

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1097

(Ano XIV)

(22/06/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR code do Volume 1097



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1097, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 439 f.

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



**Remição: algumas considerações**  
*Sidio Rosa de Mesquita Júnior. 09.*

### ARTIGOS

**O poder de requisição das Defensorias Públicas: análise das ADI'S 6852/DF, 6862/PR, 6865/PB, 6867/ES, 6870/DF, 6871/CE, 6872/AP, 6873/AM e 6875/RN**

*Diego Souza Carvalho Mota, 19.*

**Investigação preliminar criminal e o juiz de garantias: um instituto necessário?**

*Diogo Coelho Pinheiro Vieira, 27.*

**Lei nº 13.010/ 2014 – Lei da Palmada: autonomia dos pais, e a intervenção do Estado.**

*Rayana Micaele Cunha Fróes, 42.*

**A prática da vaquejada à luz da Constituição Federal de 1988: violação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988**

*Vanessa Matos Cortes Oliveira, 78.*

**A relação entre a (in)constitucionalidade do voto de qualidade nos julgamentos administrativo-tributários e a inteligência do in dubio pro contribuinte**

*Joao Geraldo Moraes de Lima, 95.*

**Justiça restaurativa: uma nova forma de justiça**

*Icaro Giraó da Silva, 111.*

**A inconstitucionalidade da nova lei de licenciamento ambiental do Estado do Tocantins**

*Diogo Gomes de Sousa, 128.*

**Judicialização da política: atividade do Supremo Tribunal Federal no cenário da pandemia de covid-19**

*Denise Fabiane Martins Zerbinati, 150.*

**A cadeia de custódia como garantia do réu no processo penal: análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca das consequências da quebra da cadeia de custódia**

*Diego Souza Carvalho Mota, 165.*

**Violência contra as mulheres e suas invisibilidades**

*Aline Aparecida Francisco Durval, 179.*

**Educação previdenciária e sua importância para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE da cidade de Palmas/TO**

*Geyza Alves Pascoal, 196.*

**A falta de transparência na prática do score: Uma análise à luz do CDC e da CR/88**

*Deuzelia Nazareth Alves, 214.*

**As medidas provisórias no sistema tripartite de poderes: uma análise acerca da criação e utilização das normas**

*Isadora Leão Rezende, 231.*

**Julgando a liberdade: uma análise crítica das decisões em Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Amazonas**

*Ayla de Souza Campos, 258.*

**A não observância da presunção de inocência na aplicação da prisão em segunda instância**

*Michel Saint Clair Araujo dos Santos, 279.*

**Direito à negociação coletiva. Os desafios diante de pleitos coletivos de trabalhadores por aplicativos.**

*Gustavo Jonasson de Conti Medeiros, 295.*

**Da utilização da arbitragem na Administração Pública**

*Rovam Lopes dos Santos, 322.*

**Os aspectos jurídicos e a eficácia da lei em face dos crimes cometidos na internet**

*João Victor Mota de Sá, 337.*

**Uma análise analítica-comportamental e econômica da propaganda eleitoral antecipada**

*Luciano Leite Pereira, 349.*

**Os limites à liberdade de expressão nas eleições municipais do ano 2020.**

*Marijane Ferreira De Souza Sales, 373.*

**A origem das tutelas de urgência no Direito Romano**

*Diego Souza Carvalho Mota, 395.*

**Direito internacional: aplicação do direito estrangeiro**

*Lucas Fernandes de Moraes Vidovix, 412.*

**A violência contra a mulher na sociedade jurídica brasileira**

*Matheus Dias Fontana, 419.*

**Adoção tardia no Brasil**

*Pablo José do Nascimento, 430.*

## REMIÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

### **SÍDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:**

Procurador Federal e Professor Universitário. Graduou-se em Segurança Pública (1989) e em Direito (1994). É especialista Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre em Direito (2002) e Doutor (2015). É autor dos livros (todos publicados pela Editora Atlas): Prescrição Penal; Execução Criminal: Teoria e Prática; e Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006.

