haja vista a falta de indícios de criminalidade, e posterior comprovação por parte da perícia de que as fissuras na região anal do menor estavam relacionadas a problemas intestinais, e não a abusos (OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA, 2019).

Tendo a mídia responsabilizado previamente os envolvidos no caso Escola Base antes da finalização de qualquer trâmite processual penal, estes ingressaram com pedidos de indenização perante o Poder Judiciário, pedindo a condenação de jornais, revistas e emissoras que divulgaram de maneira distorcida os fatos, prejudicando a vida privada e a intimidade dos acusados à época (SILVA, 2018).

Na ocasião, a emissora Rede Globo, envolvida no escândalo midiático, foi condenada a pagar mais de R\$ 1 milhão aos acusados pela exposição e danos materiais e extrapatrimoniais causados as partes (SILVA, 2018).

Outra situação que demonstra o interesse da mídia em propagar casos de natureza criminal e influenciar na opinião social, é o programa “Linha Direta” televisionado pela Rede Globo no final da década de 1990, que reunia dois aspectos que gerava maior audiência a emissora, qual seja, o telejornalismo e a telenovela, caracterizado por Batista como uma agência executiva do sistema penal:

[...] Perguntávamo-nos aqui no Instituto: quem matou a Marcos “Capeta”? Um grupo de policiais baianos, fascinados pela fama ao alcance do dedo, ou o jornalista Marcelo Rezende – quer dizer, a TV Globo? Parecia-nos que a agência de comunicação social, dispendo dramaticamente sobre fatos e personagens reais, inclusive e especialmente policiais pautados para aquela caçada, estava assumindo um papel próprio das agências executivas do sistema penal; pela primeira vez, cogitava-se da hipótese de “executivização” daquelas agências. (BATISTA, 2013, p. 18).

Nesta linha de ideias, para além da influência que a mídia exerce não só na sociedade, como eventualmente no âmbito do Tribunal do Júri e da imparcialidade do magistrado, é preciso evidenciar que a repercussão midiática dos processos



criminalizantes, feita normalmente antes de qualquer conclusão investigativa, afronta princípios constitucionais, traduzindo como ações de natureza inconstitucional, portanto, passíveis de serem confrontadas por parte do ordenamento pátrio.

Para tanto, segue-se o estudo propondo a analisar a (in) violabilidade dos princípios constitucionais por parte da exposição midiática relacionadas ao processo criminal, utilizando-se deste para, além de propagar o medo na sociedade, e induzir na necessidade de novos instrumentos de repressão criminal, lucrar com a dupla vitimização, marcando ainda a vida do eventual acusado antes de uma sentença.

## **6.2 Da (in) violabilidade dos princípios constitucionais**

Na procura por audiência, os meios de comunicação em massa buscam no “produto” crime uma forma de manter a sociedade interessada, realizando com isso uma espetacularização do processo penal ao englobar situações reais com fictícias, trazendo os pormenores do delito sem se preocupar no pré-julgamento, e nos eventuais direitos e garantias que corrompe ao se subjugar como um Tribunal social.

Apesar de referidos meios gozarem do direito à liberdade de imprensa, como assim prega o art. 220, *caput* da Constituição Federal de 1988, ao prever que “[...] a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, este não pode ser considerado uma garantia absoluta face à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, n. p.).

Deste modo, em um primeiro ponto, é possível aludir que a espetacularização do processo criminal pela mídia configura-se, inicialmente, como uma afronta a dignidade da pessoa humana, guia valorativo do ordenamento pátrio, e uma garantia real a todo e qualquer indivíduo, sendo esta irreduzível, insubstituível e irrepetível.

Em virtude da dignidade da pessoa humana é que se proíbe qualquer ato contrário à natureza humana, que configure uma violação a integridade física ou psíquica dos indivíduos, ou a direitos personalíssimos e aqueles relacionados a este, como a honra, a moral, à vida privada, intimidade, dentre outros que uma vez afrontados, atingem a essencialidade do sujeito (MIRANDA, 2014).

Sob o viés da propagação midiática do crime, a exposição desenfreada do processo criminal, repercute na esfera da dignidade da pessoa humana ao proceder com a acusação preliminar do eventual agente criminoso, fazendo com que a sociedade e o próprio Poder Judiciário, já o rotule como réu e culpado no caso, afetando toda uma cadeia da vida privada, refletindo nas possíveis oportunidades de emprego, nas relações familiares e

afetivas, desencadeando uma punição estatal violenta antes da manifestação do órgão investigativo e jurisdicional, dificultando assim a própria ressocialização do sujeito.

No mais, nas ações da mídia sobre determinado crime, existe uma clara afronta ao contraditório e a ampla defesa, que consiste na garantia do devido processo legal, com a função de impedir com que qualquer indivíduo seja levado ao cárcere sem antes poder se defender das acusações, preservando-se, para a tanto, a supremacia da liberdade (NUCCI, 2020).

Com as repercussões na mídia, especificamente o então acusado, torna-se alvo direto da sociedade, sem ter a oportunidade de proceder com tais garantias face ao Tribunal social, podendo tal situação afetar no poder decisório do Estado-juiz, assim como na impressão inicial que eventual júri possa ter sobre ele, refletindo na questão da imparcialidade dos julgamentos.

Como consequência da violação do contraditório e da ampla defesa, a mídia influência ainda na presunção de inocência do acusado, também denominado de presunção de não culpabilidade, princípio este que reforça a proteção a liberdade do indivíduo, estando previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, que prevê que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, n. p.).

Referido princípio compõe-se como uma garantia a um processo penal justo, sendo este essencial para defender o ser humano das possíveis arbitrariedades estatais, colocando-se como indisponível, irrenunciável, e inata a todo e qualquer indivíduo, sendo uma forma de garantir a segurança jurídica no tramitar dos procedimentos (FERRAJOLI, 2010).

Coadunando-se com o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, Lopes Júnior (2020), aponta que enquanto garantia de ordem essencial, a presunção de inocência tem o condão de proteger o indivíduo da publicidade abusiva e da exposição midiática desnecessária, as quais geram uma estigmatização precoce do sujeito antes da própria sentença condenatória, devendo este ser suscitado pelo acusado para se defender do “bizarro” espetáculo propagado pelos de meios de comunicação em massa, *in verbis*:

[...] verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. Também na perspectiva de norma de tratamento, a presunção de inocência repudia o uso desnecessário de algemas e todas as formas de tratamento análogo

ao de culpado para alguém que ainda não foi condenado definitivamente. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 142).

Para Grotti e Linhares (2021, p. 314), apesar de a mídia ser uma forma de manter a sociedade informada, tratando-se da vinculação de casos criminais, a transmissão dos acontecimentos origina, geralmente, em acusações sociais que acarretam prejuízo ao sujeito, deixando uma mancha em sua imagem, impedindo-o de ser reinserido na sociedade “[...] ante a atuação da mídia no exórdio do processo, momento em que a culpabilidade do réu não é certa.”

Na visão de Nucci (2020), apesar de a publicidade ser um corolário do Estado de Direito, a transmissão de julgamentos através dos meios de comunicação, gera uma ingrata exposição da imagem da vítima, acusado e até das testemunhas, lesando a dignidade da pessoa humana, gerando um desequilíbrio na imparcialidade do magistrado e, eventualmente, do Tribunal do Júri.

Nesta concepção, o autor reforça que, não sendo os princípios constitucionais absolutos, é preciso haver uma interpretação conciliatória e harmoniosa entre todos, confrontando a dignidade da pessoa humana com a publicidade e liberdade de imprensa, evitando que o processo criminal se torne um “[...] evento público de divertimento” (NUCCI, 2020, p. 1245).

Como bem chegou a enfatizar o Ministro Eros Grau, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078-7/MG em 2009 no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde se debatia a inconstitucionalidade da prisão antecipada sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, no Estado Democrático de Direito, os eventualmente tachados como criminosos, também devem ser considerados sujeitos de direitos, ainda quando seja comprovada a sua autoria em determinado delito, não podendo este se converter como um mero objeto processual, sem fruição de direitos e garantias (BRASIL, 2009).

Cita-se:

[...] Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (BRASIL, 2009, p. 12).

Partindo desta perspectiva, evidencia-se que todo e qualquer acusado, ainda que reste comprovado quando do prosseguimento das investigações e da persecução criminal de que este é o verdadeiro autor do delito, goza de direitos que não podem ser flexibilizados por parte da mídia e da sociedade, antecipando o julgamento deste no âmbito social, constituindo-se, portanto, uma obrigação dos meios de massa o respeito à dignidade da pessoa humana, ao devido processo legal e, sobretudo, a presunção de inocência quando da propagação de notícias com o condão de manter o coletivo informado.

Deste modo, ainda que a mídia goze do direito à liberdade de imprensa, este deve ser limitado quando confrontado com outros de maior carga valorativa, tal como a liberdade de locomoção do indivíduo, tendo-se por base a dignidade da pessoa humana, cujo fundamento impede a propagação de discursos de ódios midiáticos que segreguem os indivíduos antes do trânsito em julgado.

Em termos teóricos, apesar de se repudiar qualquer exposição midiática que cause embaraços ao regular processo criminal, retirando o direito do acusado em ser julgado de forma justa, o ordenamento pátrio, ciente de que, na prática, com o avanço dos meios de comunicação em massa, torna-se difícil de fiscalizar as ações por parte da imprensa, recepcionou um instrumento que possibilita as vítimas e acusados que tenham repercutido na mídia e, tenham consequências em sua vida privada por conta desta situação, a requererem a retirada de informações relacionadas ao seu nome, concebendo-se o direito ao esquecimento.

### **6.3 Direito ao esquecimento: um caminho para cessar a exposição midiática**

Na ocorrência de crimes bárbaros, a mídia, interessada em lucrar com o acontecimento, cria um espetáculo para a sociedade utilizando-se dos mais diferentes mecanismos tecnológicos, fazendo com que o acusado, ainda em processo de investigação, seja condenado pelo Tribunal Popular, antes da sentença penal, gerando uma espécie de morte moral e social no indivíduo (LEHNEN, 2021).

Tamanha publicidade excessiva, para além de afrontar os princípios constitucionais de ordem processual, gera na revitimização da vítima e de seus familiares, que fica sob os holofotes da mídia, obrigando-os a constantemente lembrar a ocorrência do suposto fato delituoso, além, propriamente, da exposição do acusado, que antes do julgamento, já é condenado pela sociedade, situação que reflete em direitos mínimos, sendo este segregado do coletivo, mantendo-se em uma espécie de prisão sem grades.

Diante da estigmatização midiática e, conseqüentemente, social das partes envolvidas em processo criminal, surge à possibilidade de se atribuir o direito ao esquecimento, o qual permite o indivíduo de, por mais que não possa apagar da memória

determinado fato, ao menos este deixe de ser lembrado pelos meios de comunicação em massa, impedindo-o de reviver eventos traumáticos, vexatórios ou desagradáveis que ocorreram no passado, e ainda assim, afetam direitos de personalidade no presente (SARLET; FERREIRA NETO, 2019).

Referido direito encontra amparo no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988 que dispõe ser “[...] invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, assim como no Enunciado n.º 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) que previu que “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, traduzindo este em uma forma de o indivíduo deixar de sofrer e lidar com os reflexos dos acontecimentos gerados no passado (BRASIL, 1988; BRASIL, 2013, n. p.).

No âmbito do ordenamento pátrio, atrela-se o surgimento do direito ao esquecimento as exposições midiáticas das condenações criminais, as quais, por intermédio das novas tecnologias, têm causado danos, sobretudo, ao acusado, retirando deste a ressocialização, a possibilidade de ser reinserido na sociedade sem carregar integralmente as mazelas do sistema punitivo criminal, o qual por si só já estigmatiza o indivíduo (BRASIL, 2013).

Sob o enfoque da sociedade contemporânea, esta é diariamente instigada pelos mecanismos tecnológicos a buscar informações acerca de determinado fato, existindo uma infinidade de meios à sua disposição, destacando-se a *internet*, onde toda situação consegue ser retransmitida em diversos canais a curto prazo de tempo. Com o desenvolvimento da *internet*, qualquer fato delituoso se tornou ao alcance de um *clique*, expondo a situação a nível global, fazendo com que os envolvidos no processo criminal revivam um passado ocorrido há anos atrás.

Partindo destas circunstâncias, é que se debate a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento aos casos criminais expostos na mídia, sendo que este não será concedido a toda e qualquer situação, haja vista a possível afronta a publicização das informações, devendo, entretanto, serem considerados alguns critérios para a sua concessão.

Apoiando-se em Sarlet e Ferreira Neto (2019), em um primeiro momento, para que o indivíduo goze do direito ao esquecimento, é preciso que exista um direito individual que se coloque como obstáculo a disseminação desproporcional das informações, as quais tenham se prolongado no tempo e refletido na esfera da pessoalidade e personalidade do sujeito, trazendo consequências ao psíquico e a questões comportamentais e sociais.

Somado a isto, tem-se ainda que a situação pretérita, objeto do direito de esquecimento, deve ser aquela cuja tamanha repercussão midiática gere um dano real ou potencial ao sujeito, afetando a dignidade da pessoa humana, não podendo ser um mero capricho ou desejo do indivíduo (SARLET; FERREIRA NETO, 2019).

Para aferição do dano real ou potencial da informação propagada, deve se considerar o nível de exposição pública a qual o indivíduo está habituado, ou seja, visualizará a publicidade do indivíduo; a ocupação de cargo público; assim como a sua notoriedade e reconhecimento social, registrando-se, neste sentido que, sendo o indivíduo uma figura pública, o direito ao esquecimento estará inviabilizado, dado a papel que estas assumiram na vida social (SARLET; FERREIRA NETO, 2019).

Além destes critérios, Sarlet e Ferreira Neto (2019) aludem a questão da necessidade de ausência de contemporaneidade da informação, ou seja, é preciso que o fato já não tenha mais repercussão na atualidade, assim, na ausência de interesse recente à informação ou de circunstâncias que tenham o condão de reavivar a situação pretérita, o indivíduo possui o direito ao esquecimento.

Por fim, em último ponto, tem-se como critério determinante, a ausência de interesse público e de historicidade do acontecimento criminal, ou seja, existem determinados eventos que não podem ser esquecidos pelo tempo diante do significativo valor social e histórico que possuem, fazendo este parte da memória do coletivo, ainda que “[...] gravemente penosos para o indivíduo afetado ou para seus herdeiros e mesmo que um longo período de tempo já tenha transcorrido desde a data de sua ocorrência” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 196).

Acerca da historicidade de determinados casos criminais, que impedem o sujeito de fazer gozo do direito ao esquecimento, destaca-se o julgamento do Recurso Especial 1.736-803/RJ, proferido em 2020 no STJ, onde se discutia o direito ao esquecimento cumulado com pedido de indenização por danos morais em situação envolvendo Paula Thomaz, uma das responsáveis pela morte da atriz Daniella Perez na década de 1990 (BRASIL, 2020).

O *leading case* ocorreu em virtude de matéria jornalística da Revista “ISTO É” que publicava semanalmente crimes de homicídio que chocaram a sociedade brasileira, inserindo o caso da Daniella Perez como um deles, trazendo fotografias da cena do crime, as características dos acusados, Paula Thomaz e seu ex-cônjuge, Guilherme de Pádua, assim como detalhes do julgamento, além de apontar detalhes da vida destes na atualidade, com descrição das rotinas, seus hábitos, descrevendo, inclusive, quem são seus filhos e companheiros na atualidade (BRASIL, 2020).



Em pedido, Paula Thomaz, requeria o reconhecimento do direito ao esquecimento para assim poder se restabelecer no convívio social em condições de igualdade, sem ter a sua intimidade e a de seu cônjuge e filhos afetadas por um crime no qual já havia sido sentenciada, e cumprido a pena, arbitrando a título de indenização moral o importe de R\$ 3 milhões, considerando o faturamento da revista com a venda dos exemplares (BRASIL, 2020).

Iniciado o julgamento, o Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, apesar de reconhecer que a publicação semanal do cotidiano da ex-acusada Paula Thomaz, acarretaria violação do direito à reabilitação e retorno ao convívio social de egressos do sistema penal, entendeu ser inviável acolher a tese do direito ao esquecimento pelo fato de o crime ocorrido ter marcado a história do país, e gerado movimentos sociais iniciados pela mãe da vítima, a escritora de telenovela Gloria Perez, que ensejaram em mudanças na Lei n.º 8.072/1990, ao tornar o homicídio qualificado como um crime hediondo (BRASIL, 2020).

Neste sentido, o Ministro fixou que:

[...] Diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas ao fato criminoso, sob pena de configuração de censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio BRASIL. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.736.803-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de julgamento: 28/04/2020, n. p.).

Com relação aos eventuais danos causados a prole e ao cônjuge de Paula Thomaz, o Ministro Ricardo Villas Bôas sustentou que, apesar de não haver direito ao esquecimento no caso destes, haja vista a ausência destes na vida da autora do delito na época dos fatos, a matéria jornalística em questão representava uma ofensa ao princípio da intranscendência da pena (*ex vi* art. 5º, XLV da Constituição Federal de 1988), haja vista que ao expor na mídia a vida da egressa, esta acabava estendendo os eventos do crime a eles, o que poderia ocasionar, sobretudo, aos menores, que se encontra em estado de desenvolvimento, fixando como indenização o valor de R\$ 30 mil e R\$ 20 mil (BRASIL, 2020).

Nesta linha, é possível evidenciar que só gozaram do direito ao esquecimento os fatos que, para além de atingirem a dignidade humana e direitos personalíssimos, não se traduzam como um evento que faça parte da memória do coletivo, tal como o assassinato da atriz Daniela Perez, e as repercussões midiáticas que ainda giram em torno deste delito,

independentemente do fato de os acusados já terem respondido ao processo, bem como já ter se passado 30 anos do evento criminoso.

Por outrora, há que se ressaltar a influência na mídia no transcurso de tais delitos, sobretudo os crimes bárbaros, no qual os meios de comunicação em massa conseguem gerar tamanha influência a ponto de influenciar na opinião e movimentos sociais clamando pela punição severa dos atos no âmbito do Poder Judiciário.

#### **6.4 Espetacularização do processo criminal: a mídia como quarto Poder**

Em face de todo ato criminoso, existe uma reação, seja esta por conta da vítima, do Poder Judiciário e órgãos a ele interligados, assim como uma reação social, que pode ser mais enfatizada a partir das informações disponibilizadas pela mídia acerca de determinado fenômeno criminal, expondo os pormenores do delito, fazendo surgir no coletivo o desejo de vingança privada, de aniquilação do mal, daquilo que é estranho e não pactua com a passividade social (ANDRADE, 1995).

Andrade (1995), à luz da Criminologia contemporânea, assevera que a partir das transformações históricas e sociais, constitui-se na atualidade um novo paradigma aos delitos, qual seja, o da reação social (*social reation approach*), que designa o etiquetamento do indivíduo por meio de processos sociais, *in verbis*:

[...] o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 1995, p. 28).

Neste sentido, a criminalidade não possui uma natureza ontológica, mas sim, social, onde se cataloga o crime e, propriamente, o autor do delito, por intermédio de um controle social formal, onde se tem as figuras dos Poderes de Estado, qual seja, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como o sistema penitenciário e demais órgãos de natureza investigativa realizando uma criminalização primária, como também um controle social informal, promovendo uma criminalização de ordem secundária, destacando-se o papel da mídia (ANDRADE, 1995).

Em tempos de sociedade da informação, a reação social ao evento criminoso recebe forte influência dos meios massivos de comunicação, os quais, na pretensão de propagarem o conhecimento ao público, indiretamente exercem controle sobre a sociedade, fomentando o ideal de punitivismo estatal ao estabelecer que a pena é o caminho para a solução da criminalidade no país.

Para além de servirem como um instrumento informativo, a mídia, recorrendo ao crime como um espetáculo teatral, extrapola o limite da liberdade de imprensa, estigmatizando o acusado e antecipando a condenação em uma espécie de Tribunal Popular, onde os meios de comunicação são os principais condutores de um processo sem garantias constitucionais (CORREA; SILVA, 2017).

Referida situação gera o que Schreiber (2008) denominou de *trial by media*, que consiste em uma manifestação por parte dos meios de comunicação que influenciam no resultado do julgamento, em virtude da atuação imediata desta já no momento da instauração do inquérito policial, prosseguindo até o julgamento definitivo, e em casos mais céleres, repercutindo durante anos.

A exposição midiática e, sobretudo, preliminar dos casos criminais, para além de realizar uma condenação social dos indivíduos, também influencia na decisão dos jurados em sede do Tribunal do Júri, ao estabelecer a cultura do medo nestes, assim, por receio de futuras retaliações, aqueles que deveriam julgar conforme a livre convicção e imparcialidade são contaminados pelo sensacionalismo da mídia (AQUINO; CASTRO; QUEIROZ, 2020).

De igual modo, a sociedade, indiretamente, torna-se vítima de uma mídia sem respeito a termos éticos, que propaga o medo e alimenta o sub-inconsciente do coletivo a se preocupar e ter receio de se tornar a próxima vítima (CALLEGARI; ENGELMANN; WERMUTH, 2016).

Tamanho é a influência da mídia nos processos criminalizantes, que no julgamento do caso Isabella Nardoni, com então cinco anos, jogada do sexto andar de um edifício de São Paulo por seu pai, com a colaboração da madrasta, os meios de comunicação, que transmitiram de forma massiva o homicídio, promoveram tamanho espetáculo que a sociedade passou a clamar por uma condenação máxima do casal, situação esta que resultou em uma sentença determinando uma pena longa aos acusados, diante da repercussão do caso na sociedade brasileira, visando com isto atender ao apelo social (AQUINO; CASTRO; QUEIROZ, 2020).

Na conjuntura dos impactos da mídia nos processos criminais, a doutrina vem empregando ser esta uma espécie de quarto Poder, no qual, para além das funções respectivas do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, realiza uma forma de controle sobre estes, exigindo, por meio de pressões punitivistas, com o auxílio da população, a aplicação de penas severas aos crimes com maior repercussão midiática, sem se importar com as garantias constitucionais cabíveis as partes e, inclusive, com a possível inocência do réu, expondo-o desde as primeiras repercussões sobre o delito (DIAS, F. F.; DIAS, F. V.; MENDONÇA, 2013).

Neste sentido, alude Vieira:

O investigado ou acusado desde a prisão em flagrante delito, ou mesmo antes de serem iniciadas as investigações, até o momento do efetivo cumprimento da pena é submetido a situações vexatórias pela mídia, como se tivesse perdido a dignidade, a intimidade, a privada. Tem sua vida particular devassada, posta a descoberto; pessoas, até então respeitáveis, deixam de sê-lo porque a imprensa relata o crime e os motivos sórdidos e imorais que ela supõe terem existido. (VIEIRA, 2003, p. 155).

Para Zaffaroni (2012), é preciso repensar as ações da mídia, não cabendo, entretanto, proceder-se com uma censura prévia as ações desta, mas o estabelecimento de uma nova cultura dos meios de comunicação, de modo que a criminalidade e aqueles envolvidos nela, sejam ressignificados, cabendo apenas a mídia o papel de informar, e não influenciar e sensacionalizar situações que atinjam a dignidade da pessoa humana e, especialmente, os direitos de personalidade e a liberdade de locomoção dos indivíduos.

Neste sentido, conclui-se que, apesar de a liberdade de imprensa constituir uma garantia constitucional, esta, assim como qualquer outro direito, não pode ter valor absoluto, devendo ser sopesado quando houver clara afronta a dignidade da pessoa humana, sendo um direito das partes responderem um processo justo, estando à vítima longe dos holofotes midiáticos, e o potencial acusado, distante de uma condenação social.

## **7 METODOLOGIA**

Servindo como mecanismo auxiliar ao pesquisador, a metodologia quando bem definida tem o condão de explicar a quem se utiliza do estudo, de que modo o autor chegou às devidas conclusões, quais foram às principais fontes utilizadas, entre outras, como bem define Pereira *et al.*, ao colocar que o método científico parte da:

[...] observação organizada de fatos, da realização de experiências, das deduções lógicas e da comprovação científica dos resultados obtidos. Para muitos autores o método científico é a lógica aplicada à ciência. O método científico é um trabalho sistemático, na busca de respostas às questões estudadas, é o caminho que se deve seguir para levar à formulação de uma teoria científica. É um trabalho cuidadoso, que segue um caminho sistemático. (PEREIRA *et al.*, 2018, p. 27-28).

Em questão, o método utilizado foi o descritivo, centralizando-se em bases teóricas com vistas a sustentar os objetivos traçados, optando-se, conseqüentemente, como técnica

pela pesquisa de natureza bibliográfica e documental, que consiste em uma fonte de coleta de dados acerca do tema, abrangendo “[...] toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses”, entre outras, cujo objetivo é de validar cientificamente aquilo que foi escrito (LAKATOS; MARCONI, 2001, p. 183).

Para o presente estudo, dentre os materiais selecionados para a pesquisa bibliográfica estão: livros físicos e *e-book*, artigos científicos extraídos da base de dados do *Google Acadêmico*, teses e dissertações na área da Criminologia, Direito Penal e Processual Penal.

Na condução da realização da pesquisa, inseriram-se as seguintes palavras-chave nos instrumentos de busca, sendo elas: influência da mídia; espetacularização midiática; a mídia como quarto Poder; e criminologia midiática. Selecionando os materiais, o estudo optou por aqueles publicados em língua portuguesa ou traduzidos para esta, dando-se preferência para autores renomados como Zaffaroni, Sarlet e Ferreira Neto, e Batista.

Tendo identificado que o debate acerca da influência da mídia no processo penal não é de todo recente no ordenamento jurídico, o estudo selecionou materiais e doutrinas publicadas majoritariamente, dentro de um lapso temporal de 20 anos, mesclando as mais antigas com entendimentos atuais acerca do *show business* realizados pela mídia sobre os casos emblemáticos relacionados ao crime.

Por fim, para atestar na prática de determinadas circunstâncias propagadas pela mídia, o estudo recorreu a casos reais repercutidos na sociedade brasileira, limitando o estudo a quatro casos, a saber: o *leading case* Escola Base, envolvendo falsas acusações de abuso sexual e responsabilização da mídia; polêmica acerca do programa Linha Direta, revestido de certo sensacionalismo midiático; julgamento proferido pela Corte Superior envolvendo direito ao esquecimento da assassina da atriz Daniela Perez; e ainda, de maneira breve, a cobertura midiática realizada no caso da morte da menor Isabella Nardoni.

A escolha por tais casos está ligada ao fato destes terem sido amplamente debatidos na mídia, caracterizados como casos de grande repercussão nacional e internacional, tendo a sua exposição afetado ainda que de maneira indireta na tomada de decisões por parte do júri popular, de modo a atender o clamor social.

## 8 CRONOGRAMA

**ANO 2022/2023**

ATIVIDADES	Ago .	Set.	Out .	Nov .	Dez .	Jan.	Fev.	Abr.	Mai .	Jun.
Escolha do tema	X									
Pesquisa bibliográfica e documental	X	X	X	X						
Elaboração do Projeto		X	X	X						
Entrega do Projeto				X						
Definição dos capítulos e subcapítulos do TCC					X					
Redação do TCC						X	X	X		
Revisão crítica								X	X	
Revisão ortográfica, gramatical e formatação									X	
Encadernação e entrega do TCC										X

## REFERÊNCIAS



ANDRADE, V. R. P. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência, Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 16, n. 30, jun. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 13 nov. 2022.

AQUINO, S. S.; CASTRO, P. C. M.; QUEIROZ, L. P. A influência midiática nas decisões do Tribunal do Júri. *In: Atualidades, controvérsias e os novos paradigmas jurídicos na seara criminal*. AQUINO, S. S.; CAMPAGNOLI, A. R.; FREITAS, C. J. F. 1. ed. Curitiba: Bagai, 2020.

BATISTA, N. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 42, 2003. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/~boccmirror/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Conselho da Justiça Federal, mar. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição [(1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.736.803-RJ**. Terceira Turma. Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data de julgamento: 28/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-nao-embasar.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. Rel. Min. Eros Grau. Data de julgamento: 05/02/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CALLEGARI, A. L.; ENGELMANN, W.; WERMUTH, M. A. D. A banalidade do mal: compromissos (escuros) entre mídia e sistema penal no Brasil e reflexos no Poder Judiciário. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19, n. 19, jan./jun. 2016. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/516/460>.  
Acesso em: 14 nov. 2022.

CAMPOS, M. A. M. **A influência da mídia no processo penal**. 2012. 27 f. Artigo Científico (Especialização *Lato Sensu*) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em:  
[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/marcoantoniocampos.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/marcoantoniocampos.pdf). Acesso em: 8 nov. 2022.

CORREA, M. S.; SILVA, J. F. E. Sensacionalismo midiático e a sua influência nos julgamentos do Tribunal do Júri. **Praxis Jurídica@ - Law Journal**, v. 1, n. 1, out. 2017. Disponível em:  
<http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/praxisjuridica/article/view/2517/819>. Acesso em: 10 nov. 2022.

DIAS, F. F.; DIAS, F. V.; MENDONÇA, T. C. Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal. **2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, jun. 2013. Disponível em:  
<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

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

GROTTI, V. H. G.; LINHARES, É. Liberdade de imprensa e presunção de inocência: a condenação social e midiática antecipada. **Humanidades & Inovação**, v. 8, n. 51, jul. 2021. Disponível em:  
<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3827>. Acesso em: 12 nov. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEHNEN, N. V. Presunção de inocência: da consagração à sua deturpação por meio de um processo penal do espetáculo. In: **Anais de Artigos Completos do V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar**. NUNES, César Augusto R. *et al.* (Orgs.). Campinas: Editora Brasília, 2021.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRANDA, J. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro – MPRJ**, n. 52, abr./jun. 2014. Disponível em:

[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2550135/Jorge\\_Miranda.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2550135/Jorge_Miranda.pdf). Acesso em: 14 nov. 2022.

NUCCI, G. S. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. Imprensa amadureceu após Escola Base. **Revista Observatório da Imprensa**, n. 1038, 2019. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/imprensa-em-questao/ed792-imprensa-amadureceu-apos-escola-base/>. Acesso em: 12 nov. 2022.

PEREIRA, A. S. *et al.* **Metodologia da pesquisa científica**. 1. ed. Santa Maria, RS: UFSM, NTE, 2018. Disponível em: [https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/358/2019/02/Metodologia-da-Pesquisa-Cientifica\\_final.pdf](https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/358/2019/02/Metodologia-da-Pesquisa-Cientifica_final.pdf). Acesso em: 12 nov. 2022.

SANTOS, R. **Mídia e processo penal**. Santa Catarina: Clube de Autores, 2017.

SARLET, I. W.; FERREIRA NETO, A. M. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SCHREIBER, S. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. **Revista CEJ**, v. 12, n. 42, jul./set., 2008. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1056>. Acesso em: 12 nov. 2022.

SILVA, G. B. Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos. **Canal Ciências Criminais**. 18 mai. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>. Acesso em: 8 nov. 2022.

SOUZA, L. C. **Expansão do direito penal**: os reflexos da influência midiática no processo de criminalização primária. 2017. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2017. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/handle/2011/9894>. Acesso em: 13 nov. 2022.

VIEIRA, A. L. M. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, E. R. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

## **CRIMES CIBERNÉTICOS: OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS CRIMES CONTRA A HONRA NO ÂMBITO VIRTUAL**

**ISABELLA NAYARA SERAFIM CARNEIRO:**  
graduanda em Direito pela Universidade  
Brasil. Fernandópolis-SP<sup>51</sup>.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

**RESUMO:** Com a internet surgiram várias formas de comunicação em que qualquer pessoa pode produzir e compartilhar conteúdos manifestados em todas as suas formas, artísticas, religiosa, ideológica e política, porém consequentemente resultou em práticas de crimes de ódio, muitas vezes ultrapassando o direito à liberdade de expressão. Dessa forma, por meio do presente estudo apresenta-se com propósito principal a ponderação acerca dos crimes cibernéticos contra a honra no âmbito virtual. Para tanto será discorrido sobre o conceito jurídico da liberdade de expressão, os seus elementos conceituais, a violação dos direitos da personalidade em razão do uso da internet, o direito à honra e a aplicabilidade da legislação brasileira nos crimes cibernéticos.

**Palavras-chave:** Crimes digital. Crimes contra a honra. Internet.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 REVISÃO DE LITERATURA. 2.1 O conceito liberdade de expressão. 2.2 Elementos conceituais dos crimes cibernéticos. 2.3 A violação dos direitos da personalidade em razão do uso da internet. 2.4 O direito à honra. 2.5 A aplicabilidade da legislação brasileira nos crimes cibernéticos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **1 INTRODUÇÃO**

A liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado ao indivíduo, o qual assegura que qualquer cidadão possa manifestar-se emitindo opiniões, ideias e pensamentos sem qualquer tipo de retaliação ou censura por parte do Governo, dos órgãos privados e públicos ou outros indivíduos. Em nosso país a liberdade de expressão é assegurada pelo artigo 5.º da Constituição Federal, bem como, um direito estabelecido mundialmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) (SILVA e DELGADO, 2022).

Juridicamente trata-se de um direito que não pode ser vendido, renunciado, transmitido ou revogado. Mediante tais informações pode-se afirmar que a liberdade de expressão é assegurada a todos os cidadãos, indistintamente de classe, gênero ou crença.

---

51 Contato: bellaserafim@hotmail.com

Entretanto, assegurá-lo atualmente é algo extremamente complexo, visto que a internet possui amplo alcance, no qual a legislação brasileira ainda falha no controle dos atos que ferem a honra do indivíduo no campo digital (BARBOSA e DISCONZI, 2020).

Teoricamente a internet deveria ser apenas mais um meio de comunicação instantânea, entretanto tornou-se um local facilitador de práticas abusivas, a crimes relacionados como a honra de seus usuários. Mediante tais, informações, o trabalho objetivou discorrer sobre os principais crimes contra a honra propagados pela internet, pois a maioria dá população não conhecem seus direitos fundamentais, assim como, também não conseguem discernir sobre os limites da Liberdade de expressão, utilizando-a de forma que não atinja a dignidade alheia. É preciso assegurar que a utilização da internet ocorra de forma harmoniosa, sem o crescente número de vítimas (CHAGAS, 2022).

Sendo assim, conclui-se a importância de leis e normas que assegurem a ordem da sociedade digital, punindo os infratores pela ilegalidade de seus atos, pois, a liberdade de expressão não deve desviar de sua idealização, garantindo o bem-estar e os avanços da sociedade brasileira (FERREIRA e WATANABE, 2022).

## **2 REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1 O conceito liberdade de expressão**

Em termos gerais, a liberdade de expressão está vinculada a livre manifestação de pensamentos, ideologias e sentimentos, elementos que compõem a vivência do ser humano. Em nosso ordenamento jurídico, encontra previsão legal no artigo 5.º da nossa carta magna, a Constituição Federal de 1988. Possui, características de cláusula pétrea, conforme previsão no inciso IV, do § 4.º, do artigo 60. Esse direito nos assegura a plena e livre manifestação de ideologias artísticas, políticas, filosóficas e tantas outras. A livre manifestação de pensamentos consegue modificar a maneira como as pessoas se reconhecem e reconhecem o mundo, sendo constantemente auxiliada pelo ambiente tecnológico (virtual), o qual pode unir ou segregar pessoas (PINTO, 2020).

A manifestação da liberdade de expressão pode ocorrer de forma escrita ou oral, imagens, conceitos de expressão e seus derivados, que conseguem alcançar os limites decorrentes do avanço da tecnologia (redes sociais). O caminhar evolutivo da tecnologia, fez com que o conceito de liberdade de expressão ganhasse ainda mais força e destaque não somente na sociedade brasileira, mas do mundo (NETO e GUIMARÃES, 2022).

Essa amplitude forçou a expansão da abrangência do conceito legal em nosso ordenamento jurídico, permitindo que os titulares desses direitos passassem a ser pessoas físicas e jurídicas, evidenciando um direito fundamental ao ser humano. Autores como

Rodrigues Júnior (2009, p.60), define a liberdade de expressão como “qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: ideias, crenças, convicções, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções e atos de vontade”.

É indiscutível que a liberdade de expressão vislumbra uma intensidade de grande valor, permitindo a todos os indivíduos, indistintamente, o direito de desfrutá-la através de suas diferentes manifestações, nas mais diversas formas. Sem o direito à liberdade de expressão é impossível que os cidadãos sejam informados ou exijam uma responsabilização adequada das autoridades, que sequer seriam incapazes de compartilhar posições com outras pessoas, de modo que sua própria percepção e visão do mundo seriam estreitamente limitadas, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem repetidamente apontado (SILVA e DELGADO, 2022).

O direito à liberdade de expressão também vem assegurado através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), mais precisamente no artigo 19. Todos têm direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui o direito de não ser incomodado devido a suas opiniões, o direito de investigar e receber informações e opiniões, e o direito de disseminá-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão (PINTO et al., 2022).

No plano regional, o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) salvaguarda esse direito e amplia seu escopo de proteção, proibindo expressamente restrições indiretas ao seu exercício e limitando a censura prévia apenas para proteger os direitos de terceiros e por razões de segurança nacional e ordem pública. Todos os cidadãos têm direito a sua Liberdade de pensamento e expressão, ou seja, o direito de buscar, receber e transmitir informações de todos os tipos, independentemente das fronteiras, os indivíduos podem se manifestar de forma oral, escrita, impressa ou artística ou por meio de sua escolha. É preciso orientar que este direito não pode sofrer censura prévia, entretanto o indivíduo torna-se responsável, por situações expressas em lei, visando assegurar o respeito aos direitos e reputações, oferecendo proteção a segurança nacional, a ordem pública, a saúde pública e a moral (JUNIOR e BOMFATI, 2020).

A citada convenção assegura ainda que o direito de expressão não deve ser restringido por meios diretos ou indiretos, mediante abuso de controles oficiais ou privados, sejam em jornais, radiofrequências e equipamentos que propiciam a disseminação de informações ou meios que impeçam a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. É importante ressaltar que os espetáculos públicos podem estar sujeitos a lei de censura prévia, como único exclusivo a propósito de regulamentar o acesso a eles, objetivando a proteção moral de crianças e adolescentes, sem prejuízo ao exposto anteriormente. Outro ponto, a ser evidenciado, é que qualquer propaganda a favor de guerras, defesas de ódio nacional, raciais ou religiosas, quem se tem a violência ou ações



ilegais semelhantes contra qualquer pessoa ou grupos, por qualquer razão, incluindo: raça, cor, religião, língua ou origem nacional, será proibida por lei (CARNEIRO, 2022).

## 2.2 Elementos conceituais dos crimes cibernéticos

A premissa de que novas tecnologias, criam oportunidades criminosas, está sendo cada dia mais visualizadas e vivenciadas pelos indivíduos, porém, é preciso identificar o que distingue o crime cibernético de uma atividade criminosa tradicional. É óbvio que existe uma diferença entre o uso do computador e apenas a tecnologia, a qual é insuficiente para qualquer distinção entre as diferentes atividades criminosas. Por exemplo, os criminosos não necessitam de um computador para o cometimento de fraudes, tráficos de pornografia infantil, propriedade intelectual, roubo de identidade ou violação da privacidade de alguém, todas as atividades citadas já existiam antes do termo cibernético, tornando-se onipresente. Para a ocorrência do crime cibernético, precisa-se do meio, a "internet", o que pode ser denominada como extensor de comportamentos criminosos, estabelecendo um novo rol de atividades ilegais. Pode-se afirmar que a maioria desses crimes são baseados ao ataque das informações sobre indivíduos, corporações ou governos (SOUZA, 2019).

Embora os ataques não ocorram por meio de um corpo físico, ocorrem no campo virtual, pessoal e corporativa, são atributos informativos capazes de definir pessoas e instituições no ambiente virtual. Em outras palavras, no campo digital, nossas identidades virtuais são os elementos essenciais da vida cotidiana, nos transformamos em números e identificadores em diversos bancos de dados de propriedade do governo ou de corporações. A configuração do cibercrime, vincula-se o uso da tecnologia como meio de atingir e prejudicar, os indivíduos, nos tornando frágeis devido a essa identidade virtual (NETO e GUIMARÃES, 2022).

Ao mesmo tempo em que a internet se tornou uma ferramenta essencial, também se tornou meio fértil para disseminação de novas condutas criminosas, portanto, deve ser balanceado seus aspectos positivos e negativos, forçando nossos legisladores a criarem penalidades, para que o usuário da internet se sinta seguro ao realizar suas atividades diárias (OLIVEIRA et al., 2017).

Entre os fatores de aspectos negativos, vislumbra se o uso da internet como uma fonte para crimes virtuais, também denominados como crimes cibernéticos ou crimes digitais. Os termos são variados, mas a caracterização é a mesma. Tais crimes virtuais, têm classificações, devendo essas estar sempre acompanhando as mudanças dessas práticas delituosas. Os crimes cometidos através da internet atingem o patrimônio e a honra (RAMOS, 2017).

Nesse sentido, tais crimes podem ser puros, sendo condutas cometidas por hackers, ou seja, pessoas cuja finalidade é a obtenção de dados, através de sua inteligência com a informática, para causar danos. Também tem os mistos, quando não se tem como objeto do crime os dados, mas utiliza-se do mesmo meio (internet) para a consumação da conduta. E por fim, os crimes virtuais comuns, quando o objetivo do infrator é utilizar a internet para conseguir um bem já intitulado penal. Os crimes virtuais, são classificados também em próprios e impróprios. O meio próprio ou puro, são aqueles em que é utilizada a internet como o principal meio, na prática do delito. Nesse caso, os crimes de invasão de sistemas de informação, procura a danificação ou alteração, e a inserção de dados falsos em um sistema de informação (MAIA, 2017).

Os crimes intitulados como próprios ou impuros, são aqueles em que a internet se trata apenas de um novo meio de execução, com o qual o agente procura atingir o sistema de dados ou informação. Alguns exemplos, são os crimes contra o patrimônio, como o furto e o estelionato praticados com o uso da internet. Nesses casos são utilizados um computador, por exemplo, para atingir o bem atingido (prejudicado) (CAMPOS e PRADO, 2017).

Um dos aspectos mais importantes relacionados ao crime cibernético é o seu caráter e não local, ou seja, as ações podem ocorrer em diferentes jurisdições, em diferentes distâncias, em diferentes localidades, causando um grave problema para a aplicação da lei, crimes que anteriormente eram locais ou em âmbito nacionais, agora exigem cooperação Internacional para serem punidos (COSTA, 2019).

A internet possui uma rede de abrangência mundial, o que oferece aos cibercriminosos inúmeros esconderijos no mundo real, ou na própria rede. Todavia, estes deixam rastros (marcas) que podem ser identificados por rastreadores qualificados, como os "IP"s (Protocolos de Internet). Por meio destes, os cibercriminosos deixam pistas sobre sua possível identidade e localização, mesmo diante de esforços para cobrir seus rastros. Por meio deste conceito fica visível a importância de os países participarem (ratificarem) tratados internacionais contra os crimes digitais (FROTA e PAIVA, 2017).

No ano de 1996, o Conselho da Europa, através dos seus representantes do governo, elaborou um tratado Internacional preliminar, cujo objetivo era estabelecer os crimes de computador. Entre os países participantes, Estados Unidos, Canadá e Japão. No primeiro momento, grupos libertários civis de forma imediata realizavam um protesto contra as disposições do tratado que exigiam que os provedores de serviços de internet, armazenassem informação sobre as transações de seus clientes, entregando essas informações sob demanda. Porém, o trabalho no tratado teve sequência e no ano de 2001, em 23 de novembro, a convenção do conselho da Europa sobre crimes cibernéticos foi assinada por trinta Estados, entrando em vigor no ano de 2004. Mais tarde, no ano de 2002, novos protocolos adicionais foram propostos, visando impedir atividades terroristas e

crimes cibernéticos de origem racista e xenofóbica, os quais, passaram a vigorar a partir de 2006, estas diversas leis nacionais e internacionais, foram criadas com escopo de proteger e monitorar as redes de computadores (FERMENTÃO e FERNANDES, 2020).

### **2.3 A violação dos direitos da personalidade em razão do uso da internet**

Os sistemas de comunicação crescem a cada dia, tornando-se o meio cada vez mais utilizado mundialmente, acarretando uma fonte temerária de descumprimento de direitos inerentes ao ser humano. É indiscutível que os avanços tecnológicos facilitam a propagação de infrações aos direitos personalíssimos, para a maioria dos criminosos a internet tornou-se uma Terra sem lei. Nesse contexto, Paesani (2003, p.37) explica:

De fato, a expansão das novas técnicas de comunicação faz com que o homem sofra constantemente com a exposição de aspectos ligados à sua vida privada. Ocorre que além de ser ilícito divulgar certas manifestações, também pode caracterizar uma violação aos direitos de personalidade tomar conhecimento e revelá-las.

Prática deste crime é considerada condutas negativas e ilícitas, ferem o direito a honra, a privacidade, a imagem e a personalidade dos indivíduos. Os direitos a personalidade residem em uma concepção clássica, o que assegura aos cidadãos, o pleno gozo de suas faculdades do corpo e do espírito, ou seja, são elementos inerentes a essência do ser humano, como ponto circunstâncias fundamentais para a sua existência (MATTIETTO, 2017).

Sendo assim, os direitos da personalidade são direitos essenciais da pessoa, reflexos da condição humana, que na esfera jurídica é de relevante valor e exige a tutela desses direitos. Nessa seara, verifica-se que a redação do artigo 11 do código civil, estabelece os direitos da personalidade, como direitos intransmissíveis, irrenunciáveis, ou seja, não podem sofrer qualquer tipo de limitação voluntária, independentemente de serem direitos especiais ou gerais da personalidade, *"são considerados pela doutrina como oponíveis erga omnes e imprescritíveis"*. (DE MARCO e DE FREITAS, 2013, p.269).

De forma sintetizada, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são essenciais a condição humana, estando ligados a essência da pessoa, considerados de extrema importância, visto que asseguram ao cidadão o direito a uma vida digna. Em suma, os direitos da personalidade são essenciais a própria condição de ser humano, inerentes a essência da pessoa, entre eles a vida, integridade física e psíquica, nome, imagem, aparência (SOUZA, 2019).

### **2.4 O direito à honra**

Todas as pessoas têm uma série de direitos que, se violados por outra pessoa, têm consequências criminais. Um desses direitos é chamado de direito à honra. É um direito que protege a privacidade pessoal e familiar de cada pessoa, além da imagem de cada um. A honra é um direito fundamental das pessoas e existem diferentes ações que ameaçam a honra das pessoas, também na internet. Dependendo dos fatos e da profundidade destes, uma penalidade ou outra será aplicada. Por isso, é importante saber tanto do que consiste no crime contra a honra quanto as consequências de cometê-lo (KILIAN, 2020).

Nucci (2019, p.279) conceitua a honra como:

"... a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade, no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes".

No que diz respeito ao conceito de honra, é possível acessar diversos conceitos, apresentados por vários doutrinadores e ordenamentos jurídicos, tais como: a Constituição Federal (CF), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e o Código Penal Brasileiro (CPB). Também se faz presente em leis especiais como o Código Militar, Eleitoral e a Lei de Segurança Nacional. A honra refere-se a um bem imaterial que possui proteção diante dos já citados. Os crimes cometidos contra a honra são denominados como calúnia, difamação e injúria e estão previstos no Código Penal do artigo 138 ao artigo 140 (MATTIETTO, 2017).

No entendimento de Gonçalves (2003, p.95/96),

Um conjunto de particularidades sendo elas morais, físicas e intelectuais que uma pessoa venha a possuir, fazendo com que esses atributos a tornem merecedora de prestígio no convívio social a qual a rege, e dessa forma que venha a promover a sua autoestima. Dessa maneira a honra se subdivide em duas formas: honra subjetiva e honra objetiva.

Honra objetiva. Sentimento que o grupo social tem a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de alguém. É o que os outros pensam a respeito do sujeito. Honra Subjetiva. Sentimento que cada um tem a respeito de seus próprios atributos. É o juízo que se faz de si mesmo, o seu amor-próprio, sua autoestima.

No que tange à honra objetiva, pode-se afirmar que está perpétua ao sentimento de que a sociedade tem respeito aos atributos físicos, morais, intelectuais da pessoa, algo sobre o que os outros pensam a respeito do sujeito, em contrapartida, a honra subjetiva, baseia-se no sentimento de que o indivíduo tenha seu próprio respeito, ou seja, o juízo que faz de si mesmo, com base em seu amor-próprio, sua autoestima (FERMENTÃO e FERNANDES, 2020).

Para os ilustres doutrinadores Damásio de Jesus e André Estefam (2020, p.288),

A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre nossos atributos.

Subentende-se que a honra objetiva é baseada na imagem em que a sociedade faz a respeito da reputação do sujeito, de forma sintetizada baseia-se no julgamento social. Isso enquanto a honra subjetiva, tem como base os valores que a pessoa faz de si mesma, podendo envolver questões físicas, morais e intelectuais.

Para Rogério Greco (2017, p.363),

"...a honra objetiva diz respeito ao conceito que o sujeito acredita que goza no seu meio social. Já a honra subjetiva cuida do conceito que a pessoa tem de si mesma, dos valores que ela se auto atribui e que são maculados com o comportamento levado a efeito pelo agente".

Em análise mais profunda, verifica-se que os conceitos da honra objetiva e subjetiva encontram-se associados, interligados de forma que ao afetar uma, prejudica-se a outra. Ao atingir a honra subjetiva do indivíduo, prejudica-se a relação e a visão que este faz de si, enquanto na honra objetiva a sua reputação é prejudicada no meio social (BITENCOURT, 2019).

A partir dessa premissa verifica-se que a tutela da honra tem como escopo a proteção da dignidade e da reputação do indivíduo, assegurando sua proteção a danos futuros. Corroborando com esta informação, Silva (2006, p.209), afirma que a "[...] honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito os concidadãos, o bom nome, a reputação."

Cabe salientar que o conceito de honra deve ser constantemente adequado as mudanças sociais, temporais e pessoais, sendo assim entende-se que a honra é um direito alterável, não havendo, portanto, um padrão universal. Todavia, é preciso salientar que qualquer indivíduo que se sentir ameaçado, abalado ou sofrendo danos tem assegurado por lei a proteção de seus direitos. O inciso X do art. 5º da garante ao indivíduo a inviolabilidade a sua intimidade, sua vida privada, sua honra, imagem, por meio de indenizações por dano material e moral decorrente do Ilícito. Ao analisar tais elementos verifica-se que a honra está intimamente relacionada com questões acerca da dignidade da pessoa, vinculados assim as circunstâncias do fato (COSTA, 2019).

A subdivisão em honra objetiva e honra subjetiva, para alguns doutrinadores, pode causar equívocos quando aplicadas há um sistema punitivo dos crimes. visto que não oferecem um conceito único e supõe um aspecto sentimental, que se torna o objeto da lesão. O código penal brasileiro tem-se três tipificações penais, estabelecidas como: difamação, prevista no artigo 138; calúnia, artigo 139 e a injúria, no artigo 140. Cada uma possui suas peculiaridades, porém todas ferem a honra do indivíduo. Nos casos de calúnia, é imputado de forma falsa fato definido como crime, para entender esta classificação é primordial entender seus elementos, melhor dizendo os verbos, imputar, propalar e divulgar. No caso, imputar é atribuir ao sujeito a prática de um fato, propalá-lo é a sua descrição verbal, divulgá-lo é ação narrativa do fato por qualquer meio (FROTA e PAIVA, 2017).

Para o doutrinador Rogério Greco (2017, p.370),

É possível indicar os três pontos principais que especializam a calúnia com relação às demais infrações penais contra a honra, a saber: a) a imputação de um fato; b) esse fato imputado à vítima deve, obrigatoriamente, ser falso; c) além de falso, o fato deve ser definido como crime.

Para que a calúnia ocorra a imputação deve ser falsa, ou seja, indicada de forma inverídica a vítima. Exige-se também que o agente criminoso deste tipo penal tenha um conhecimento que o fato alegado seja falso ou verdadeiro, porém no momento a gente irá imputar falsamente autoria à vítima. Do elemento incontestável para a tipificação da calúnia, o fato atribuído é considerado crime, em outras palavras imputar falsamente a prática de um crime a alguém, salienta-se que nessa narrativa haja confiabilidade em relação aos terceiros, ou seja, ele é necessário que alguém acredite no fato descrito Greco (2017, p.371).

Para melhor entendimento, Gonçalves (2019, p.274), afirma que para diferenciar calúnia injúria,



"Não basta, portanto, dizer que alguém é ladrão, assassino ou estelionatário, [...], sendo necessário narrar um fato concreto tipificado como roubo, homicídio, estelionato etc. A narrativa tem maior credibilidade perante terceiros [...]. Assim, narrar que determinado professor abusou sexualmente de seus alunos caracteriza calúnia, ao passo que xingá-lo genericamente de pedófilo constitui injúria. Para a configuração do delito em estudo, todavia, não se faz necessária uma narrativa minuciosa do fato – com detalhes acerca de data, local etc. – bastando que seja possível ao ouvinte identificar que o narrador está fazendo referência a um acontecimento concreto".

Em suma, para haver a tipificação da calúnia, consoante o código penal brasileiro, é primordial, indicar ou divulgar que determinado indivíduo praticou um crime, com o intuito, diferir a honra da vítima. Para ocorrer a consumação é necessário que a falsa imputação chegue ao conhecimento de terceiros, não sendo a vítima, que terá sua reputação social prejudicada. Existe também a tentativa, entretanto esta vincula-se ao meio em que o delito é executado. Por isso, alguns doutrinadores reconhecem que a calúnia se apresenta de forma objetiva, o delito só é consumado, quando terceiros se tornam cientes de tal imputação (GONÇALVES, 2019).

Na calúnia por escrito não ocorre o mesmo, tratando-se de um ilícito de um único ato (único *actu perficiuntur*), este no que lhe concerne, pode ser fracionado ou dividido. Como exemplo, o indivíduo prepara folhetos caluniosos, e quando estar prestes a distribuí-lo, é interrompido, por certo caracteriza-se a tentativa, visto que houve, o início da realização do crime tipificado, contudo, o mesmo não se integralizou por substâncias alheias a sua vontade. Com base no §1º do art.198 do CP, o qual afirma e que incorre na mesma pena quem de forma falsa imputa, propala ou divulga. Neste parágrafo, observa-se a caracterização de dolo direto, pois, mesmo sabendo se tratar de falsa imputação, o agente propala e divulga (JÚNIOR e BOMFATI, 2020).

Segundo Damásio (2020, p.306),

Nesses subtipos de calúnia é necessário que o sujeito pratique o fato com dolo direto de dano. O dolo eventual não é suficiente. O tipo exige que conheça a falsidade da imputação. Enquanto no tipo fundamental, previsto no caput, admite-se o dolo direto ou eventual, este quando o sujeito tem dúvida sobre a imputação, nos subtipos é imprescindível que tenha vontade direta de causar dano à honra alheia, conhecendo perfeitamente a falsidade da imputação.

No que diz respeito a exceção da verdade, esta é vista como a possibilidade do sujeito passivo do crime de calúnia, identificar que os fatos apresentados sejam verdadeiros, por isso, não seria indiciado pela infração penal. Não há possibilidade de arguição da *exceptio veritatis* (BARBOSA, 2020).

De acordo com o §3º do art. 138 do Código Penal:

§3º Admite-se a prova da verdade, salvo:

Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; Se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art.141; Se o crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Nos casos em que alguém imputa determinado fato como crime de outro, presume-se a falsidade da imputação, ocorrendo, contudo, a presunção relativa, uma vez que o art.137, §3º, do Código Penal, permite que o autor da ofensa se disponha a provar, no mesmo processo, por meio da exceção da verdade, que o fato imputado é verdadeiro. A penalidade para o crime de calúnia é a da detenção, de 6 meses a 2 anos e multa. Associada ao artigo 141 do CP, esta pode ser aumentada de 1/3 se o ato for cometido contra o presidente da República, chefes de governo estrangeiro, funcionários públicos em razão de suas funções na presença de várias pessoas ou por meio que facilite sua divulgação, ou incidir sobre pessoas com mais de 60 anos ou portadores de deficiência, no que lhe concerne essas podem ser dobradas se forem decorrentes de pagamento ou promessa de recompensa (COSTA, 2019).

A difamação está prevista no artigo 139 do CP, difamar alguém atribuindo o fato ofensivo a sua reputação. Para a tipificação deste crime é necessário que o agente impute, ou seja, atribua ao indivíduo determinado fato, mesmo não possuindo caráter criminoso, ofendendo a reputação da vítima (CUNHA, 2019).

Em tese a de formação ocorre quando um sujeito ativo indica um fato não criminoso a vítima, porém gera uma lesão à reputação ao sujeito passivo. O fato imputado pode ou não ser falso, porém para haver a consumação do crime é necessário que a informação declarada chegue a terceiros (COSTA, 2019).

Capez (2020, p.446) informa que,

“... o fato ofensivo deve necessariamente chegar ao conhecimento de terceiros, pois o que a lei penal protege é a reputação do ofendido, ou seja, o valor que o indivíduo goza na sociedade, ao contrário da injúria, em que há a proteção da honra subjetiva, bastando para a

configuração do crime só o conhecimento da opinião desabonadora pelo ofendido”.

Nucci (2019, p.295), "difamar uma pessoa implica divulgar fatos infamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos". Sobre a consumação e tentativa no delito de difamação, o mesmo é consumado a partir do momento em que terceiros e não o ofendido tomam conhecimento de um fato desonroso que está sendo atribuído a vítima, por se tratar de um crime formal a consumação não fica vinculada ao prejuízo da reputação da vítima, não ocorre quando a difamação for perpetuada por prova oral, somente de forma escrita (CAPEZ, 2020).

A exceção da verdade, nos casos de difamação, não é admitida, vez que para tipificação do crime independe a veracidade dos fatos, com exceção para o parágrafo único do artigo 139, a exceção da verdade só é admitida, se o ofendido é funcionário público e a ofensa for referente ao exercício de suas funções (FROTA e PAIVA, 2017).

A penalidade para o delito de difamação é a detenção de 3 meses a um ano e multa, podendo-se aumentada de 1/3 se o crime for cometido contra presidente da República, chefes de governo estrangeiros, presidentes do Senado Federal ou da Câmara dos deputados, ou do Supremo Tribunal Federal. Agravado se o crime for cometido na presença de várias pessoas ou divulgado por meio que os facilite, é aumentado também se o crime for cometido contra pessoas maiores de 60 anos ou portadores de deficiência, exceto nos casos de injúria. A pena é aumentada em casos de promessa de pagamento ou recompensa (COSTA, 2019).

Assim, é indubitável que o dispositivo legal apresenta uma preocupação por parte da legislação que preconiza o ambiente virtual e os crimes contra a honra que acontecem na internet, corroborando para a penalização do agente que contraria a legislação. De acordo com Rogério Sanches Cunha (2019, p.192) o verbo é injuriar, isto é, ofender (insultar), por ação (palavras ofensivas) ou omissão (ignorar cumprimento), pessoa determinada, ofendendo a dignidade ou o decoro.

A injúria faz parte da honra subjetiva, porque atinge a autoestima da vítima, depende de cada pessoa para se captar se houve uma lesão à sua respeitabilidade e ao seu amor-próprio (NUCCI, 2019). O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a consumação do crime de injúria.

O crime de injúria praticada pela internet por mensagens privadas, as quais somente o autor e o destinatário têm acesso ao seu conteúdo, consuma-se no local em que a vítima tomou conhecimento do conteúdo ofensivo (STJ.CC 184.269-PB. Julgado em 09/02/2022).

A maioria dos doutrinadores afirma que o crime de injúria, pode ser considerado um que ele me completo, visto que protege a integridade e a incolumidade física dos indivíduos. A injúria pode ser praticada de diversas formas, através das palavras ou da escrita, é possível cometer injúria por omissão como não estender a mão a um cumprimento. A injúria é um crime contra a honra subjetiva, desse modo, a consumação acontece quando a vítima tem conhecimento dos insultos à sua dignidade. E no caso da tentativa é possível dependendo no meio que é proferida essa injúria, no caso o meio escrito é possível acontecer a tentativa. Em relação à consumação do crime de injúria alega que o crime é consumado quando o ofendido tem conhecimento dessa imputação ofensiva, não depende se o ofendido se sentir ou não atingido em sua honra subjetiva (CAPEZ, 2020).

A questão das possibilidades de tentativa na injúria, quando uma carta escrita que estava com o conteúdo sendo interceptada, ou até mesmo na colocação de símbolos, ou desenhos na frente da casa do ofendido, porém, é retirada por terceira pessoa, não percebendo a ofensa (GONÇALVES, 2019).

## **2.5 A aplicabilidade da legislação brasileira nos crimes cibernéticos**

O ambiente virtual, no Brasil, é regido pela Lei Federal n.º 12.965/2014, criada para assegurar a proteção da privacidade e dos dados pessoais. No artigo 7, elencam-se os direitos e deveres dos usuários, por meio da inviolabilidade e do sigilo do fluxo das comunicações, incluindo as privadas armazenadas, com ressalva apenas para ordens judiciais. Esse marco trouxe o primeiro passo para o combate do crime, que diz respeito a retirada do conteúdo ofensivo do ar (COSTA, 2019).

No país também vigorará a Lei n.º 12.737/2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, qual tipi fica a violação de dados do usuário e invasão de computadores. Sendo os Juizados Especiais responsáveis pela sentença acerca da ilegalidade do conteúdo. Ainda, isto se aplica a casos de injúria e insulto a honra, tratados da mesma forma dos crimes fora do ambiente virtual. A maioria das jurisprudências demonstra que a competência dos Juizados Especiais Criminais, constitui-se em uma espécie de competência absoluta, em razão da matéria e a imediata aplicação (KILIAN, 2020).

(CF. CC n.º 36.545, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 2.6.2003), merece ser compreendida com temperamentos, quando se trata de competência em razão da natureza da infração, porquanto inúmeras, pelas suas especificidades, estão sujeitas a legislações especiais (eleitorais, de tráfico de entorpecentes, de imprensa, etc.) ou gerais (crimes contra a honra) estabelecidas de procedimentos especiais, conquanto enquadradas como de menor potencialidade lesiva.

Certo é que, todos aqueles sendo alvo de quaisquer atos ilícitos devem ir em busca de autoridades para serem tomadas as medidas necessárias para a solução do problema. Fato aplicável também aos crimes praticados em meios virtuais, os quais receberam uma atenção especial com a implementação da Lei 14.155/2021. Ademais, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, estabeleceu o primeiro Plano Tático de Combate a Crimes Cibernéticos, visando prevenir esse tipo de crime no Brasil. Este prevê a criação de um banco de dados de ocorrências, com amplo acesso das polícias judiciária da União e dos estados, bem como, a capacitação dos agentes para poder lidar com esses tipos de crime, e a cooperação nacional e internacional (OLIVEIRA et al., 2017).

## **CONCLUSÃO**

Os fatos expostos observam que a liberdade de expressão é prevista como um direito amplo e de relevante importância, principalmente em meio à crescente expansão das tecnologias.

A partir deste contexto, verifica-se que o direito a liberdade de expressão pode gerar a violação de diferentes outros direitos considerados intransmissíveis e irrenunciáveis, que de tal modo são fundamentais para o ser humano, visto que respondam sua imagem, honra e personalidade.

As tecnologias propiciam uma interação no cotidiano mundial, destacando-se como uma ferramenta que permite o exercício do direito de livre expressão, porém o âmbito virtual e seus elementos tornaram-se práticos para violação dos direitos personalíssimos. Ao mesmo tempo em que facilita a vida de seus usuários, também os coloca como sujeitos vulneráveis a inviabilidade de seus dados.

Então o seu uso indevido pode gerar conflitos ia fingir direitos que asseguram uma vida digna aos indivíduos. Mesmo que timidamente em nosso país já existem leis para normatizar as atividades em âmbito virtual, amparando assim a sociedade. Todavia, juristas acreditam que faltam leis mais específicas e que as atuais ainda não são totalmente eficazes.

Deste modo é possível concluir que a livre expressão é um direito de todos, impedindo que haja censura de pensamentos, ideologias e crenças. Assim, como os demais direitos, devem ser respeitados para que os indivíduos consigam obter êxito em uma vida digna, por meio da preservação da imagem e da personalidade dos cidadãos.

É indiscutível que os meios tecnológicos se tornaram ferramentas essenciais que viabilizam a prática do exercício do direito de liberdade de expressão, todavia tornou-se um mecanismo facilitador capaz de influenciar ocorrências de condutas ilícitas

ocasionando assim a violação de direitos personalíssimos. Dessa forma, causa insegurança jurídica, em boa parte dos usuários, devido a falta de legislação e consequente penalização dos criminosos cibernéticos.

De tal forma identifica-se a necessidade de mais estudos sobre o assunto, pois a vida em sociedade no período atual não consegue ser desvinculada do âmbito digital.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Luzia Laíse Rodrigues. A honra em tempos de criminalidade cibernética. Resolução. **Revista de direito e ciências gerenciais**, v. 4, n. 4, p. 175-198, 2020.

BARBOSA, Kelianny Pereira. DISCONZI, Verônica Silva Do Prado. TORRES, Leonardo Guimarães. Discurso de ódio na internet: a linha tênue entre o crime e a

liberdade de expressão. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 06, Ed. 06, Vol. 03, p. 122-136. Junho de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Parte especial arts. 121 a 212**. Coleção Curso de direito penal. v.2, 20<sup>a</sup>. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAMPOS, E.M.; PRADO, M.L. **Crimes eletrônicos**. [online], 06 jul. 2017. 11 p.

CHAGAS, Inara. **Discurso de ódio: o que caracteriza essa prática e como podemos combatê-la?** 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/discursode-odio-o-que-e/>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

COSTA, D.O. **Crimes virtuais: uma breve análise da legislação brasileira sobre o tema**. Arapiraca: 2019. 25 f.

DE MARCO, Cristhian Magnus; DE FREITAS, Riva Sobrado. Pressupostos para o estudo dos direitos da personalidade na dogmática dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, p. 254-272, 2013

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A resolução n. 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** – Unifafibe. V. 8, N. 2, 2020.

FERREIRA, J. C. de S.; WATANABE, C. Y. V. Cibercriminalidade: um novo desafio



para o sistema global de proteção aos direitos humanos. **Conjecturas**, [S. l.], v. 22, n. 5, p. 284–307, 2022.

FROTA, J. O. D. PAIVA, M. de F. S. Crimes virtuais e as dificuldades para combatê-los. 2017. Disponível em: [https://flucianofeijao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/11/CRIMES\\_VIRTUAIS\\_E\\_AS\\_DIFICULDADES\\_PARA\\_COMBATELOS.pdf](https://flucianofeijao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/11/CRIMES_VIRTUAIS_E_AS_DIFICULDADES_PARA_COMBATELOS.pdf). Acesso em setembro de 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Curso de direito penal: parte especial. 3ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 14ª. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito Penal 2. Parte Especial: Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio (arts. 121 a 183)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

JÚNIOR, Armando Kolbe; BOMFATI, Cláudio Adriano. **Crimes Cibernéticos**. InterSaberes 1ª Edição, 01 jul 2020.

GARCIA, Admilson José. Principais aspectos relacionados aos crimes virtuais. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58924/principais-aspectos-relacionados-aos-crimes-virtuais>. Acesso em agosto de 2022.

KILIAN, J. **Crimes cibernéticos uma abordagem jurídica diante da eficácia na legislação brasileira**. Trabalho de Conclusão Curso. 2020. 65p. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2020.

MAIA, T. S. F. **Análise dos mecanismos de combate aos crimes cibernéticos no sistema penal brasileiro**. Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. **Revista Fórum de Direito Civil**, p. 11-25, 2017.

NETO, Mário Furlaneto. GUIMARÃES, José Augusto Chaves. Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/523>. Acesso em setembro de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 18ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, B. M.; MATTOS, K. R.; SIQUEIRA, M. S.; OLIVEIRA, N. Crimes virtuais e a legislação brasileira, (re)pensando direito. **Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo**, EDIESA, ano 7, n. 13, p. 119-130, jan./jun. 2017.

PAESANI, L. M. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, Verônica Cristina Ferreira; LIMA, Victória Maria Andrade; GONÇALVES, Jéssica Maria. **Dos crimes contra a honra nos meios virtuais**. 2020. Disponível em: [RAMOS, E. D. \*\*Crimes cibernéticos: análise evolutiva e Legislação penal brasileira. Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro\*\*. 2017. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6911/1/edramos.pdf> Acesso em 17 abr. 2021.](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/dos-crimes-contra-ahonranos-meiosvirtuais/#:~:text=Lei%20n%C2%BA%207.716%2C%2005%20de,de%20pandemia%E2%80%9D%2C%2012%20. Acesso em: 19 maio 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2009

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Liliane Lícia da Silva.; DELGADO, Rayane Sulamita Medeiros. **Cibercriminalidade: Os limites da liberdade de expressão e os crimes contra honra em meio virtual**. 2022, 26p. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Potiguar. Natal-RN, 2022.

SOUZA, Gizelle de Melo. **A violação dos direitos de personalidade em decorrência da liberdade de expressão no âmbito virtual**. 2019, 19p. Projeto de pesquisa apresentado Universidade de Rio Verde (UniRV) – Campus Caiapônia-GO, 2019.

## **O TEMPO É OURO: A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO E SUA APLICABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

**MARCOS LUIZ NERY FILHO:**  
Promotor de Justiça no Estado do Ceará<sup>52</sup>.

**RESUMO:** Trata-se de pesquisa sobre “A Teoria do Desvio Produtivo do consumidor”, cujo objetivo é analisar a possibilidade de o consumidor fazer jus ao ressarcimento pelo tempo gasto na resolução de problemas que se apresentam com determinados produtos ou serviços. No Brasil, as preocupações com as relações de consumos surgiram nas décadas de 40 e 60, quando foram criadas diversas leis regulando aspectos de consumo. Dentre essas leis pode-se citar a Lei n.º 1221/51 (lei de economia popular), a Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969 que consagrou a defesa do consumidor, a Constituição Federal de 1988 que apresenta a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica, e o artigo 48 do ADCT que determina a criação do código de defesa do consumidor. A proteção do consumidor ao ganhou importância com a Constituição Federal de 1988, que consagrou a proteção do consumidor como garantia constitucional e como princípio norteador da atividade econômica. O presente trabalho foi desenvolvido epistemologicamente através de: livros, artigos, revistas jurídicas, legislações e entendimento de Tribunais Superiores.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Teoria. Risco Produtivo.

**ABSTRACT:** It is a research on "The Theory of Productive Deviation of the Consumer", whose objective is to analyze the possibility of the consumer to be entitled to compensation for the time spent in solving problems that present themselves with certain products or services. In Brazil, concerns about consumer relations emerged in the 1940s and 1960s, when a number of laws were created regulating aspects of consumption. These laws include Law No. 1221/51 (Popular Economy Law), Delegated Law No. 4/62, the 1967 Constitution with Amendment No. 1 of 1969, which consecrated the consumer, the Federal Constitution of 1988 that presents the consumer's defense as a principle of economic order, and article 48 of the ADCT that determines the creation of the consumer protection code. Consumer protection has gained importance with the 1988 Federal Constitution, which enshrined consumer protection as a constitutional guarantee and as guiding principle of economic activity. The present work was developed epistemologically through: books, articles, legal journals, legislation and understanding of Superior Courts.

---

<sup>52</sup> Contato: marcosnery@yahoo.com.br

Keywords: Consumer Law. Theory. Productive Risk.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo sobre “A Teoria do Desvio Produtivo do consumidor”, cujo objetivo é analisar a possibilidade do consumidor fazer jus ao ressarcimento pelo tempo gasto na resolução de problemas que se apresentam com determinados produtos ou serviços.

No Brasil, as preocupações com as relações de consumos surgiram nas décadas de 40 e 60, quando foram criadas diversas leis regulando aspectos de consumo. Dentre essas leis pode-se citar a Lei n.º 1221/51 (lei de economia popular), a Lei Delegada n.º 4/62, a Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969 que consagrou a defesa do consumidor, a Constituição Federal de 1988 que apresenta a defesa do consumo como princípio de ordem econômica, e o artigo 48 do ADCT que determina a criação do código de defesa do consumidor.

A proteção do consumidor ao ganhou importância com a Constituição Federal de 1988, que consagrou a proteção do consumidor como garantia constitucional e como princípio norteador da atividade econômica. 53

A Constituição Federal, de 1988 inaugura uma nova era, ao recolocar a sociedade brasileira no plano democrático. Aos ideais clássicos de liberdade e igualdade, conhecida como “Constituição Cidadã”,<sup>54</sup> é o marco jurídico da institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil, agrega a concepção da solidariedade social, privilegiando uma categoria de direitos extrapatrimoniais e afirmando a preponderância do coletivo sobre o individual, ao incorporar os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da solidariedade social e da igualdade substancial. A mesma Constituição Federal, de 1988 incluiu a proteção do consumidor como uma garantia de linhagem constitucional.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, os direitos do consumidor foram se consolidando, através da criação do microsistema das relações de consumo e da inserção de novas normas e princípios jurídicos. As relações de consumo foram se modificando, equilibrando dessa maneira as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores.

---

53 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Curso de direito do consumidor: São Paulo: Saraiva, 2004.

54 NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. set.-dez., 1992

Essa missão do fornecedor está juridicamente fundada nos seus deveres legais de colocar, no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança; de dar informações claras e adequadas sobre seus produtos e serviços; de agir sempre com boa-fé; de não empregar práticas abusivas no mercado; de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo. 55

A metodologia utilizada na presente pesquisa é de cunho bibliográfico, sendo utilizado para o seu desenvolvimento, materiais como: livros, artigos, revistas jurídicas, legislações e entendimento de Tribunais Superiores.

## **2. DA DEFESA DO CONSUMIDOR**

### **2.1. Conceito e evolução histórica**

A proteção ao consumidor é bastante antiga e tem seus registros de origem no antigo Egito através de pinturas no próprio corpo com certos tipos de maquiagem. Neste momento, deflagrou-se a competição entre os fabricantes dos referidos produtos, determinando-se uma concorrência entre os mesmos, apresentando produtos de melhor qualidade para os consumidores. A proteção também foi verificada em textos antigos, como o Código de Hamurabi, através de legislação cuja finalidade era proteger os compradores . 56

Ressalta-se ainda, seus registros no Império Romano através de práticas do controle de abastecimento de produtos, especialmente nas regiões conquistadas, assim como a decretação de congelamento de preços, no período de Deocleciano, haja vista a existência de um processo inflacionário, determinado em grande parte pelo déficit do tesouro imperial.

Registros também encontrados da época colonial chamou atenção das autoridades coloniais do século XVII para a punição dos infratores a normas de proteção aos consumidores. Já no Brasil, as inquietações com as relações de consumos tiveram seu início entre 1940 e 1960, quando foram instituídas várias leis introduzindo aspectos de consumo. Contudo, a proteção ao consumidor ganhou força mesmo com a promulgação da CF/1988,

---

55 DESSAUNE, Marcos V. Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor.(2017). Revista Luso – Corrigida. Disponível: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria\\_aprofundada\\_desvio\\_dessaune.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria_aprofundada_desvio_dessaune.pdf). Acesso em 10 de nov. 2022..

56 FILOMENO, José Geraldo Brito. Direitos do Consumidor. 2018.

que consagrou a proteção consumerista como forma de garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica. 57

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova era, colocando mais uma vez o Brasil no plano democrático. Foi considerada um marco da democracia e direitos humanos, trazendo o entendimento de uma solidariedade social no qual privilegia um conjunto de direitos extrapatrimoniais e, garantindo o predomínio do coletivo sobre o individual. A CF/88 assegurou a proteção do consumidor em uma estirpe constitucional. 58

Desta forma, com o surgimento do CDC, os direitos do consumidor se fortaleceram, por meio da concepção do microsistema das relações de consumo e da introdução de novas normas e princípios jurídicos. Desta forma, as relações consumeristas modificaram-se, contrabalançando desta forma as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores.

## **2.2. Origem do CDC**

O Código de Defesa do Consumidor teve origem na Carta Magna de 1988 e foi a primeira regra sobre o mercado de consumo no direito brasileiro. O CDC instituiu seu próprio microsistema quando foi estabelecido no ordenamento jurídico como lei principal, no qual devem se subordinar a ela todas as leis específicas quando se tratarem de questões relativas às relações consumeristas.

Trata-se de um sistema próprio, autônomo inserido na CF/88, no qual tratou de englobar tanto o consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço, enquanto destinatário final, como àqueles que ele equiparou a consumidor, que são todas as pessoas que hajam intervindo na relação de consumo, todas as vítimas de um acidente de consumo e todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais.<sup>59</sup>

O CDC conceituou fornecedor como qualquer agente que exerce atividade no mercado de consumo de forma habitual, sendo sua atividade, de grande importância para se verificar se quem está transacionando é mesmo um fornecedor ou não. O produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, com exceção das relações trabalhistas.

## **2.3. Definição de Consumidor**

---

57 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Curso de direito do consumidor: São Paulo: Saraiva, 2004.

58 NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. set.-dez., 1992

59 OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso de Direito do Consumidor Completo*. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.



Segundo estabelecido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: "*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*" De acordo com o conceito de consumidor elencado no CDC, verificou-se que tanto as pessoas físicas como as jurídicas se enquadram nos moldes. 60

O aspecto econômico, retrata a figura do consumidor como aquele indivíduo destinatário da produção de bens, sendo ele ou não adquirente, ou também produtor de outros bens. No psicológico, consumidor é aquele sobre o qual se analisam as reações com a finalidade de se particularizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Sendo assim, estuda-se por meio de circunstâncias subjetivas que levam o indivíduo ou grupos a preferirem por este ou aquele tipo determinado de produto ou serviço, preocupando-se certamente com a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se trata, especialmente, dos devastadores efeitos dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante das modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e merchandising. Segundo o ponto de vista sociológico o consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, no qual pertence a certa categoria ou classe social. De acordo com a conceituação literária e filosófica, consumidor é saturado de valores ideológicos mais evidentes.

Consumir, pois, significa ceder sempre às sugestões veiculadas pela publicidade. Significa, estar sempre de acordo, a fim de que não se rompa o próprio consenso imposto, bem como alienar-se ante a apologia da sociedade de consumo.

Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir. Ao mesmo tempo, deve-se equiparar a consumidor a coletividade que esteja propensa a tal contratação.<sup>61</sup>

Segundo Filomeno<sup>62</sup>, não há como se refutar, entretanto, da definição de consumidor como um dos integrantes das relações de consumo, que nada mais são do que relações jurídicas por excelência. Porém, devem ser contestadas justamente pela situação de inferioridade/ hipossuficiência face ao fornecedor de bens e serviços. Desta forma, deduz que toda relação de consumo:

---

60 BRASIL, 1990.

61 OLIVEIRA, 2015.

62 Filomeno, 2018.

- a) Envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor);
- b) Destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;
- c) Consumidor, não dispendo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

E tudo isto porque o consumidor está na mesma situação de hipossuficiência que o detentor da força de trabalho experimenta em face do mesmo protagonista da atividade econômica, ou seja, os detentores dos meios de produção. Não é por acaso, por isso mesmo, que o chamado “movimento consumerista” surgiu com o movimento trabalhista, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, em que se clamava por melhores condições de trabalho e melhoria de qualidade de vida, dentro do binômio evidente poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços, qualidade de vida – bem comum.

Daí a razão pela qual ousamos discordar da definição de Othon Sidou, quando insere as pessoas jurídicas como consumidores, para fins de proteção efetiva, nos moldes retropreconizados, e ao menos no que tange à sua literal “proteção” ou “defesa” jurídica. E isso, se não pelas relevantes razões já invocadas, ao menos pela simples constatação de disporem as pessoas jurídicas de força suficiente para arquitetar sua defesa, enquanto que o consumidor, ou mesmo coletividade de consumidores, ficam totalmente imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum.

Prevaleceu, contudo, no CDC, a inclusão da pessoa jurídica também como consumidor de bens e serviços, embora com a ressalva de que, nessa hipótese, age exatamente como o consumidor comum, ou seja, fazendo-se ela, pessoa jurídica, destinatária final dos referidos bens e serviços.

### **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DO RISCO**

#### **3.1. Do ato ilícito**

O ato ilícito versa sobre uma conduta voluntária do agente que infringe um direito alheio. No entendimento de Venosa<sup>63</sup>, “atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento”.

---

63 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op.cit. p. 286

O Código Civil em seu artigo 186 apresenta a seguinte definição: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nota-se que o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana, voluntária no mundo exterior e contrária ao direito.

A norma legal confere certa conduta e o ato ilícito é exatamente a quebra desta, seja por ação ou por omissão. Não se pode deixar de fazer a menção presente no artigo 187 do código civil, que assim dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Diante disso aquele que agir com abuso de direito também estará inserido na seara da responsabilidade civil. Sua caracterização não é dada pelo simples uso de um direito, mas pelo exercício irregular deste.

Sendo assim, para que o ato ilícito ocasione, ao agente, o dever de indenizar, faz-se necessário a voluntariedade do ato contrário ao direito e a configuração de dano por ele causado. Ademais Rui Stoco<sup>64</sup> defende que, o elemento voluntariedade visa permitir um juízo de imputação, ou seja, a atribuição da prática de uma ação ou omissão voluntária. Impõe-se acrescentar a exigência de um juízo de reprovação, fundado na culpabilidade, que tem como elementos o dolo, enquanto vontade dirigida a um fim e a culpa em sentido estrito, nas vertentes da imprudência, negligência e imperícia.<sup>65</sup>

Observa-se que para a ilicitude dar ensejo à reparação civil é fundamental a presença dos seguintes elementos: a ação ou omissão do agente, a ocorrência de dano e a voluntariedade do ato. Ressalta-se ainda, a obrigatoriedade do nexos causal entre a conduta e o resultado, ou seja, a existência de correlação entre a conduta praticada e o resultado obtido. O ato praticado pelo agente ou a sua omissão, quando tinha o dever de agir, pode decorrer da efetiva intenção de realizá-lo, por dolo ou culpa.

### **3.2.Responsabilidade civil**

O novo Código Civil de 2002 tratou, em seu art. 186, sobre a responsabilidade civil subjetiva e, nos arts. 927, parágrafo único, e 931, sobre a responsabilidade civil objetiva. Preliminarmente, para estudar sobre o tema em apreço, deve-se compreender sua evolução e incorporação no ordenamento jurídico pátrio. A noção geral do termo “responsabilidade civil” está vinculada à reparação de um dano injusto. A doutrina apresenta inúmeros conceitos sobre a responsabilidade civil.