### **1. FINALIDADE**

Um grande intelectual me provocou. Ele é um grande Professor, autor de livros e artigos jurídicos. Merece todo o meu respeito e admiração, razão de estar desenvolvendo este pequeno texto.

O provocador fez contato, via *WathsApp*, aduzindo *bis in idem* pela perda dos dias remidos decorrente de falta grave na execução criminal. Inicialmente, defendi a inexistência de *bis in idem*. Mas, prometi estudar o assunto e me posicionar de forma mais segura. Pior, eu que sempre defendi o instituto da remição, terminei a conversa com a absurda afirmação de que “Afiml, o instituto não faz muito sentido mesmo”. Penso exatamente o contrário e não sei o porquê de ter escrito isso.

### **2. O QUE PENSO SOBRE A REMIÇÃO**

A ideia de que a *remição* (palavra utilizada na lei) é um pagamento, não afasta a possibilidade de se pensar em denominá-la *remissão*, tendo afirmado alhures:

Verifico que alguns autores são muito cétricos à utilização da palavra *remissão* em substituição a *remição*, utilizada pela lei. Porém, não vejo razão para tanto porque a remissão é o ato ou efeito de redimir, o que significa “Dar-se pago de”, sentido que não destoa daquele

que se procura empregar à palavra *remição*, que significa “ato ou efeito de remir; resgate; quitação”.<sup>1</sup>

Mesmo antes da alteração do nosso Código de Execução Criminal-CEC (Lei n. 7.210, de 11.7.1984, que se autodenomina Lei de Execução Penal), advinda por intermédio da Lei n. 12.433, de 29.6.2011, já poderíamos dizer que o réu teria um encargo para obter a renúncia estatal de parte da pena, mas ele não estaria de fato “pagando” a sua pena, ou seja, não estaria cumprindo a sua obrigação de se submeter à pena na integralidade do seu prazo porque a lei o incentivou a trabalhar e estudar e, com isso, remir (obter a dispensa) do cumprimento de parte da sua pena.<sup>2</sup> Não estou isolado ao considerar a remição uma recompensa.<sup>3</sup>

O CEC traz um incentivo ao trabalho e ao estudo porque eles constituem eficazes meios de reintegração social do condenado, dispondo:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia

---

1 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal*. teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 431.

2 Ibidem.

3 ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 305:

Ao lado das punições por comportamentos indisciplinados e abusivos, a lei oferece prêmios e recompensas àqueles que procedem corretamente. Essas medidas de estímulo têm por finalidade essencial promover a boa conduta, o respeito à disciplina e acelerar a readaptação social.



de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

§ 1º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

§ 2º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos.

Art. 130. Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

O incentivo ao trabalho se dará com a redução de 1 dia de pena a cada 3 dias trabalhados ou 12 horas de estudo, o que corresponderá normalmente a 3 dias de estudo, uma vez que, em regra, em cada dia, são programadas 4 horas-aulas. Há, ainda, o incentivo à conclusão do ensino fundamental, do ensino médio e curso superior durante a execução da pena, com a previsão de aumento de 1/3 do tempo a remir em tais situações (art. 126, § 5º).

Equiparo a comutação da pena à remição, visto que a trato como perdão parcial.<sup>4</sup> Com efeito, assim assevero:

A LEP preceitua que o tempo remido (resgatado, pago ou abatido) será computado para a todos os efeitos (art. 128). Diante do referido preceito, a conclusão que se impõe é que o tempo remido é computado como efetivo cumprimento de pena, uma vez que o mesmo importa em resgate, em abatimento do tempo a ser cumprido. Assim, se Tício é condenado a 19 anos, o requisito temporal exigido para o livramento condicional tomará por base o restante da pena, descontado o tempo remido. Dessa forma, a verificação do requisito temporal para a concessão de livramento condicional só é feita depois de abatido o tempo resgatado pelo trabalho.

O preceito do art. 111 da LEP não trata da remição da pena pelo trabalho, nem da remição para a aferição de requisito para a obtenção do livramento condicional. Tal preceito trata da fixação de regime, mormente quando unificação de regimes, diante de nova

---

<sup>4</sup> MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

condenação. Ademais, o livramento condicional independe de regime, sendo que o requisito temporal tomará por base o total da pena e não o restante da pena, como se opera na concessão de progressão de regime depois que o condenado obteve uma primeira. Na progressão, se um condenado a 19 anos de reclusão, após ter cumprido quatro anos, foi progredido de regime, para a concessão de novo benefício de progressão não mais servirá de base o total da pena, mas o tempo que falta ao condenado, a contar da data que ingressou no regime. Assim, no caso, para progressão, o requisito temporal para livramento condicional tomará por base o total da pena (19 anos), enquanto para a nova progressão de regime haverá de ser feita a remição [abatimento] do tempo cumprido no regime anterior, servindo de base, portanto, o restante da pena (15 anos).<sup>5</sup>

Contrariamente a tudo que se pode falar de ruim da remição, sempre a defendi, até porque sou ardoroso defensor do trabalho e do estudo durante a execução,<sup>6</sup> expondo:

O trabalho externo é admitido no regime fechado, sendo que o estudo externo haveria de ser admitido, mesmo que fosse por analogia ao trabalho externo. Infelizmente, a jurisprudência do STJ é contrária a tal aplicação analógica, mas não podemos nos olvidar que o poder reeducativo do estudo é muito maior que o trabalho eventual em atividades que não possibilitam a boa estruturação econômica familiar. Por tais razões, concluímos que, se o Estado não possibilita a assistência educacional no âmbito do 3º grau, o condenado terá direito a frequentar, em qualquer local, mesmo que fora do estabelecimento, e em qualquer regime, o curso superior a que esteja habilitado. Lamentavelmente, a magistratura é engessada por um *ius prudentia* que não percebe o equívoco de respeitar

---

<sup>5</sup> Ibidem. 415.

<sup>6</sup> Não deixo de vislumbrar a crítica que é feita ao trabalho, sendo interessante a posição de Fernando Afonso Salla, intelectual que vê o trabalho como pouco positivo ao preso (SALLA, Fernando Afonso. Sobre o trabalho nas prisões. Brasília: *Revista do CNPCP*, n. 5, jan./jun. 1995. p. 109)

unicamente a uma patética legalidade formal, olvidando-se da teleologia da norma.<sup>7</sup>

A ideia inicial é a de que a remição pelo trabalho e estudo só alcançará o condenado preso no regimes fechado ou semiaberto. O trabalho externo remunerado, com vínculo empregatício, não será computado para fins de remição. Todavia, a Lei n. 12.433/2011 inovou ao possibilitar ao condenado solto a remição do tempo de tempo de pena e do período de prova pelo estudo (art. 126, § 6º).

Sempre defendi a participação multidisciplinar na execução criminal, tendo criticado a não apreciação do Conselho Penitenciário do pedido de remição da pena, uma vez que entendo que quanto maior a participação da sociedade, melhor.<sup>8</sup>

A remição da pena não pode ser negada ao preso político que pretenda trabalhar. Embora o preso político não possa ser obrigado ao trabalho, caso queira trabalhar ou estudar, terá direito à remição.<sup>9</sup>

### **3. PERDA DE DIAS REMIDOS PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE**

Chegamos ao ponto inicial da provocação que me foi feita e que levou a este pequeno texto. Com efeito, dizer que *há bis in idem* (repetição no mesmo) ao se impor uma sanção disciplinar a quem praticar falta grave e, ainda, estabelecer perda de parte do tempo remido, em princípio, não me seduz.

Haroldo Caetano da Silva sustenta ser inadmissível modificar a decisão anterior transitada em julgado e invocando o art. 5º, inc. XXXVI, da CF, para dizer que o “disposto no art. 127 da LEP não poderia determinar – e de fato não determina – a perda do tempo remido se nesse sentido já houve decisão judicial transitada em julgado, invocando precedente do STJ em favor da sua posição.<sup>10</sup> Também, sustenta, que eventual perda só pode corresponder às horas de trabalho do mês, visto que as informações são mensais. Ocorre que posteriormente à edição da sua obra, o STJ decidiu:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. PERDA DE ATÉ 1/3 DOS DIAS TRABALHADOS ATÉ

7 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 177.