---

64 STOCO, Rui. Op.cit, p.113.

65 STOCO, Rui. Op.cit, p.113.

De acordo com Francisco Amaral<sup>66</sup>, a responsabilidade civil pode ser em sentido estrito e em sentido amplo. O renomado autor diz que é “a relação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto à própria obrigação decorrente dessa situação”. Em sentido estrito é “o específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável à determinada pessoa”. Já o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho<sup>67</sup> preconiza que a responsabilidade civil é “obrigação sucessiva, decorrente de um dever jurídico preestabelecido que acarreta prejuízo a outrem”.

Pode-se dizer que ambas conceituações explicitadas pelos autores supracitados, Amaral e Cavalieri Filho, são as que mais se aproximam em termos de abrangência, incluindo nas duas uma obrigação, ou seja, de um dever jurídico prévio e um dano causado a outrem.

A doutrinadora Maria Helena Diniz<sup>68</sup>, sugere não ser uma tarefa fácil conceituar a responsabilidade civil, haja vista sua dupla função. Inicialmente, visa assegurar o direito do lesado à segurança e, segundo, servir como uma sanção civil de natureza compensatória, mediante a reprovação do dano causado à vítima.<sup>69</sup>

A responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilidade que independe da comprovação da culpa do agente, passou a ser admitida em alguns segmentos do vigente ordenamento jurídico nacional, tal como a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31.08.1981) e o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

O CDC adotou uma posição inovadora abandonando o clássico conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em seu art. 6º, VI, diz que um dos direitos básicos do consumidor é a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Portanto, aquele que causar um dano é obrigado a repará-lo, independentemente de culpa. O CDC somente não responsabilizou objetivamente o profissional liberal, segundo disposição do art. 14, § 4º, determinou que a responsabilidade deste deverá ser apurada mediante verificação de culpa, neste caso a responsabilidade civil é subjetiva e o dano decorre diretamente da conduta do agente.

### **3.3. Teoria do Risco**

---

66 AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução – 6ª ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 545.

67 CAVALIERI FILHO, Sérgio, in Programa de Responsabilidade Civil – 2ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20.

68 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro / volume 7 – São Paulo: Saraiva, 1990-1992. p. 29.

69 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 7.

A base da responsabilidade objetiva é a teoria do risco do negócio, ou seja, quem exerce uma atividade, qualquer que seja ela, deve assumir os riscos a ela inerentes ou riscos dela decorrentes. O lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do fornecedor. Ele escolheu arriscar-se, não pode repassar esse ônus para o consumidor. Isso implica que da mesma forma que ele não repassa o lucro para o consumidor, não pode de maneira alguma passar-lhe o risco. Na livre iniciativa a ação do fornecedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso, mas sempre o risco será dele.

Uma das características da atividade econômica é o risco. O estabelecimento da responsabilidade de indenizar nasce do nexo de causalidade existente entre o consumidor (lesado), o produto e/ou serviço e o dano efetivamente ocorrido. O CDC preocupou-se em responsabilizar objetiva e solidariamente toda a cadeia de fornecimento. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro trouxe para o nosso ordenamento jurídico uma mudança de paradigma, onde seu campo de atuação é bastante amplo, ele criou um sistema jurídico aberto, com princípios gerais que irão nortear todas as relações de consumo.

A ideia de reparação do dano sempre esteve presente na raça humana. Na antiguidade aquele que praticava algo em desacordo com as leis da época era severamente punido, como por exemplo, as penas prescritas no Código de Hamurabi que tinha como base os princípios da Lei de Talião. É imperioso ressaltar a afirmação feita por Aguiar Dias<sup>70</sup>, o qual assevera a natureza dinâmica que cerca o instituto da responsabilidade civil, impondo a necessidade de sua constante adaptação à evolução da civilização que ele busca regular, amoldando-se às vicissitudes fáticas aplicadas nos diversos períodos da evolução da sociedade.

Muito antes mesmo de se imaginar sobre a responsabilidade civil, já havia a noção segundo a qual quem causasse algum dano a outrem deveria repará-lo. Preceituando temporalmente a formação do instituto da responsabilidade civil, é possível constatar sua grande ligação com o instituto da propriedade. Em uma era inculta da história existia a vingança coletiva, pois os bens eram da coletividade, ou seja, a própria tribo reagia contra o agressor, haja vista não haver naquele período a noção da propriedade privada.

Ressalta-se que a reparação do dano sofrido nos dias atuais tem como objetivo repor as coisas ao seu status quo ante, ou seja, retornar o mais próximo possível a condição que se tinha anteriormente ao dano causado. O processo indenizatório está ligado ao termo responsabilidade, que pode ser demonstrada através dos vocábulos "Alterum non Laedere", a outro não prejudicar, e "Neminem Laedere", a ninguém ofender. Para isso deve-

---

<sup>70</sup> DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

se, respeitar os direitos alheios, estabelecer limites para as condutas humanas, buscando vivenciar o mundo do dever ser.

De acordo com o entendimento de Maria Helena Diniz essa nova fundamentação da responsabilidade civil, ou seja, na culpa, deve-se ao desenvolvimento doutrinário-dogmático da ideia de dolo e de culpa stricto sensu, separando definitivamente a responsabilidade civil da pena.<sup>71</sup> Já Aguiar Dias<sup>72</sup> clarifica que tal teoria que inspirou a elaboração do Código Civil Francês de 1804 buscou suporte teórico nas obras de Domat e Pothier, acolhendo a teorização contida no Direito Romano Clássico.

Tal teoria acabou por influenciar posteriormente a legislação de vários países no mundo. Francisco Amaral<sup>73</sup> afirma que a responsabilidade civil que antigamente era coletiva, objetiva e penal, passa a ser individual, subjetiva e civil.

Seguindo esta nova metodologia constitui-se a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual (ou aquiliana). Aquela é caracterizada basicamente pelo inadimplemento<sup>74</sup>, enquanto esta encontra seu fundamento na culpa. Porém, como é sabido, com o advento do capitalismo ocorreu a Revolução Industrial, intensificaram-se as relações comerciais, houve o advento do maquinismo, impondo a mutação das condições de vida e das relações de trabalho, ocorrendo, com o passar do tempo, o agigantamento dos acidentes<sup>75</sup>.

#### **4. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO E O DEVER DE INDENIZAR**

##### **4.1 – Responsabilidade Civil pela Perda do Tempo**

Em 2007 o advogado Marcos Dessaune deu origem a chamada: Teoria do Risco Produtivo do Consumidor, ao qual caracteriza-se quando o consumidor, perante uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências, de uma atividade necessária ou por ele preferida, para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável.<sup>76</sup> Logo a Teoria passou a ser objeto de estudo e em 2011, passou a ser

---

71 DINIZ, Maria Helena. *Ibidem*. p. 9.

72 DIAS, José Aguiar. *Obra citada*. p. 58.

73 AMARAL, Francisco. *Obra citada*. p. 549.

74 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007. –(Coleção direito civil; v. 2) – p. 283.

75 DINIZ, Maria Helena. *Obra citada*. p. 10.

76 LÉLLIS, Leonardo. **Tempo gasto em problema de consumo deve ser indenizado**. Março 2014. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-mar-26/tempo-gasto-problema-consumo-indenizado-apontam-decisoes> >. Acesso em 01 de nov. 2018.



acolhida e aplicada sobretudo pelos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.<sup>77</sup>

Embora o CDC enfatize que os produtos e serviços postos no mercado de consumo devam obedecer padrões apropriados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho, a fim de que se tornem úteis e sem causar riscos ou danos ao consumidor, e também vede, práticas abusivas, no Brasil, essas situações nocivas ainda são tidas como normais. (DESSAUNE, 2011).

A perda do tempo livre do consumidor vem sendo também admitido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Situações corriqueiras do dia a dia nos trazem a percepção de perda de tempo, tais como: o tempo para cancelar a contratação que não mais nos interessa; o tempo para cancelar a cobrança indevida do cartão de crédito; a espera de atendimento em consultórios médicos, entre outras. Na verdade, parte dessas circunstâncias deve ser tolerada desde que não cause prejuízo a outrem, haja vista fazer parte da vida em sociedade.

A indenização pela perda do tempo livre diz respeito a situações intoleráveis, no qual há incúria e falta de respeito com os consumidores, que por diversas vezes são obrigados deixar sua rotina e perder o tempo livre para resolver impasses ocasionados por atos ilícitos e/ou comportamentos abusivos dos fornecedores. Uma imérita ingerência de terceiro, que dê origem ao desperdício intolerável do tempo livre, é caso ensejador de provável dano à luz do princípio da função social.(STOLZE, 2012).

Neste contexto, deve-se analisar o tempo sob dois aspectos: dinâmico e estático. De acordo com Stolze (2012, p. 2, 3) sobre o aspecto dinâmico, "o tempo é um fato jurídico em sentido estrito ordinário, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito." Os fatos jurídicos ordinários são casos de evento comum, como: o nascimento, o decurso do tempo, a morte.

Sob o aspecto estático, o tempo é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica. As reivindicações da atualidade têm nos colocado em situações de abuso evidente à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro. (STOLZE, 2012).

---

77 Lellis, 2014.

Para Dessaune, o art. 14, § 4º, do CDC, as condições ou pressupostos necessários para que o fornecedor faltoso possa ser civilmente responsabilizado pelo desvio produtivo do consumidor, independentemente da existência de culpa, tais como:<sup>78</sup>

- 1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor,
- 2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo,
- 3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor,
- 4) o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante,
- 5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente,
- 6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e
- 7) o dano coletivo (requisito facultativo).

Para que haja o arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial, os entendimentos jurisprudenciais tem se posicionado acerca de dois critérios: o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do evento danoso. Aquele estima o bem ou interesse jurídico alcançado pelo evento danoso, enquanto esse analisa as situações peculiares do caso concreto, sendo de particular interesse a culpabilidade do agente e a condição econômica do ofensor. Desta forma, ao ser arbitrada a indenização do dano extrapatrimonial de modo existencial resultante do desvio produtivo do consumidor, o magistrado averiguando que o fato abrange um grande fornecedor que reiteradamente lesa consumidores de maneira intencional, deve avaliar o grau de culpa e a condição financeira-econômica do referido agente ofensor, majorando o valor indenizatório a fim de que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, mas também, o seu efeito preventivo.

Observa-se que, geralmente, a não responsabilização civil do fornecedor por desvio produtivo do consumidor ocasiona resultados lesivos sob o ponto de vista prático, destacando o fomento transmitido ao mercado de que tais eventos lesivos podem ser livremente causados e disseminados pelos fornecedores; a forma banal que a sociedade acaba adjudicando a essas condições nocivas acabam deixando os fornecedores mais à

---

<sup>78</sup> Dessaune, op. Cit. P. 74.

vontade para prolifera-los no mercado. Com isso, vai aumentando o nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que permanece submetido no dia a dia a essas circunstâncias danosas mesmo sabendo que não é legal e nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.<sup>79</sup>

#### **4.2. Dever de indenizar**

Com a ocorrência do evento danoso, vai aumentando o nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que permanece submetido no dia a dia a essas circunstâncias danosas mesmo sabendo que não é legal e nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.<sup>80</sup>

A função compensatória diz respeito à tentativa de diminuir o dano de forma a tornar mínimo seus resultados, tentando agradar a vítima com valor econômico que servirá como conforto pela lesão cometida.

Rizzato Nunes<sup>81</sup> diz que

“a reparação de todos os danos que sejam incapazes de avaliação pecuniária atende em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.”

Para o entendimento do doutrinador Tartuce<sup>82</sup>, “não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados”.

#### **4.3 Dano Moral**

---

<sup>79</sup> Dessaune, 2017, p.75.

<sup>80</sup> Dessaune, 2017, p.75.

<sup>81</sup> Rizzato Nunes (2012) , p. 907/908

<sup>82</sup> Rizzato Nunes (2012)

O dano moral se traduz em uma violação ao direito da personalidade de outrem, como a honra, a imagem, enfim, sua dignidade. Entretanto, o que acontece em nossos dias é uma banalização do instituto do dano moral. Não é todo dano passado pela vítima que deve ser compensado a título de dano moral.

É sensato que, para se averiguar essa diferenciação ingressaríamos numa esfera subjetiva, pois ninguém é capaz de mensurar especificamente o grau de dano emocional e psíquico passado por alguém. Parte-se então do que se espera, como reação, de um homem médio.

Prever que uma circunstância ofensiva, também analisada lesiva, inaceitável, revoltante e que acarrete considerável estrago para a pessoa vitimada, não seja abordada apenas como um mero aborrecimento. Tal situação deve sim, ser vista como passível de ser indenizada com danos morais.<sup>83</sup>

Acontece que, por ambição de muitos, tornou-se corriqueira a propositura de muitas ações com o único intuito de ganhar ganhos a título de compensação por danos morais. Nos Juizados Especiais Cíveis, várias ações que não diz respeito a violação ao direito de personalidade, mas facilmente uma questão de fato e de direito a ser definida com a restituição de valores ou reparação de lesões materiais. Abarrotou-se o Judiciário com tais ações, pois se idealizou a máxima de que tudo poderia ser objeto de propositura de ação indenizatória, recebendo assim altas somas de dinheiro.

## **CONCLUSÃO**

A presente pesquisa teve por finalidade estudar “A Teoria do Desvio Produtivo do consumidor”, cujo objetivo foi analisar a possibilidade do consumidor fazer jus ao ressarcimento pelo tempo gasto na resolução de problemas que se apresentam com determinados produtos ou serviços.

Concluiu-se que com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, os direitos do consumidor foram de solidificando, por meio da elaboração da política das relações de consumo e da introdução de novas normas e princípios jurídicos. Através dessa relação de consumo, as relações jurídicas foram se transformando e se equilibrando entre consumidores e fornecedores, constituída nos seus deveres de colocar no mercado de consumo, produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade-adequação e qualidade-segurança, além de não gerar riscos ou causar danos ao consumidor; de sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.

---

<sup>83</sup> Dessaune, 2017.

Desta feita, tem sido aceita a indenização pela perda do tempo livre e os tribunais tem entendido que é devido justamente pelo fato de serem situações intoleráveis, no qual há desídia e desrespeito com os consumidores, que por diversas vezes são obrigados deixar sua rotina e perder o tempo livre para resolver impasses ocasionados por atos abusivos dos fornecedores. Sendo assim, pode-se enfatizar que o presente trabalho não tem o objetivo de se esgotar em si, sendo de grande importância estudos mais aprofundados sobre o tema.

#### **REFERÊNCIAS:**

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução – 6ª ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 545.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, in **Programa de Responsabilidade Civil** – 2ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20.

DESSAUNE, Marcos V. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**.(2017). Revista Luso – Corrigida. Disponível: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria\\_aprofundada\\_desvio\\_dessaune.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria_aprofundada_desvio_dessaune.pdf). Acesso em 10 de dez. 2022.

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro** / volume 7 – São Paulo: Saraiva, 1990-1992. p. 29.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 2018.

LÉLLIS, Leonardo. **Tempo gasto em problema de consumo deve ser indenizado**. Março 2014. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-mar-26/tempo-gasto-problema-consumo-indenizado-apontam-decisoes> >. Acesso em 01 de dez. 2022.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais. set.-dez., 1992

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de Direito do Consumidor Completo**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007. –(Coleção direito civil; v. 2) – p. 283.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor:** São Paulo: Saraiva, 2004.



## **A NECESSIDADE DE UMA COMUNICAÇÃO COOPERATIVA ENTRE O DIREITO PROCESSUAL E OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS: UMA ANÁLISE DA NOVA CONFIGURAÇÃO DO REGIME DAS POSSESSÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**DÉBORA PASCAL DE ALMEIDA<sup>84</sup>:**

Advogada. Especialização em direito tributário pelo IBET, bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. "LA LITERATURA NO JURÍDICA ES LA QUE MAS NO ENSENA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS": CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICAS NAS PESQUISAS JURÍDICAS. 2. DIREITO E DISCURSO. 2.1 A Teoria Reflexiva do Direito e aplicabilidade na pesquisa em questão. 2.2 Informes epistemológicos e metodológicos. 2.3 As formações discursivas no *corpus* em questão. 3. A REALIDADE DO CONFLITO POSSESSÓRIO E O NOVO REGRAMENTO PROCESSUAL. 3.1 Comentários ao relatório do "Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011)". 3.2 Exame do novo regramento processual das ações possessórias. 4. A ATIVIDADE JUDICATIVA NOS CONFLITOS AGRÁRIOS: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **INTRODUÇÃO**

Em dezesseis de março de dois mil e quinze, foi sancionado, sob a forma da Lei de número 13.105, o Novo Código de Processo Civil. Este passou por um processo de tramitação que se estendeu durante cinco anos, quando da instituição da Comissão de Juristas, esta encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, nos termos do ato nº 379, de 2009.

No ato supracitado, faz-se referência a situações as quais ensejariam a criação de tal Comissão, baseando-se na necessidade de uma nova codificação. As considerações se sustentam em duas problemáticas, quais seja o hiato teórico existente entre um código datado de 1973 e a proteção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, bem como o comprometimento da sistematicidade em decorrência de diversas alterações surgidas ao longo de sua vigência e, por conseguinte, o prejuízo à coerência interna do código (BRASIL, Senado Federal, 2009).

---

<sup>84</sup> Contato: [deborapdalmeida@gmail.com](mailto:deborapdalmeida@gmail.com)

Acerca da primeira problemática levantada, o Novo Código de Processo Civil se configura em uma conquista histórica, visto ser o primeiro Código de Processo Civil brasileiro cuja elaboração se iniciou e terminou em período democrático. Nas palavras do Professor Fredie Didier Jr., em seu discurso na Câmara dos Deputados “Este Código foi gestado em regime democrático, ouvidos todos os sujeitos, todos os atores do processo, todos eles, todos os agrupamentos, todos os setores que atuam no processo. Todos estão contemplados no projeto” (DIDIER, 2013).

Tal comentário reflete o processo de tramitação do Projeto de Lei do Senado 8.046 de 2010, apensado ao Projeto de Lei 6.025 de 2005, no qual foi possível a participação de diversos autores no processo, isto é, a participação de toda a comunidade (CARNEIRO, 2011), quer seja a partir dos debates das Câmaras dos Deputados, seja a partir dos Seminários e das Audiências Públicas as quais discutiram e examinaram o projeto, bem como sugestões enviadas a partir do portal e-Democracia, além das Consultas Públicas também realizadas.

Diante desta possibilidade de constituição democrática, foi possível que diversos discursos ecoassem para a construção de sentidos no Novo Código de Processo Civil, sendo eles homogêneos ou não. A possibilidade de ampla discussão se reflete na diversidade de ópticas no trato do tema, o que se entende como um terreno fértil para a análise dos institutos trazidos no novo código.

Assim, visando a contribuir no debate, a pesquisa tem por escopo a identificação de discursos que construíram o sentido trazido no Novo Código de Processo Civil acerca do regime das ações possessórias e como tal sentido se reflete no contexto do fenômeno dos conflitos fundiários.

Para pesquisar, recorreu-se às categorias da análise de discurso de Dominique Maingueneau, especificamente a cena da enunciação (o contexto, as sequências das enunciações), a formação discursiva (a situação da enunciação e os saberes anteriores constitutivos da enunciação) e o interdiscurso. (MAINGUENEAU, 2007, p. 21-24; MAINGUENEAU, 2008, p. 27-34; MAINGUENEAU, 2010, p. 30-32; 80-85; 140-155; 200-206).

Como, para analisar discursos, é indispensável uma teoria social, como afirma Maingueneau, recorreremos à teoria da sociedade de Niklas Luhmann, a qual nos possibilita observar como discursos constituintes (sistemas sociais) da política, do direito, e da economia dão forma a tal discurso.

A partir disso, a pesquisa se sustentou na observação da articulação entre os enunciados discursivos coletados para verificar como o discurso acerca dos conflitos latifundiários ocupa espaço no debate legislativo e, assim, reflete-se na elaboração da lei em questão, a qual elaborou o Novo Código de Processo Civil.

Dito em outras palavras, os discursos constituintes - sejam eles econômicos, jurídicos, ou políticos - articulam-se e concebem um sentido maior na concepção e construção legislativa das ações possessórias. A pesquisa, assim, ocupou-se em entender quais são tais discursos e qual o sentido concebido por eles, bem como a maneira que este sentido se constituiu no texto legal.

Pois bem, no primeiro capítulo, faremos as considerações acerca da necessidade de que a análise acima delineada seja pautada, para além do ambiente hermético jurídico, por considerações fundamentadas em outros saberes, porquanto intersecciona-se com outras construções, a saber: sociológicas, antropológicas e políticas.

Lado outro, em um segundo momento, abordaremos, precisamente, as categorias de análise utilizadas como metodologia do presente estudo, a fim de que sejam evidenciados os seus informes epistemológicos e pontos de partida.

Realizadas tais considerações, passa-se à análise dos enunciados discursivos que alimentaram o Projeto de Lei 6.025 de 2005, contrapondo-os à realidade dos conflitos latifundiários no Brasil, por intermédio dos dados obtidos pelo relatório do “Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011)”.

Em sendo assim, restou possibilitada a apreciação do substrato fático que deu ensejo às alterações promovidas pelo novo diploma processual, ao passo que, por outro lado, foi-nos permitido analisar se as inovações dos instrumentos processuais estão aptos a, de fato, atender essa realidade.

## **1. “LA LITERATURA NO JURÍDICA ES LA QUE MAS NO ENSENA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS”: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICAS NAS PESQUISAS JURÍDICAS**

A análise dos institutos jurídicos do Direito, quase sempre, é pautada pela releitura de doutrinas, jurisprudências e teorias, fontes as quais são direcionadas a um ambiente hermético, no qual a produção acadêmica é realizada para uma retroalimentação. Assim, as ditas doutrinas, jurisprudências e teorias são reproduzidas para os mesmos, com as finalidades mesmas, entendendo o Direito enquanto um saber autossuficiente. Esquece-se, dessa forma, que há um Direito prévio cuja existência antecede ao próprio texto da lei, aquele reflete uma realidade na qual se intersecciona diversas concepções, a saber sociológicas, antropológicas, políticas, dentre outras.

Ignorando-se este fato, a produção tende a se pautar a partir de “diversas estratégias retóricas, criam uma série de justificações com algum encadeamento lógico

questionável que tentam firmar uma escolha política com ares quase científicos, para tornar sua retórica mais eficaz” (OLIVEIRA, 2014). Negando-se, de tal maneira, as particularidades do trato da matéria a qual o Direito se pretende refletir. Ao se eximir desse espaço – de produção de hipóteses, inferências e pesquisas –, a interpretação da ordem jurídica ignora, todavia, a interpretação trazida pela ordem sociológica, bem como outras possíveis interpretações de naturezas diversas àquela do direito estrito.

No trato do tema em questão, por exemplo, a análise dos conflitos fundiários, sejam eles agrários ou urbanos, carece de se dedicar ao que se chama de “investigação urbana”, que “constituye una corriente de análisis de la ciudad en la cual e han transpuesto las fronteras disciplinarias tradicionales com el fin del legar a una comprensión más cabal de los problemas urbanos de nuestros países” (CUEVA, 1990).

Complementa, o autor, que “Dentro de esmovimiento interdisciplinario, el derecho ha estado en buena medida ausente. Y eso explica lo que a primera vista parece una paradoja: la literatura no jurídica es la que más nos enseña sobre los problemas jurídicos”.

A atuação do judiciário nas questões agrárias tem uma relação com a estratégia do ativismo público utilizada pelos movimentos sociais, que assume as formas mais variadas de protesto popular como, marchas, petições, encontros, greves de fome, acampamentos de protesto, acampamentos a beira de rodovias e também atos de desobediência civil como bloqueios de estradas, piquetes e ocupações de terra e de prédios públicos.

O desenvolvimento das atividades, o alcance social e o caráter que assumem, dependem de uma equação que envolve tanto os recursos mobilizadores disponíveis ao movimento (humanos, materiais e de ideias) como das oportunidades políticas de ação (tolerância do regime, a capacidade do Estado, a instabilidade das elites, a disposição do governo, os aliados políticos e a atenção pública).

Das formas de ativismo público a que mais ganha atenção social e ao mesmo tempo se constitui num espaço de observação da atuação dos movimentos sociais e do Estado é a ocupação organizada de terra, por geralmente cobrar um posicionamento, tanto do judiciário como dos órgãos de controle do Estado, no processo de desocupação da área ou mesmo da discussão de algum litígio envolvendo o bem sobre ocupação (CARTER, 2010, p. 202-206).

O Estado também assume uma presença peculiar nos processo de ocupação da terra. A escolha seletiva dos bens a serem ocupados, apesar de passíveis da produção de respostas simples, como uma ação de reintegração de posse, quase sempre vem acompanhada da discussão do caráter social da decisão proferida pela justiça e neste

aspecto o debate alcança a sociedade, levantando considerações sobre a proteção de determinados bens que não cumprem aspectos legais e que demonstram a pouca ação do Estado frente à realização de uma Reforma Agrária, mesmo que dentro dos parâmetros jurídicos já definidos.

Em síntese, a observação da intervenção do judiciário no problema agrário brasileiro, através das Ações Possessórias seria incompleta se não levasse em consideração a realidade agrária diferenciada que se estruturou no Brasil, marcada principalmente por uma fronteira em movimento. A existência de uma fronteira em movimento no Brasil produziu diferentes

Dessas considerações, decorre a necessidade de que a análise dos institutos jurídicos – inclusos os instrumentos processuais, como as ações possessórias em questão – necessita ser pautada, também, a partir da investigação de outros saberes, tal como a sociologia.

## **2. DIREITO E DISCURSO**

### **2.1 A Teoria Reflexiva do Direito e aplicabilidade na pesquisa em questão**

Ao conceber o Direito como um construto social não previamente estabelecido, aquele não possui uma essência, mas, sim, comunica-se a partir de seus discursos. Tal comunicação, sendo uma linguagem, reflete a sociedade, isto é, reflete como o Direito vem sendo pautado. Esta ideia de sociedade se comunica com a ideia de discurso, haja vista que este é uma soma de infinitas coisas presentes na sociedade, como traz Maingueneau.

As instituições discursivas compõem o interdiscurso, tais como a cenografia, o campo discursivo, a dêixis discursiva, as condições do universo de sentido, o espaço temporizado, os contratos discursivos, a enunciação, o enunciado, o ethos discursivo, entre outros (MAINGUENEAU, 2007, p. 21-24; MAINGUENEAU, 2008, p. 27-34; MAINGUENEAU, 2010, p. 30-32; 80-85; 140- 155; 200-206). O interdiscurso, por sua vez, é entendido como o discurso que se comunica com sua história, com seus elementos, a sua identidade. Disso, tira-se que não existe um discurso primeiro, um discurso originário, adâmico. Há sempre o pressuposto de que há um elemento anterior à construção desse discurso, uma historicidade. E sendo o Direito uma construção, este, também, é uma desconstrução social constante.

A “Teoria do Discurso Constituinte”, de Dominique Maingueneau, ampara este trabalho a partir de duas vertentes: ao possibilitar entender o discurso dos movimentos sociais inseridos no âmbito dos conflitos coletivos latifundiários, e ao possibilitar entender a construção de sentido do legislativo ao discutir as ações possessórias na Audiência

Pública na Câmara dos Deputados acerca dos procedimentos especiais. Analisa-se, assim, o seu local de fala, com seus atores – locutor e destinatário –, e todos os pressupostos necessários para que tal discurso se propague e ganhe espaço. Além disso, ao entender o discurso como não adâmico, é possível analisar a existência de sua historicidade enquanto construção, e não como um produto acabado; ao passo que nos possibilita, também, visualizar a cena que enseja a identidade discursiva do movimento, isto é, a delimitação do espaço discursivo a partir de suas regras e “acordos” para que haja a comunicação.

Sendo assim, o Direito, isto é, o enunciado jurídico, enquanto linguagem que comunica, constitui e é constituído de sentido. E esse sentido, para a teoria de análise do discurso trazida por Maingueneau, pode ser visto a partir de um ponto de vista histórico linguístico (o que envolve uma teoria da linguagem) e um sociológico (o que envolve uma teoria social) sobre o discurso (MAINGUENEAU, 2008, p. 15).

Foi preciso aportar à concepção de discurso constituinte a de sociedade, afinal acrescer às categorias analíticas propostas por Maingueneau à teoria da sociedade de Niklas Luhmann ampliou o foco da pesquisa à visão de sociedade como sistema social que abarca todas as comunicações possíveis. É que em Luhmann, sistemas sociais são comunicações hipercomplexas que, ao longo da história, constituíram os sistemas sociais, pois para Luhmann “o mundo mesmo é tão só o horizonte total de toda vivência provida de sentido”, “o mundo é a totalidade do que em cada sistema significa sistema/entorno”. (LUHMANN, 2007, p. 115).

Sendo a “Teoria dos Sistemas” um dos marcos teóricos adotados, entende-se que, segundo ele, os sistemas operam autopoieticamente. Em outras palavras, as operações do sistema se constroem internamente (LUHMANN, 2010, p. 102-103), de modo que se retroalimentam, em um “fechamento operacional”. Uma operação, então, se dá por outra, a partir da comunicação, dando forma ao sistema.

Em um determinado discurso, podemos encontrar a interferência de diversos sistemas. Isso ocorre, pois, apesar de serem autônomos, os sistemas podem se acoplar uns aos outros, ora de maneira firme, ora de maneira frouxa (LUHMANN, 2007, p. 151-152). Cada sistema social, de acordo com o autor, faz parte de um sistema maior - o sistema da sociedade - e são formados a partir de comunicações.

Quando esse acoplamento se dá de maneira frouxa, há o que se chama de irritação do sistema, em que os sistemas conseguem se influenciar. Cada sistema, por sua vez, possui a sua unidade de operações e distinções. O do Direito, por exemplo, é constituído pelo código binário de lícito/ilícito; enquanto o da política, de governo/oposição; o da econômica, crédito/não crédito; o da arte, belo/feio. Um sistema se diferencia do outro, como dito, pelo processo de diferenciação de meio/entorno. Diante disso, cada sistema se comunica de uma maneira, possuindo uma unidade, sendo esta os códigos binários. Os



códigos binários são distinções as quais possuem valores negativos e positivos. (LUHMANN, 2007, p. 593).

O sistema do Direito, como dito, comunica-se a partir da distinção entre lícito e ilícito, a qual possibilita que o sistema se comunique e reproduza a partir dela. Assim, a partir dos códigos, podemos perceber o que está dentro do sistema – quando se comunica a partir do código binário do sistema – e quando está no entorno, fora dos limites do sistema.

Ainda que as comunicações de um sistema não sejam capazes de interferir diretamente nas comunicações de outro sistema, por possuírem códigos binários diferentes e, por conseguinte, serem sistemas diferentes e autorreferentes; um movimento pode ser identificado como resultante das operações simultâneas de vários sistemas: ainda que não se interfiram diretamente, cada qual com suas operações comunicacionais podem caminhar para e operacionalizar um mesmo acontecimento.

## **2.2 Informes epistemológicos e metodológicos**

Carece, para tal análise, delinear o espaço da amostra coletada em questão e, por conseguinte, o ambiente em que tais discursos foram construídos e alimentados. Utilizando-se da “Teoria do Discurso Constituinte”, de Maingueneau, tem-se que a análise do discurso é pautada, também, a partir do quadro de enunciação em que o discurso está sendo construído, isto é, sua condição de construção. Assim, podem ser percebidas as condições que possibilitaram que tais falas ocorressem a partir do que Maingueneau traz com sua ideia de contrato.

Desde setembro de 2011, a Câmara dos Deputados debateu o Projeto de lei nº 8.046, de 2010, além das proposições correspondentes (projetos de lei apensados, emendas à Comissão e emendas e subemendas dos Relatores-Parciais). Para tal debate, diversos mecanismos foram utilizados, como visto. As audiências públicas foram um destes, sendo realizadas 15 destas na Câmara dos Deputados. Algumas delas foram disponibilizadas no portal “e-Democracia” da Câmara dos Deputados, em sua biblioteca virtual. Nesta, há um espaço intitulado “e-Democracia Código de Processo Civil”, o qual tem por fito ser uma “Comunidade criada para debater com segmentos interessados da sociedade o Projeto do novo Código de Processo Civil no âmbito da Câmara dos Deputados” (BRASIL, Câmara dos Deputados). Nesse espaço, além de disponibilizados a

legislação, as proposições normativas, artigos e publicações, e notas das audiências públicas, há, também, os vídeos destas<sup>85</sup>.

Foi a partir deles que a análise da construção de sentido acerca das possessórias se estruturou. É sabido que, de um texto legal, não é possível se desprender a vontade do legislador. Assim o é, pois um texto jurídico não é produzido por um indivíduo, mas, sim, por um colegiado, o qual não é dotado de “vontade”, visto que não se pode conhecer a intenção de cada legislador. Não podemos, de tal modo, adentrar em seu “cognoscente”, o que é diferente de analisar como a sua vontade se expressou no texto legal. Nesse sentido, no momento em que deixa de ser intenção e passa a ser o texto jurídico, cabe a lição de Umberto Eco:

A escrita é esse neutro, esse compósito, esse oblíquo para onde foge o nosso sujeito, o preto-e-branco aonde vem perder-se toda a identidade, a começar precisamente pela do corpo que escreve. (...) O autor entra na sua própria morte, a escrita começa(1968).

Por outro lado, podemos entender como determinado texto legal caminhou, em sua construção, para a produção de um sentido. Não se trata de estabelecer uma verdade ou de procurar arguir fundamentos incontestáveis. Trata-se, sim, de, com base nas limitações trazidas pelo *corpus* de pesquisa em questão, tecer conclusões a partir deste.

Dito isso, o corpus da pesquisa se constitui pela Audiência Pública realizada em 26 de outubro de 2011, sendo a décima reunião ordinária convocada por uma “comissão especial” do PL 8.046/2010, destinada a proferir pareceres aos projetos de lei que tratam do Código de Processo Civil. Tal audiência tratou, em específico, dos ditos “Procedimentos Especiais”, nos quais as Ações Possessórias estão inclusas, sob a relatoria parcial do deputado Bonifácio de Andrada. O vídeo está disponível no endereço do portal supracitado<sup>86</sup> e contou como convidados Marcos Destefenni, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo Carneiro Da Cunha, Fredie Didier Junior, Luiz Henrique Volpe Camargo e Sérgio Muritiba.

---

<sup>85</sup> Portal E-democracia. Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/web/codigo-de-processo-civil/inicio>>; acesso em: jun./2015

<sup>86</sup> Portal E-democracia. Código de Processo Civil. Câmara dos Deputados. . Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/web/codigo-de-processo-civil/videos/-/blogs/cpc-audiencia-publica-procedimentos-especiais>>; Acesso em: jun./2015

A audiência foi assistida e, junto com as suas notas taquigráficas<sup>87</sup>, foi possível a identificação das formações discursivas que se pautaram na discussão acerca das ações possessórias. Ainda que a amostra não abarque todo o universo possível de obtenção de dados acerca das discussões do PL 8.046/2010, entendemos que, tratando-se de uma pesquisa qualitativa, tal fato não se constitui enquanto um óbice; mas, sim, enquanto um recorte necessário. O critério deste, por sua vez, se fundou unicamente em ser a Audiência Pública em questão a única disponível no portal supracitado acerca dos procedimentos especiais. Realizadas tais considerações, seguimos com a identificação das formações discursivas na amostra encontrada.

### **2.3 As formações discursivas no *corpus* em questão**

A Audiência Pública referente à décima reunião ordinária da Comissão Especial do PL 8.046/2010 se deu, como dito, na Câmara dos Deputados. Identificar o local em que os enunciados de fala e suas formações discursivas se constituíram é fundamental, bem como saber quais são os atores que compunham tal cenário. Assim, é possível se perceber os já citados elementos trazidos pela “Teoria do Discurso Constituinte”, de Maingueneau, como o quadro de enunciação e a ideia de contrato.

Como recomenda Maingueneau, interpretar mobiliza regras pragmáticas, o que envolve leis do discurso, tais como: a) pertinência, sinceridade; informatividade; exaustividade; modalidade (clareza e economia) e a polidez (face positiva, fachada social, e a negativa, território individual de cada um). (MAINGUENEAU, 2005, p. 36-38).

O quadro de enunciação, assim, é composto por diversos atores do cenário legislativo e jurídico, quer sejam deputados, operadores do direito e professores. As falas dos atores do cenário tratado se desenvolveram a partir de inscrições, estando cada limitado ao tempo de vinte minutos, nos quais poderiam realizar as suas considerações e, posteriormente, três minutos. Nesse ambiente, logo, estavam pessoas que possuíam familiaridade no trato das matérias. Enquanto ambiente em que a amostra foi obtida, a Câmara dos Deputados pode ser considerada, na estrutura que se deu na Audiência Pública, como um ambiente de falas próximas acerca de quem fala e de quem recebe, podendo quem as recebe fazer interferências, após inscrição. De tal modo, percebe-se a

---

<sup>87</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/controle-tramitacao-e-notas-taquigraficas/nt-26.10.11-cpc>>; Acesso em: jun./2015

dinamicidade no trato das questões levantadas, visto que a Audiência se colocou enquanto um ambiente de trocas e discussões.

As audiências, como visto, foram gravadas e registradas pelo Núcleo de Redação Final em Comissões, a ser disponibilizada a sua redação final no sítio da Câmara dos Deputados. Assim, podemos indagar acerca dos papéis e locais de falas ocupados pelos deputados e juristas que compunham o cenário estudado, tendo em vista os elementos trazidos anteriormente pela teoria de Maingueneau. Não podemos inferir em absoluto acerca da pertinência, sinceridade e polidez das falas, por exemplo. Contudo, podemos realizar a leitura de tais falas enquanto enunciados presentes em um ambiente político, de entraves ideológicos, os quais necessitavam se fazer pertinentes e claros e suscitar acerca de ser uma “fachada social”, seguindo a nomenclatura do autor.

Esses entraves, por sua vez, são presentes na fala do Promotor de Justiça Marcos Destefenni, quando este referencia, no final da Audiência Pública, a importância destas divergências, pontuando:

O quanto é profícuo o debate, numa Câmara dos Deputados, o confronto de ideias e de opiniões divergentes. É isso que nós fazemos via e-mail ou via telefone e temos a oportunidade aqui de, em público, também reiterar e constatar que não temos todas as mesmas opiniões, e isso é salutar para o progresso do Direito Processual. E não haveria lugar mais adequado para que isso fosse feito.

Nesse mesmo sentido, o deputado Sérgio Barradas Carneiro, ao discorrer acerca do ambiente de discussão na Câmara dos Deputados, afirmou que se sentia “extremamente confortável com esta comissão de juristas que trabalham comigo e que verificam todas essas sugestões que nós temos recebido”.

A problemática das ações possessórias foi trazida logo no início da Audiência Pública pelo Promotor de Justiça Marcos Desteffeni, vindo a ser ponto de pauta, também, em outros momentos. Um dos pressupostos da discussão acerca deste instituto consistiu nas peculiaridades presentes nas ações possessórias, principalmente ao se tratar de conflitos coletivos, quer sejam agrários ou urbanos. Essas peculiaridades – as quais não estariam em consonância com o que previa o antigo código - foram consideradas como um reflexo de que o Código de Processo Civil de 1973 foi construído para uma realidade a qual não mais existe agora. Assim, o suporte fático não estaria mais em harmonia com as previsões legais. Quando da percepção se os projetos trazidos pelo PL 8.046/10, o professor Fredie Didier considerou que:

Não houve uma preocupação grande com uma atualização do tema ao nosso tempo. Então houve basicamente a manutenção de procedimentos especiais de 100 anos de existência, sem nenhuma preocupação com procedimentos especiais para a nossa época. Daí a razão que me parece estar com os expositores (...). É preciso pegar o Código hoje e adequá-lo ao nosso tempo.

Destefenni também realizou comentários na mesma linha de pensamento de Didier, atentando:

O Código de 1973 e o instituto da tutela da posse são muito anteriores a isso, remontam ao Direito Romano. Mas a questão possessória sempre foi pensada à luz da reintegração de uma propriedade, num conflito de vizinhança, numa questão que envolve um conflito intersubjetivo.

A necessidade trazida por esse entendimento foi acompanhada pelo deputado Bonifácio de Andrada, o qual considerou que:

É mesmo necessário meditar a respeito do problema da ocupação urbana, de que o nobre professor falou. É uma questão muito atual o que o crescimento das grandes cidades vem provocando em várias partes do País. Verifica-se que há controvérsia entre o proprietário e aqueles que passam a ter posse, passam a ocupar áreas realmente enormes no meio urbano. É um assunto grave, a respeito do qual temos de meditar. Precisamos procurar, com o Relator-Geral, alguns caminhos para enfrentar esse tema.

Percebe-se, diante desses enunciados, que a realidade do regime das ações possessórias, tal como pôde ser observado no relatório anteriormente citado, possui particularidades que foram se acentuando ao longo do tempo. O Código de 1973, assim, mostrou-se anacrônico para responder aos fatos hoje existentes. Sucede que, diante disso, esperou-se que o Novo Código de Processo Civil viesse para quebrar este anacronismo. Entretanto, como se pode desprender da fala do professor Didier, os projetos levados à discussão, ao tempo da audiência em questão, não modificaram de maneira relevante os procedimentos especiais acerca das possessórias.

De maneira contrária, o deputado Vicente Arruda entendeu que:

E os instrumentos de que dispomos no Código já são suficientes para que o juiz possa não só determinar a reintegração, mas também

definir a medida liminar. Eu não acho que seja necessário estabelecer o elo pretendido por V.Exa. [fazendo referência a Destefenni]entre a ação de reintegração de posse e os elementos que apoiam a ação do juiz, porque isso está na parte geral e se aplica a todas as ações, para que a tutela jurisdicional possa prevalecer. Até se criou no Código um sistema que não existia no anterior, uma parte geral que se aplica a todo o Código. Eu acho que o juiz já dispõe desses instrumentos.

As falas, assim, dividiram-se em os que entendiam a necessidade da reformulação do regime das ações possessórias, dado que as suas peculiaridades não eram atendidas pelos procedimentos especiais previstos no Código, e pelos que entendiam que tais alterações não eram necessárias. Outro ponto de discordância pôde ser visto em relação ao entendimento do motivo da importância da discussão acerca das possessórias. Enquanto Destefenni defendeu que

É um tema particularmente sensível que merece a nossa reflexão. (...) Então nós temos um ponto absolutamente sensível não só do ponto de vista jurídico, mas do ponto de vista econômico, do ponto de vista social, a questão das ocupações de grandes áreas e ocupação de propriedades urbanas, não só urbanas. (...) Veja como a questão é polêmica, tanto para que a reintegração, nesses casos, tenha efetividade, quanto para que, se for o caso de reintegração de posse, que existam subsídios para uma decisão bem fundamentada, em relação não só à determinação da reintegração, mas em relação às medidas que serão utilizadas para a reintegração.(...). Por exemplo, uma outra questão que nós poderemos discutir: medidas compensatórias, quem acompanhará in loco a efetivação daquela medida possessória da reintegração, então são pontos sensíveis, mas eu não queria me furtar a mencionar esse ponto sensível nas nossas discussões e não perder a oportunidade para expor esse tópico.

O desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, fez suas considerações entendendo da seguinte maneira:

Eu vejo com muita preocupação o romantismo com que se tenta fazer lei. Vou explicar o que se chama de romantismo, e vou dar um exemplo concreto. Quando se busca a reintegração de posse eu não posso ter pensamento no social. O juiz não tem pensamento no social, é uma inversão dos valores. (...) Eu tive um caso concreto em que invadido um terreno, que ameaçava ruir em razão de chuva e matar todo mundo, os invasores colocavam uma exigência: só saio daqui se eu tiver lugar pra ir, colchão pra dormir... Não é possível se



pensar nisso. Então eu peço atenção que em um Código de Processo nós não podemos ter esse tipo de romantismo.

Da mesma maneira, trouxe suas considerações o deputado Vicente Arruda, pontuando que

Quer dizer, é o desrespeito à lei e aos princípios do direito positivo brasileiro, e é uma questão que convulsiona isso e nós não poderíamos de maneira nenhuma, porque o juiz já pode fazer a inspeção, já há a previsão de que o juiz possa fazer a inspeção, que possa recorrer a outros instrumentos para conceder a liminar, ele tem a capacidade de ação e a competência para fazer isso, isso tá nos poderes implícitos de um juiz quando colocado um fato para a sua deliberação. Se nos começarmos a colocar questões menores e tornar mais minudente o processo nós vamos tornar mais difícil a solução.

Rebatendo tal entendimento, Destefenni complementou afirmando:

Não vejo como um juiz pode ignorar um dispositivo constitucional que diz que a propriedade deva ter função social. Hoje a Constituição Federal exige, e o conceito de propriedade mudou extremamente em função disso.

É notório que o debate acerca das ações possessórias se funda, basicamente, no reconhecimento ou não de que tal instituto corresponde a um regramento que deve atender a uma realidade muito peculiar. Assim segue a fala trazida por Destefenni, afirmando que

O Código de 1973 foi previsto num outro contexto de conflitos de direitos intersubjetivos. E aqui nós já temos, na realidade de hoje, vários outros conflitos que ultrapassaram esse limite. (...) Nem toda reintegração é um simples conflito de vizinhança, um simples conflito intersubjetivo de duas pessoas.

As considerações trazidas nos mostra certa polarização no trato do tema, que se desenvolvem, de certa maneira, em raízes ideológicas diferentes. Em outras palavras, o ambiente em questão – Câmara dos Deputados – não pode deixar de ser visto enquanto um ambiente de disputa política, próprio do Estado Legislativo.

É a partir destas exposições que este estudo se pautará para entender como a discussão promovida pela Câmara dos Deputados se refletiu no texto legal aprovado, quer seja a Lei 13.105 de 2015, a qual instituiu o Novo Código de Processo Civil. Antes, porém, da análise dos aspectos processuais, há de se ter em mente as questões que, na prática, são levadas à apreciação do Judiciário.

### **3. A REALIDADE DO CONFLITO POSSESSÓRIO E O NOVO REGRAMENTO PROCESSUAL**

#### **3.1 Comentários ao relatório do “Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011)”.**

“Conflitos agrários e o Sistema de Justiça no Brasil” é a área temática a que se vinculou o projeto de pesquisa, cuja proposta teve como foco principal o diagnóstico e a análise das respostas que o sistema de justiça tem dado aos conflitos gerados a partir das ações de ocupações coletivas de terra no campo promovidas por movimentos sociais de luta pela terra, que resultaram na instauração de processos judiciais a partir da propositura de ações possessórias, no período de 2003 a 2011, em comarcas a serem selecionadas em quatro estados brasileiros: Pará, Mato Grosso, Goiás, e Paraná.

A investigação centrou-se na análise de processos judiciais, levantando os pressupostos de atuação dos juízes nesses conflitos, sobretudo como representam e interpretam as ações estratégicas dos movimentos sociais de ocupar coletivamente imóveis rurais, como analisam os institutos da posse e da propriedade, qual o rito por eles adotados, se observam os princípios constitucionais em jogo nesse tipo de conflito e de que forma são executadas suas decisões pelas autoridades competentes.

Cumprir abrir um parênteses para destacar que a escolha do espaço de observação nos Estados do Pará e Mato Grosso está relacionado com o grau de conflitos observados nos mesmos se deve a dois fatores. Um deles se relaciona com o fato de nestes estados estarem localizados as principais partes do território definido como o arco do desmatamento, uma porção de terra que se estende “entre o sudeste do Maranhão, o norte do Tocantins, o sul do Pará, norte do Mato Grosso, Rondônia, sul do Amazonas e o sudeste do Acre” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2004, p. 9), sendo que aproximadamente 70% do desmatamento ocorreram nos Estados de Mato Grosso, Pará e Rondônia (Presidência 2004, p. 9).

O alto índice de desmatamento nesta região tem relação direta com a ocupação recente da pecuária nos Estados do Pará e Mato Grosso, processo que vem acompanhado dos conflitos agrários, principalmente por este projeto econômico se desenvolver numa área que é marcada pela “fragilidade nos processos discriminatórios e outras ações de averiguação da legitimidade de títulos” (Presidência 2004, p. 11).

Um segundo fator que justifica a escolha dos Estados do Pará e Mato Grosso, se deve pelo grau de conflito que assumiu a questão agrária nestes dois estados. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra entre os anos de 2003 a 2010 o Estado do Pará registrou um total de 210 ocupações de terra, sendo que nestes estiveram envolvidos 32.927 famílias.

A escolha de Goiás como outro espaço de observação, por seu turno, deve-se ao fato do estado ter tido sua maior ocupação econômica e física, principalmente após as políticas agrícolas do Governo Federal, conduzidas nas décadas de 1970 e 1980, relacionadas com a expansão da soja para o cerrado brasileiro.

Já o Estado do Paraná, foi escolhido por se constituir, assim como o Rio Grande do Sul, no berço dos movimentos sociais formados na nova conjuntura de politização da reforma agrária, foi neste estado que também se consolidou a ocupação organizada da terra como estratégia de ativismo público, envolvendo o objetivo de disputa de ideias, convencimento público e pressão sobre o Estado, sobretudo se levarmos em consideração que o Paraná teve sua configuração agrária marcada pela presença dos posseiros em disputa com as companhias internacionais de colonização.

Ademais disso, pontua-se também que a definição do marco temporal de 2003 a 2011 se deve a dois fatores. Primeiramente, em 2004 foi constituído o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que ficou responsável por disciplinar no âmbito administrativo a condução das ações do judiciário no País, elemento que exerceu uma influência decisiva na atuação da Justiça. O segundo aspecto que justifica a definição do período apresentado se refere ao tempo em que as Ações, em grau de recurso, chegam às instâncias superiores do Poder Judiciário, atingindo, em média, o lapso temporal de seis anos. Isso porque, evidentemente, a observação da atuação judiciária só seria completa se observasse não somente a atuação do juiz de primeira instância, mas também as decisões colegiadas produzidas pelos Tribunais dos Estados e Superiores.

Pois bem, a leitura dos dados obtidos no relatório supracitado nos permite identificar a presença, dentre os estados participantes da pesquisa, de alguns pontos convergentes de problemáticas processuais. As conclusões trazidas pelo relatório em questão nos leva a contrapor as peculiaridades que envolvem os conflitos coletivos fundiários e a luta pela terra, visto serem litígios que se fundam, necessariamente em coletividades; com as peculiaridades trazidas pelas ações possessórias, enquanto instituto processual fundado em uma perspectiva teórica individualista.

Nesse sentido, é possível observar, por exemplo, no que se refere às condições da ação e a qualificação das partes, que há "dificuldades em se nomear e se qualificar todos os sujeitos que ocupam, ou ameaçam ocupar, determinada área de terra". Sendo assim, é

comum que haja ou a não qualificação, ou a qualificação incorreta “sob a alegação de que se nega a fornecer documentos ou talvez seja qualificado de invasores” (FERREIRA; MAIA; TÁRREGA, 2012), ou, ainda, a qualificação apenas de líderes do movimento, que passam a atuar como representantes de todos os demandados.

Outro ponto trazido é o prejuízo de que a função social da propriedade não encontra eco nas decisões judiciais analisadas. Os conflitos agrários são analisados, assim, a partir de categorias do direito civil e do processo civil tradicional. Sequer foi feita uma oxigenação constitucional (ROSA, 2010) das categorias de posse civil, ações possessórias, da turbação, do esbulho, da função social etc. (FERREIRA; MAIA; TÁRREGA, 2012), com base nas peculiaridades trazidas pelo direito agrário.

Por fim, há de se discutir acerca da participação do Ministério Público e de órgãos agrários, como o INCRA. A participação do Ministério Público é imposta por lei para casos de conflitos coletivos pela posse da terra, cuja ausência pode ensejar nulidade processual (art. 82, III, CPC). O INCRA, por sua vez, tem fundamental importância nesses litígios, porquanto ser uma autarquia federal cujo objetivo prioritário reside na realização da reforma agrária.

No estado de Goiás, por exemplo, o INCRA foi intimado apenas em 15% dos processos analisados. No Paraná, por sua vez, o INCRA não foi intimado a se manifestar em nenhum processo, enquanto o Ministério Público se manifestou em apenas 29% dos processos analisados. No Mato Grosso, entretanto, a situação é melhor: o INCRA se manifestou em 62% dos processos. No Pará, o representante do Ministério Público foi chamado a se manifestar em todos os processos.

A partir dessas visualizações – de como se encontra a atuação jurisdicional acerca dos conflitos coletivos agrários – podemos perceber as particularidades que envolvem esse tipo de litígio, particularidades essas que nem sempre encontram respostas no regramento do instituto processual das ações possessórias. O presente estudo, assim, a partir desses subsídios, pretende analisar a reformulação do instituto das possessórias no Código de Processo Civil de 2015, procurando entender como tais alterações correspondem – ou não – à realidade apresentada. É de se pontuar, novamente, que, sendo o Novo Código Processual o primeiro a ser construído em regime democrático – balizado pela Constituição de 1998, em específico – a expectativa residia na ideia de que os princípios previstos nesta estejam com ecos no novo regramento.

### **3.2 Exame do novo regramento processual das ações possessórias**

É certo que o novo Código de Processo Civil, por ser construído em regime democrático e à luz da Constituição Brasileira de 1988 buscou refletir um processo de constitucionalização dos procedimentos previstos em seu texto, inclusos os procedimentos

especiais e, assim, as ações possessórias. Além disso, as reformulações ocorridas na parte geral do código contribuem para tal, visto que os regimes especiais devem estar em harmonia com as normas fundamentais previstas. Como exemplo, tem-se o art. 8º, prevendo que:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O capítulo III trata da matéria das possessórias, com início no art. 554. É neste que está previsto, em seu §2º, uma especificidade acerca dos conflitos fundiários coletivos, prevendo que

No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Outra especificidade está disposta no art. 565, o qual dispõe:

No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

Vale o destaque, também, do §2º do mesmo artigo, o qual trata da situação ao entender necessário que:

Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

São esses os regramentos trazidos pelo Código de Processo de 2015 que, em tese, tratariam das peculiaridades de um regramento específico em relação às ações possessórias fundadas em conflitos coletivos fundiários. Ocorre que, como visto, a

realidade dos litígios coletivos possuem especificidades – tanto de ordens técnicas e objetivas, como, também, intersubjetivas – as quais carecem de um regramento mais adequado. Tanto a análise dos entraves ocorridos durante as discussões na Audiência Pública, quanto os dados trazidos pelo relatório possibilitam a percepção de que a realidade fundiária é bastante complexa.

Não se trata, por óbvio, de ignorar os avanços trazidos no Novo Código de Processo Civil. Para Antonio Sérgio Escrivão Filho, representante da Terra de Direitos, organização de direitos humanos, a alteração no regime das possessórias “inova ao trazer mecanismos de mediação tendentes a proporcionar solução pacífica a conflitos sociais coletivos, quando judicializados”<sup>88</sup>. Entretanto, para os movimentos sociais, o avanço foi considerando enquanto “tímido”, visto que não atendeu proposições como

- (i) a ampliação da atuação do Ministério Público para os conflitos coletivos urbanos; (ii) o cumprimento da função social da propriedade como requisito para as ações possessórias; e, (iii) a audiência de justificação prévia antes das decisões liminares de despejo nas ações possessórias coletivas<sup>89</sup>.

Grande discussão gira em torno sobre a aplicabilidade ou não de uma interpretação extensiva no que consiste o princípio da função social da propriedade, previsto no art. 170, da Constituição Federal. Do relatório anteriormente citado, é possível extrair que o Judiciário é silente, em seu procedimento decisório acerca das ações possessórias, sobre a função social da propriedade. É sabido que, nas ações possessórias, por se tratar de discussão sobre posse, não cabe o mérito acerca da propriedade. Esta ficaria designada a uma ação petítória.

Na lição de Comparato, “quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato e as ações possessórias” (2000, p. 146). A partir disso, indaga-se se não seria cabível invocar a “função social da posse”. A temática das ações possessórias se desenvolve a partir da óptica do proprietário, ignorando-se as questões fáticas e a realidade do “réu”. Assim, “se a posse é somente aquilo, todo o direito relacionado com

---

<sup>88</sup> Modernização do CPC pode contribuir para avanço no acesso à Justiça no Brasil. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/2013/09/27/modernizacao-do-cpc-pode-contribuir-para-avanco-no-acesso-a-justica-no-brasil/>>; Acesso em: jun./2015

<sup>89</sup> Fórum Nacional de Reforma Urbana divulga nota de descontentamento com Código de Processo Civil sancionado. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/2015/03/20/forum-nacional-de-reforma-urbana-divulga-nota-de-descontentamento-com-codigo-de-processo-civil-sancionado/>>; Acesso em: jun./2015



ela antecipa um juízo de valor sobre toda a realidade, todo e qualquer “dado real inafastável”, considerando que somente é bom, legal e justo o que já é, e não o que pode ou deve ser” (ALFONSÍN, 2006).

Admitir, assim, a manutenção de conceitos arcaicos para entender questões complexas tais como as que envolvem a posse e a propriedade, bem como a conservação de conceitos também ultrapassados, como a posse nova e a posse velha, consiste em uma “tranquilidade que se empresta à uma exploração antissocial da terra, atribuindo a quem é agredido e tem os seus direitos humanos fundamentais violados por tal conduta o ônus de provar que ela descumpra com sua função social” (ALFONSÍN, 2006).

É preciso, assim, questionar o porquê que os institutos jurídicos não vêm sendo pautados para realidade que se pretendem aplicar. Nas audiências públicas, muito se discutiu acerca da complexidade da questão, da necessidade de regramentos específicos, das peculiaridades sociais e econômicas que envolvem esses conflitos que são, antes de tudo, intersubjetivos. Não se refletiu, entretanto, no texto legal sancionado, uma solução efetiva para os conflitos, mas, sim, em uma continuidade litigiosa a qual não se resume aos aspectos jurídicos. Ignorar essa realidade, é, logo, entende-las enquanto “realidades que são ativamente produzidas como inexistentes” (SANTOS, 2005, p. 29). A perpetuação desses institutos sem o aperfeiçoamento – inclusive constitucional – de seus conceitos é falha grave.

Se, com o advento da Constituição de 1998, e com “a consagração constitucional da função social da propriedade, como princípio que estrutura a ordem econômica brasileira e como um direito fundamental, tornou imperiosa a reestruturação do regramento infraconstitucional da tutela processual da posse” (DIDIER, 2008), quando da possibilidade de tal reestruturação ocorrer – construção de um novo código processual civil – esta não ocorreu, havendo apenas uma fraca inclusão de dispositivos que discutem os conflitos coletivos. Becker sintetiza a questão ao afirmar que

Quando falamos que a função social deve também repercutir sobre o polo ativo da relação processual, queremos dizer que o processo civil brasileiro deveria pôr à disposição dos jurisdicionados ações, procedimentos especiais, o que for necessário, para conferir aos interessados o direito à terra, o direito à moradia, o direito à reforma agrária. (2002, p. 121)

Para o professor Didier, sendo a função social da propriedade um princípio, este deveria possuir uma eficácia direta e imediata na tutela da posse, devendo-se, de tal modo, “exigir como pressuposto para a tutela da posse a demonstração de cumprimento da sua função social” (2008). Complementa que só haveria “direito de propriedade se este for

exercido de acordo com a sua função social”. Percebe-se que a função social da propriedade se configura enquanto um dever do proprietário, que deve dar um fim específico àquela.

Esse princípio carece de repercussão na tutela processual da posse, porquanto que

A posse é o principal instrumento de exercício do direito de propriedade, que, como visto, deve observar os deveres fundamentais decorrentes daquela cláusula geral constitucional. A posse é, pois, o instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade (DIDIER, 2008).

Sucedo que é contraditório que o primeiro Código de Processo Civil brasileiro com construção – do início ao fim – em regime democrático não reflita, de fato, a Constituição que o rege, principalmente porque tal construção, em tese, foi pautada por um processo de constitucionalização e modernização do processo civil.

#### **4. A ATIVIDADE JUDICATIVA NOS CONFLITOS AGRÁRIOS: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA**

A última etapa a que se dedica essa pesquisa consiste, em apertada síntese, em exame jurisprudencial para efeito de se apreender se, de algum modo, as inovações trazidas pelo novo diploma processual foram efetivamente aplicadas. Em outros termos, visando à análise da aplicabilidade dos institutos, fora objeto de pesquisa as decisões proferidas, pelos tribunais pátrios, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, de sorte a evidenciar a atuação jurisdicional recente acerca dos conflitos coletivos agrários e como está sendo observada a tutela da posse.

Para tal, o ponto de partida consistiu na indexação das “palavras-chaves” que guiaram o presente estudo (e, especialmente, utilizadas de modo recorrente pelos julgadores, quando da apreciação de temas fundiários), realizando sobretudo um recorte nos estados que haviam sido objeto do relatório do “Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011)”.

Pois bem, ao inserir os termos “ações possessórias”, “novo código de processo civil”, e “intimação INCRA”, associando-se ao filtro do Tribunal do Estado do Mato Grosso, foram localizados 115 (cento e quinze) acórdãos convergindo com as palavras-chave em questão. De uma análise minuciosa desses, foi possível se constatar que, regra geral, não há a intimação do INCRA para atuar no feito, cingindo-se a participação deste a questões de

“expedição de certificado de georreferenciamento”. É o que se confere dos seguintes precedentes:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E PERDAS E DANOS (COD. 28.860). CONEXÃO COM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E PERDAS E DANOS (COD. 32.552) E COM **AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE** (COD. 36.932). POSSIBILIDADE. IDENTIDADE DE PARTES, OBJETO E CAUSA DE PEDIR, COM PEDIDOS DIFERENTES. QUESTÃO PRELIMINAR SUPERADA NA DECISÃO SANEADORA. DETERMINADA A REUNIÃO DOS PROCESSOS E PROFERIDA UMA SÓ SENTENÇA. LEGITIMAÇÃO ATIVA. ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DA LIDE. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO ATIVO PELA EMPRESA CESSIONÁRIA ANTES DA CITAÇÃO VÁLIDA DOS PROMISSÁRIOS COMPRADORES. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 42, 219, 264 E 294 DO CPC/1973. ADMISSIBILIDADE. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL POR INSTRUMENTO PÚBLICO FIRMADO EM 03/06/2005. EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA CLÁUSULA QUINTA QUANTO À REGULARIZAÇÃO DE DOCUMENTOS PELOS PROMISSÁRIOS VENDEDORES PARA DESMEMBRAMENTO DE ÁREA MENOR VENDIDA PARA A LAVRATURA DE ESCRITURA DEFINITIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DA LEI Nº 10.267-2001 – LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. FORÇA MAIOR. JUSTO **IMPEDIMENTO PARA OBTER O CERTIFICADO DO GEORREFERENCIAMENTO. PORTARIA Nº 21 DO INCRA/MT DE 28/03/2005 DETERMINANDO A SUSPENSÃO DA EXPEDIÇÃO DO CERTIFICADO DE GEORREFERENCIAMENTO.** NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS PROMITENTES VENDEDORES POR TELEGRAMA RECEBIDO EM 2007, UM ANO APÓS O DESCUMPRIMENTO DO PAGAMENTO DE TODAS AS TRÊS PARCELAS, AVENÇADAS PARA JUNHO-AGOSTO-OUTUBRO DE 2006. INEXISTÊNCIA DO PAGAMENTO INTEGRAL DO PREÇO PELOS PROMISSÁRIOS COMPRADORES, CONFORME CLÁUSULA TERCEIRA. (...)”

(Ap 116022/2016, DRA. FLAVIA CATARINA OLIVEIRA DE AMORIM REIS, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 02/08/2017, Publicado no DJE **18/08/2017**)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DECISÃO QUE JULGA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E INDEFERE PEDIDO DE IMISSÃO POSSESSÓRIA DOS AUTORES DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA EM PARTE DA

ÁREA LITIGIOSA – INDEFERIMENTO FUNDADO NA INEXISTÊNCIA DE PROVA INILUDÍVEL DA OCUPAÇÃO ILÍCITA DA ÁREA PELOS RÉUS – INSUBSISTÊNCIA DA NEGATIVA – ÁREA REIVINDICANDA DE QUASE 10 MIL HECTRES, DOS QUAIS POUCO MAIS DE 6 MIL HECTARES JÁ FORAM RESTITUÍDOS À POSSE DOS AUTORES POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROVA DOCUMENTAL SATISFATÓRIA DA DENTENÇÃO IRREGULAR DE PARTE REMANESCENTE (FAZENDA RIVIERA) ROBUSTECIDA, ENTRE OUTROS, POR AUTO DE CONSTATAÇÃO ELABORADO POR DOIS OFICIAIS DE JUSTIÇA DISTINTOS, AUTO DE AUTUAÇÃO EMITIDO PELO IBAMA, BLOQUEIO ADMINISTRATIVO DAS MATRÍCULAS FEITO PELA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA E **CANCELAMENTO DO GEORREFERENCIAMENTO DAS ÁREAS PELO INCRA** – CABIMENTO DA IMISSÃO POSSESSÓRIA NA ÁREA DA FAZENDA RIVIERA (1.249,9921 HECTARES) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Havendo prova satisfatória de que os autores da ação reivindicatória já foram imitados na posse de parte da área reivindicada por decisão do próprio Tribunal de Justiça, e sendo inafastável a conclusão, robustecida por vários documentos, entre eles certidões elaboradas por dois oficiais de justiça distintos, de que outra parte dos imóveis vem sendo injusta e indevidamente ocupada pelos réus, que não detêm justo título de domínio, que, inclusive, foram bloqueados administrativamente pela Corregedoria Geral de Justiça, deve ser deferido pedido de imissão dos reivindicantes na área remanescente dos imóveis.

(AI 137801/2016, DES. JOÃO FERREIRA FILHO, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 14/03/2017, Publicado no DJE 22/03/2017)”

Lado outro, realizando a mesma inserção no âmbito do acervo jurisprudencial do Estado do Pará, a seu turno, foram encontrados 130 (cento e trinta resultados), nos quais a participação do INCRA mostrou-se mais presente. Senão vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE EM FASE DE EXECUÇÃO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCONFORMISMO DO EXEQUENTE. ACORDO HOMOLOGADO ENTRE AS PARTES, TRANSITADO EM JULGADO, CONDICIONANDO A PERMANÊNCIA DOS APELADOS NO IMÓVEL COM A **MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DO INCRA EM DESAPROPRIAR A ÁREA.** PARECER DESFAVORÁVEL DA REFERIDA AUTARQUIA FEDERAL. NÃO CONFIGURADO NOVO ESBULHO. DESNECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO POSSESSÓRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA

ANULAR A SENTENÇA COMBATIDA, DETERMINANDO O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, À UNANIMIDADE.”

(2017.04044549-94, 180.736, Rel. RICARDO FERREIRA NUNES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 2017-09-12, Publicado em 2017-09-21)

A análise efetiva da presença da função social da posse também tem se caracterizado. É o que se confere dos seguintes precedentes:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM 1º GRAU. SUSCITADA AUSÊNCIA DE **FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE**. INOCORRÊNCIA. **COMPROVAÇÃO DE POSSE AGRÁRIA COM FUNÇÃO SOCIAL**. INDICATIVO DE **DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE ECONÔMICA NA ÁREA E OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E TRABALHISTA** VIGENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, À UNANIMIDADE. ”

(2017.01522855-49, 173.537, Rel. RICARDO FERREIRA NUNES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 2017-04-11, Publicado em 2017-04-19)

Outra importante decisão analisada no âmbito do Estado do Pará denota a importância da criação de varas especializadas, de sorte a possibilitar que o julgador tenha maior afinidade com o tema. Confira-se:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL RURAL E LITÍGIO COLETIVO. CARACTERIZADOS. RESOLUÇÃO N.º 018/2005-GP. COMPETÊNCIA DA VARA AGRÁRIA DA COMARCA DE REDENÇÃO. 1 - A classificação do imóvel como urbano ou rural, para finalidade de definir a competência das Varas Agrárias, é realizada segundo a destinação econômica, inobstante sua localização, na forma do art. 4.º, inciso I, da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra); **2 - Compete às Varas Especializadas Agrárias processar e julgar as ações que envolvem litígios coletivos da terra em área rural, ex vi art. 1.º da Resolução n.º 018/2005-GP, como ocorrido na espécie dos autos diante da presença de conflito, em tese, com intuito de reforma agrária e indícios de destinação econômica agrícola da área objeto da ocupação possessória;** 3 ? Conflito de competência conhecido e provido,

para declarar a competência de Vara Especializada Agrária de Redenção para processar e julgar a ação de reintegração de posse.?”

(2016.04132363-56, 165.954, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Julgado em 2016-10-11, Publicado em 2016-10-13)

No âmbito de Goiás, por sua vez, ao analisarmos as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, filtrando-se pelos mesmos termos e da análise das 338 (trezentos e trinta e oito decisões encontradas), facilmente se apercebe uma maior tecnicidade quando do julgamento do tema, enfrentando-se questões precisas (e comumente confundidas pelos julgadores), como a diferenciação dos requisitos da posse e da propriedade. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PEDIDO DE LIMINAR DEFERIDO NA ORIGEM. REQUISITOS EVIDENCIADOS. DECISÃO MANTIDA. 1. A concessão de liminar na ação de reintegração de posse exige a comprovação dos requisitos previstos nos artigos 561 do CPC/15, quais sejam, a posse; o esbulho praticado pelo réu; a data do ato de agressão à posse e; a perda da posse decorrente do esbulho, de forma sumária ou após realização de audiência de justificação. 2. No caso concreto, não há evidências da posse do recorrente, resultando inviável a reforma da decisão agravada. **Ademais, os argumentos e provas trazidos aos autos circunscrevem-se ao fato de que o agravante se encontra negociando a compra do referido imóvel rural, assim como de que realizou arrendamento deste para fins de atividades laborativas, ou seja, alegações totalmente relacionados a propriedade e, portanto, dissociados da posse, que é o elemento central das ações possessórias.** 3. Além disso, da audiência de justificação realizada nos autos em apenso, bem como da certidão de verificação do imóvel, elaborada por Oficial de Justiça, depreende-se que a posse da fazenda em discussão pertence a agravada e que a turbação vem sendo praticada pelo agravante. Agravo conhecido e desprovido.

(TJGO, Agravo de Instrumento (CPC ) 5230027-12.2016.8.09.0000, Rel. Sebastião Luiz Fleury, 2ª Câmara Cível, julgado em 21/08/2017, DJe de 21/08/2017)

Outra decisão que demonstra a observância do novo diploma processual atenta para a necessidade de que haja a chamada “audiência de justificação”. É o que se confere do seguinte precedente:



“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COM PEDIDO LIMINAR. INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 561 DO NCPC. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. I- Indeferida a tutela de urgência, posto não estar comprovado os requisitos da probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. II ? Para concessão de liminar em ações possessórias deverá a petição inicial estar devidamente instruída conforme artigo 561 do NCPC. III ? Se a petição inicial não traz provas suficientes para justificar a expedição de mandado liminar de posse, deve o juiz cumprir o que dispõe o artigo 562 do NCPC e determinar a realização de audiência de justificação antes de decidir sobre a concessão de liminar. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.”

(TJGO, Agravo de Instrumento ( CPC ) 5307539-71.2016.8.09.0000, Rel. JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, julgado em 14/06/2017, DJe de 14/06/2017)

Ao que se vê, portanto, no âmbito do Estado de Goiás, há uma efetiva observância do Diploma Processual, o que, todavia, não foi observado nos demais estados objeto de análise.

A partir dessas visualizações – de como se encontra a atuação jurisdicional acerca dos conflitos coletivos agrários – podemos perceber as particularidades que envolvem esse tipo de litígio, particularidades essas que nem sempre encontram respostas no regramento do instituto processual das ações possessórias.

No presente estudo, assim, a partir desses subsídios, pôde ser observado o quadro jurisprudencial e a sua aplicação da reformulação do instituto das possessórias no Código de Processo Civil de 2015, procurando entender como tais alterações correspondem – ou não – à realidade apresentada. É de se pontuar, novamente, que, sendo o Novo Código Processual o primeiro a ser construído em regime democrático – balizado pela Constituição de 1998, em específico – a expectativa residia na ideia de que os princípios previstos nesta estejam com ecos no novo regramento, o que, todavia, não aconteceu.

## **CONCLUSÃO**

É certo que as análises e exposições realizadas, a limitada amostra que constitui o *corpus* deste trabalho, bem como o recorte realizado para a pesquisa em questão restringem as ponderações a serem alcançadas. Entretanto, tratando-se de uma análise qualitativa, e reconhecendo as limitações dos espaços amostrais das conclusões, há, sim,

pontuações cabíveis quanto aos dados coletados. Em sendo assim, entende-se, de tal maneira, que o presente trabalho não esgota a discussão; mas, sim, procura fomentá-la e desdobrá-la, ensejando a continuidade de uma pesquisa mais aprofundada. Realizadas tais ressalvas, passamos às considerações.

Grande expectativa se criou no Código de Processo Civil de 2015, porquanto quarenta e dois anos separaram a sanção deste do diploma processual que o antecedeu. Essas pouco mais de quatro décadas foram suficientes para que a sociedade brasileira fosse passando por alterações, sejam elas de ordem social, política ou econômica. Com efeito, relativamente às configurações do uso da terra e, por conseguinte, com os conflitos decorrentes de questões fundiárias, não poderia ter sido diferente. Um novo regramento, assim, viria para se adaptar à realidade atual, corroborando com as já existentes mudanças de perspectivas trazidas pela Constituição de 1988.

De tal maneira, a possibilidade advinda da construção de um novo código proporcionou grande pressão política por parte dos autores desse processo, quer sejam deputados, juristas ou, especialmente, movimentos sociais. Como visto, nas audiências públicas, os entraves perpassaram diversas ordens, sejam elas econômicas, sociais, ou políticas. Essa disputa, que tem seu caráter ideológico, colocava em jogo a repercussão de um instrumento com forte impacto na realidade agrária e urbana no Brasil.

Pois bem, ainda que diversas ponderações progressistas tenham sido realizadas, as quais entenderam que as peculiaridades e sensibilidades decorridas dos conflitos fundiários necessitariam de um regramento que atendesse tais particularidades, sendo assim, um regramento mais específico no que tange os conflitos coletivos, este não foi o resultado encontrado no texto legal.

Isso porque, consoante delineado, inobstante possamos vislumbrar tímidas alterações no regramento das ações possessórias, o fato é que houve a manutenção de conceitos arcaicos, os quais, a rigor, deveriam ser aptos a responder questões complexas.

Daí que, muito embora a realidade agrária, no Brasil, requirite de avanços de diversas naturezas – o que inclui, evidentemente, alterações no quadro processual da questão, de molde a se refletir na atividade judicativa –, podemos considerar que os inúmeros interesses em jogo dificultaram o progresso da matéria, a qual ainda em vista enquanto espaço de disputa de poder.

Em sendo assim, em que pese possamos entender o Código de Processo Civil enquanto um espaço de avanço, é certo que este foi mínimo, sobretudo quando comparado com a realidade a ser atendida, especialmente no que consiste aos movimentos sociais e aos princípios constitucionais.

Este momento político, de importância inegável, não trouxe, desse modo, as respostas que os conflitos coletivos fundiários necessitam. É preciso – e muito – que a realidade fundiária do Brasil seja o alicerce do Estado Legislativo quando da elaboração do diploma processual para que, por consectário lógico, o Poder Judiciário tenha meios de atendê-la.

Isso tudo deriva de que, em se tratando da atividade judicativa na seara agrária, deve o juiz ter capacidade e preparo técnicos para lidar com as peculiaridades que envolvem a matéria, sobretudo versar, não raramente, acerca de sensíveis conflitos agrários pela terra – do que decorre, não é demais repetir, a necessidade de que o diploma processual forneça tais mecanismos.

Especialmente, levando-se em consideração a “mentalidade agrarista” que permeia o Poder Judiciário – e, sobremaneira, o Poder Legislativo –, podemos concluir que o novo Diploma Processual seria, em um plano ideal, um artifício apto a contrapor-se a essa realidade.

Sucede que, tendo em vista que não haveria como a elaboração do aludido diploma refugir ao âmbito do Legislativo, porquanto sua tramitação se deu, naturalmente, na Câmara dos Deputados, a produção nesta realizada está eivada dos interesses ruralistas que, corriqueiramente, ali se depositam.

Disso decorre que, em uma visão, de certo modo, cética, muito dificilmente poder-se-ia vislumbrar avanços concretamente aptos a alterar – ou, por assim dizer, minimizar a precariedade – (d)a realidade agrária do Brasil, eis que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário parecem-nos hermeticamente fechados a lidar com as peculiaridades que envolvem a matéria.

Em sendo assim, podemos concluir que os enunciados coletados conseguiram perpassar diversas questões. Os entendimentos acerca das ações possessórias, todavia, foram diversos e, muitas vezes, opostos, próprios de um regime tido como democrático. Sobrevém que, ainda que o processo de construção do Código de Processo Civil de 2015 tenha possibilitado a inclusão de diversos atores, há uma parcela muita clara destes não efetivamente representada no texto legal e, assim, continuará distante, com suas reivindicações, dos meios institucionais assegurados na ordem vigente.

## REFERÊNCIAS

ALFONSÍN, Jacques Távora. A função social da posse como pressuposto de licitude ético-jurídica do acesso e da conservação do direito à terra. Revista de Direito Agrário. Ano 19, nº 18, 2006

ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. Lua Nova [online]. 2009, n.76, pp. 49-86

CARNEIRO, Sérgio Barradas. A participação popular no novo CPC. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/a-participacao-popular-no-novo-cpc/>>; Acesso em: jun./2015

BECKER, L. A.; SILVA SANTOS, E. L.. Elementos para uma teoria crítica do processo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

BRASIL, Senado Federal. Ato do Presidente Nº 379. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%C2%BA%20379.pdf>>; Acesso em: jun./2015

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *In: A questão agrária e a justiça*, São Paulo, RT, 2000

DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). Novo Código Civil: questões controvertidas – direitos das coisas. São Paulo: Método, volume 7, 2008, páginas 93-104.

\_\_\_\_\_. Discursos e Notas Taquigráficas. Câmara dos Deputados. 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_discursos?idProposicao=490267&nm=FREDIE+SOUZA+DIDIER+JUNIOR,+PROFESSOR+DE+DIREITO+DA+UNIVERSIDADE+FE+DERAL+DA+BAHIA+-+UFBA&p=&uf=>](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_discursos?idProposicao=490267&nm=FREDIE+SOUZA+DIDIER+JUNIOR,+PROFESSOR+DE+DIREITO+DA+UNIVERSIDADE+FE+DERAL+DA+BAHIA+-+UFBA&p=&uf=>)>; Acesso em: jul./2015

ECO, Umberto. A Morte do Autor. Manteia. 1968

LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. México: Universidad IberoAmericana, 2009

\_\_\_\_\_. El derecho de la sociedad. México: Universidad IberoAmericana/Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. La sociedad de la sociedad. México: Universidad IberoAmericana/Herder, 2007.

MAINGUENEAU, Dominique. Análise de textos de comunicação. São Paulo: Cortez, 2005a.

\_\_\_\_\_. Gênese dos discursos. Curitiba: Criar, 2005b.

\_\_\_\_\_. Cenas da enunciação. São Paulo: Parábola, 2008.

\_\_\_\_\_. Doze conceitos em análise de discurso. São Paulo: Parábola, 2010.

NARRAFATE, Javier Torres. Presentación. In: LUHMANN, Niklas. La Política como sistema. México. Universidad IberoAmericana, 2009.

OLIVEIRA, Ítalo José da Silva. O estado de educação nas faculdades de direito do Brasil. Disponível em: < [http://adonaisantanna.blogspot.com.br/2014/05/o-estado-da-educacao-nas-faculdades-de\\_8.html](http://adonaisantanna.blogspot.com.br/2014/05/o-estado-da-educacao-nas-faculdades-de_8.html)>; Acesso em: jun./2015.

ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Fórum social mundial: Manual de uso, São Paulo: Cortez Editora, 2005

\_\_\_\_\_; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Disponível em: <[www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs\\_oo\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs_oo_30/rbcs30_07.htm)>; Acesso em: jun./2015

SILVA, Artur Stamford. Literalidade como trabalho social: A decisão judicial como constructo do direito da sociedade. In: FEITOSA, Enoque, et al (orgs.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, vol.2

\_\_\_\_\_. PENHA, Marcelle. A licitude da prova ilícita. O paradoxo e a decisão jurídica. In: Silva, Artur Stamford, et al (orgs.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011, vol.1.

TARREGA, Maria Cristina V. B.; MAIA, Cláudio Lopes; FERREIRA, Adegmar José. Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011): Relatório Final de Pesquisa. Goiânia: Universidade Federal de Goiás/Faculdade de Direito, 2012.

## HABEAS CORPUS: DUAS PALAVRAS QUE REVOLUCIONARAM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

**JOÃO PEDRO CARVALHO DE MOURA:**

Graduando em Direito pela Universidade Brasil  
Campus Fernandópolis<sup>90</sup>.

**RESUMO:** De acordo com o art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988, “*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”. Do disposto pelo referido artigo, conclui-se que o *habeas corpus* é ação constitucional para a tutela da liberdade de locomoção. Consubstancia-se em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal para que o coator (Poder Público ou particular) cesse tal constrangimento. É o meio jurídico mais eficaz e célere para fazer cessar uma prisão ilegal, embora não seja o único. O *habeas corpus* possui natureza jurídica de ação constitucional, porque prevista na Constituição, embora tenha sido incluído no Código de Processo Penal no capítulo dos recursos. Salienta-se que não é recurso, mas, sim, ação autônoma. Possui procedimento sumário e gratuito, conforme art. 5º, LXXVII da CF/88. As regras de competência jurisdicional originária e recursal para apreciação da ação de *habeas corpus* são reguladas pela Constituição Federal de acordo com o cargo ocupado pela autoridade apontada como coatora ou paciente.

**ABSTRACT:** According to art. 5, LXVIII, the Federal Constitution of 1988 "award shall be habeas corpus whenever someone suffers or is in danger of suffering violence or coercion against his freedom of movement, for illegality or abuse of power." The provisions of the said Article, it is concluded that habeas corpus is constitutional action for the protection of freedom of movement. Embodied in an order given by the judge or court that the constraining party (government or private) cease such embarrassment. It is the most effective and expeditious legal means to stop an illegal prison, though not the only one. Habeas corpus has legal constitutional action, as provided for in the Constitution, although it was included in the Criminal Procedure Code Chapter of resources. Please note that it is not feature, but rather autonomous action. It has summary and free procedure as art. 5, LXXVII of CF / 88. The rules of jurisdiction and original appeal for consideration of habeas corpus action are governed by the Constitution according to the position held by the authority identified as constraining or patient.

## INTRODUÇÃO

*Habeas corpus* é o remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de

---

90 Contato: jpmoura20@gmail.com



poder. O intuito deste artigo é demonstrar as espécies, formas e natureza do *habeas corpus*, sua história e sua evolução constitucional e jurisprudencial.

A origem mais apontada por diversos autores é a **Magna Carta**, que por opressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymede, na Inglaterra.