8 Ibidem. p. 226.

9 Ibidem. p. 518.

10 SILVA, Haroldo Caetano da. *Manual da execução penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 182-183.

A DATA DO COMETIMENTO DA FALTA, AINDA QUE NÃO DECLARADOS JUDICIALMENTE.

1. A remição na execução da pena constitui benefício submetido à cláusula *rebus sic stantibus* em que o condenado possui apenas a expectativa do direito de abater os dias trabalhados do restante da pena a cumprir, desde que não venha a ser punido com falta grave.

2. A perda de até 1/3 dos dias remidos não pode alcançar os dias trabalhados após o cometimento da falta grave, pena de criar uma espécie de conta-corrente contra o condenado, desestimulando o trabalho do preso Mas também não pode deixar de computar todos os dias trabalhados antes do cometimento da falta grave, ainda que não tenham sido declarados judicialmente, sob pena de subverter os fins da pena, culminando por premiar a indisciplina carcerária.

3. Recurso provido.<sup>11</sup>

A origem da cláusula *rebus sic stantibus* se vincula aos contratos. No entanto, a execução criminal é contínua, sendo que as decisões proferidas no seu curso não são sentenças em sentido estrito e sim decisões interlocutórias mistas, sem fazerem coisa julgada material, estando, muitas delas vinculadas ao *rebus sic stantibus* (estando assim as coisas), para autorizar a modificação da coisa julgada formal.

Rogério Sanches e Ronaldo Batista, invocando precedente do STJ, destacam:

A prática de falta grave gera a decretação da perda de até 1/3 dos dias remidos, devendo a expressão “poderá”, contida neste artigo [127] ser interpretado como poder-dever do magistrado, restando somente o juízo de discricionariedade acerca da fração da perda.<sup>12</sup>

---

11 STJ. 6ª Turma. REsp n. 1.517.936-RS (2015/0040352-1). Min.ª Maria Theresa de Assis Moura. Julgamento de 1.10.2015. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500403521&dt\\_publicacao=23/10/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500403521&dt_publicacao=23/10/2015)>. Acesso em: 23.5.2022, às 14h49.

12 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de processo penal e lei de execução penal comentados*: artigo por artigo. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2020. p. 2084.

A lei que alterou o art. 127 tem redação distinta da original do CEC, razão de esperar que a jurisprudência venha a se adequar à sua vontade, no sentido de que a perda de parcela dos dias remidos não seja obrigatória, mas facultativa.

A parcela de perda dos dias remidos não tem o teto máximo de 30 dias previsto no art. 58 do CEC. De todo modo, o STJ decidiu que o juízo deverá fundamentar a decisão observando “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, *ex vi* do art. 57 do CEC.13

Muitas vezes, mediante uma única ação ou omissão, a pessoa poderá praticar vários crimes, sendo punida cumulativamente por eles (Código Penal, art. 70, *caput, in fine*). Esse argumento poderá ser refutado porque cada crime terá a sua pena, separadamente. Ocorre que ao mesmo crime se poderá impor penas distintas, por exemplo, privativa de liberdade e multa, isso sem falar dos efeitos secundários civis e criminais da condenação.

O que mais me convence sobre a possibilidade de que o juízo da execução não estará obrigado a decretar a perda de parte do tempo remido ou de que o juízo da execução poderá punir a falta grave e reduzir parte do tempo remido está na própria natureza da remição, que é um benefício, um incentivo à reintegração social e à disciplina no sistema prisional.