## INTRODUÇÃO NO BRASIL

No Brasil, foi introduzido após a partida de D. João VI para Portugal, quando expedido o Decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde dos Arcos.

Estabelecia aquele Decreto que, a partir de então, nenhuma pessoa livre no Brasil poderia ser presa sem escrita do Juiz do território a não ser em caso de flagrante delito, quando qualquer do povo poderia prender o delinquente; e que nenhum Juiz poderia expedir ordem de prisão sem que houvesse culpa formada, por inquirição de três testemunhas e sem que o fato fosse declarado em lei como delito.

O decreto foi implícito na constituição de 1824, a qual proibia as prisões arbitrárias e mais tarde, foi regulamentado pelo Código de Processo Criminal de 24 de novembro de 1832, nos artigos 340 a 355 e estabelecia que qualquer Juiz poderia passar uma ordem de *habeas corpus* de ofício, sempre que no curso do processo chegasse ao seu conhecimento que alguém estivesse detido ou preso.

Com o advento da República, o Decreto de 11 de outubro de 1890 determinava que todo cidadão nacional ou estrangeiro poderia solicitar ordem de *habeas corpus*, sempre que ocorresse ou estivesse em vias de se consumir um constrangimento ilegal. Era o aparecimento, entre nós, do *habeas corpus* preventivo.

Segundo preceitua o artigo 654, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, "os Juízes e os Tribunais tem competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Para a concessão da ordem, na hipótese, não há necessidade de processo especial, a autoridade judiciária serve-se dos próprios elementos do processo, que corre sob sua jurisdição, eis que a prova nele colhida, a convença da efetividade, ou da ameaça real e iminente, de constrangimento ilegal de que seja paciente, o réu, o ofendido, o querelante, testemunha, advogado.

## CONCEITO E FINALIDADE

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso LXVIII que conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O sentido da palavra alguém no *habeas corpus* refere-se tão somente a pessoa física.

Ressalte-se que a Constituição Federal, expressamente, prevê a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa nos termos da lei, nele entrar permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV).

O *habeas corpus* não poderá ser utilizado para a correção inidônea que não implique coação a liberdade de ir, permanecer e vir.

Na defesa da liberdade de locomoção, cabe ao Poder Judiciário considerar ato de constrangimento que não tenha sido apontado em petição inicial, da mesma forma, pode atuar no tocante à extensão da ordem, deferindo-a a quem ou além do que pleiteado.

## **NATUREZA JURÍDICA**

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

Não se trata, portanto de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.

Convém lembrar que, não obstante o esforço teórico despendido por esses autores e o fato de o *habeas corpus* servir às vezes, como sucedâneo de recurso, para atacar pronunciamento judicial, está hoje fora de qualquer dúvida a sua natureza jurídica de ação, ou seja, "atuação do interessado, ou alguém por ele, consistente no pedido de determinada providência, a órgão jurisdicional, contra ou em face de quem viola ou ameaça violar a sua liberdade de locomoção".

## **ESPÉCIES**

### **1 Habeas corpus preventivo (salvo-conduto):**

Quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, bastará, pois a ameaça de coação à liberdade de locomoção, para a obtenção de um salvo conduto ao paciente, concedendo-lhe livre trânsito, de forma a impedir sua prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o *habeas corpus*.

## 1.2. Habeas corpus liberatório ou repressivo:

Quando alguém estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Pretende fazer cessar o desrespeito à liberdade de locomoção.

## 1.3. Liminar em habeas corpus:

Em ambas as espécies haverá possibilidade de concessão de medida de liminar, para se evitar possível constrangimento à liberdade de locomoção irreparável.

“Embora desconhecida na legislação referente ao habeas corpus, foi introduzida nesse remédio jurídico, pela Jurisprudência, a figura da ‘liminar’, que visa atender casos em que a cassação da coação ilegal exige pronta intervenção do judiciário”

## HISTÓRICO

A origem mais apontada pelos doutrinadores é a Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, cedendo à pressão dos barões. Citam, também, a edição da *Petition of Rights*, que culminou com o *Habeas Corpus Act*, de 1697, no reinado de Carlos II.

No Brasil, embora introduzido com o Alvará de Dom Pedro I, de 23/05/1821, que proibia prisões arbitrárias, implícito na Constituição Imperial de 1824, que tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VII, VIII e IX), o *habeas corpus* surgiu expressamente com o Código de Processo Criminal de 1832 (Lei n. 127, de 29/11/1932, arts. 183-188) e elevou-se a regra constitucional na Carta de 1891, após proclamação da República.

Pela primeira vez tivemos a constitucionalização do *habeas corpus*. “art. 77, §22. *Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*”.

Formou-se, dessa forma, a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que permitia a utilização desse recurso não somente para a tutela da liberdade de locomoção, mas para os demais direitos que tinham como pressuposto básico a locomoção.

A “teoria brasileira do *habeas corpus*” perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, quando foi imposto o exercício da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir. O art. 72, §22, da CF/1891, passou a vigorar com a seguinte redação: “*Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção*”. Para a defesa dos outros direitos violados por

atos ilegais de autoridades públicas, a Constituição de 1934 veio a criar o mandado de segurança.

Todas as demais Constituições brasileiras, sem qualquer exceção, incorporaram a garantia do *habeas corpus*, que somente foi suspensa pelo Ato Institucional n. 5, de 1968, no que concerne aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular **Impetrante (legitimidade ativa)**.

É a pessoa que ingressa com a ação de *habeas corpus*. Qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de idade ou estado mental pode fazer uso do *habeas corpus*, em nome próprio ou de terceiros. Quando em nome de terceiros, exige a jurisprudência da Corte Constitucional, que o paciente seja ouvido, a fim de que esclareça sobre o seu interesse pessoal na impetração.

É o que preceitua o art. 192, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RI/STF): “*não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente*”.

Para estrangeiros, exige-se que a petição esteja redigida em português, sob pena de não- conhecimento do *writ* constitucional.

Os menores e deficientes mentais não precisam estar assistidos por outrem.

A legitimidade é reconhecida inclusive ao membro do Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais indisponíveis (Lei 8.625/93, art. 32,

Também não se exige a capacidade postulatória, para a propositura da ação, de acordo com o estatuto da OAB (Lei 8.960/94), em seu art. 1º, § 1º: “*não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal*”. Dessa forma, dispensa-se a juntada de procuração em nome próprio ou de terceiros.

Tratando-se de analfabeto, admite-se a assinatura a rogo (CPP, art. 654, §1º, c).

É inadmissível a impetração apócrifa. A desistência da ação, por outro lado, é plenamente aceita pela jurisprudência do STF e STJ, salvo se maléfica ao paciente.

O magistrado, quando no exercício da atividade jurisdicional, pode concedê-lo **de ofício**, como exceção ao princípio da *inércia do órgão jurisdicional* (CPP, art. 654, § 2º).

Observa-se, contudo, que se não estiver exercendo a atividade jurisdicional, **impetrará** o *habeas corpus*, já que atuará como pessoa comum.

O Supremo Tribunal Federal admite-a via *fax*, condicionando seu conhecimento a que seja ele ratificado pelo impetrante no prazo estipulado pelo ministro relator.

Por fim, se aceita a impetração do remédio heroico (denominação dada ao *habeas corpus*) por pessoa jurídica, embora nunca possa ser beneficiária, pois ela deve usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com sua condição, como preceitua o art. 5º da CF/88. Nesse sentido, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

*“não há dúvida de que a pessoa jurídica pode impetrar o habeas corpus, mas aquele que a representa legalmente deve, de plano ou no prazo assinado, comprovar isso. Se o signatário da inicial não comprova a condição invocada, de rigor o não reconhecimento do writ”***Impetrado (legitimidade passiva).**

O *habeas corpus* deverá ser interposto contra atos de autoridades públicas sob a ordem de quem se encontra preso o paciente, por ilegalidade ou abuso de poder, normalmente delegados de polícia, promotores, juízes e tribunais.

As hipóteses de *habeas corpus* estão elencadas no art. 648 do Código de Processo Penal, embora não sejam taxativas. São elas:

*“I – quando não houver justa causa;”*

Ocorre quando não estão previstos os requisitos legais para a prisão. Por exemplo, se o fato narrado não constituir crime (art. 43, I do CPP), se o crime já estiver prescrito (art. 43, II do CPP), se for manifesta a ilegitimidade de parte ou se faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (art. 43, II do CPP).

*“II – quando alguém estiver preso por mais tempo que a lei determina;”*

Casos e que os presos são constrangidos em sua liberdade de locomoção além do fixado na sua condenação ou quando não são liberados depois de preenchidos os requisitos para a concessão da liberdade condicional. Isso normalmente ocorre por negligência do Cartório, que deixa de expedir o Alvará de Soltura com antecedência necessária.

*“III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;”*

Excluída a hipótese de flagrante delito ou crimes e transgressões militares, toda e qualquer prisão só poderá ser determinada pela autoridade judicial competente (CF/88, art. 5º, LXI).

Dessa forma, se a autoridade policial decretar prisão fora da exceção do flagrante delito incorrerá em constrangimento ilegal, porque lhe falta competência para tanto. *“IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;”*

Ou seja, quando o fato deixar de ser considerado crime pelo diploma legal repressivo, como no caso do crime de adultério, revogado pela Lei 11.106 de 2005.

*“V – quando não for alguém admitido a prestar fiança nos casos em que a lei a autoriza;”*

Nos crimes afiançáveis, a autoridade policial ou judicial (conforme o tipo de pena restritiva de direito – reclusão ou detenção, respectivamente) deve permitir que o indiciado pague a fiança para responder o inquérito em liberdade. Não sendo essa concedida, caberá a ação de *habeas corpus*.

À luz do art. 323 do CPP, todos os crimes cuja pena mínima não exceda dois anos de reclusão poderão ser admitidos a prestar fiança, com exceção de alguns que causam grande clamor público, como os hediondos, tráfico de entorpecentes, terrorismo e racismo ou quando reincidente em crime doloso.

*“VI – quando o processo for manifestamente nulo;”*

O processo é nulo quando eivado de vício que nunca poderá ser reparado, como nos casos de cerceamento de defesa, de falta de fundamentação na fixação da pena.

*“VII – quando extinta a punibilidade;”*

Extingue-se a punibilidade nos termos do art. 107 do Código penal: I – pela morte do agente; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade da lei que não considera mais o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente nos casos em que a lei admite; VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração; IX – pelo perdão judicial, nos termos previstos em lei.

Também é possível que o impetrado seja particular que, de alguma forma, esteja coagindo ou na iminência de coagir o direito de ir e vir do paciente, por ilegalidade (particulares não praticam abuso de poder). Por óbvio que, na maior parte das vezes, sua ação constituirá crime previsto na legislação penal, bastando a intervenção policial para fazê-la cessar. Há casos, porém, que será difícil a atuação da polícia, como nas internações irregulares em clínicas psiquiátricas e hospitais, que, por exemplo, negam alta a seus pacientes em virtude do não pagamento de despesas.

Nesses casos, é plenamente viável a utilização do remédio heroico. Vejamos algumas jurisprudências sobre o assunto:



*"Habeas corpus – cabimento contra ato de particular: ' Desde que a Constituição da República não faz distinção entre coação exercida por autoridade pública e por particular, não será lícito fazê-lo jurisprudencialmente, sob pena de restrição indevida a direito e garantia fundamental do cidadão. '"*

O Tribunal de Justiça de São Paulo, unanimemente, entendeu que: *"o particular pode, em casos especiais, praticar ato ilegal, sanável pelo remédio heroico do habeas corpus. É o caso de constrangimento ilegal (art. 146) e do cárcere privado (art. 148), ambos do CP"*

Para finalizar, salientamos que, o Ordenamento Jurídico brasileiro possibilita que o prejudicado recorra aos meios judiciais para garantir justa indenização em caso de cerceamento de sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, realizado pelo poder público ou pelos particulares.

Em relação ao Poder Público, observemos o que preceitua a Magna Carta, em seu art. 5º, LXXV: *"O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"*.

Contra particulares, a indenização tem fulcro nos arts. 186 e 927 ambos do Código Civil Brasileiro de 2002.

*"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*.

*"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*

## **COMPETÊNCIA**

As regras de competência jurisdicional originária e recursal para apreciação da ação de *habeas corpus* são reguladas pela Constituição Federal de acordo com o cargo ocupado pela autoridade apontada como coatora ou paciente. Os casos de competência originária do STF estão mencionados no art. 102, I, "d" e "i" e, em sede de recurso ordinário, no art. 102, II, "a" da Constituição. Merece destaque a letra "i" do art. 102, I, da Lei Maior, *in verbis*:

*"art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I – Processar e julgar, originariamente:(...)*

*i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando coator ou paciente for funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;(...)”.*

Da análise da referida letra, observa-se que ao STF compete julgar originariamente ações de *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Tribunal Superior, vale dizer, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho.

Observe-se, porém, que até a promulgação da Emenda Constitucional 22/99 o STF detinha competência para conhecer o *habeas corpus* impetrado contra qualquer Tribunal, ou seja, além daqueles, contra os Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça, Tribunais Militares dos Estados e Tribunais de Alçada.

Portanto, o STF não tem mais competência para processar e julgar originariamente os *habeas corpus* dirigidos contra os colegiados dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça estaduais ou Tribunais Militares estaduais. Essa passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, com possibilidade de recurso ordinário constitucional dirigido ao Pretório Excelso, desde que a decisão seja denegatória, conforme artigos 105, I, *c* e 102, II, *a* da CF/88.

As hipóteses de competência originária do Superior Tribunal de Justiça estão elencadas no art. 105, I, *c*, enquanto as de competência originária dos Tribunais Regionais Federais estão mencionadas no art. 108, I, *d*, da Magna Carta. As Constituições Estaduais estabelecem casos de competência originária perante os Tribunais de Justiça.

## CONCLUSÃO

A origem mais apontada pelos doutrinadores é a Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, cedendo à pressão dos barões. Citam, também, a edição da *Petition of Rights*, que culminou com o *Habeas Corpus Act*, de 1697, no reinado de Carlos II.

As regras de competência jurisdicional originária e recursal para apreciação da ação de *habeas corpus* são reguladas pela Constituição Federal de acordo com o cargo ocupado pela autoridade apontada como coatora ou paciente

As regras de competência jurisdicional originária e recursal para apreciação da ação de *habeas corpus* são reguladas pela Constituição Federal de acordo com o cargo ocupado pela autoridade apontada como coatora ou paciente

Como medida cautelar excepcional, a liminar em *habeas corpus*, exige requisitos: o ***periculum in mora*** ou perigo na demora, quando há probabilidade de dano irreparável e o ***fumus boni iuris*** ou fumaça do bom direito, quando os elementos da impetração, indiquem a existência de ilegalidade.

Diante disto todo foi criado o remédio constitucional denominado HABEAS CORPUS, garantido a proteção do direito da liberdade de locomoção do indivíduo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/89861>

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-45/o-remedio-do-momento-habeas-corporus/>

<https://jus.com.br/artigos/habeas-corporus>

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/habeas-corporus/amp/>

[Habeas Corpus: o que é, como funciona e quando cabe \(projuris.com.br\)](http://projuris.com.br)

[Habeas corpus - Jus.com.br | Jus Navigandi](http://jus.com.br)

## A PENA DE MORTE E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE

**APARECIDO RODRIGO MOURA MIRA:**

graduando em Direito pela Universidade  
Brasil- Campus Fernandópolis/SP<sup>91</sup>

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho analisa as visões positivas e negativas frente à pena de morte atualmente vivida no Brasil, o estudo será realizado através de artigos científicos, estudos bibliográficos e doutrina, analisarão sua possível aceitabilidade frente ao clamor popular, e se a pena de morte seria realmente um mecanismo de defesa para a sociedade, contando com base em fatos históricos e extensa pesquisa sobre a aplicação da pena de morte em outros países e o que é preciso para legitimar a legislação existente e tais sanções. E como é interpretado a pena de morte entre alguns doutrinadores para tirar uma conclusão formal e demonstrar a aplicação, se possível, formar uma concepção consciente do assunto sobre a violência social que precisa ser explicada, enfim de estar contida com as medidas certas.

**Palavras-chave:** pena de morte; legislação; violência; sociedade

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the positive and negative views on the death penalty currently living in Brazil, it will be analyzed through scientific articles, bibliographic studies between periodicals and renowned authors, we will analyze its possible acceptability based on historical facts and extensive research on the application of the death penalty in other countries and what it takes to legitimize existing legislation and such sanctions. is interpreted as, as the aim of this work, the change of opinion, not even to draw a formal conclusion, but to demonstrate the application, if possible, to form a conscious conception of the subject, social violence, needs to be explained at the end of It is contained with the right measures.

**Keywords:** death penalty; legislation; violence; society

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 HISTÓRICO DA PENA DE MORTE NO MUNDO. 2 A HISTÓRIA DA PENA DE MORTE NO BRASIL. 3 ARGUMENTOS A FAVOR DO USO DA PENA DE MORTE. 4 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE. CONSIDERAÇÕES GERAIS. CONCLUSÃO.

---

91 Contato: apareciorodrigo10@gmail.com

## REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

A pena capital, conhecida como pena de morte, é uma forma de punição que foi adotada por alguns países para reprimir aqueles crimes considerados muito graves e hediondo, especialmente quando se constata alto índice de criminalidade.

Este é um tema muito comentado, especialmente quando envolve casos com criança.

Quando se vê crimes divulgados pela mídia, alguns concordam com esse tipo de condenação, alegando que a pena de morte seria uma solução ideal para combater crimes chocantes, pois assim esses crimes seriam evitados.

Quem é favorável à aplicação da pena capital, argumenta que seria útil em nosso país, pois o Brasil é um dos países no mundo com maior população carcerária, onde é quase impossível a ressocialização desses presos, sendo mais provável que eles, quando saírem do sistema carcerário, voltem para a mesma vida de criminalidade.

Os que são contra esse tipo de punição, alegam que o nosso sistema jurídico é falho, principalmente no que diz respeito aos inquéritos, pois muitas vezes por serem crimes difíceis de investigar, e o Estado não fornecer o aparato necessário para que se faça uma investigação completa e bem sucedida, e que ao final aponte corretamente os autores.

Alguns defendem que a função da pena é ressocializar o indivíduo, alegando que o mesmo deve pagar pelo crime que cometeu, mas ao mesmo tempo, deve ser reabilitado para voltar a conviver em sociedade, e assim prosseguir com sua vida normalmente.

Para outros, a pena de morte apenas traz sofrimento para a família do apenado, os quais serão os únicos a sentirem os efeitos da aplicação desta sanção, podendo também inserir um sentimento de culpa ou até mesmo de vingança, por tirar a vida de um ser humano.

Em nosso ordenamento jurídico atual, a aplicação da pena de morte se dará apenas em caso de guerra declarada, como consta no artigo 5º, inciso XLVII, da nossa Constituição Federal de 1988.

Após ser analisado os materiais disponíveis, será filtrado os assuntos específicos e apropriados para o desenvolvimento do projeto, através de leituras e fichamentos de livros, dissertações, teses, legislações, estatutos, notícias midiáticas e artigos científicos.

Com o material definido e selecionado, iniciar-se o desenvolvimento do assunto, consistentes em leituras seletivas, analítica e interpretativa dos conteúdos, apoiada nas citações dos autores.

## **1. HISTÓRICO DA PENA DE MORTE NO MUNDO**

Se, atualmente, a aplicação da pena no campo do direito penal depende do Estado, então uma breve revisão da história mostra que várias práticas punitivas se antecederam.

A julgar pela história que nos diz que ela foi criada em uma situação primitiva, a partir da hostilidade de autopreservação humana, eles não contam com o conhecimento necessário para regular sua comunidade.

Nas comunidades tribais primitivas, é comum o uso da pena de morte em retaliações por insultos e ofensas a famílias e grupos que sofreram danos infligidos.

A autoproteção permeou a prática da sociedade antiga, e as características da punição, como proporcionalidade e individualidade, não foram definidas.

Nas civilizações mais primitivas, o objetivo da punição era punir o perpetrador, e mesmo na antiguidade os filósofos do direito defendiam esse caráter íntimo: a severidade da punição deveria inibir a prática de novos crimes.

Com o Código de Hamurabi, uma das primeiras codificações de que se tem ciência, é institucionalizada a Lei de Talião, traduzida na máxima, "olho por olho, dente por dente", e a partir de então, quando a lei era transgredida, em especial na esfera privada, as reações do ofendido ficavam limitadas à ofensa sofrida.

O Código de Hamurabi contém cerca de 282 artigos, datados aproximadamente do ano de 1800 a.C., e neste código se vê a aplicação da pena de morte para várias situações, nos mais diversos casos:

14 Art.1º. Se alguém acusa outro, mas não pode dar prova disso, aquele que o acusou deverá ser morto. [...]

Art.21º. Se alguém faz um buraco em uma casa, deverá diante daquele buraco, ser morto e sepultado.

A lei mosaica, a qual foi apresentada ao povo hebreu, imperando o patriarcado, ou seja, o pai e chefe da família é quem decidia sobre tudo, inclusive formas de castigos para seus familiares, e isso pode ser facilmente constatado no livro de Deuteronômio, capítulo 21: 18-21:



Quando alguém tiver um filho contumaz e rebelde, que não obedecer à voz de seu pai e à voz de sua mãe, e, castigando-o eles, lhes não der ouvidos, Então seu pai e sua mãe pegarão nele, e o levarão aos anciãos da sua cidade, e à porta do seu lugar;

E dirão aos anciãos da cidade: Este nosso filho é rebelde e contumaz, não dá ouvidos à nossa voz; é um comilão e um beberrão.

Então todos os homens da sua cidade o apedrejarão, até que morra; e tirarás o mal do meio de ti, e todo o Israel ouvirá e temerá. (BÍBLIA, Deuteronômio 21:18-21).

Já na Grécia antiga, existiu o “Código de Drácon”, o qual foi o primeiro conjunto de leis escritas, sendo que antes dele as leis eram ditas por anciãos e pela via oral.

Com a instituição do Código de Drácon, tal legislação ficou conhecida por sua intransigência e severidade, a qual se utilizava da pena de morte para quase todos os tipos de crimes.

Atualmente o termo “leis draconianas” é usado para retratar leis inflexíveis, muito severas.

Na Idade Média, a Igreja Católica assumiu o poder, sem distinção entre religião e Estado.

Nessa época de nossa civilização a pena de morte foi mais aplicada e durante o período da Sagrada Inquisição a igreja ordenou matar todos aqueles considerados hereges.

As pessoas eram torturadas e de depois queimadas vivas, essa era a forma mais usada de pena capital.

## **2. A HISTÓRIA DA PENA DE MORTE NO BRASIL**

A Constituição Federal de 1988 determina que a instalação da pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro, é reservado apenas para a modalidade de sanção em caso de guerra.

O constituinte originário de 1988, ao vedar a pena de morte em sua Lei Maior, tem como base os princípios norteadores que caracterizam e elevam a vida como patrimônio jurídico grande, para ser zelado pelo Estado e a condição humana a ela inerente.

Adotada em um grau exceptivo, a pena de morte tem na própria existência a razão do cenário bélico; que é construído a partir do instrumento de resistência com finalidade de proteção do Estado, que, é guardião da família, da cultura e dos homens.

Essa possibilidade recai sobre o Poder Constituinte Original, cuja principal característica é tornar dispensável o respeito às normas preexistentes, ou seja, não é obrigado a aderir a preceitos ou direitos preexistentes no momento de sua concepção, uma vez que fundou ou refundou o Estado.

Como ensina Luís Carlos Barroso: O poder constituinte da nação – consistindo na capacitância de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem – está fora e acima do poder constituído, ou seja, da ordem jurídica positiva, das instituições de poder existentes.

O seu fundamento de legitimidade e, conseqüentemente, seu limite de atuação, situava-se em um direito elevado, o direito natural, no qual se colheu justificação para a superação do velho regime e a afirmação das liberdades e direitos burgueses.

Nesse sentido, versa sobre o assunto Marcelo Novelino, o qual aduz que o poder constituinte originário é totalmente responsável pela elaboração de novas normas constitucionais: O Poder Constituinte Originário é responsável pela escolha e formalização do conteúdo das normas constitucionais. Trata-se de um poder político, supremo e originário, encarregado de elaborar a Constituição de um Estado.

“O Poder Constituinte Original se manifesta para criar o ordenamento jurídico interno e todas as demais instituições do Estado se baseiam em sua atuação.” (NOVELINO, 2014, p. 55)

E seguindo a mesma linha de pensamento, Paulo Gustavo Gonet e o ministro do STF Gilmar Mendes confirmam que o poder constitucional originário pode se expressar livremente.

Os autores dizem que é um poder que tem sua própria natureza em insubordinação a qualquer outro, se diz absolutamente livre, capaz de se expressar da maneira que melhor lhe convir, poder baseado em si mesmo, onipresente e incontrolável, justamente porque é anterior a toda regulação e engloba todos os outros poderes, um poder permanente e inalienável, um poder que depende apenas de sua eficácia.

Em suma, podemos apontar três características básicas que se reconhecem ao poder constituinte originário. Ele é inicial, ilimitado (ou autônomo) e incondicionado. É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico. É o ponto de começo do Direito. Por isso mesmo, o poder constituinte não pertence à ordem jurídica, não está regido por ela. Decorre daí a outra característica do poder

constituente originário – é ilimitado. Se ele não se inclui em nenhuma ordem jurídica, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. (Branco, Mendes, 2014, pag. 181).

Os supracitados princípios são considerados universais pela subscrição realizada na carta universal de direitos humanos elaborada em 1948.

A introdução da pena de morte no Brasil utilizando a Constituinte Derivada, independentemente da emenda constitucional, seria um violento ataque à vontade do povo e à Constituinte Original, em relação aos fundamentos e direitos que regem a Constituição, a Cláusula Pétreia tem o objetivo de impedir inovações em assuntos cruciais para a cidadania ou o próprio Estado.

No entanto, não só a Constituição brasileira proíbe o retorno da pena de morte, como também existem acordos internacionais que o Brasil assina há anos.

O Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, e este em seu artigo 6.2 impõe o seguinte:

Artigo 6 [...]

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente. (BRASIL, 1992)

O Brasil é signatário de todos estes tratados, no entanto reservou-se o direito de aplicar a pena de morte em caso de guerra declarada, conforme art. 5º, XLVII, a, da CF.

O Brasil também é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e esta Declaração fora proclamada após a maior atrocidade já cometida pelo ser humano, a Segunda Guerra Mundial, a qual dizimou quase 60 milhões de pessoas.

Esta Declaração originou-se para promover o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos e deveres, compreendendo a liberdade em

comum, a justiça e a paz no mundo, além de promover o desenvolvimento amigável 32 entre nações.

[...]. A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade,

[...], se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos

dos territórios sob a sua jurisdição. [...]. (PIOVESAN, 2000, p. 360).

No entanto, em uma sociedade onde se busca a ordem, é necessário punir aquele que infringir a Lei, portanto, ao aplicar a punição, seja ela qual for, é apenas para cumprir a função social da sociedade, promover a cooperação e evitar que as pessoas que não sabem viver em sociedade promovam a desordem.

### **3. ARGUMENTOS A FAVOR DO USO DA PENA DE MORTE**

A pena de morte como punição é vista por quem concorda com seu pedido, como uma "solução social", confirmando que nesse tipo de punição não é levado em consideração o retorno do apóstata, pelo contrário, é exigido a pena de morte para proteger o bem e o respeito dos costumes e regulamentos.

A pena de morte já foi adotada por muitos países em qualquer fase de sua longa história, ou seja, o mundo inteiro a adotou como punição.

Para Barreto a pena de morte deverá ser aplicada como um remédio social, o qual é necessário ao criminoso considerado irrecuperável, ou seja, após todas as tentativas de reinseri-lo na sociedade com afeto, trabalho e estudo terminarem em total fracasso.

Alega também Barreto, que a pena de morte deve ser imposta ao criminoso considerado perigoso, e também ao crime praticado que tenha grande repercussão e reprovação pela sociedade, no entanto, a morte deverá ser indolor, devendo também se evitar a humilhação ou vergonha pública.

[...]. A justiça, auxiliada pela medicina, estará em condições de aplicar uma pena de morte bem aceita pelos cidadãos de bom senso e bem condizente com a época em que vivemos. Através de injeção, por

exemplo, pode-se conseguir uma morte instantânea, indolor e sem publicidade [...]. (BARRETO, 1998, p. 38-39).

Diante dessa situação, acredita-se que existam criminosos que não podem ser encontrados e devolvidos à sociedade, e apesar dessa impossibilidade não há outra solução senão o seu extermínio, pois o Estado deve priorizar e buscar o bem de todos e sua segurança.

No entanto, a pena de morte deve ser aplicada com cautela, passar pelo ordenamento jurídico adequado e concluir com a certeza do crime cometido pelo criminoso, e ser aplicada apenas nos casos mais graves ou em casos de grande agitação social, pois independentemente de serem criminosos, são pessoas que tem o direito de viver.

[...] Hoje em dia, a maior parte da população concorda, pelo menos em teoria, que deixando de lado os casos especiais como autodefesa, a guerra, possivelmente também a pena de morte, e uma ou duas outras áreas nas quais se verificam dúvidas, é errado matar seres humanos, independente de raça, religião, classe ou nacionalidade. [...]. (SINGER, 2002, p. 94-95).

Um dos argumentos mais defendido por quem é a favor da aplicação da pena de morte, seria o efeito intimidatório que esta sanção traria para a população em geral, tendendo assim, em teoria, a diminuir a prática de certos crimes em sociedade, eliminando indivíduos antissociais do convívio social.

[...]. A pena de morte não deve ter caráter retributivo. A finalidade é o Bem Comum, não o castigo do delinquente. [...]. Por não ser castigo, a pena de morte deve ser executada de modo que o paciente não sofra. Deve ser indolor, instantânea e sem qualquer ação vexatória. Ela não é vingança nem violência, mas um remédio social.

[...]. Se a pena de morte não deve ter caráter de punição, os delinquentes inimputáveis poderão ser atingidos por ela. Dessa forma sérios problemas sociais serão resolvidos. [...]. Os próprios doutrinadores que combatem a pena de morte reconhecem-na como a única solução em casos de graves problemas sociais. [...]. A opinião pública é bem favorável à pena de morte. Se ela for restringida àqueles pressupostos que anteriormente apontamos, podemos afirmar que mais de 90% da população anseiam e reclamam por sua urgente legalização no Brasil. [...]. (BARRETO, 1998, p. 155-156).

A ameaça da pena de morte ainda existe para alguns criminosos, mas há aqueles que não temem a condenação. Eles merecem ser condenados à pena de morte, porque na maioria dos casos nunca serão capazes de viver em sociedade e, portanto, devem ser afastados para sempre das pessoas de bem.

#### **4. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE**

Por outro lado, aqueles que se opõem ao uso da pena de morte, dizem como primeiro argumento que a impossibilidade, em vista de nossa atual Constituição, de sua implementação em nosso ordenamento jurídico, uma vez que os direitos e garantias básicos são considerados como cláusulas pétreas, ou seja, sua alteração não é aceitável.

A nossa Carta Magna, veda expressamente a utilização da morte como sanção em seu artigo 5º, inciso XLVII, reservando-se o direito de sua aplicação apenas em caso de guerra declarada.

[...] O referido inciso é indicador do princípio de humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis estão proscritas do direito penal brasileiro. Em razão dos mesmos princípios, o princípio da soberania popular do parágrafo único do art. 1.º, da Constituição, que pressupõe o respeito à autonomia ética e a consequente dignidade da pessoa humana, está proscrita qualquer pena que importe na incapacitação física ou psíquica da pessoa, [...]. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 785-786).

Seguindo essas palavras, temos (SILVA; 2005; 198): De nada adiantaria a Constituição assegurar os demais direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erguesse a vida humana em um desses direitos”.

Até hoje não restou cabalmente comprovado que a pena de morte tenha provocado uma diminuição considerável dos delitos vinculados, nem que tenha impedido a atuação de pessoas na prática dos crimes cominados com essa pena capital.

Em todos os países onde a pena de morte é aplicada, a criminalidade não diminuiu, mudou por um determinado momento, mas o resultado científico da confirmação, após a observação acadêmica que realmente aconteceu por causa da implementação da pena de morte, eles não alteram a taxa de criminalidade.

É possível que estes tenham mudado por muitas razões, e por causa dessa descoberta, que a pena de morte não impede ou anula a continuação do crime, isso se torna um dos fortes argumentos daqueles que defendem seu completo desaparecimento.



Com efeito, a Administração da Justiça, tanto na repressão como na prevenção de condutas criminosas, comporta-se de forma seletiva, ou seja, não protege todos os bens em que o cidadão tem igual interesse.

Da mesma forma, o direito penal não é o mesmo para todos, e a natureza do crime não se aplica igualmente a todos os sujeitos.

Basta observar os presídios para se verificar que a grande maioria dos que lá estão encarcerados são pessoas oriundas da classe baixa, isto é, os pobres e miseráveis.

A política de hiperinflação carcerária do Estado Penal leva também a um processo de intensificação dos públicos alvo do sistema capitalista excludente, que são os pobres e minorias.

Baseia-se, na realidade, numa equivalência entre agir dentro das normas e estar fora da lei, visa bairros e populações previamente suspeitas quando não consideradas previamente culpadas.

Se é verdade que o público foi apaziguado pela ação da polícia, por causa da política de "tolerância zero", que se baseia em uma teoria criminal estrita, ela não tem validade científica e seu efeito prático advém de uma crença coletiva de que é sem fundamento.

Juntos, eles funcionam como uma plataforma de lançamento para o planeta da fraude inteligente que, dando aval pseudocientífico à desorganização dos serviços policiais, contribui para garantir uma mudança na administração da punição por insegurança social, em todos os lugares, produzida pela falta de responsabilidade social do Estado.

O Brasil como República Federativa, como Estado Social Democrático de Direito, tem seus limites do Estado Social e da lei, que limita sua intervenção.

O Brasil é um Estado garantista, mas, como natural, não atende em suficiência, as necessidades de todos os cidadãos.

O problema de falta de distribuição se agrava na existência de crimes de desvio de dinheiro público, peculato, corrupção, entre outros.

O que se tem, é que o Brasil é potencialmente o melhor Estado do mundo, no entanto, tem barreiras no próprio campo de administração.

A pergunta que se faz é, se o Brasil, que não pode julgar seus próprios governantes e servidores que praticam crimes, pode ter ele mesmo legitimidade para propor pena capital a terceiros, vítimas da má prestação administrativa do Estado?

A resposta a esta pergunta é, Não.

O Estado não poderá completar sua tarefa administrativa e mostrar a culpa ao administrado. Se você se depara com um problema que causa resultados de pesquisa, a ferramenta para resolver esses conflitos é muito clara.

A solução que existe é reorganizar o Estado, o que não pode acontecer quando o cidadão não está presente, pelo contrário, direciona o cidadão para o núcleo da administração pública e permite maior transparência na obra pública.

O que evitará o sistema tradicional onde o administrador é guardado na maleta do escritório, e o cidadão não tem o menor conhecimento de quais tipos de atividades são realizadas pelo órgão governamental, liderando um programa efetivo de desagregação.

A mídia, a qual exerce um papel fundamental de circulação de informações, aponta a pena de morte como "grande solução para tudo", no entanto, essa mesma mídia vem sendo muito criticada pelo conhecido "espetáculo midiático".

Um julgamento popular e midiático e também é imediato, sem demora. É um julgamento cheio de "certezas" peremptórias. O "eu acho" transformasse prontamente em convicções inabaláveis. Na era medieval (como nos demonstrou Foucault) o corpo do suspeito era sacrificado em praça pública (para servir de exemplo às demais pessoas). No processo penal midiático à execração pública é rápida e urbi et orbi (na cidade e no mundo). O suspeito pode ser inocente ou culpado (isso é irrelevante): ele sempre é execrado. (GOMES, 2009, p. 185)

No entanto, para que a solução seja implementada, será necessário que o próprio Estado consiga suportar um sistema judiciário completo, o que não faz nem em casos simples, pelo que a reorganização do Estado é a forma mais adequada. para a resolução do conflito.

A pena de morte é um instituto jurídico baseado na ideia de eliminação como forma de resolução de crimes, enquanto os métodos iguais de resolução de conflitos falham, pelo que a forma mais adequada de resolver o problema baseia-se na ideia de reestruturação do reino, para que possas cuidar de si e permitir o desenvolvimento dos homens.

Diante desses números, é possível analisar que com uma boa gestão e políticas públicas voltadas para a proteção e repressão ao crime, haverá uma grande diferença nos crimes flagrados em nosso país, mas isso não impedirá os criminosos mais “corajosos”, para eles, é necessária uma grande e efetiva repressão, que é a reestruturação do Estado a longo prazo e a possibilidade da pena de morte a curto e longo prazo.

## **CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Ao olhar para os fatores observados e analisados, e detalhar todos os argumentos contra e a favor do uso da pena de morte como punição estatal, entende-se que a questão pertinente ao tema vai além do uso ou não da pena de morte.

Diante dos fatos observados, a pena capital é de fato uma solução, mas temporária e de curto prazo, pois é uma medida severa que deve ser usada apenas quando todas as outras soluções possíveis não funcionarem mais.

Diante da turbulência que a sociedade brasileira vive atualmente, devido à fragilidade das instituições brasileiras, o debate sobre a pena de morte torna-se mais intenso.

Como mencionado acima, a pena de morte vai além de sua aplicação, pois por trás dela há uma situação social muito ampla, diretamente ligada entre o comportamento do criminoso e a ação do Estado por meio das políticas sociais.

O fato de a pena de morte ser utilizada em vários países, não quer dizer que o mesmo deva ocorrer no Brasil, a sociedade brasileira precisa refletir as consequências da utilização deste instituto e nossos representantes no congresso nacional devem analisar toda a legislação pertinente ao caso, quiçá aventar uma nova constituinte, o que mudaria todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, a pena de morte é tida como provável, devido aos grandes índices de criminalidade e insegurança que a população está obrigada a conviver.

São crimes bárbaros, entre eles homicídios violentos que chegam a 60 (sessenta mil) mortes ao ano. O cidadão de bem se revolta diante deste cenário e busca na pena de morte uma solução rápida e imune a erros.

Olhando para nossa atual Constituição Federal, a reintrodução da pena de morte em nosso ordenamento jurídico é impossível, pois sua não utilização é considerada uma cláusula estrita, sendo necessário um novo artigo para reintroduzi-la.

Diante disso, e assumindo que seja possível, a aplicação da pena de morte deve ser realizada em curto espaço de tempo, aliada a uma completa reestruturação da máquina social e da educação e formação profissional dos jovens.

Diante do atual contexto da realidade previdenciária no Brasil, a pena de morte tornou-se uma possibilidade, mas não deve ser vista como a única solução para o problema, pelo contrário, a pena de morte será uma medida rigorosa e aplicada como último recurso, por exemplo, porque diante da ineficácia da recuperação do preso, ele não tem como voltar a viver em sociedade, pois sempre será perigoso, ferindo o princípio do bem comum, onde prevalece o direito de todos, ou seja, o direito de um não pode superar o direito do outro.

## **CONCLUSÃO**

Por tudo o que foi discutido e explicado, é preciso entender por que as pessoas veem a pena de morte como uma possibilidade, porque se resolve o problema, porém, diante dos fatos, é apenas parte da solução, será usado por um curto período de tempo, e apenas para os condenados que não podem ser recuperados, juntamente com outras reformas do Estado que são necessárias para reduzir a criminalidade imposta ao país.

O criminoso, antes de ser condenado à pena de morte, deve ser julgado em processo imparcial e justo, acompanhado desde o início por uma equipa médica, dotada de peritos na área da psicologia e da psiquiatria e de outras áreas médicas consideradas necessárias ao bem e à equidade, e com ajuda religiosa se o criminoso quiser.

Durante todo o processo de julgamento, incluindo o duplo padrão de jurisdição, apenas médicos especialistas poderão determinar a mente do criminoso e se ela pode ou não ser revertida.

Quando o diagnóstico de um criminoso é considerado ruim, ele deve ser condenado à morte, pois não poderá viver em sociedade porque não tem empatia pelos outros, ou seja, nunca deixará de pôr em perigo os cidadãos.

Cumulativamente, deverá ser institucionalizado e realizada uma radical mudança em toda legislação penal e nas políticas públicas envolvendo segurança, educação e políticas públicas voltadas para inserção de pessoas de baixa renda no mercado de trabalho e também qualificá-las para novos empregos, pois a maioria dos criminosos que estão presos são das periferias das cidades, pessoas marginalizadas, sem estrutura familiar ou educacional para viver em sociedade.

Outro ponto de partida é ter como referência a teoria das janelas quebradas, uma referência norte-americana de política de segurança pública no combate ao crime, possuindo como perspectiva primordial a indisciplina como condição de ascendência dos indicadores da criminalidade.

Assim, preconiza que, se não forem justificados os menores delitos ou contravenções, direcionam imperiosamente a comportamentos criminosos mais graves.

Resta imperioso o adequado comportamento estatal em oposição à criminalidade, seja ela a menor ou de maior potencial ofensivo.

É preciso também cooperar com o judiciário para que o convencimento dos casos seja bem-sucedido e anular os institutos da Transação Criminal e da Suspensão Condicional do Processo, que alcance o cumprimento da pena imposta pela lei.

A população deve aprender a importância da cidadania, honestidade e trabalho, e seus pais devem ser qualificados para conseguir um emprego, em vez de receber assistência governamental gratuita e nenhuma qualificação profissional, ensinando assim aos filhos que o trabalho dá dignidade.

Outra medida importante seria reformular o Código Penal e a Lei 7.210/1984, dissolvendo os institutos da Pena Restritiva de Direito e da Suspensão Condicional da Pena em sede de sentença, e durante o processo de execução da pena, abolir a progressão de regime e saídas temporárias, obrigando o sentenciado a cumprir toda a pena a ele imposta.

Dito isso, o sistema penal possui outras instituições que beneficiam os acusados, como regimes semiaberto, aberto e fechado, além de fatores que reduzem o tempo de encarceramento no sistema prisional com pena limitada.

Na execução, o condenado deverá cumprir toda a pena que lhe for dada de acordo com sua lei de pena original, sem direito a qualquer benefício previsto hoje na lei de execução penal, uma vez que os criminosos continuam cometendo crimes durante o período transitório, e é durante esse benefício que ocorrem assassinatos em massa.

À medida que todas essas ações se desenvolvem e se consolidam, a pena de morte não pode mais ser utilizada como solução temporária, porém, aqueles criminosos que continuam cometendo crimes são considerados inaptos para viver em sociedade, ou seja, os presos de transtorno mental irreparável, serão condenados à prisão perpétua e a trabalhar até a velhice para pagar as despesas incorridas pelo Governo.

A realidade brasileira vivida por sua população está longe do ideal, pois não é igualitária, nem proporcional, pelo contrário, poucos têm muito e muitos têm pouco.

A segurança pública, a educação, o sistema prisional e até o político está muito longe do idealizado quando fora instituído a democracia em Atenas, na Grécia Antiga.

No entanto, basta dar o primeiro passo, organizar uma comunidade, prezar pela ordem, organização e higienização da comunidade, e também pelo respeito as normas e leis, e assim medidas tão drásticas como a pena de morte não precise voltar ao pensamento do cidadão como opção na luta contra o crime, pois o Estado estará totalmente estruturado para defender aquele cidadão que segue as leis e se comporta em sociedade.

Todavia, a instauração da pena de morte, não obstante impraticável no ordenamento jurídico brasileiro, comumente será suscetível de concepções divergentes, pertencendo ao Estado considerar o desenvolvimento da civilização e proceder soberanamente para se alcançar a proteção social e a ordem.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. SILVA, G.E.N. e; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAUJO, Temístocles Telmo Ferreira. **Fundamento e Finalidade da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jus.com.br. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/25861/fundamentos-e-finalidades-da-pena-noordenamento-juridico-brasileiro> > acesso em 19 ago 2019 às 14:35

BANDEIRA, Leonardo Costa. **Do direito constitucional de recorrer em liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luís Carlos. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Conceitos Fundamentais e Construção de um Novo Modelo. São Paulo. Ed.: Saraiva, 2013.

BARRETO, Augusto Dutra. **Pena de Morte** Um remédio social urgente! Em harmonia com as religiões em defesa da vida. 7ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004.



BECCARIA, Césare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Agnes Cretella e José Cretella Júnior. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Referência Thompson**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e corr. Compilado e redigido por Frank Charles Thompson. São Paulo: Vida, 1992.

BICUDO, Hélio Pereira. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL, **Argumentos contra e a favor a pena de morte no**. Politize! Disponível em <<https://www.politize.com.br/pena-de-morte-brasil-argumentos/>>

\_\_\_\_\_. **Código Criminal**, lei de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal.

\_\_\_\_\_. BRASIL, **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis E Políticos**, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.

**CÓDIGO HAMURABI**, sec. XVIII a.C. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

**DRACÓN**, (Político revolucionário) ~ 660 - 600 a. C. Disponível em

<[http://biografias.netsaber.com.br/ver\\_biografia\\_c\\_1925.html](http://biografias.netsaber.com.br/ver_biografia_c_1925.html)>. Acesso em: 19 de novembro de 2022.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8ª ed., São Paulo: Saraiva. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. 2005. **Direito Constitucional Positivado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A Pena de Morte: Os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência**. Traduzido do original alemão para o Francês N. Leven; tradução, introdução e notas comentadas por Amilcare Carletti. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, ed. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2022

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## **POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO (PER SALTUM) DO REGIME FECHADO DIRETO PARA O ABERTO E A INEVITÁVEL SUPERAÇÃO DA SÚMULA 491 DO STJ**

**NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON:**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES; coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal da Defensoria Pública da União; defensor público federal titular do 1º Ofício Criminal da DPU, em Vitória-ES92.

**Resumo:** O presente artigo analisa a recente mudança de jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros (STF e STJ), além da alteração textual operada pela Lei 13.964/19, em relação ao art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), com a consequente superação do entendimento ainda sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado nº 491 e que veda a progressão de regime do preso do fechado diretamente para o aberto, sem passar pelo semiaberto, a chamada “progressão per saltum”.

**Abstract:** This article analyzes the recent change of jurisprudence of the Brazilian Superior Courts (STF and STJ), in addition to the textual alteration operated by Law 13.964/19, related to the art. 112 of the Law of Criminal Executions (Law No. 7.210 / 84), with the consequent overcoming of the understanding still summed up by the Superior Court of Justice in the enunciation nº 491, that forbids the progression of the prisoner regime directly from the closed to the open without going through half open, the so-called “per saltum progression”.

**Palavras-chave:** execução penal; progressão de regime per saltum; Súmula 491 do STJ.

**Keywords:** penal execution; regimen progression per saltum; STJ draft 491.

**Sumário:** Introdução. 1. A Súmula 491 do STJ e vedação à progressão per saltum. 2. Superação (Overruling) da Súmula 491. 2.1. A partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2.2. A partir das mudanças operadas pela Lei 13.964/19. 2.3. Conjugação das mudanças jurisprudenciais e legislativas em favor da progressão per saltum. 3. Discussão atual: recursos repetitivos e Tema 1.165. Conclusão. Referências.

### **Introdução**

---

92 Contato: nbortolon@outlook.com

Talvez um dos posicionamentos jurisprudenciais que se poderia reputar entre os mais consolidados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça dizia respeito à vedação à chamada progressão de regime prisional per saltum, consistente na passagem do condenado do regime fechado diretamente ao regime aberto. Tal entendimento ainda está registrado na Súmula daquele tribunal, sob o verbete nº 491, nos seguintes termos: “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.”

A vetusta jurisprudência do Tribunal da Cidadania, contudo, parece ter cedido espaço a uma nova interpretação permissiva da progressão per saltum, especialmente a partir da alteração do art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP) pela Lei 13.964/19 e da consolidação do entendimento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca da natureza declaratória da decisão judicial que reconhece o direito do apenado à progressão de regime e, via de consequência, dos seus efeitos retroativos à data do cumprimento dos seus requisitos legais, com importantes efeitos sobre a data-base para a progressão seguinte.

É sobre essa mudança da LEP e da jurisprudência do STF e, especialmente, do STJ sobre o assunto, autêntico caso de superação (overruling) em relação ao entendimento outrora sedimentado, que trataremos nas linhas seguintes.

### **1.A Súmula 491 do STJ e a vedação à progressão per saltum**

Como sabido, em 8/8/2012, o Superior Tribunal de Justiça editou, em sua Súmula, o enunciado nº 491, dispondo que “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.” (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012).

O referido enunciado teve como questão principal a interpretação do art. 112 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84, ainda com a redação dada pela Lei 10.792/03), que assim dispunha, antes da alteração feita pela Lei 13.964/19:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Assim, para progredir do regime fechado para o semiaberto, além de ostentar bom comportamento carcerário, o apenado tinha de cumprir, pelo menos, um sexto do tempo de sua condenação naquele primeiro regime. Sucessivamente, para progredir do semiaberto para o aberto, precisaria cumprir mais um sexto do tempo remanescente, também com bom comportamento.

Até aí, nada demais. O problema efetivamente surgia quando, tendo cumprido, no regime fechado, os requisitos legais para a progressão, o apenado não era transferido ao regime semiaberto, em razão da mora judiciária ou administrativa. E mais problemas ainda haveriam de surgir quando, durante esse tempo em que permaneceu ilegalmente no regime fechado (quando já deveria estar no semiaberto), cumpria mais um sexto de sua pena, isto é, tempo suficiente para uma nova progressão, desta vez ao regime aberto.

A situação que se apresenta em tais casos, portanto, é a seguinte: se o apenado tivesse sido transferido, no tempo certo, do regime fechado para o semiaberto, já teria cumprido tempo de pena suficiente, no regime intermediário, para sua progressão ao aberto. Ou seja, se o direito tivesse sido observado à risca, o apenado já estaria no regime mais brando, contudo, em razão da mora judicial ou administrativa, ainda está no regime mais gravoso, para além do tempo que deveria.

Surge, então, a questão: o tempo que o apenado ficou indevidamente no regime fechado – posterior à data em que preencheu os requisitos legais para a progressão ao regime intermediário – pode ser contado como tempo de cumprimento do regime semiaberto, para efeitos de progressão ao aberto?

A doutrina sempre classificou o direito do apenado à progressão de regime como um **direito público subjetivo**, exigível do Estado a partir do cumprimento dos requisitos legais (MARCÃO, 2022, p. 335). Ademais, não se poderia punir o condenado por omissão exclusiva do Poder Judiciário ou da Administração Pública penitenciária, especialmente considerando-se os **princípios da individualização da pena** e da **razoável duração do processo**, nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, incisos XLVI e LXXVIII (ROIG, 2022, RB-1.4, 1.11 e 11.3).

Assim, para a doutrina, a interpretação que melhor resolvia o problema da mora estatal em reconhecer e concretizar o direito do apenado à progressão de regime era a que considerava a decisão judicial concessiva da progressão uma decisão declaratória e, portanto, com efeitos retroativos (*ex tunc*) à data da implementação dos requisitos legais (MAIA, 2021, p. 119-121).

Sob tal entendimento, o tempo de cumprimento da pena no regime fechado, após o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos para progressão ao regime semiaberto, isto é, de forma ilegal e prejudicial ao condenado, deveria ser computado como efetivo tempo de cumprimento de pena no regime semiaberto, contado, especialmente, para a progressão seguinte ao regime aberto (LIMA, PERALLES, 2002, p. 49; SANTOS, 2005, p. 57). E se ocorresse de alguém ficar preso, no regime fechado, por tempo suficiente tanto para a progressão ao regime semiaberto quanto deste para o aberto, não haveria óbice à sua progressão do regime fechado diretamente para o aberto,

ocorrendo, assim, a chamada progressão per saltum (BRITO, 2022, p. 739-743). Somente assim, os direitos subjetivos do preso estariam resguardados contra a omissão do Estado e efetivados os princípios fundamentais da individualização da pena e da razoável duração do processo (ROIG, 2022, RB-1.11).

Não obstante, o entendimento do STJ era em sentido diametralmente oposto. Para o Tribunal, a decisão judicial concessiva da progressão não teria natureza declaratória, mas **constitutiva**. Desse modo, geraria efeitos tão somente a partir de sua publicação, **não retroagindo** à data da implementação dos requisitos legais pelo apenado. Por essa interpretação, o tempo mínimo de cumprimento de pena (um sexto) no semiaberto, para progressão ao aberto, só poderia ser contado a partir da **data da efetiva transferência** do preso para o regime intermediário, não podendo ser computado, para efeitos de progressão, o tempo que ficou a mais no regime fechado. Nesse sentido, eram os conteúdos das decisões do STJ sobre o tema:

O sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade expressamente veda que o condenado que cumpre pena em regime fechado seja transferido diretamente para o regime aberto, sem que antes evolua para o regime intermediário (Precedentes). [...] (HC 46.478 PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2007, DJe 04/08/2008)

Assim, só se pode considerar uma data que seja marco para a progressão para o regime aberto, aquela em que efetivamente corresponda ao início do cumprimento da pena no regime semiaberto, que é a data da decisão que beneficiou o paciente com sua transferência ao regime intermediário. (HC 151.268/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010)

Devem ser respeitados os períodos cumpridos em cada regime prisional. Nem mesmo o fato de a paciente ter cumprido tempo suficiente para os dois estágios no regime fechado autoriza a progressão direta do regime fechado para o aberto. [...] (HC 175.477 SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011)

Portanto, de acordo com aquele entendimento do STJ, a melhor interpretação do art. 112 da LEP seria no sentido de que cada fração de 1/6 para progressão teria de ser cumprida, **necessariamente, no regime anterior**, não se podendo considerar cumprido o tempo de um regime como se fosse de outro, ainda que mais gravoso. Desse modo, o tempo de pena cumprida no regime fechado, mesmo depois de preenchidos os requisitos



legais para progressão ao regime semiaberto, não poderia ser considerado como tempo de cumprimento ficto do regime intermediário, para progressão ao aberto.

Em outras palavras, de nenhum modo poderia o apenado progredir **do regime fechado direto para o aberto**, não importando se o atraso na sua progressão decorria de omissões ou erros do Poder Judiciário ou da Administração Pública penitenciária. Essa interpretação restritiva do art. 112 da LEP seria o que ficou conhecido como a **vedação à progressão per saltum**.

Com base nesses fundamentos e na qualidade do STJ como Corte legitimada à unificação da interpretação da legislação federal infraconstitucional, nos termos do art. 105, III, "c", da Constituição Federal, editou-se a Súmula 491 e as instâncias ordinárias passaram a adotar o entendimento de que o preso não poderia, em nenhuma hipótese, progredir do regime fechado diretamente para o aberto, sem passar, antes, pelo regime semiaberto e nele cumprir a fração legal de tempo da pena remanescente.

## 2. Superação (overruling) da Súmula 491 do STJ

### 2.1 A partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O entendimento consolidado e sumulado, no entanto, começou a ceder espaço a uma nova interpretação do art. 112 da LEP, desta vez, à luz do **princípio constitucional da razoável duração do processo** (art. 5º, LXXVIII, da CF), realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do **HC 115.254/SP**, em 15/12/2015, cuja ementa restou assim redigida (grifos nossos):

Habeas Corpus. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do habeas corpus a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. **4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior.** 5. **A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva.** 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida.

(HC 115.254/SP, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016)

Do voto do relator, acompanhado à unanimidade pela Turma, deduz-se que o caso concreto tratou de um apenado que implementou o requisito objetivo para a progressão do regime fechado ao semiaberto em 21/10/2004, mas só o teve reconhecido e aplicado, por decisão do juiz da execução, em 28/9/2007. Dois anos depois, usando como data-base 21/10/2004, sua defesa requereu a progressão para o regime aberto. Em 18/2/2009, foi o pleito deferido também pelo juiz de execução penal. Houve agravo do MP, provido pelo TJSP, para considerar como data-base a data do efetivo início do cumprimento da pena (28/9/2007), ao que se seguiu a impetração de habeas corpus pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo perante o STJ, que negou a ordem, aplicando o seu conhecido entendimento no sentido de que “devem ser respeitados os períodos de tempo a serem cumpridos em cada regime prisional, não sendo admitida a progressão ‘por salto’”, concluindo que “o marco para a progressão ao regime aberto será aquela data que efetivamente corresponda ao início do cumprimento da pena no regime anterior – semiaberto – e não aquela que supostamente lhe daria tal direito”.

A Suprema Corte, no entanto, salientou que o caso dos autos não iria de encontro à clássica vedação da progressão per saltum, e destacou, ainda, que “a decisão do juiz que deferir a progressão, sobrevinda, logicamente, ao preenchimento dos requisitos legais pelo apenado, é **declaratória, e não constitutiva**” e que “considerar a data-base para benefícios futuros somente como o dia da decisão de deferimento proferida pelo magistrado, seria fazer vista grossa à mora judiciária em detrimento do apenado cumpridor de suas obrigações”, contribuindo a manutenção do vetusto entendimento para a superlotação carcerária. Assentou-se que a mora do Poder Judiciário em analisar e conceder a progressão de regime, em tempo razoável, configura “**omissão judicial inaceitável**” e “**causa constrangimento ilegal ao apenado**”. Em arremate, concluiu-se (grifos nossos):

Dessa forma, o marco para a progressão será a **data que efetivamente corresponda ao preenchimento dos requisitos legais, e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior, sob pena de constrangimento ilegal**. Essa é a melhor leitura da regra explicitada pelo artigo 112 da Lei de Execução Penal, entendendo a decisão judicial como declaratória do direito do apenado, com base no mesmo raciocínio aplicado à penalidades disciplinares decorrentes de falta grave, conforme previsão do artigo 118 do mesmo diploma legal. Dessa forma, faz-se um sistema lógico e justo.

Por todo o exposto, voto no sentido de conceder a ordem para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais que deferiu a progressão de regime usando como data base **21.10.2004**.

Essa decisão do Supremo teve repercussão direta sobre a jurisprudência do STJ, que, curvando-se à interpretação do art. 112 da LEP à luz do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, passou a comungar do entendimento de que a decisão judicial que reconhece como presentes os requisitos legais para a progressão de regime tem natureza **declaratória** e, por isso, **retroage à data do preenchimento desses requisitos**, servindo essa data, ainda, como **data-base para o início da contagem do tempo de progressão do semiaberto para o aberto**. Esse efeito retroativo, que corrige a mora judiciária em concretizar o direito do apenado à progressão, por outro lado, **não impede** que o apenado seja **transferido do regime fechado ao aberto, sem passar pelo semiaberto**, se isso decorreu de **omissão ilegal do Poder Judiciário** na análise e declaração de tal direito depois de cumpridos os requisitos legais. Essa mudança de entendimento do STJ, em conformidade com o decidido pelo STF, deu-se originalmente no julgamento do **AgRg no REsp 1.582.285/MS**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016, cuja ementa restou assim redigida (grifos nossos):

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA DA EFETIVA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. PRECEDENTE DO STF. AGRAVO PROVIDO.

1. Revisão da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior, para adequar-se ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 115.254, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 26/2/2016, no sentido de que **a data inicial para a progressão de regime deve ser aquela em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data da efetiva inserção do reeducando no atual regime**.
2. Aplica-se à progressão de regime, por analogia, o regramento da LEP sobre a regressão de regime em caso de falta grave (art. 118), que estabelece como data-base a prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a infração.
3. É de se considerar a necessidade de que os direitos sejam declarados à época adequada, de modo a evitar que a inércia estatal cause prejuízo ao condenado.

#### 4. Agravo regimental a que se dá provimento.

(AgRg no REsp 1.582.285/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

Cabe, por fim, salientar que não se trata de provimento isolado, o que é evidenciado pelos diversos julgados subsequentes, também do STJ, no mesmo sentido, de ambas as turmas criminais (Quinta e Sexta), a exemplo dos seguintes: AgRg no HC n. 713.813/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022; HC n. 692.369/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021; AgRg no HC 462.263/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019; HC 449.221/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018; HC 488.140/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019; AgRg no HC 362.554/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017; entre outros.

## 2.2 A partir das mudanças operadas pela Lei 13.964/19

Para além da mudança na jurisprudência do STF e do STJ, há também razões legais para se concluir que não há mais nenhuma vedação à progressão per saltum, do regime fechado diretamente para o aberto.

O principal fundamento legal evocado para aplicar-se o entendimento restritivo era a expressa previsão do art. 112 da LEP de que o preso teria de cumprir a fração mínima de pena “no **regime anterior**”. Com base nisso, entendia-se que, para passar do regime semiaberto para o aberto, o apenado, **necessariamente**, teria de cumprir um sexto da pena no regime intermediário, já que o regime fechado não era o regime imediatamente anterior ao aberto (BRITO, 2022, p. 719).

Esse fundamento legal, contudo, foi superado pela **Lei 13.964/19**, que, ao dar nova redação ao art. 112 da LEP, retirou a previsão de que a progressão pressupõe o cumprimento das frações (agora, porcentagens) de pena no regime anterior. Com efeito, a atual redação fala apenas que “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:[...]”.

Em razão dessa alteração, a doutrina já conclui pela ausência de qualquer mandamento legal no sentido de que o apenado tenha de, obrigatoriamente, passar pelo regime anterior para progredir ao menos gravoso, especialmente, em caso de mora judiciária ou administrativa, quando a progressão per saltum passa a ser uma medida

cogente de salvaguarda dos direitos do preso. Nesse sentido, BRITO (2022, p. 720-721, grifos do original):

Uma primeira observação e que me parece de elevada importância é que a redação do art. 112 não mais prevê que a progressão dependa de certo período de cumprimento “**no regime anterior**”. Este era inclusive o fundamento para que não se permitisse a progressão por salto, tema inclusive sumulado e que agora me parece não possuir mais amparo legal. Pela redação legal, basta apenas que as porcentagens aconteçam, e se os patamares forem atingidos em cumulação, o preso poderá simplesmente alcançar o regime equivalente.

No mesmo sentido, ROIG (2022, RB-11.3):

Com a modificação do art. 112 da LEP pela Lei n. 13.964/2019, apesar de minoritária, a admissibilidade da progressão por salto parece ter se tornado inquestionável. Se a redação anterior exigia que o apenado cumprisse parcela de sua pena “no regime anterior”, tal óbice legal não mais existe. O atual texto do art. 112 da LEP prevê apenas possibilidade de transferência para “regime menos rigoroso”, não significando a necessidade de passagem pelo semiaberto.

Nesse novo cenário normativo, ainda que possam subsistir interpretações distintas, deve prevalecer aquela mais favorável ao condenado (favor rei), que, sem dúvida, é a que dá ao art. 112 da LEP sentido permissivo da progressão per saltum, ao menos nos casos em que a mora no reconhecimento do direito do preso à progressão somente possa ser imputado ao Estado (ROIG, 2022, RB-11.3) Ademais, incide nesses casos o princípio fundamental da legalidade penal (CF, art. 5º, XXXIX), como instrumento constitucional de proteção do indivíduo e que jamais pode ser subvertido e usado como arma argumentativa em seu desfavor (XIMENES, 2010, p. 132).

Por fim, indispensável destacar uma abordagem conglobante do sistema de cumprimento de penas privativas de liberdade e que inclui tanto a progressão quanto a regressão de regime, de modo a eliminar incongruências entre os institutos. O art. 118, I, da LEP prevê a possibilidade de regressão diretamente do regime aberto para o fechado em caso de condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Se para a regressão a lei admite o “salto” do regime aberto para o fechado, não se pode extrair dessa mesma lei a vedação do contrário, isto é, da progressão do regime fechado diretamente para o aberto (ROIG, 2022, RB-11.3). Assim, por uma questão de coerência normativa, tanto a regressão quanto a progressão



de regime podem ocorrer sem a passagem do apenado pelo regime intermediário, desde que isso seja feito sempre de forma motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, nos termos do art. 112, §2º, e 118, da LEP.

### 2.3 Conjugação das mudanças jurisprudenciais e legislativas em favor da progressão per saltum

Desse modo, seja pela alteração da jurisprudência, seja pela da Lei de Execuções Penais, uma vez implementados os requisitos legais do art. 112 da LEP, pelo preso, para a progressão de regime, a decisão que reconhece tal direito tem natureza **declaratória** e, como tal, tem efeitos **retroativos** (ex tunc) à data do cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo (o que ocorrer por último). Esse marco temporal passa a constituir a **data-base** ou a **data de início** para a contagem da fração de do tempo para a progressão do regime semiaberto para o aberto, **independentemente de efetiva transferência** do preso do regime fechado para o regime intermediário (semiaberto).

Em outras palavras, a **mora judiciária** em reconhecer a concretização do direito à progressão não pode prejudicar o apenado, o que implica em não se poder considerar como data-base para a progressão subsequente (do regime semiaberto para o aberto) a efetiva transferência do preso para o semiaberto, como ocorria na interpretação conferida pela Súmula 491 do STJ. À luz do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal (princípio da razoável duração do processo), a data-base para progressão do regime semiaberto para o aberto deve, portanto, ser a **data do preenchimento dos requisitos** objetivos e subjetivos do art. 112 da LEP, notadamente, cumprimento da fração ou porcentagem correspondente da pena e bom comportamento carcerários; se esses requisitos forem cumpridos e o Judiciário não efetivar a imediata progressão, mantendo o preso em regime mais gravoso (fechado), não pode tal fato impedir, no futuro, a transferência do preso do regime **fechado diretamente ao aberto**.

Com essa mudança de entendimento do STJ e com a alteração do art. 112 da LEP pela Lei 13.964/19, é possível afirmar que os fundamentos do enunciado da Súmula n. 491 não mais subsistem e que o mesmo está, portanto, **superado** pela novel jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Tribunal da Cidadania, em autêntico caso de overruling, nos termos do art. 489, §1º, e do art. 927, §1º, ambos do



NCPC93 c/c o art. 3º do CPP94. A essa nova interpretação do art. 112 da LEP preferimos nos reportar como a **constitucional admissão da progressão retroativa**, em contraposição à outrora vedada progressão per saltum.

Compete, agora, à 3ª Seção do STJ, órgão competente para a unificação da jurisprudência criminal do referido tribunal, após o julgamento do REsp Repetitivos selecionados, propor, nos termos dos arts. 926 e 927 do CPC e de seu regimento interno, o **cancelamento** ou a **revisão** do enunciado da **Súmula nº 491**, a fim de adequá-la à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e ao entendimento pacificado em ambas as suas Turmas (Quinta e Sexta) competentes para a interpretação da legislação federal penal, notadamente do art. 112 da Lei nº 7.210/84.

### **3. Discussão atual: recursos repetitivos e Tema 1.165.**

Sedimentada a superação da vedação à progressão per saltum e faltando apenas o cancelamento formal da Súmula 491, o STJ, agora, debruça-se sobre outras questões atinentes à progressão de regime. A discussão mais atual, nessa seara, diz respeito ao julgamento do **Tema 1.165**, afetado, em 23/8/2022, ao rito dos recursos especiais repetitivos (art.1.036 e ss. do CPC), para julgamento, pela Terceira Seção do STJ, e tendo como representativos da controvérsia os seguintes casos: REsp n. 1.972.187/SP, REsp 1.973.105/SP, REsp 1.976.210/RS, REsp 1.973.589/SP e REsp 1976197/RS. A delimitação da controvérsia é a seguinte:

A decisão que defere a progressão de regime não tem natureza constitutiva, senão declaratória. O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 da Lei 7.210, de 11/07/1984 (Lei de Execução Penal), e não a data em que efetivamente foi deferida a progressão. Essa data deverá ser definida de forma casuística, fixando-

---

93 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

94 Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. Se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele (o subjetivo) o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime.

Percebe-se que a natureza declaratória e os efeitos retroativos da decisão que reconhece o direito à progressão e regime estão incluídos na temática a ser julgada pelo rito dos recursos especiais repetitivos. Além disso, também se inclui a data em que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para progressão do fechado para o semiaberto, como a data-base para a contagem do tempo para a próxima progressão (do semiaberto para o aberto), e não mais a data em que efetivada a transferência para o regime intermediário. Finalmente, debater-se-á, em definitivo, a situação em que os requisitos objetivo e subjetivo são preenchidos em momentos diversos, o que ocorre, normalmente, com os casos em que se determina a realização de exame criminológico.

Espera-se que, na ocasião do julgamento desses recursos especiais representativos da controvérsia, a Terceira Seção do STJ aproveite a oportunidade para cancelar, de uma vez, a ultrapassada Súmula 491.

## **Conclusão**

O entendimento de que o art. 112 da Lei de Execuções Penais vedava a progressão de regime do preso do fechado diretamente para o aberto, sem passar pelo regime semiaberto, não resistiu à sua confrontação com o princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Por esse princípio, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a mora judiciária em reconhecer e concretizar o direito público subjetivo do preso à progressão de regime configura omissão judicial inaceitável e constrangimento ilegal ao apenado, não podendo, por isso, constituir-se em óbice à transferência do preso ao regime aberto; ou seja, se, mantido no regime fechado por mais tempo do que a lei permite, tiver cumprido o tempo necessário para as sucessivas progressões aos regimes mais brandos, ainda que não tenha passado um dia sequer em estabelecimento adequado e sob as condições do regime semiaberto.

Em termos práticos, a data de preenchimento dos requisitos legais (objetivos e subjetivos) da progressão do regime fechado para o semiaberto – e não mais a data da decisão judicial que os reconhece como preenchidos – deverá ser a data-base ou a data de início para a contagem do tempo de progresso do regime semiaberto para o aberto. E mais importante: se o Judiciário não reconhecer esse direito em tempo hábil –

preferencialmente antevendo a data exata em que ele vai ocorrer e preparando-se para a imediata transferência do preso no dia certo – mantendo, assim, o preso por mais tempo do que o legalmente permitido no regime fechado, não poderá invocar a sua própria mora em prejuízo do apenado, devendo tal tempo ser computado como efetivo cumprimento do regime semiaberto, para efeitos de progressão ao aberto e ainda que isso implique, pelo atraso do provimento judicial, transferência do preso diretamente do regime fechado para o aberto.

Não é preciso muito esforço para concluir que a mudança de entendimento dos Tribunais Superiores é exemplo da mais perfeita técnica de interpretação da lei (de execução) penal à luz das garantias fundamentais constitucionais e que tem e terá importante impacto positivo na redução da superlotação carcerária e na reinserção célere e progressiva do apenado no meio social, mitigando, com isso, o já reconhecido estado de coisas inconstitucional (ADPF 347/DF)<sup>95</sup> em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

#### **Referências:**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. 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: 28 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 28 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. **Teoria e prática da execução penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

---

<sup>95</sup> ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

MAIA, Erick de Figueiredo. **Execução penal e criminologia**. In: GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da legalidade na execução penal**. São Paulo: Manole, 2005.

XIMENES, Rafson. Progressão por salto e racionalidade. In: XIMENES, Rafson; DO PRADO, Daniel Nicory (Coords.). **Redesenhando a execução penal**. A superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

## **FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015**

**DÉBORA PASCAL DE ALMEIDA:**

Advogada. Especialização em direito tributário pelo IBET, bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco<sup>96</sup>.

**Resumo:** Partindo da premissa de que não se pode entender o processo como um fim em si mesmo, mas como um instrumento a fim de dirimir os conflitos de interesses, faz-se necessária a concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não há mais como se admitir o procedimento único, rígido e sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Nesse sentido, o presente artigo visa apresentar a flexibilização procedimental tão incentivada pelo Código de Processo Civil de 2015, com a devida especificação de seus fundamentos basilares - princípio da adequação e do devido processo legal - dos meios capazes de concretizá-la - como por exemplo o negócio jurídico processual em parceria com o princípio da cooperação - das formas em que se apresenta na legislação processual e, por fim, com a imprescindível determinação de seus limites, como meio de garantir a segurança jurídica e a efetiva tutela do bem jurídico em lide.

**Palavras Chave:** Flexibilização Procedimental; Adequação; Código de Processo Civil de 2015.

**Resumo:** Suponiendo que no se puede entender el proceso como un fin en sí mismo sino como una herramienta para resolver conflictos de intereses, el diseño de un modelo de procedimiento flexible, es necesario, capaz de adaptarse a las circunstancias presentadas por relación sustancial. No hay manera de que admitir el único, duro y sin la posibilidad de ajuste a los requisitos del procedimiento de caso. En este sentido, este artículo tiene como objetivo presentar la flexibilidad procedimental tan alentado por el Código de Procedimiento Civil, con la especificación correcta de sus pilares - el principio de idoneidad y el debido proceso - los medios capaces de encarnar ella - como negocio jurídico procesal en colaboración con el principio de cooperación - la forma en que aparece el Código de Procedimiento Civil de 2015 y, por último, con la determinación necesaria de sus límites, como medio de garantizar la seguridad jurídica y la protección efectiva de la buena en procedimientos judiciales.

---

<sup>96</sup> Contato: [deborapdalmeida@gmail.com](mailto:deborapdalmeida@gmail.com)

## Palavras Chave:

### 1.Introdução

A constante busca pela inovação é responsável pelas diversas transformações na sociedade, sendo a força-motriz do ser humano. Dessa forma, a fim de melhor atender a suas demandas, as pessoas tendem a transformar tudo o que lhes rodeia.

Logo, com o Direito não poderia ser diferente, tendo em vista que este busca incansavelmente à paz social, visando solucionar conflitos, inseridos em uma sociedade cada vez mais complexa.

Em razão disso, assim como todos os outros ramos do Direito, o Direito Processual brasileiro viu-se obrigado a se apresentar com uma nova roupagem, o que deu origem à aprovação do Código de Processo Civil de 2015, que veio para desconstruir paradigmas, começando pelo reconhecimento da relação íntima entre o direito processual e o direito material.

Em termos mais específicos - em relação ao supracitado - estudiosos do Direito, como Fred Didier, chegaram a seguinte conclusão:

Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional, situação essa que pode ser chamada de direito material processualizado ou simplesmente, de direito material. Logo, o processo deve ser compreendido, estudado e estruturado, tendo em vista a situação jurídica material, para a qual serve de instrumento de tutela.<sup>97</sup>

Nesse diapasão, é possível afirmar que o CPC de 2015 surgiu, primordialmente, para atenuar a rigidez procedimental e estimular a flexibilidade processual, sendo esta extremamente bem-vinda e, indiscutivelmente, adequada. Ou seja, o CPC trouxe a ideia de supremacia da liberdade das formas procedimental em relação a legalidade das formas.

Acontece que, para que essa nova realidade seja efetivamente consolidada no âmbito processual, é imprescindível a observância do princípio do devido processo legal, o qual - em conjunto com o princípio da adequação e com o princípio da cooperação - norteia a concretização da associação entre o direito processual e o direito material.

---

<sup>97</sup> DIDIER, Fred. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. P.38.



Deve-se ressaltar, porém, que a flexibilização procedimental ainda desperta muita polêmica no âmbito jurídico, tendo em vista que essa nova realidade gera uma sensação de ausência de previsibilidade e, conseqüentemente, de segurança jurídica.

Percebe-se, portanto, que a absoluta ausência de requisitos legais no que se refere ao modo de ser do ato processual e do procedimento leva a desordem e se apresenta como um obstáculo ao escopo do processo, no entanto, o formalismo desmedido impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional e acaba levando as mesmas conseqüências.<sup>98</sup>

Dessa forma, há um grande estímulo a fim de que a jurisprudência e a doutrina caminhem juntas para estabelecer os limites dessa flexibilização, garantindo o devido acesso à segurança jurídica, bem como a efetivação da tutela jurisdicional.

## **2.Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Adequação**

### **1.1 Princípio do Devido Processo Legal**

A ideia do “Devido Processo legal” é originária do Direito Inglês, mais especificamente, do texto da Carta Magna de João Sem Terra, de 1215. É importante destacar, porém, que esse texto em nenhum momento fez remissão expressa ao princípio do Devido Processo legal, limitando-se a explicar o intento desse último, ao estabelecer o seguinte paradigma:

nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra<sup>99</sup>.

Do exposto, observamos que era dada ênfase apenas aos aspectos processuais do devido processo legal, para garantir regularidade ao processo judicial. Contudo, ao longo dos séculos, esse princípio foi se aperfeiçoando e se moldando às transformações vivenciadas pela sociedade.

Logo, o que se entendia como devido na época do absolutismo monárquico, não foi o que se entendeu como devido no século XVIII, quando a monarquia absolutista

---

<sup>98</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 1990, outubro/dezembro, ano 15, n.60, p.94.

<sup>99</sup> Magna Carta, 1215.

encontrou seu infortúnio e a igualdade formal aspirou uma posição de destaque entre a coletividade, nem obviamente, é o que se entende como devido nessa era da globalização e da informatização das relações.<sup>100</sup>

Dessa forma, enquanto no primórdio do Devido Processo Legal, o enfoque era a regularidade do processo judicial – conforme supracitado - atualmente, é pacífico o entendimento de que, segundo Humberto Ávila, “o devido processo legal tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade”<sup>101</sup>. Ou seja, o princípio norteia o Direito Processual de forma a fazê-lo garantir resultados efetivos ao processo e proteção ao jurisdicionado.

Assim, devido a sua função de tamanha relevância para o Direito Processual, o Devido Processo Legal é tido como um superprincípio, pois coordena e delimita todos os demais princípios que formam o processo.

É nesse íterim de elevada magnitude do Princípio do Devido Processo Legal que Fred Didier lança a seguinte máxima:

Assim, além de público, paritário, tempestivo, etc, adjetivos que correspondem às normas constitucionais expressamente consagradas, o processo para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo, para ser devido, precisa ser *adequado, leal e efetivo*.<sup>102</sup>

Essa nova concepção “do que é devido”, trazida pelo ilustre doutrinador, diz respeito, justamente, à necessidade da flexibilização procedimental, através da adequação do procedimento abstratamente e rigidamente estabelecido em lei às particularidades do direito material em lide, bem como às especificidades da causa, a fim de tornar mais efetiva a tutela do bem jurídico.

## 1.2 Princípio da Adequação

O princípio da adequação pode ser estudado em suas três dimensões, quais sejam a legislativa, a jurisdicional e a negocial.

Na esfera legislativa, como forma de compromisso com o princípio da adequação, determina-se a obrigação do legislador em se ater à natureza e às peculiaridades do objeto da construção legislativa do processo, sendo uma dimensão

<sup>100</sup> DIDIER, Fred. **Op cit.** P.65.

<sup>101</sup> ÁVILA, Humberto *apud* DIDIER JR. Fred. **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial**. Editora Podivm. P.57.

<sup>102</sup> DIDIER, Fred. **Op cit.** P.67.

prévia e abstrata. Quanto à adequação jurisdicional, torna-se válido ressaltar sua importância na efetivação da adequação entre as técnicas processuais e o direito material, sendo realizada in concreto, ou seja, caso a caso, diferentemente da adequação legislativa, que atua no âmbito das suposições. Por fim, a dimensão negocial deriva dos negócios processuais celebrados pelos sujeitos processuais, ora apenas entre as partes, ora incluindo o órgão jurisdicional.<sup>103</sup>

Ressalta-se, entretanto, que apesar do princípio da adequação ter ganho destaque no CPC de 2015, por ser, juntamente, com o princípio do devido processo legal, o fundamento basilar da flexibilização procedimental, o mesmo já era abordado no contexto do CPC de 1973. Ocorre que este, apesar de destacar alguns casos de adequação jurisdicional e legislativa, não adota esse princípio como regra, mas sim como exceção.

### 1.3 Princípio da Cooperação

O devido processo legal, unido aos princípios da boa-fé processual e ao contraditório dão ensejo ao surgimento de um princípio que servirá de base para o modelo de estruturação do direito brasileiro que trouxe à tona a nova redação do Código de Processo Civil de 2015. O princípio da cooperação, como é chamado, está expresso já no artigo 6º do Código, e determina que, no processo, a fim de que se alcance decisão justa e efetiva de mérito em tempo razoável, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si<sup>104</sup>.

Com objetivo de construir uma decisão mais justa, assim, surge a cooperação como sendo instrumento imprescindível ao desenvolvimento desse novo modelo processual. Aqui, a interação entre as partes e o magistrado passa a ser tida como fundamental, de forma que a figura desse último ganha maior participação no diálogo processual em relação à permitida pelo modelo liberal do processo, no qual as partes determinam o andamento do processo e o juiz é um mero espectador<sup>105</sup>. É necessário frisar, contudo, que essa valorização à participação do julgador no diálogo entre os sujeitos do processo não estimula que esta seja feita de forma inquisidora, tal como permite a visão publicista que teve grande influência na legislação processual brasileira<sup>106</sup>. Através do

<sup>103</sup> DIDIER, Fred. **Op cit**, 2015. P.120.

<sup>104</sup> NOVO CPC. ARTIGO 6º.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: TRM 1999. P. 139 – 140.

<sup>106</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: [http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro). Acessado em: 07/07/2015.

Princípio da Cooperação, portanto, o novo ideal do Código Processual Civil Brasileiro almeja um equilíbrio entre essas duas formas de interação entre as partes.

É notório que o reforço ao diálogo entre o órgão judicial e as partes permite que as sentenças sejam construídas com uma participação mais efetiva de tais sujeitos, o que fortalece, sobretudo, a boa-fé processual, tendo em vista que a cooperação entre as partes é incentivada em detrimento do duelo até hoje estimulado pelo modelo liberal vigente.

Diante da valorização da cooperação no trâmite processual, faz-se mister trazer, aqui, a semelhança desse modelo participativo com os moldes do negócio processual, já que neste fato jurídico a vontade das partes constitui elemento fundamental da decisão a ser tomada.

Primeiramente, deve-se conceituar o negócio jurídico, segundo os dizeres de Marcos Bernardes de Mello<sup>107</sup>, como sendo:

o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites pré-determinados e de amplitude variável, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.

Nesse diapasão, deve ser admitido que o negócio jurídico produz efeitos na esfera processual, o que já era previsto, inclusive, pelo CPC de 1973, o qual determinava, em seu artigo 158, que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. Reconhecida a eficácia de tais negócios, torna-se fundamental reafirmar a íntima ligação entre essa declaração de vontade das partes que produz efeitos no mundo processual com o princípio da cooperação, então caracterizador do modelo de procedimento utilizado pelo ideal do Código de Processo Civil de 2015.

O negócio jurídico processual é, pois, a pura representação da flexibilização procedimental no atual direito processual brasileiro, na medida em que torna possível às partes a alteração no procedimento ao longo de seu curso, a fim de que sejam atendidas

<sup>107</sup> DE MELLO, Marcos Berdardes. Teoria do Fato Jurídico - Plano de Eficácia 1ª Parte - 9ª Ed. 2014.

as necessidades do caso em discussão, no plano do direito material e de sua efetividade<sup>108</sup>. Tal assertiva pode, inclusive, ser identificada no artigo 190 no CPC de 2015 que estabelece o seguinte:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.<sup>109</sup>

## 2.A Flexibilização Procedimental no Novo Código de Processo Civil brasileiro

O Código de Processo Civil de 2015 promoveu importantes alterações no regime procedimental do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista a simplificação dos ritos e a mitigação do modelo da legalidade das formas procedimentais, garantindo a possibilidade das partes e do juiz, diante do déficit procedimental, adaptar procedimentos às particularidades da causa, ou seja, a flexibilização procedimental. Dessa forma, o CPC investe na simplificação formal e ritual do sistema, eliminando empecilhos puramente formais e reprojetoando os ritos processuais a fim de garantir segurança, cadência e estrutura ao processo civil.<sup>110</sup>

### 2.1 Flexibilização Procedimental Legal

Em busca de mais celeridade e menos burocracia, destaca-se no Código de Processo Civil de 2015, a substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum "melhorado". Isso decorre do fato de que o procedimento cognitivo sumário do CPC/73, apesar de ser um plenário rápido, na maioria das vezes, acabava por ser mais lento que o próprio procedimento ordinário, devido a necessidade de pauta judicial livre para realização de audiência de conciliação logo no início do procedimento.<sup>111</sup> Assim, não há mais qualquer subdivisão do procedimento comum, devendo este ser adotado quando não houver previsão de rito especial para a causa.

---

<sup>108</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio de Castro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 265.

<sup>109</sup> NOVO CPC, artigo 190.

<sup>110</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. Revista de Informação legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun 2011.

<sup>111</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Op Cit.**

Devido a possibilidade de o juiz calibrar o procedimento conforme as particularidades da causa, alguns procedimentos especiais previstos pela legislação processual de 1973 tornaram-se desnecessários e conseqüentemente foram extintos, quais sejam: ação de depósito (art. 901); ação de anulação e substituição de títulos ao Portador (art. 907); ação de nunciação de obra nova (art. 934); ação de usucapião de terras particulares (art. 941); vendas a crédito com reserva de domínio (art. 1070). Ressalta-se que essas ações continuam a existir, no entanto, não são mais conduzidas por procedimentos especiais, mas sim, pelo novo procedimento comum.

Por sua vez, os procedimentos especiais incompatíveis com o procedimento comum, não poderiam ser tutelados pelo mesmo, devido as particularidades do direito ou das partes que os compõem, o que acarretou na manutenção dos seguintes procedimentos "fora do padrão": ações de consignação de pagamento; ações possessórias; ação de divisão e demarcação de terras particulares; ação de inventário e partilha ; ação de embargos de terceiro; ação monitória; ação de homologação de penhor legal; ação de restauração de autos.

Ademais, o procedimento é uma seqüência de atos relacionados entre si, que tem como objetivo a prestação da tutela jurisdicional. Ocorre que, em algumas situações, a legislação prevê que alguns atos podem ser suprimidos, tendo a finalidade de tornar o processo mais célere. No que se refere a esses institutos, o CPC de 2015 trouxe algumas modificações.

Quanto ao julgamento liminar do pedido, por exemplo, de acordo com o artigo 332 do atual diploma legal, a improcedência liminar do pedido poderá ser proferida "nas causas que dispensem a fase instrutória", e não apenas quando a matéria for unicamente de direito, como previa o diploma processual.

Outra modificação introduzida pelo atual diploma processual é o fato de que as decisões de improcedência anteriormente prolatadas no juízo não serão mais usadas como embasamento para o julgamento liminar, pois deverão ser utilizadas como referência às decisões dos tribunais superiores. Percebe-se, dessa forma, uma inclinação, pelo atual código, à adoção do sistema de vinculação de precedentes, oriundo do common law.

Ressalta-se, por fim, que o CPC de 2015 prevê, no artigo 356, o julgamento antecipado parcial de mérito, rompendo o dogma da sentença una.<sup>112</sup> A decisão, nesses casos, é chamada de decisão interlocutória de mérito, pois quando um ou mais pedidos formulados estiver em condições de julgamento, pode o juiz realizar o julgamento

---

<sup>112</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio de Castro Torres de. **Op cit.** P. 620.



antecipadamente, o qual não havendo recurso ou esgotadas as vias recursais, pode criar coisa julgada e pode, inclusive, ser executado definitivamente.

## 2.2 Flexibilização Procedimental Judicial

No que se refere aos prazos processuais, o antigo CPC previa, no artigo 177, que os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei. Caso não fossem realizados no tempo oportuno, ocorreria a preclusão temporal, nos termos do artigo 183, de modo que a parte não poderá mais praticá-lo, passando-se ao próximo ato do processo.

Em que pese a rigidez desse sistema quanto à fixação dos prazos, a tendência no âmbito do código 2015 foi a flexibilização do mesmos, ao dispor que o juiz poderá dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, conforme o artigo 139, VI.

Assim, pode o juiz promover alterações nos prazos processuais e na ordem de produção da provas, de forma a melhor adequá-los às necessidades do caso concreto, sempre com o objetivo de buscar uma maior efetividade da tutela do bem jurídico objeto do conflito.

Essa regra está em perfeita consonância com a que permite às partes pactuar alterações no procedimento comum, de modo a torná-lo mais adequado ao direito material de que trate o litígio. Dessa forma, corrobora-se a ideia de obter do processo o maior rendimento possível para as partes, para o Judiciário, de ver solucionado mais um caso; e para a sociedade, que daquela solução poderá extrair parâmetros de conduta.<sup>113</sup>

Dessa maneira, verificando o juiz que a causa versa sobre matéria complexa ou, ainda, considerando as particularidades do litigante, pode adaptar o prazo a tais circunstâncias. Tal prática, concretiza o princípio do devido processo legal e privilegia os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que possibilita à parte tempo adequado para o levantamento das provas.

Discute-se, no entanto, o alcance da flexibilização dos prazos pelo magistrado, pois o legislador não distingue quais prazos podem ser dilatados, de modo que se entende que tanto os prazos peremptórios, como os dilatatórios estão abarcados pela norma.

Além disso, prevê expressamente o artigo 222, § 1º, do CPC que o juiz não pode reduzir os prazos peremptórios sem anuência das partes. Isto é, o legislador faz uma

---

<sup>113</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério de Castro Torres de. **Op cit.** P.139.

restrição expressa quanto à redução dos prazos peremptórios, mas silencia quanto a sua ampliação, o que reforça que ela é possível, devendo-se, entretanto, utilizar-se dos critérios da razão e da proporcionalidade, sempre que o magistrado verificar que o caso concreto assim exija. Ressalte-se, por fim, que a ampliação somente poderá ser determinada antes de encerrado o prazo regular, nos termos dos parágrafo único do artigo 139 do CPC.

Outra faculdade do juiz, nos termos do artigo acima mencionado, é a possibilidade de inversão da ordem de produção dos meios de prova, constituindo, assim, mais uma forma de flexibilização do procedimento. Percebeu-se que, em determinadas situações, seria mais viável a inversão da ordem pré-fixada em lei, como por exemplo na produção de provas orais na audiência de instrução e julgamento. No CPC de 1973, esta, seguia os ditames do artigo 452, devendo necessariamente seguir a seguinte ordem: peritos e assistentes técnicos; depoimentos pessoais; testemunhas. No atual código, tendo em vista o princípio da eficiência, essa lógica foi alterada, pois dispõe que tal ordem deve ser seguida “preferencialmente”, o que significa dizer, portanto, que ela poderá ser alterada, já que pretende racionalizar as etapas de produção de provas.

Assim, a possibilidade de ampliação dos prazos e inversão da ordem de produção de provas, são técnicas que visam adequar o procedimento às particularidades da causa.

## **2.3 Flexibilização Procedimental Voluntária**

Como já foi introduzido, o CPC prevê vários negócios jurídicos, privilegiando a vontade das partes tendo em vista a ideia de cooperação no processo. Dessa forma, torna-se mister analisarmos sucintamente algumas dessas modificações, as quais reforçam a flexibilização procedimental.

### **2.3.1 Redução dos prazos peremptórios**

De acordo com o artigo 222, §1º, do CPC, afirma-se que é vedado ao juiz reduzir os prazos peremptórios sem anuência das partes. Esse dispositivo ratifica o empoderamento das partes, já que, no caso em questão, a determinação do órgão jurisdicional irá depender da concordância das partes no processo.

### **2.3.2 Calendário processual**

O artigo 191 do CPC trata do calendário processual, o qual pode ser “estabelecido por intermédio do negócio jurídico processual; contudo só irá ser possível se houver comum acordo entre as partes e o órgão jurisdicional acerca de disposição que

trate de prazos para prática de atos processuais”<sup>114</sup>. De acordo com o dispositivo, o juiz e as partes poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais, cujos prazos são de observância obrigatória, sendo modificados apenas em casos excepcionais, devidamente justificados. Ressalta-se que após o pacto as partes são dispensadas automaticamente de intimação acerca de audiências ou prática de atos processuais.

### **2.3.3 Acordo de Saneamento**

O §2º do artigo 357 do diploma processual prevê que as partes possam apresentar ao juiz uma petição, em comum acordo, fixando os pontos de fatos controvertidos e especificando as questões de direito relevantes para a solução da lide. Essa petição pode ser homologada ou não pelo juiz com base no seu livre convencimento motivado. Uma vez homologada, a delimitação vinculará as partes e o juiz.<sup>115</sup>

### **2.3.4 Escolha consensual do perito**

Contraoendo-se ao estabelecido pelo CPC 73, que determinava a escolha do especialista pelo próprio julgador, o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 471, estabelece a possibilidade de as partes, em comum acordo, determinar o perito responsável pela coleta de provas necessárias à solução da lide. Logo, observa-se, novamente, a maior participação dos sujeitos processuais no procedimento de resolução do conflito.

### **2.3.5 Audiência de Saneamento e organização em cooperação com as partes**

Visando entrar em consonância com o princípio da cooperação, o §3º do artigo 357 do CPC, determina que o juiz deverá estabelecer, na audiência de saneamento, uma interação com as partes, de forma a facilitar o entendimento de questões complexas de fato e de direito, considerando que as mesmas são capazes de esclarecer as controvérsias existentes no processo.

## **3. Limites à flexibilização procedimental**

### **3.1. Limites à adequação jurisdicional**

A adequação jurisdicional, como já foi mencionado, surge com o intuito de dar continuidade à atividade legislativa em relação à adequação das técnicas processuais ao direito material, visto que se depara com diversas facetas desse último que não puderam

---

<sup>114</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério de Castro Torres de. **Op cit.** P. 354.

<sup>115</sup> *Idem, ibidem.* P. 622.

ser previstas pelo legislador.

É importante destacar, porém, que apesar da inegável importância dessa esfera do princípio da adequação, a flexibilização não pode ser realizada de forma desmedida, devendo sempre observar o princípio do contraditório e o modelo cooperativo do processo.

Isso porque, caso o princípio do contraditório - o qual permite a manifestação de ambas as partes perante o magistrado, além de admitir a influência das mesmas no conteúdo da decisão - e o modelo cooperativo não sejam devidamente respeitados, as partes podem ser surpreendidas negativamente com as mudanças do procedimento, o que irá impedi-las de criarem novas estratégias de forma a permitir sua adaptação a essas transformações processuais.

Ou seja, se o limite imposto pelo respeito ao princípio supracitado e ao novo modelo de elaboração de decisão judicial não for levado em consideração, aquilo que deveria gerar uma segurança jurídica e garantir uma tutela mais efetiva do direito material, acabará por ocasionar uma verdadeira desconfiança relativa a essa ideia de maior flexibilização procedimental apregoada pelo CPC.

### **3.2. O negócio jurídico e seus limites**

O negócio jurídico processual tem o princípio da cooperação como seu princípio fundamental, visto que esse último defende a maior interatividade entre o magistrado e as partes na construção da decisão judicial e o primeiro concretiza esse propósito, permitindo uma redução considerável da rigidez do procedimento estabelecido no CPC de 1973 e o desenvolvimento da flexibilização defendida nos moldes do CPC de 2015.

O fato é que, assim como a adequação jurisdicional, o negócio jurídico processual como forma de flexibilização procedimental também deve sofrer certas limitações.

Um dos primeiros exemplos de restrição que pode ser elencado, é o dispensado pela observância das garantias fundamentais, considerando que a produção de prova ilícita, a dispensa do contraditório, a exigência de sigilo ou segredo de justiça ou dispensa da fundamentação judicial não podem ser objetos de negociação entre os sujeitos processuais.

Além disso, os negócios jurídicos processuais não podem promover uma flexibilização procedimental ao ponto de criar novo recurso - por exemplo - já que tal matéria só pode ser regulada por lei formal, de acordo com o princípio da reserva legal.

Por último, é possível destacar mais dois limites impostos nessa dimensão da

flexibilização, os quais dizem respeito à impossibilidade das partes acordarem algo que vá além dos seus próprios ônus, poderes e deveres processuais e à proibição de disposição de regras que contrariem a lei.

#### **4. Conclusão**

A ideia de instrumentalidade processual é a de que o processo serve de meio à realização do direito material. Entende-se, a partir do exposto no presente artigo, que a recíproca também é verdadeira. Conforme leciona Calmon de passos, o direito depende do seu processo de enunciação<sup>116</sup>, ou seja, não há uma hierarquia entre as duas expressões do direito, mas sim uma interdependência.

A partir da flexibilização procedimental verificada com as modificações trazidas pelo Código do Processo Civil é possível afirmar que determinadas características, antes consideradas exclusivas do direito material, passam a integrar também o polo do direito processual. A adaptação do processo em face ao direito material, com a aderência dessas características, torna-se regra a partir do ideal fomentado pela flexibilidade do procedimento almejado pelo atual ideal processualista brasileiro.

Ainda na seara na flexibilização do procedimento, é necessário frisar a importância que adquire o princípio da cooperação nesta cena, que junto ao instituto do negócio processual busca diminuir as distâncias existentes entre as partes do processo, com o objetivo de constituir uma decisão mais justa e favorável às partes.

Não se pode deixar de lembrar que existe uma certa polêmica na doutrina em torno da matéria da flexibilização, tendo em vista que a falta de previsibilidade que esta pode acarretar no meio jurídico. Por isso, deve se atentar aos limites a serem estabelecidos para essa flexibilização, já que a inobservância destes pode acarretar insegurança jurídica, comprometendo, inclusive, a própria manutenção dessa técnica no meio jurídico.

#### **REFERÊNCIAS**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 1990, outubro/dezembro, ano 15, n. 60.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. Disponível em:

---

<sup>116</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. P. 10.

[http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios\\_jur%C3%ADdicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro).

DE MELLO, Marcos Berdardes. Teoria do Fato Jurídico - Plano de Eficácia 1ª Parte - 9ª Ed. 2014.

DIDIER, Fred. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR. Fred. **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial**. Editora Podivm.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. Revista de Informação legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: TRM 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio de Castro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



## O DIFÍCIL INGRESSO A OAB PELO BACHAREL EM DIREITO SOB A ÓTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

**GLENDIA GABRIELLE LOPES SOARES:**  
bacharelanda em Direito pelo Instituto de  
Ensino Superior - ICEV<sup>117</sup>

BERTO IGOR CABALLERO CUELLAR

(orientador)

**RESUMO:** Tema um tanto polêmico no contexto jurídico atual, o exame da Ordem tem sido alvo de muitas críticas, relacionadas tanto à forma como a prova é elaborada, quanto o difícil acesso pelo bacharel, tornando-se um empecilho para o livre exercício da profissão, e também à sua constitucionalidade, que será o último objeto que iremos abordar, deixando bem claro que o objetivo deste trabalho não é questionar a constitucionalidade do exame, mas apenas abordar os efeitos deste na vida dos bacharéis. Versaremos, ainda, expondo os óbices derivados da exigência de aprovação no Exame de Ordem, bem como discutir brevemente a supremacia das normas constitucionais e também o regime de leis que decorre da Constituição ao qual, necessariamente, todos outros padrões devem ser compatíveis. Por fim, trataremos dos Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, com a finalidade de abolir a obrigatoriedade da aprovação do Exame de Ordem para o exercício da Advocacia pelo bacharel em direito, o que expressa diretamente o descontentamento da sociedade com a prova.

**Palavras chaves:** Exame da Ordem, OAB, Direitos Fundamentais, Livre Exercício da Profissão.

**ABSTRACT:** A somewhat controversial subject in the current legal context, the Bar exam has been the target of much criticism, related both to the way the test is prepared, and the difficult access by the bachelor, becoming an obstacle to the free exercise of the profession, and also to its constitutionality, which will be the last object we will address, making it clear that the objective of this work is not to question the constitutionality of the exam, but only to address its effects on the life of graduates. We will also deal with exposing the obstacles derived from the requirement to pass the Bar Examination, as well as briefly discuss the supremacy of constitutional norms and also the regime of laws that stems from the Constitution to which, necessarily, all other standards must be compatible. Finally, we will

<sup>117</sup> Contato: glenda.soares@somosicev.com

deal with the Law Projects that are being processed in the National Congress, with the purpose of abolishing the mandatory approval of the Bar Exam for the practice of Law by the Bachelor of Law, which directly expresses the dissatisfaction of society with the test.

**Keywords:** Bar exam, OAB, Fundamental Rights, Free Exercise of Profession.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2.A HISTÓRIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS NO BRASIL ATÉ A ATUALIDADE. 3. OS DANOS CAUSADOS PELO EXAME DE ORDEM. 4. O ÓBICE DO EXAME DE ORDEM. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

## 1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da exigência do exame de Ordem do Advogado como requisito para o exercício da advocacia. Tema um tanto polêmico no contexto jurídico atual, o exame da Ordem tem sido alvo de muitas críticas, relacionadas tanto à forma como a prova é elaborada, quanto o difícil acesso pelo bacharel, tornando-se um empecilho para o livre exercício da profissão, e também à sua constitucionalidade, que será o último objeto que iremos abordar, deixando bem claro que o objetivo deste trabalho não é questionar a constitucionalidade do exame, mas apenas abordar os efeitos deste na vida dos bacharéis.

Neste primeiro capítulo iremos buscar tratar da história da Ordem dos Advogados do Brasil, logo no seu surgimento até a atualidade, englobando ainda a implantação do Exame e obrigatoriedade no Brasil.

Logo após, abordaremos os problemas ocasionados pela necessidade e obrigação da aprovação no Exame da Ordem para que o bacharel exerça a sua profissão. A dificuldade de exercício a atividade profissional, o aumento da limitação no acesso à justiça pela população, causando encarecimento dos serviços do advogado, a restrição de direitos do livre exercício da profissão, e o próprio direcionamento da formação dos estudantes à mera aprovação numa prova, são apenas alguns dos empecilhos para o livre exercício da advocacia.

Versaremos, ainda, expondo os óbices derivados da exigência de aprovação no Exame de Ordem, bem como discutir brevemente a supremacia das normas constitucionais e **também** o regime de leis que decorre da Constituição ao qual, necessariamente, todos outros padrões devem ser compatíveis.

Por fim, trataremos dos Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, com a finalidade de abolir a obrigatoriedade da aprovação do Exame de Ordem para o exercício da **Advocacia** pelo bacharel em direito, o que expressa diretamente o descontentamento da sociedade com a prova.

É fato **que** uma atenção especial deve ser dada a este debate, pois trata da dignidade humana e da igualdade, e dos profissionais que protegem os direitos e garantias de cada cidadão. Como mencionado acima, encontramos razões na própria Constituição, que é a lei máxima do ordenamento jurídico, acima de todos os outros critérios.

## 2.A HISTÓRIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS NO BRASIL ATÉ A ATUALIDADE

A história da Ordem dos Advogados do Brasil começou com a disseminação da cultura jurídica no Brasil, que se deu pelo desenvolvimento do ordenamento jurídico instituído pela primeira Constituição brasileira outorgada em 1824, o primeiro curso de Direito criado em 1827 e a e a fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros em 1843, instituição fundada no início do Império Brasileiro. No entanto, sua criação formal, por decreto, levou quase um século. Após os primeiros anos da fundação da República do Brasil, novas tentativas foram feitas para a criação da Ordem dos Advogados do Brasil em 1904, 1911 e 1915, mas sem sucesso. André de Faria Pereira, então membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e membro da Procuradoria Geral do Distrito Federal, explicou a Osvaldo Aranha, Ministro da Justiça, "a necessidade de modificar a organização da Corte de Apelação, visando à normalização dos seus serviços e ao aumento da produtividade de seus julgamentos". Como vimos, a Ordem dos Advogados do Brasil teve um papel muito importante na construção de uma forma republicana de governo, da democracia e dos interesses dos mais pobres.

A denominação "ORDEM" é, segundo a enciclopédia eletrônica Wikipédia, corolário do **dogma** francês,

(...) vinculada à tradição da Idade Média, podendo ser entendida como um conjunto estatutário que determina um modo de vida reconhecido pela religião católica, tal como à Ordo Clericorum ou às ordens de cavalaria. O advogado era então uma espécie de cavaleiro das leis. Apesar de a Revolução Francesa ter extinto todas as corporações profissionais, a tradição manteve-se quanto à denominação da palavra Ordem, inspirando o nome de várias entidades corporativas relativas aos advogados em diversos países, inclusive em Portugal e no Brasil. (Wikipédia, 2022)

Conclui-se que o ponto de partida dos conselhos profissionais partiu da instituição da **Ordem** dos Advogados do Brasil. Os conselhos de profissões regulamentadas são órgãos autônomos instituídos pelo Estado para regular e organizar as atividades profissionais, que se distinguem das organizações que, segundo a secção, se manifestam como congregações com vários objetivos não econômicos. Artigo 53.º do Código Civil Segundo o site do Ministério do Trabalho e Emprego, existem 63 tipos diferentes de

profissões regulamentadas. A OAB é composta por um Conselho Federal que consolida as decisões em todo o país. Há Seções da ordem nos estados e no distrito federal, que por sua vez são compostos por várias Subseções que unem vários municípios.

Conforme o Primeiro Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 4.215/63) estabelecia que comprovasse a aprovação do treinamento prático como requisito de habilidade técnica tanto para brasileiros quanto para estrangeiros, segundo o qual apenas aqueles que obtivesse um desempenho insatisfatório o dentro do curso teriam que passar na prova. Então vamos ver:

Art. 48. Para inscrição no quadro dos advogados é necessário: I - capacidade civil; II - diploma de bacharel ou doutor em Direito, formalizado de acordo com a lei (art, 57); III - certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação no Exame de Ordem (arts. 18, inciso VIII, letras "a" e "b" e 53)8 ; IV - título de eleitor e quitação do serviço militar, se for brasileiro: V - não exercer cargo função ou atividades incompatíveis com a advocacia, (arts. 82 a 86) ; VI - não ter sido condenado por sentença transitada em julgado em processo criminal, salvo por crime que não importe em incapacidade moral; VII - não ter conduta, incompatível com o exercício da profissão (art. 110, parágrafo único); Parágrafo único. Satisfazendo os requisitos deste artigo, o estrangeiro será admitido à inscrição nas mesmas condições estabelecidas para os brasileiros no seu país de origem, devendo exibir diploma reavaliado, quando não formado no Brasil.

Art. 53. É obrigatório o Exame de Ordem para admissão no quadro de advogados, aos candidatos que não tenham feito o estágio profissional ou não tenham comprovada satisfatoriamente o seu exercício e resultado (arts. 18, inciso VIII, letras "a" e "b"; 48, inciso III, e 50). § 1º O Exame de Ordem consistirá, em provas de habilitação profissional, feitas perante comissão composta, de três advogados inscritos há, mais de cinco anos, nomeados pelo Presidente da Seção na, forma e mediante programa regulado era provimento especial do Conselho Federal (art. 18. inciso VIII, letra b. § 2º Serão dispensados do Exame de Ordem os membros da Magistratura e do Ministério Público que tenham exercido as respectivas funções por mais de dois anos, bem como, nas mesmas condições, os professores de Faculdade de Direito oficialmente reconhecidas. (Grifou-se).

A Lei nº 5.842/72, juntamente com a Resolução nº 15/73-CFE, regulamentou o Estágio de **Prática** Forense e Organização Judiciária, que era de natureza totalmente voluntária, após a conclusão do qual o aluno tinha o direito de se matricular na OAB.

Simon Schwartzan continua o discurso citado e descreve gradualmente em poucas palavras a expansão do ensino superior como força motriz do progresso dos países, incluindo o Brasil. Vejamos:

Isto não significa, naturalmente que o ensino superior no Brasil não tenha problemas, dramatizados pela explosão de matrículas entre 1965 e 1980 – de 150 mil a um milhão e meio de estudantes em quinze anos. Esta expansão acompanhou uma tendência internacional de ampliação progressiva do acesso ao ensino superior, e coincidiu, no Brasil, com um regime militar que sempre desconfiou e muitas vezes agiu contra estudantes, professores e cientistas. Reformular o ensino superior foi um dos compromissos inscritos no discurso inaugural da Presidência da Nova República que Tancredo Neves nunca chegou a ler, mas que foi lido e assumido por seu sucessor, José Sarney. Para este fim o governo instalou, com toda solenidade, uma Comissão Nacional que deveria apontar os caminhos do futuro (SCHWARTZAN,1998).

Nessa fase, o ensino superior foi expandido indiscriminadamente porque o objetivo era desviar o descontentamento político da classe média urbana e conquistar seu apoio ao projeto de governo. Assim, a expansão do ensino superior é descomedida, as instituições privadas de ensino se multiplicam sem o devido controle de qualidade, **principalmente** nos cursos de ciências sociais devido à baixa necessidade de investimentos.

Essa situação mostrou que o ensino superior ainda está em crise, principalmente porque as matérias geralmente não são padronizadas, permitindo que cada faculdade **lecione** um curso de ensino superior de acordo com sua vontade, enfatizando que basta cumprir o requisito mínimo estabelecido pelo Ministério da Educação - MEC.

Diante de tal cenário de crescimento educacional, o Conselho Federal da OAB, talvez temendo que a reputação do ensino jurídico se tornasse desonroso, decidiu atualizar suas regras, conforme estipulado na nova Constituição (1988), e exigiu que todos se **submetessem** à um exame de qualificação. O legislador dispôs na Lei nº 8.906/94, art. 8º, inciso VI, a obrigatoriedade do acadêmico participar de exame para avaliação de seus conhecimentos, por responsabilidade da OAB.

Outrora, a Resolução nº 02/1994, da Diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, instituiu uma exceção à regra:

Art. 7º Estão dispensados do Exame de Ordem: I - os bacharéis em direito que realizaram o estágio profissional de advocacia (Lei nº 4.215/63) ou o estágio de prática forense e organização judiciária (Lei nº 5.842/72), no prazo de dois anos, com aprovação nos exames finais perante banca examinadora integrada por representante da OAB, até 04 de julho de 1994; II - os inscritos no quadro de estagiários da OAB, até 04 de julho de 1994, desde que realizem o estágio em dois anos de atividades e o concluem, com aprovação final, até 04 de julho de 1996; III - os matriculados, comprovadamente, nos cursos de estágio referidos no inciso I, antes de 05 de julho de 1994, desde que requeiram inscrições no Quadro de Estagiários da OAB, e o concluem com aprovação final, juntamente com o curso, até 04 de julho de 1996; IV - os que preencheram os requisitos do art. 53, § 2º, da Lei nº 4.215/63, e requereram suas inscrições até 04 de julho de 1994; e V - os que, tendo suas inscrições anteriores canceladas em virtude do exercício, em caráter definitivo, de cargos ou funções incompatíveis com advocacia, requererem novas inscrições, após a desincompatibilização. Parágrafo único. Os bacharéis em direito que exerceram cargos ou funções incompatíveis com a advocacia, inclusive em carreira jurídica, sem nunca terem obtido inscrição na OAB, se a requererem, serão obrigados a prestar Exame de Ordem.

De acordo com o referido artigo, os estudantes de Direito que comprovadamente se matricularam em cursos de estágio de prática forense e organização judiciária antes de 5 de julho de 1994, desde que tenham solicitado e concluído a inscrição no Quadro de Estagiários da OAB com aprovação final em conjunto com o **curso** e antes de 4 de julho de 1996, foram dispensados do exame. Ressalte-se que a jurisprudência tem confirmado o entendimento de que a exigência do exame da ordem é válida após a entrada da Lei nº 8.906/94 porque na antiga legislação o bacharel em direito era permitido fazê-lo, mesmo que não solicitasse o registro.

Assim, bacharéis que tenham completado dois anos, ou seja, quatro semestres de prática, poderia solicitar registro no Conselho Federal para exercer livremente a sua formação. A exceção também se aplicava aos estagiários já inscritos no quadro de pessoal competente e que estivessem dispensados do Exame de Ordem conforme consta no Estatuto, art. 84, desde que demonstre a conclusão bem-sucedida do estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, que tenha sido concluída na instituição competente, no prazo de dois anos a contar da entrada em vigor da lei.



Até hoje, a OAB tem desempenhado um papel importante na proteção da democracia em nosso país e na luta para reduzir as injustiças. Isso pode ser visto em vários episódios da história de nossa nação onde esta entidade não silenciou os disparates de **governos** autoritários ou mesmo os abusos de nossos governantes. Durante o regime militar, a OAB foi a principal figura na proteção dos direitos humanos e lutou contra sua sistemática violação sob o pretexto de garantir a ordem e a segurança nacional. A OAB também é um órgão importante na luta pela qualidade do ensino jurídico ministrado no Brasil, pois possui comissões que controlam a abertura de novos cursos jurídicos à prática jurídica e regulam as práticas do sistema interno e aderem ao profissionalismo. a ética estabelecida em suas normas.

Além disso, ainda sobre os Conselhos Profissionais, eram chamadas de autarquias para-administrativas, corporações autárquicas, corporações profissionais, instituições corporativas, mas foi na Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, em que tais conselhos passaram a ter personalidade jurídica privada e foi vedada qualquer relação funcional ou hierárquica com a administração pública. Tal estado de direito é fundamentalmente incompatível com a Constituição. No artigo 58 da referida norma legal e também em seus incisos, para os conselhos, com exceção dos conselhos da OAB, foram estabelecidos os seguintes modelos: o serviço de fiscalização das profissões regulamentadas é realizado de forma privada, por meio de transferência de poder público, autoridade legislativa; a organização, estrutura e atividade dos conselhos deve ser regulada mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, assegurando-se a representação de todos os conselhos regionais na sua composição; Os conselhos podem determinar, cobrar e aplicar pagamentos anuais de pessoas físicas ou jurídicas, bem como taxas de serviço e multas, que constituem renda própria e que constituem prova juridicamente vinculante da certidão de crédito obtida.

No entanto, há casos em que esses órgãos ultrapassam seus poderes, levando à discórdia e à injustiça, enquanto esses órgãos são criados para disciplinar e controlar o exercício da profissão e garantir o exercício da profissão e a ética. Portanto não pode impedir alguém de exercer uma profissão para a qual está habilitado, tal prática é proibida pela Constituição Federal e as leis que a regem não a qualificam para tal **competência**, como afirma Locke, "o fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade" (John Locke).

De acordo com o Regulamento nº 109, de 05.12.2005, consta que o atual Exame de Ordem tem como objetivo selecionar profissionais habilitados no exercício da advocacia **em** benefício da comunidade e é uma exigência da Lei do Estudante para a inscrição dos advogados na OAB.

São esses alunos, depois de fazer cursos de direito e passar no renomado exame da Ordem **dos** Advogados, que as pessoas procurarão para proteger e cumprir os direitos que reivindicam, tendo em mente a tese de valores fundamentais de advogados. Quanto a sua relevância social, não há o que discutir, mas o motivo pelo qual somente depois de passar no Exame, são reconhecidos como de fato, advogados, acaba por gerar uma enorme divergência. A questão é esta: Qual a razão da discriminação e da elevação da lei a este patamar, e, curiosamente, que só esta profissão entra no exame da “seleção qualificada”?

Um médico cuja missão é monitorar e supervisionar interesses legítimos e mais importantes qual seja a vida, antes de exercer sua profissão, não necessita ser selecionado de nenhuma forma, muito pelo contrário, sabemos que o Conselho Federal de Medicina – CFM, serve de antemão para ajudar no ingresso à profissão dos médicos. Na verdade, a única função dos órgãos relacionados a cada profissão é fiscalizar os profissionais, não selecioná-los.

O exame da Ordem está sendo empregue atualmente como uma reserva de mercado, e fonte de arrecadação para a “indústria” de cursinhos preparatórios que execra os bolsos dos seus bacharéis e acadêmicos e traz diversos danos mentais e pecuniários devido aos altos valores cobrados na inscrição para a prova, além disso, em parte gerando altos índices de desaprovação em massa.

No artigo “Exame de Ordem: para quê e para quem?”, publicado no jornal O Liberal. Dr. Fernando Facury Scaff fez duas perguntas: “1) Será que o Exame de Ordem realmente mede a qualidade do ensino jurídico no País? e 2) Será que o Exame de Ordem mede a qualidade dos profissionais da advocacia em nosso País?” (SCAFF, 2006). **Negativamente** o ilustre advogado respondeu as duas perguntas, justificando que, não é porque um estudante é aprovado ou deixa de ser no Exame que a instituição em que ele se formou não é boa o suficiente para capacitá-lo, e que mesmo que fosse a existência desse Exame não seria suficiente para diminuir ou afastar os maus advogados da classe de trabalhadores. Fica claro que o exame é ineficaz nesse aspecto, trazendo prejuízos àqueles que não conseguem aprovação.

### 3.OS DANOS CAUSADOS PELO EXAME DE ORDEM

Os entraves à prática jurídica decorrentes do Exame de Ordem refletem diretamente as **dificuldades** de obtenção de proteção jurídica no Brasil. O direito de agir é um direito garantido aos nossos cidadãos pela Constituição, como podemos ver analisando o inciso XIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, o exame da OAB é um infortúnio para a maioria da população na resolução de suas reivindicações e litígios, considerando a enorme disparidade entre profissionais capacitados (bacharéis em direito que passaram no exame) e os que desejam

para **trabalhar**, mas como ainda não passaram nesse teste, sua garantia constitucional de livre exercício foi violada e, portanto, impedidos de exercerem a advocacia. Conforme afirma Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (Bandeira de Mello – Jurista Brasileiro)

Existe ainda, em meio a esses fatores, a dura jornada do bacharel e recém-formado adentrar num mercado saturado e concorrer diretamente com advogados que já possuem uma vasta experiência na área, uma vez que a Ordem não busca meios de incluir o **bacharel** nesse meio, nem atesta a qualidade dos seus advogados, o que deveria ser, sem sobra de dúvidas, sua maior finalidade.

Há também uma indústria em crescimento focada na preparação para o Exame de Ordem. Portanto, não é incomum que as próprias instituições de ensino voltem as suas ordens educacionais de seus alunos apenas para aprovação no exame, não para construir um profissional do direito de excelência. Ademais, isso causa uma segregação direta, por apartar aqueles que possuem condições para pagar um bom preparatório e matérias de qualidade, daqueles que não possuem, e fatalmente encontram-se condenados à reprovação. Afinal, a alta taxa de aprovação do Exame pode levar a população a acreditar que o conteúdo ministrado nos cursos é de alta qualidade.

Nossa república se baseia, entre outras coisas, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como no Art. 5, inc. XIII de nossa Constituição, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. No entanto, esses direitos têm sido sistematicamente prejudicados pelo registro regular dos profissionais da Ordem dos Advogados do Brasil por meio da organização de exames de ordem.

O artigo **205** da nossa Constituição afirma:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da

cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Sendo isso também fundamentado na Lei de Diretrizes e Fundamentos Nacionais da Educação, onde se constata que uma das atribuições do grau universitário, como já enfatizado, é a formação de graduados com domínio das competências e sua inserção no mercado de trabalho. É controverso que a Ordem dos Advogados do Brasil imponha como requisito para a inscrição em seus quadros a aprovação no Exame de Ordem, o que é, deve-se enfatizar, uma exigência que acaba por gerar desigualdade e injustiça tanto para os graduados que não podem atuar no seu labor e para a sociedade refém do alto custo dos serviços jurídicos, que limitam a proteção jurídica dos cidadãos e põem em risco a resolução de litígios judiciais com recurso aos tribunais, bem como a prestação de aconselhamento jurídico e orientação que é atividade privada de um advogado, pois nossa Constituição considera o advogado essencial para a administração da justiça (Brasil, 1988)

A Ordem dos Advogados do Brasil afirma que o Exame de Ordem é uma importante ferramenta para medir o nível da educação jurídica em nosso país e também protege a sociedade contra a má qualidade dos serviços jurídicos prestados à nossa população, como mostra a exposição feita pelo ex-presidente do Conselho Federal da OAB, Roberto BUSATO, em artigo divulgado na revista desse órgão:

Há quem suponha que o Exame de Ordem seja um excesso, que tiraniza os bacharéis em Direito, subjugando-os a um capricho corporativista desnecessário. Mas não é nada disso – e, como espero demonstrar, é algo bem diferente. O Exame de Ordem, antes de mais nada, resguarda a sociedade da má qualidade dos serviços jurídicos. Sendo o advogado um defensor do cidadão, o mínimo que dele se exige é que conheça bem os instrumentos com que exercerá essa defesa. O Exame de Ordem é uma aferição elementar desse conhecimento básico dos rudimentos da profissão e da legislação, uma espécie de ISO 9000 dos formandos, um selo de qualidade, mais que nunca indispensável, diante de um cenário educacional precário, como o brasileiro (BUSATO,2006)

No entanto, há várias contradições no discurso do famoso ex-presidente da OAB. Ou seja, o exame da OAB em nada se assemelha à norma ISO 9000, pois quem não possui o registro na Ordem dos Advogados (que carece de aprovação pela Ordem dos Advogados) está impedido de praticar, o que mostra de imediato que o exame da Ordem em nada semelhante ao padrão ISO 9000. A aprovação no exame não é como um selo de qualidade, pois a atuação do bacharelado exige sua aprovação prévia.

A instrução acadêmica, que já foi a marca de um excelente profissional, virou uma característica essencial de quem quer se destacar na sociedade moderna. Mas, além da qualificação, os bons profissionais devem possuir preceitos e propriedades que se pautam pela ética, moralidade, dinamismo, retórica, comunicação e muitos outros pré-requisitos para seja qual for o profissional de qualquer área ou classe trabalhadora.

Rubem Almeida Mariano, teólogo, filósofo e doutor pela Umesp, em seu artigo sobre a **Formação** Acadêmico-profissional diz que:

A formação acadêmico-profissional não se dá apenas nos campos do saber teórico, da prática, da técnica, como se o ser humano fosse um computador programado para processar dados e realizar fielmente tarefas. O ser humano é vida / morte, amor / ódio, espiritualidade / materialidade, criatividade / reprodução. Ele é esse misto de complexidades e isso aponta para outros campos da existência humana. Dentre esses campos encontramos o agir moral e ético (Mariano, 2007).

Nesse contexto, o famoso exame da Ordem exige que os candidatos façam apenas **pensamento** abstrato e científico, e até selecionam excelentes “juristas”, mas não há garantia de que esses candidatos se tornarão excelentes profissionais uma vez aprovados, pois nada se sabe sobre a prática da Ética, moral, criatividade e aplicabilidade desses conceitos em sua atuação profissional.

Portanto, de acordo com o texto da Constituição, o objetivo da educação é, entre outras **coisas**, habilitar-se para um trabalho que não exija comprovação de qualificação, e o referido exame não se torna necessário ao bacharel em direito.

**Aprofundando** o assunto, a Lei de Diretrizes de Base da Educação, no art.43º II dispõe que:

Art.43º. A educação superior tem por finalidade: II – Formar diplomados nas diferentes áreas do conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua

O que **mostra** a possibilidade imediata de um graduado universitário ser direcionado para o mercado de trabalho, pois de acordo com a lei ele deve estar apto a exercer sua profissão sem a realização de exame para esta avaliação.

Por outro lado, a mera aceitação e posterior registro como advogado não garante a qualidade do serviço prestado, pois, como já ressaltado, há casos de advogados que carecem de ética no exercício de sua profissão, e também advogados comprometidos em vários escândalos de corrupção.

Assim, fica claro que a Ordem dos Advogados do Brasil tem utilizado o Exame também para outros fins que não o que se propõe, quais seriam para avaliar o nível e a qualidade de um candidato que ingressa no cargo de advogado e das formações jurídicas ministradas em nosso país.

O Exame da Ordem tornou-se uma ferramenta da Ordem dos Advogados do Brasil que causou uma enorme reserva de mercado, pois regulamenta os preços dos serviços prestados pelos advogados em nosso país, e impede que profissionais habilitados **praticuem** a advocacia após a obtenção do diploma universitário. Ressalte-se que a OAB, à imagem das antigas corporações de ofício que, como lembrado por LEILA CUÉLLAR:

Atentavam contra a liberdade econômica e impediam o desenvolvimento das atividades profissionais, em decorrência de uma regulação excessiva e porque desrespeitavam as liberdades individuais (CUÉLLAR,2006).

Usa um Exame para impedir que muitos bacharéis em direito exerçam sua profissão **após** a conclusão do curso.

De **acordo** com o ensino de VITAL MOREIRA:

Em geral esta regulação das profissões é justificada em nome do interesse público e da ética da profissão. Mas existem dados e pesquisas que demonstram que ela funciona essencialmente em benefício dos profissionais, reduzindo a oferta, mantendo artificialmente preços altos e protegendo a profissão contra os clientes e contra o interesse público. Isso é tanto mais assim quanto mais forte for o poder das profissões, quanto mais débil for o controle público sobre elas. É o que sucede em Portugal, onde as corporações profissionais não cessam de proliferar, onde elas funcionam como poderosos grupos de interesses oficiais, onde o Estado abdicou de todo o controle sobre elas, deixando-as em roda livre, e onde várias delas levaram ao extremo a sua função de cartel profissional (Moreira,1997).

Assim, o exame da OAB tornou-se uma limitação ao exercício profissional de um grande **número** de bacharéis que são reprovados no exame. Em última análise, isso



aumenta o custo dos serviços jurídicos e torna mais difícil para as pessoas irem aos tribunais. Por isso, como também destaca VITAL MOREIRA, se é preciso passar por um exame para trabalhar, isso constitui um malthusianismo profissional.

A criação de reserva de mercado pela Ordem dos Advogados do Brasil viola claramente a liberdade de exercício profissional consagrada na Constituição, que só pode ser **limitada** por certas condições de qualificação que podem ser determinadas arbitrariamente por lei. Vale lembrar que na disciplina de Direito essa habilitação está limitada à aprovação no curso superior, qual seja ele o curso de Direito. Não obstante, a OAB realiza periodicamente Exames de Ordem para ingresso dos bacharéis, o que limita o acesso de alguns cidadãos à profissão. E, como falado por VITAL MOREIRA, isto demonstra que:

Uma nova estratégia na restrição da entrada na profissão. É evidente que por detrás desta inédita atitude está uma implícita contingência do acesso à advocacia (MOREIRA,2006)

**Conforme** declarado pelo deputado Max Rosenmann em suas razões para a introdução do Projeto de Lei 5.801/05:

Sendo a qualificação profissional cabedal de conhecimentos ou atributos que habilitam alguém ao desempenho de uma função, é notório que tais conhecimentos são hauridos única e exclusivamente através da formação acadêmica. Somente a universidade é detentora exclusiva de tal função, cabendo-lhes a função de qualificar seu corpo discente. Caso a Ordem dos Advogados do Brasil reconhecida fosse como escola de nível superior, certamente gozaria da prerrogativa de qualificar ou não seu alunato para o exercício da profissão

Para tanto, é necessário analisar o inciso IV do artigo 8º da Lei 8.906/9 (Estatuto dos Advogados e Ordem dos Advogados do Brasil), afinal, como mencionado acima, o Exame da Ordem gera muitas desigualdades. Dessa forma, propostas legislativas para abolir a obrigatoriedade do exame da Ordem são comuns, e servem para que os bacharéis **em** Direito tenham garantias constitucionais de seguir carreiras para as quais estão habilitados.

#### 4.O ÓBICE DO EXAME DE ORDEM

Diante **das** diversas assimetrias que esse exame acaba por gerar, é imprescindível analisar seus requisitos e tomar como referência a Constituição Federal, pois como aponta Regina Maria Macedo Neri Ferrari,

Uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa". O regime previsto na Constituição é punível com nulidade.

**Conforme J. J. GOMES CANOTILHO:**

A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o 'primado do direito' do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão (CANOTILHO, 2002).

Portanto, para que a regra funcione, ela deve estar de acordo com a letra da Constituição, afinal a Constituição "é a mais eficaz garantia de liberdade e da dignidade do indivíduo, já que obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras previstas na Constituição". Dessa maneira, faz-se necessário focarmos no que explica **CLÈMERSON MERLIN CLÈVE**:

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador (CLÈVER,2000).

Logo, é sabido que a Constituição "é uma ordem fundamental, material e aberta de uma **comunidade**". É ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional".

No **entanto**, este não é o caso quando se trata da exigência de passar no Exame da Ordem para se registrar como advogado. Porque o artigo 205 da Constituição diz o seguinte:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1998).

Da mesma forma, o disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que estabelecem que os objetivos do ensino superior são: "formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na **sua** formação continuada". Ressalte-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional está em consonância com o texto constitucional. Trata-se de uma contravenção às disposições do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que determinam que candidatos de qualquer área do conhecimento podem exercer a profissão.

A exigência de aprovação no Exame de Ordem para acesso ao quadro da OAB não se **conforma** ao texto da Constituição, que é norma constitucional e não pode estabelecer nenhuma exigência que não esteja relacionada às qualificações profissionais que constituem os requisitos profissionais. Nesse sentido, nossos tribunais também entendem:

A Constituição assegura a todos o livre exercício profissional, que somente sofre as limitações previstas em lei relativas à qualificação (CF, art. 5º, inc. XIII)

A CF, em seu art. 5º, XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, atendidas as qualificações que a lei vier a estabelecer. Trata-se de norma de eficácia contida ou mitigada. A norma infraconstitucional, porém, não poderá estabelecer condição desvinculada da qualificação profissional, mormente condição que inviabilize o trabalho

Pode-se concluir, que, qualquer profissão, ofício ou trabalho pode ser exercido, posto que é assegurado o direito de liberdade, se atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Por óbvio, no caso em tela, seria a qualificação profissional **estabelecida** em lei à Faculdade de Direito, ao curso de graduação na área jurídica, que prepara o indivíduo de maneira a deixá-lo apto para os conflitos jurídicos/sociais, para a aplicação do direito no caso concreto.

A Constituição Federal no art.1º, II, III, IV estabelece “a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho” A questão é: onde está o princípio da ordem nesses três princípios básicos do texto constitucional? Se a cidadania contém direitos e obrigações de todos os indivíduos perante a sociedade, onde está o direito **humano** à dignidade e o valor social do trabalho? O Exame da Ordem bota em questionamento esse texto constitucional e deixa de exercer os valores da lei. Mesmo após se formar, tendo se preparado longos anos para exercer o ofício como advogado, torna-o indigno da função e de ajudar a sociedade exercendo sua profissão, por não ter sido aprovado num exame incoerente.

Além **disso** no Art. 3º da CF/88 afirma que:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Como pode haver uma sociedade livre, justa e unida se esses graduados não são livres para exercer suas profissões, mesmo que sejam qualificados. Somente com o **desenvolvimento** de todas as classes trabalhadoras, ocasionará o desenvolvimento do país, reduzirá o desemprego e o endividamento, reduzirá a desigualdade social e promoverá o bem-estar de todos. O contrário do que acaba fazendo: segregar os "qualificados" e os "desqualificados" impedindo de os bacharéis em direito laborar com dignidade.

Verificamos que não há revisão constitucional nos artigos art.5º, II e XIII, que dispõem que “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, XIII - “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, que deve advir do poder Legislativo e não do Conselho Federal da OAB que viola gratuitamente o livre exercício da profissão. Da mesma forma, os artigos 170º e 193º da CF/88 operam com base no sistema socioeconômico, enquanto o exame com base no Provimento nº109, de 05.12.2005 aborda no sentido oposto.

A graduação de ensino e a moralidade e ética de uma pessoa, que não se dá por meio do Exame de Ordem, são requisitos adicionais essenciais para que todos possam trabalhar com dignidade na profissão que escolheram, exercer livremente sua profissão.

Da necessidade do exame da Ordem dos Advogados do Brasil, tomando por base preceitos legais, podemos dizer que há legalidade na atual conjuntura, muito embora para alguns, haja ilegalidade, tachando até mesmo como inconstitucional, como **preceitua** o Professor de Direito Constitucional da UNAMA (Universidade do Amazonas), Dr. Fernando Lima:

A Lei nº 8.906 (ESTATUTO DA ORDEM), impõe, como requisito para a inscrição como advogado, A APROVAÇÃO EM EXAME DE ORDEM (art. 8º, IV). Nada mais. Diz, apenas, que O EXAME DE ORDEM SERÁ REGULAMENTADO EM PROVIMENTO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB (art. 8º, §1º). Portanto, o Exame de Ordem NÃO FOI CRIADO POR LEI do Congresso, porque o Estatuto da OAB nada disse a seu respeito, nem foi REGULAMENTADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, como deveria ter sido (Constituição Federal, art. 84, IV, in fine). A norma é inconstitucional, porque a competência de REGULAMENTAR AS LEIS É PRIVATIVA do Presidente da República. Verifica-se, desse modo, que o Exame de Ordem é, também, FORMALMENTE INCONSTITUCIONAL, porque foi criado por um órgão que não tinha a necessária competência para tanto. SOMENTE A LEI DO CONGRESSO, REGULAMENTADA PELO PRESIDENTE, poderia restringir o DIREITO FUNDAMENTAL AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO (CF, art. 5º, XIII).

#### **E conclui:**

“PORTANTO, o EXAME DE ORDEM é DUPLAMENTE INCONSTITUCIONAL: MATERIALMENTE, porque atenta contra diversos dispositivos constitucionais, que atribuem competência às Universidades e ao poder público, em relação à qualidade do trabalho e à avaliação da qualidade do ensino; e FORMALMENTE, porque não foi criado por lei e regulamentado pelo Presidente da República, mas sim pelo Conselho Federal da OAB, através do Provimento nº 81.

No entanto, conforme Recurso Extraordinário (RE) 603583 do Supremo Tribunal **Federal** – STF decidiu que é constitucional a exigência do exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), previsto na Lei 8.906/94, o chamado Estatuto da Advocacia. Nesse caso, não discutimos a constitucionalidade do Exame, mas apenas como, de fato, tem barrado tantas pessoas de exercerem sua profissão.

Em **julho** de 2021, tivemos alguns dados interessantes sobre a prova da OAB. Naquele momento, mais de 200 mil candidatos fizeram o 32º Exame da OAB em todo o país. Desse total, 46.524 alunos foram reprovados, o equivalente a 23,27% dos estudantes.

Desde 2010, o Exame da OAB é organizado e aplicado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Até a 28ª edição, foram cerca de 3,55 milhões de inscrições, sendo 1,07 milhão de participantes únicos. Ou seja, somente 1/3 realizou o exame pela primeira vez. Em outra interpretação, cada candidato realiza o exame três vezes em média.

Dados da FGV apontam que a taxa de aprovação total é de 61,26% e ainda o percentual de **aprovação** cai na medida em que as tentativas de provas aumentam.

## 5.CONCLUSÃO

O sistema jurídico é extremamente importante em todas as sociedades do mundo, desde as sociedades mais miseráveis até as grandes potências, pois defende a liberdade e os direitos dos cidadãos, que são a base do "Estado Democrático de Direito". Portanto, é impossível subestimar a importância dos advogados na vida das pessoas, pois eles são parte essencial da estrutura da justiça sem a qual não podemos sobreviver.

O Supremo Tribunal Federal, decidiu, por unanimidade, que a questão da obrigatoriedade **do** Exame de Ordem teve repercussão pública durante a análise preliminar do Recurso Extraordinário 603.583.

Por isso, o ministro Marco Aurélio anunciou que os acadêmicos em direito *"insurgem-se nos diversos órgãos do Judiciário contra o denominado Exame de Ordem, que, segundo argumentam, obstaculiza de forma setORIZADA, exclusivamente quanto a eles, o exercício profissional. O Supremo há de pacificar a matéria, pouco importando em que sentido o faça."*

Diante de todo o exposto, é importante observar que, adiante de todos os disparates que advêm da exigência de passar no Exame de Ordem para se registrar como advogado, o conclui que a exigência em si não contribui com o desenvolvimento desses bacharéis. Afinal, tem causado inúmeras desvantagens para a coletividade, como o aumento do judiciário, a criação de uma reserva no mercado de advogados, o aumento da dificuldade de acesso aos tribunais e a gestão da formação dos alunos com direcionamento à aprovação no Exame de Ordem, quando ignorando uma necessidade de formação mais humana, que se aplica a qualquer estudante de formação do ensino superior.

O certificado de conclusão é válido nacionalmente após o reconhecimento do curso pelo **Ministério** da Educação. Desta forma, os cidadãos com diploma de uma instituição credenciada podem exercer uma profissão em todo o país. Portanto, o conhecimento do bacharel não deveria ser avaliado pela Ordem dos Advogados do Brasil,



pois se uma pessoa obteve este grau, é claro que ele está qualificado para exercer atividade como Advogado.

Hoje, nos deparamos com uma situação difícil de reverter, pois a OAB utiliza uma alta taxa de **erro** em sua prova para justificar sua necessidade. O exame da OAB foi criado sob a lógica de que serviria para melhorar a qualidade dos serviços jurídicos prestados no nosso território, mas deixa muito a desejar nesse quesito e agora é plenamente respaldado (e os mesmos dirigentes da OAB recorrem a esse argumento) apenas em seu alto nível de taxa de reprovação. Ressalta-se que o método utilizado no exame não é o mais desejável, pois trata-se de questões ao Bacharelado apenas com modificações nos termos de alguns textos legais para verificar se o candidato conhece do texto da lei, invertido para confundir o bacharel.

O exame da Ordem acaba por atacar direito líquido e certo de exercício de profissão dos já **habilitados** para a prática. Porque de acordo com a nossa Constituição, é função da educação de preparar o cidadão para o mercado de trabalho. Deveria também ser o caso dos cidadãos que fizeram cursos de direito, pois são reconhecidamente habilitados para o exercício da advocacia, devendo o papel da Ordem dos Advogados do Brasil, neste caso, limitar-se a examinar os profissionais em exercício, além de representar seus membros e exercer os poderes disciplinares nos termos da lei. Ressalte-se ainda que o exame da Ordem é regulamentado por outra autoridade que não o Presidente da República - e é regulamentado pelo regulamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Mas, como vimos, a capacidade de estabelecer regulamentos para fazer cumprir adequadamente a lei é exclusiva do primeiro. Além disso, cabe exclusivamente à União impor condições e legislar sobre o trabalho profissional.

As universidades são responsáveis por preparar e qualificar os alunos para enfrentar os desafios do mercado de trabalho, cabendo ao Estado a fiscalização dessas instituições. Essa verificação não é diretamente responsabilidade da OAB. A inserção desses egressos ajuda a aumentar a produtividade e a renda, conquistar sua independência econômica, sua dignidade como seres humanos e integrar-se à sociedade. E passar no exame não facilita em nada essa inserção, muito pelo contrário, acaba por dificultar.

Portanto, o Exame da OAB fere as garantias fundamentais da CF/88 e não atinge o seu **objetivo** original, uma vez que muitos profissionais que estão aptos a exercer a profissão, tornam-se impedidos e acabam por desistir da área pelo Exame ser um "ponto de pressão" para os alunos.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade

e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. (*Ingo Sarlet – Juiz e Jurista brasileiro*)

O Exame da OAB viola os princípios e garantias básicos estabelecidos na constituição, por isso foi mal aplicado a estudantes que, tendo entrado na universidade, almejam um excelente desempenho profissional após a decepção do exame.

Também é prejudicial ao desenvolvimento da sociedade, causando stress aos alunos e ocasionando o desemprego devido ao tratamento desigual aos estudantes de direito. **Ineficiente** porque não são avaliadas as reais qualificações de bons especialistas, que veem o seu exercício limitado por instituições cujo objetivo não deveria ser escolher os seus especialistas, mas apenas controlá-los.

Logo, o Exame realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil que cerceia da pessoa com **formação** acadêmica o livre exercício da profissão, tornou-se ineficaz.

## 6. REFERÊNCIAS

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

BUSATO, Roberto. A importância do Exame de Ordem. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, n. 82, jan/jun, 2006, p. 133.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

**Citações e frases jurídicas.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://altiniolouro.jusbrasil.com.br/noticias/576774327/citacoes-e-frases-juridicas/amp>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

**Constituição.** Gov.br. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CUÉLLAR, Leila. Auto-regulação profissional: exercício de atividade pública. Revista de Direito Público da Economia. N. 15, jul/set Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Com.br. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Violar+um+princ%C3%ADpio+%>

C3%A9+muito+mais+grave+do+que+transgredir+uma+norma>. Acesso em: 19 nov. 2022.

DE SOUSA VIEIRA, Guaraci. **O princípio da nulidade da lei inconstitucional e sua aplicação**. Consultor Jurídico. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007-out-18/nulidade\\_lei\\_inconstitucional\\_aplicacao?pagina=12](https://www.conjur.com.br/2007-out-18/nulidade_lei_inconstitucional_aplicacao?pagina=12)>. Acesso em: 19 nov. 2022.

LEI No 4.215, DE 27 DE ABRIL DE 1963.

LDB. Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm) >.

Leg.br. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=335386&file\\_name=PL+5801/2005](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=335386&file_name=PL+5801/2005)>. Acesso em: 19 nov. 2022.

**L8906**. Gov.br. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2022.

MARIANO, Rubem Almeida. Formação Acadêmico-profissional: algumas considerações à luz da ética da vida. (2007)

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2855>. Acesso em: 8 nov. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Exame da ordem: para quê e para quem?. Publicado no O liberal, 2006. Disponível em: < <http://www.profpito.com/examescaff.html> >.

SCHWARTZAN, Simon Brasil: Oportunidade e Crise no Ensino Superior. Título original "Brazil: opportunity and Crisis in Higher Education", Higher Education 17, 1, 1988. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/oportun.pdf>

TEGA, Isadora. **O mínimo do bom senso**. Forbes Brasil. Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbes-money/2022/06/nelson-wilians-o-minimo-do-bom-senso/?amp>>. Acesso em: 19 nov. 2022.

WIKIPEDIA CONTRIBUTORS. **Ordem dos Advogados do Brasil**. Wikipedia, The Free Encyclopedia. Disponível em:

<[https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Ordem\\_dos\\_Advogados\\_do\\_Brasil](https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Ordem_dos_Advogados_do_Brasil)>. Acesso em: 19 nov 2022.

## A EXPLORAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS EM MÍDIAS SOCIAIS

**GELSON MARIANO PAIVA DE JESUS:**

Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário UNIRG<sup>118</sup>.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)

**RESUMO:** Nos últimos anos foi possível perceber uma intensificação na discussão em relação à segurança pública, tornando-se este um dos assuntos mais discutidos quando se trata dos deveres que o Estado em relação ao cidadão. Dessa forma, em resposta à crescente violência experimentada diariamente, uma parcela da população brasileira começou a pedir e esperar por um aumento nas punições penais, além de serem coniventes com violência praticada em alguns casos, pela força policial. A viabilidade de conexão mediante o uso de tecnologias sem fio, como celulares com rede 3G ou 4G, Wi-Fi, RFID, GPS, *Bluetooth*, têm provocado diferentes modificações nos processos comunicacionais e, por consequência, novos padrões nas inter-relações. O artigo, tem por objeto o estudo da divulgação de operações policiais em mídias sociais, que são executadas dentro do contexto virtual, com abordagem em condutas criminosas, onde o agente de segurança pública, ao divulgar a ação, também se promove a herói perante a sociedade. A pesquisa teve como referência redes sociais e mídias sociais usuais na Instituição pelos seus integrantes, disponíveis na internet. Partindo-se de uma contextualização do que seja internet e redes sociais, foram apresentadas as principais, dando-se ênfase ao serviço de streaming YouTube, o qual conta com maior visibilidade.

**Palavras-chave:** Segurança Pública. Internet. Mídias Digitais. Tecnologias. Polícia.

**ABSTRACT:** In recent years it has been possible to notice an intensification in the discussion regarding public security, making this one of the most discussed issues when it comes to the duties that the State has in relation to the citizen. In this way, in response to the growing violence experienced daily, a portion of the Brazilian population began to ask and hope for an increase in penal punishments, besides being conniving with violence practiced in some cases by the police force. The viability of connection through the use of wireless technologies, such as mobile phones with 3G or 4G networks, Wi-Fi, RFID, GPS, Bluetooth, have caused different modifications in communication processes and,

---

<sup>118</sup> marianogelson8@gmail.com

consequently, new patterns in inter-relationships. The present article has as object the study of the disclosure of police operations in social media, which are executed within the virtual context, with approach in criminal conducts, where the public security agent, when disclosing the action, also promotes himself as a hero before the society. The research had as reference social networks and social media used in the institution by its members, available on the internet. Starting from a contextualization of what is internet and social networks, the main ones were presented, emphasizing the YouTube streaming service, which has greater visibility.

**Keywords:** Public Safety. Internet. Digital Media. Technologies. The Police

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho possui como objeto o estudo da divulgação de operações policiais em mídias sociais, que são executadas dentro do contexto virtual, com abordagem em condutas criminosas, onde o agente de segurança pública, ao divulgar a ação, também se promove a herói perante a sociedade.

Nos últimos anos foi possível perceber uma intensificação na discussão em relação à segurança pública, tornando-se este um dos assuntos mais discutidos quando se trata dos deveres que o Estado em relação ao cidadão.

Dessa forma, em resposta à crescente violência experimentada diariamente, uma parcela da população brasileira começou a pedir e esperar por um aumento nas punições penais, além de serem coniventes com violência praticada em alguns casos, pela força policial.

Não raro, encontramos no site de *streaming* "YouTube" canais voltados a operações policiais, com milhares de visualizações. Um verdadeiro espetáculo, com câmeras e filmagem profissionais. Existem canais tão grandes, que rendem aos seus proprietários, cerca de R\$ 350.00,00 (trezentos e cinquenta mil reais) ao mês, como é o caso do famoso Delegado Carlos Alberto da Cunha, trazendo à tona a questão: é possível um servidor público utilizar-se do seu cargo público, para exibir operações policiais, valendo-se também da imagem de outros colegas policiais e de armas da corporação?

Infelizmente, operações policiais reais, se popularizam no Brasil como "séries" de entretenimento. Atualmente existem cerca de 100 canais de policiais brasileiros no *Youtube*, onde o *ranking* dos cinco mais vistos, juntos, contabilizam mais de 1 bilhão de visualizações, conforme informado no site Gazeta do Povo.

Enquanto de um lado temos policiais se promovendo às custas da imagem das operações, do outro, temos o uso das mídias digitais como aliada na divulgação sobre informações de segurança pública à sociedade.



Conforme ensina Silva (2016), em uma sociedade com forte influência da tecnologia, o uso das mídias digitais pode ser um aliado para difundir informações sobre a segurança pública, pois, na medida em que a população reconhece os diversos projetos desenvolvidos pela Polícia Militar, ela pode passar a confiar mais na instituição. As mídias digitais oferecem um grande suporte para qualquer instituição desenvolver um bom serviço, o uso constante de tecnologias das mais variadas formas em mídias digitais, mudou o sentido de se obter notícia.

A tecnologia que hoje está presente de forma muito habitual na sociedade pode contribuir de forma significativa para uma aproximação e uma troca valiosa de informação entre essas instituições e a sociedade, mas também propicia dos maus exemplos de policiais se valendo do cargo para impulsionar as próprias redes e praticar a sua promoção.

O presente trabalho foi dividido em 04 capítulos, nos quais o leitor poderá observar dispositivos legislativos que coíbem as condutas do servidor público no que tange o objeto deste artigo, bem como, poderá refletir acerca das condutas dos servidores públicos policiais no âmbito virtual.

## **2. MATERIAL E MÉTODOS**

Para a efetivação do presente estudo foi empregado a abordagem bibliográfica, com revisão literária. Empregado o método descritivo, procurou-se elucidar o contexto da divulgação de operações policiais em mídias sociais, por meio da técnica de revisão de documentos expostos em sites, Órgãos Públicos, jornais, doutrina, legislação, artigos científicos e relatórios.

A pesquisa se atentou em perceber quais os aspectos que motivam o cidadão a se interessar veemente pelas ações policiais midiáticas, e quais os caminhos traçados pelos policiais para alcançar a notoriedade desse público, bem como, a legalidade e aceitabilidade dessa conduta por parte da Segurança Pública.

Posto isso, é substancial que se proceda com uma pesquisa em legislações, apontando quais condutas o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza em razão da exposição da força policial e auto promoção, por meio de mídias digitais e redes sociais.

## **3. NOVAS MÍDIAS**

A dimensão do desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, tem influído os meios de criação e de transformação das relações sociais.

As novas mídias nasceram com surgimento da computação, que por meio de dados numéricos, transformaram as novas mídias, no que hoje conhecemos como mídias digitais.

Há atualmente diversas mídias digitais em todo o mundo, algumas delas até possuem semelhanças em alguns pontos, mas fato é que, foi através do advento dessas novas mídias que se revolucionou o que até então havia de mídias no mercado. Martino (2014) explica:

O termo mídias digitais é, às vezes, intercambiado com nova mídia, novas mídias, novas tecnologias e expressões derivadas. De algum modo, essas expressões procuram estabelecer uma diferença entre os chamados meio de comunicação de massa ou mídias analógicas, como a televisão, o rádio, jornais e revistas impressos, dos meios eletrônicos.

Martino (2014) ainda destaca que as novas mídias, por mais diferenças que possuem entre si, nesse estágio que o computador alcançou no século XXI, têm características comuns, que são relativas à maneira de elaborarem suas produções, pelas inúmeras possibilidades de aplicação do computador.

### 3.1 MÍDIAS DIGITAIS

Segundo Miskolci (2013), “mídias digitais são uma forma de se referir aos meios de comunicação contemporâneos baseados no uso de equipamentos eletrônicos conectados em rede [...]”.

O aperfeiçoamento das mídias digitais está baseado em dois eixos: um horizontal, no qual prepondera a celeridade das transmissões, e outro vertical, em que há um aumento das conexões.

A viabilidade de conexão mediante o uso de tecnologias sem fio, tais como celulares com rede 3G ou 4G, Wi-Fi, RFID, GPS, *Bluetooth*, têm provocado diferentes modificações nos processos comunicacionais e, por consequência, novos padrões nas inter-relações.

As novas mídias digitais, fornecem uma possibilidade de que os usuários consigam interagir em tempo real e instantaneamente. Dessa forma, por meio dessa possibilidade, há também uma gama de opções de meios e mídias de comunicação.

Cannito (2009) leciona a respeito das mídias digitais, de uma forma mais clara e objetiva que os elementos de mídias digitais podem ser vistos como um conjunto de aparelhos compostos de tecnologia digital tais como: computador, telefone celular, *tablet*, revistas digitais, televisão digital, vídeo digital, foto digital, entre outros. Estas mídias digitais estão se diferenciando das mídias antigas analógicas, não somente por sua composição de existência, a internet, mas pela velocidade, praticidade e comodidade aos usuários que esta tecnologia desenvolveu nos últimos anos.

Dentre as opções, podemos contar com dispositivos fixos, tais como computadores e com dispositivos móveis, tais como aparelhos celulares, *tablets* entre outros. Todas estas opções fornecem ao usuário, meios de estabelecer um ambiente de interação social e comunicação, a seu modo.

As peculiaridades das mídias digitais e o modo como elas se desenvolvem, fornecem aos usufrutuários uma série ilimitada de possibilidades para transformá-la conforme sua necessidade.

Ribeiro (2005) evidencia algumas causas que podem fomentar o uso excessivo do aparelho de telefone celular. A primeira é a facilidade de coordenação das atividades da vida cotidiana, o que expande e otimiza o planejamento das situações segundo as demandas e contextos específicos que acontecem com o transcorrer dos fatos. A segunda razão é a segurança. Refere-se à certeza de que a comunicação com o outro se concretizará quando necessária, especialmente, em situações emergenciais.

Conforme dados da Anatel<sup>1</sup> para o mês de fevereiro de 2022, o indicativo é de que no referido mês, o Brasil atingiu a marca de 256,4 milhões de aparelhos celulares, perfazendo uma totalidade de 119,72 cel. /Hab. Esses dados, mostram o fenômeno e sucesso desses aparelhos, entre a população.

#### **4.SEGURANÇA PÚBLICA**

O artigo 144, da Constituição Federal de 1988, faz menção à segurança pública, *in verbis*: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

Já o artigo 5º, aditado no capítulo que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, aborda a segurança, como direito fundamental, consoante segue: “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 [...]”.

O tema Segurança Pública tem ganhado destaque pelo meio de exposição pela mídia, que dia após dia, incansavelmente arrola assuntos pertinentes aos crimes e a violência que aterrorizam uma grande parcela da população brasileira.

A cobertura midiática em cima destes casos, têm sido cada vez mais ampla, com transmissão ao vivo e em alguns casos, acompanhando simultaneamente às operações

policiais. E do outro lado, junto dessa mídia, temos também policiais que gravam as próprias operações (outras vezes forjam), afim de conquistar holofotes na mídia.

A função da mídia apresenta-se muito além da reportagem e publicação das notícias sobre segurança pública. É por conta da exploração que a mídia faz com a espetacularização dos crimes, que pessoas são incitadas a pensar e agir, diante dos fatos noticiados.

Os órgãos de Segurança Pública também têm se valido da mídia para construírem cenários, aonde os policiais são heróis na internet, como veremos no capítulo a seguir.

## **5. REALITY SHOW, ENCENAÇÃO E FAMA**

Programas que se valem da ação policial não é nenhuma novidade no Brasil. Muitos se recordam do programa “Polícia 24h”, exibido na TV brasileira no canal aberto Band.

O programa teve início em 2010, e perdura até os dias de hoje. Como a própria produtora do programa descreve, “Polícia 24h é um reality show brasileiro que mostra a vida e os bastidores das ações policiais realizadas pela Polícia Militar de São Paulo. É a versão nacional do programa COPS, no Brasil exibido pela truTV”.

Com a certeza que a *internet* é o novo palco para fama e negócios dessa época, juntamente com a popularidade de sites como *YouTube* e aplicativos como *Instagram*, os *reality shows* policiais, migraram para essas plataformas, como já era esperado.

Alguns policiais se tornaram verdadeiras estrelas na internet nesses últimos 4 anos, dentre eles o Delegado Da Cunha, como é conhecido no *Youtube*, que conta com 3,7 milhões de inscritos em seu canal na plataforma e o ex-policial militar, Gabriel Monteiro, que hoje é vereador na cidade do Rio de Janeiro –RJ, com mais de 60 mil votos. Ambos se tornaram famosos por postarem em seus canais e nas suas mídias digitais bastidores de ações policiais, utilizando-se de suas imagens e arsenal de armas do Estado.

Esse fenômeno de policiais *youtubers* teve início com Da Cunha, onde policiais (civis e militares) utilizam-se de suas carreiras como servidores públicos para granjear na internet com vídeos de abordagens (muitas vezes violentas), bastidores de operações e até mesmo concedendo entrevistas à *podcasts*. A partir daí, o limite entre o que é entretenimento e o que é serviço público anda bastante confuso.

## **6. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO REGIME DISCIPLINAR**

A Administração Pública atua na execução da função administrativa, com o propósito de servir aos interesses públicos de modo concreto, direto e imediato.

Para Mello (2004) o sentido subjetivo da Administração Pública abrange os sujeitos da Administração, ou seja, as entidades jurídicas de direito público ou de direito privado, como também os órgãos públicos e agentes públicos que têm o compromisso do dever-poder de exercer a função ou atividade administrativa determinada por lei, realizando concreta, direta e imediatamente os fins que a Constituição atribui ao Estado.

Em meio aos princípios basilares do Direito Administrativo, é importante ressaltar o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, o Princípio da Impessoalidade e o Princípio da Publicidade. Aqui é importante chamarmos a atenção a respeito dos sujeitos da Administração, haja vista que estes não são detentores da disponibilidade do interesse público e dessa forma, são adstritos a observância da finalidade legal.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu § 1º, do art. 37:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Desse modo, a Administração Pública deverá atuar em caráter impessoal e transparente, de modo que atenda a todos de maneira adequada.

O exibicionismo de armas e viaturas no decorrer das operações policiais – frequentemente com fotografias que dão ênfase ao rosto do policial – provoca a sensação de que o policial *influencer* detém o controle da ação que ali acontece, que o mesmo tem o controle sobre a criminalidade.

Por essa razão, é comum encontrar policiais engajados nas redes sociais que se utilizam destas para alçar outros planos, em especial, para campanhas eleitoreiras.

Por conseguinte, as contas destes policiais juntos às mídias sociais são instrumentos para se deliberar uma campanha política ou mesmo ser palco para militância, aonde assiduamente é difundido discursos partidários do populismo da segurança pública, à exemplo da tolerância zero e outros extremismos.

Algumas corporações, militares e civis, estão buscando regular o uso das mídias sociais pelos seus membros, assim como estabeleceu o Poder Judiciário, onde o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Ministro Dias Toffoli, emitiu a Resolução nº 305 de 17 de dezembro de 2019, a qual instituiu preceitos para o corpo de magistrados:

Art. 3º A atuação dos magistrados nas redes sociais deve observar as seguintes recomendações:

I – Relativas à presença nas redes sociais:

- a) adotar postura seletiva e criteriosa para o ingresso em redes sociais, bem como para a identificação em cada uma delas;
- b) observar que a moderação, o decoro e a conduta respeitosa devem orientar todas as formas de atuação nas redes sociais;
- c) atentar que a utilização de pseudônimos não isenta a observância dos limites éticos de conduta e não exclui a incidência das normas vigentes; e
- d) abster-se de utilizar a marca ou a logomarca da instituição como forma de identificação pessoal nas redes sociais.

II – Relativas ao teor das manifestações, independentemente da utilização do nome real ou de pseudônimo:

- a) evitar expressar opiniões ou compartilhar informações que possam prejudicar o conceito da sociedade em relação à independência, à imparcialidade, à integridade e à idoneidade do magistrado ou que possam afetar a confiança do público no Poder Judiciário;
- b) evitar manifestações que busquem autopromoção ou superexposição;
- c) evitar manifestações cujo conteúdo, por impróprio ou inadequado, possa repercutir negativamente ou atente contra a moralidade administrativa, observada sempre a prudência da linguagem;
- d) procurar apoio institucional caso seja vítima de ofensas ou abusos (*cyberbullying*, *trolls* e *haters*), em razão do exercício do cargo;
- e) evitar expressar opiniões ou aconselhamento em temas jurídicos concretos ou abstratos que, mesmo eventualmente, possam ser de sua atribuição ou competência jurisdicional, ressalvadas manifestações em obras técnicas ou no exercício do magistério; e
- f) abster-se de compartilhar conteúdo ou a ele manifestar apoio sem convicção pessoal sobre a veracidade da informação, evitando a propagação de notícias falsas (*fake news*).



Ao final do ano de 2021, foi publicada a Diretriz PM3- 006/02/21, a qual regula o uso das mídias sociais, bem como o uso de aplicativos de mensagem instantânea (a exemplo do *WhatsApp* e *Telegram*), por policiais militares do Estado de São Paulo.

Dentre os motivos da criação dessa diretriz, está o aumento do uso das mídias sociais e sites de *streaming* por policiais associando-se à Instituição, ademais a referida diretriz limita até mesmo comentários além de proibir que os servidores públicos estaduais da corporação critiquem a corporação nas mídias sociais.

Apesar dessa regulação, este ato tem sido criticado e considerado como cerceamento à liberdade de expressão.

A Diretriz PM3- 006/02/21 estabelece que todas as Organizações da Polícia Militar no Estado de São Paulo, devem:

[...]adotar as medidas que lhes competem para orientar e fiscalizar o uso das mídias digitais e aplicativos mensageiros por policiais militares, incluindo agregados e veteranos, naquilo que tiver correspondência direta ou indireta com a Instituição ou com a condição de militar do Estado.

No item 6.2. a respeito das Condições de Execução, a diretriz prevê:

6.2.1. é vedado ao policial militar (da ativa, agregado ou veterano), por meio de contas pessoais em mídias sociais e aplicativos mensageiros, a criação, edição, postagem ou compartilhamento de conteúdos que se relacionem, direta ou indiretamente, com a Polícia Militar, a exemplo de vídeos, imagens, áudios, textos, mensagens e links, e, particularmente:

6.2.1.1. a monetização advinda de conteúdos virtuais que se liguem, direta ou indiretamente, com a Polícia Militar; 6.2.1.2. o uso de nomes e siglas de Organizações Policial- -Militares (OPM), brasões, insígnias, símbolos, logomarcas, cargos ou funções desempenhadas, endereços das Unidades e indicação de e-mail corporativo; 6.2.1.3. conteúdos que exponham o interior das instalações físicas da Polícia Militar (ou utilizadas para fins policial militares) e viaturas, ou que façam alusão aos fardamentos, armamentos e equipamentos de proteção individual; 6.2.1.4. informações, dados ou resultados, associados a ocorrências, missões, ações, operações, apurações ou investigações policial-militares, ou que mereçam sigilo profissional

de qualquer espécie; 6.2.1.5. conteúdos envolvendo pessoas que tenham sido objeto de intervenção ou interação com a Polícia Militar; 6.2.1.6. menção à doutrina policial-militar, a exemplo dos procedimentos operacionais padrão, vídeo-treinamentos e instruções; 6.2.1.7. dicas e conteúdos relativos a exames e concursos da Polícia Militar; 6.2.1.8. considerações sobre atos de superiores, de caráter reivindicatório e de cunho político-partidário, ou depreciativos a outros órgãos públicos, autoridades e demais militares do Estado; 6.2.1.9. informações ou dados não comprovados ou inverídicos (*fake news*); 6.2.1.10. aposição de foto, em seus perfis, que se relacione, direta ou indiretamente, com a condição de militar do Estado (por intermédio de insígnia, brasão, símbolo, logomarca, fardamento, armamento, viatura ou equipamento de proteção individual), exceção feita a aparelhos intercomunicadores funcionais; 6.2.1.11. publicações que exponham caráter íntimo atentatório às relações de respeito e decoro.

As infrações cometidas em desacordo com a Diretriz PM3- 006/02/21 deverão ser apreciadas e penalizadas pelo Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (RDPM, Lei Complementar nº 893 de 09.03.2001), e também pelo Código Penal Militar e eventualmente, quando couber, pelo Código Penal Brasileiro, conforme artigo 9º do CPM.

Importante mencionar que, para fins Político-Partidários, os policiais militares podem utilizar-se de seus cargos e funções em seus perfis nas mídias sociais, na forma do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento da comunicação humana é constante e com o passar dos anos torna-se ainda mais eficiente e também conexo a novos aparatos tecnológicos que são capazes de alterar, inovar e modernizar o processo, em conformidade com as ânsias da sociedade moderna. Dito isso, é observado que as Instituições também são convocadas a fazerem parte deste processo de mudanças, haja vista que essas Instituições servem à sociedade e as diligências desta, razão a qual de sua existência.

Esta modernização implica diretamente na sobrevivência das Instituições, uma vez que as Instituições que não acompanham esse processo de evolução, sucumbem diante das Instituições que acompanham a modernização e necessidade de uma sociedade.

Por outro lado, o uso das mídias e redes sociais é percebido por diversos agentes de segurança pública como uma forma de contrapor-lhes um destaque frente à Instituição. Dessa forma, a fama alcançada pelas redes sociais (policiais *influencers*) corrobora como

ferramenta utilizada para a afirmação identitária, já que vários agentes de segurança pública, muitas das vezes, encontram-se magoados por terem que aplacar certos aspectos de suas vidas em razão da corporação.

Todavia, a objeção não é o fato do policial ser famoso e conquistar fãs nas redes sociais, mas sim o que aquele policial representa bem como o que ele propaga e quais aparatos da Instituição ele utiliza para se promover.

A esmagadora maioria dos perfis e canais desses policiais e delegados *influencers*, habitualmente, suscita concepções conservadoras e sensacionalistas dos deveres de um agente de segurança pública. E isto, é “curtido” e compartilhado por milhares de pessoas tomando proporções desmesuradas.

O problema aqui é que os agentes influenciadores se utilizam da linguagem informal e do mesmo dialeto usado pelos jovens atualmente (para conquistá-los), todavia, externam velhos discursos e práticas policiais, trazendo riscos de que isso se reproduza e traga à tona a imagem manchada de que as Instituições de Segurança Pública juntamente com as corporações militares são entidades autoritárias e violentas e que somente dessa forma é que se alcança segurança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

CANNITO, Newton Guimarães. **A TV 1.5 - A televisão na era digital**. 2009. Tese (Doutorado em Estudo dos Meios e da Produção Mediática) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. DOI: 10.11606/T.27.2009.tde-21102010-103237. Acesso em: 2022-03-27.

Resolução Nº 305 de 17/12/2019 Estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. DJe/CNJ nº 262/2019, em 18/12/2019, p. 25-28. Acesso em: 03 de mai. 2022 <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124>

SÃO PAULO. Diretriz PM3- 006/02/21. Susta a Diretriz nº PM3-006/02/21, de 27 de Dezembro de 2021, que dispõe sobre o uso de mídias sociais e aplicativos mensageiros por policiais militares. Diário Oficial - Poder Executivo - Seção I - quarta-feira, 29 de dezembro de 2021 - 24 - São Paulo, 131 (247). Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000429568> . Acesso em: 03 de mai. 2022

MARTINO, Luís Mauro Sá. Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes. Petrópolis: Vozes, 2014. Disponível em:

[https://www.academia.edu/38817265/Lu%C3%ADs\\_Mauro\\_S%C3%A1\\_Martino\\_Teoria\\_Das\\_M%C3%ADdias\\_Digitais](https://www.academia.edu/38817265/Lu%C3%ADs_Mauro_S%C3%A1_Martino_Teoria_Das_M%C3%ADdias_Digitais) . Acesso em: 20 mar. 2022.

MISKOLCI, R. Novas conexões: notas teórico-metodológicas para pesquisas sobre o uso de mídias digitais. **Revista Cronos**, v. 12, n. 2, 4 jun. 2013. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/3160>. Acesso em: 21 mar. 2022

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p.25

RIBEIRO, José Carlos. Reflexões sócio-interacionais do uso da comunicação móvel. In: V Bienal Iberoamericana de la Comunicación, 2005, Cidade do México. V Bienal Iberoamericana de la Comunicación, 2005. Disponível em:

[https://convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/artigo22506\\_20201609.pdf](https://convibra.org/congresso/res/uploads/pdf/artigo22506_20201609.pdf). Acesso em: 21 mar. 2022

SILVA, Eli Lopes Da. Labirinto rizomático de experiências com mídias digitais. 2016. 373 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Educação, Centro de Ciências de Educação, Universidade Federal de Santa Catarina,

Florianópolis, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/167467>. Acesso em: 20 mar. 2022.