Há livro de autoria coletiva que traz precedentes do TJRS que declaram o art. 127 do CEC inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade (em uma das decisões um condenado foi punido porque tinha a posse de um pouco de bebida alcoólica na cela) e o art. 5º, inc. XXXVI, da CF.14 No entanto, em sessão plenária, de 12.6.2008, o STF editou a Súmula Vinculante n. 9, que enuncia:

O disposto no artigo 127 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no "caput" do artigo 58.

---

13 STJ. 6ª Turma. *Habeas Corpus* n. 282.265-RS (2013/0377695-4). Min.º Rogério Schietti Cruz, julgamento de 22.4.2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201303776954&dt\\_publicacao=02/05/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303776954&dt_publicacao=02/05/2014)>. Acesso em: 23.5.2022, às 15h22.

14 CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 724-731.

O STF, no julgamento do RE 638239, reconheceu a possibilidade de revogação da Súmula Vinculante n. 9 e determinou a incidência da nova redação do art. 127 ao caso subjacente, *in verbis*:

**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.433/2011. NATUREZA PENAL EXECUTIVA. RETROATIVIDADE DA *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO FIXADA PELA CORTE AOS RECURSOS PENDENTES E FUTUROS. POSSIBILIDADE. CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 9. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.15

A eventual revogação da Súmula Vinculante n. 9 se tornou o Tema 477 do STF, vinculado ao RE 1116485-RS, indicado como paradigma (CPC, art. 1.036, § 1º). Ao meu sentir, não é o caso de revogar a referida súmula vinculante, eis que – com a nova redação – é menos provável que o STF venha a declarar a inconstitucionalidade do art. 127 do CEC.

Fernando Afonso Salla destaca que o trabalho do preso tem mais efeito no controle da disciplina no sistema prisional.<sup>16</sup> Outrossim, o legislador de 1984 inseriu no item 134 da Exposição de Motivos do CEC: “Com a finalidade de se evitarem distorções que poderiam comprometer a eficiência e o crédito deste novo mecanismo em nosso sistema, o projeto adota cautelas para a concessão e revogação do benefício...”.

A falta grave poderá ensejar uma sanção disciplinar e a regressão de regime, ou revogação do livramento condicional ou da suspensão condicional da pena. Isso não é *bis in idem*.

A perda de parte de um benefício como o da remição em face do trabalho ou do estudo (benefício que não tenho como pagamento, mas como perdão de parte do tempo

---

15 STF. Tribunal Pleno. RE 638239-RS. Min.º Luiz Fux, julgamento de 22.9.2011. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20638239%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20638239%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 23.5.2022, às 15h56.

16 SALLA, Fernando Afonso. Sobre o trabalho nas prisões. Brasília: *Revista do CNPCP*, n. 5, jan./jun. 1995. p. 109.

da pena a ser cumprida), é consequência da ingratidão, da distorção na execução, manifestada pela infração disciplinar grave.

O condenado terá direitos e obrigações, na forma da lei, sendo que a remição emerge de política criminal para incentivo à disciplina na execução criminal, sendo que a frustração desse incentivo, manifestado pela falta grave.

## CONCLUSÃO

Pensei que poderia modificar a minha posição. No entanto, a mantenho e não vejo *bis in idem* ao impor sanção disciplinar por falta grave e a perda de parte do tempo remido se o condenado frustrar o incentivo que lhe é concedido.

O instituto da remição remonta o Direito Espanhol que, em 7.10.1938, instituiu um patronato para tratar da *redención de penas por el trabajo* (Exposição de Motivos do CEC, item 133), o que nos traz a ideia de que a remição é um auxílio para reduzir o prazo de aflição que se impõe a quem se submete à pena. Nada é mais razoável do que cancelar parte desse auxílio se o condenado frustrar o incentivo à disciplina que ele representa.

Na redação original do CEC perdia-se todo tempo remido anterior à data da infração disciplinar. Essa perda era automática e obrigatória. Com a Lei n. 12.433/2011, mesmo sabendo estar sendo contrário à posição do STJ, defendo que ela passou a ser facultativa e o máximo que o juízo da execução poderá declarar como perdido é 1/3 do tempo remido.

A constitucionalidade do art. 127 do CEC já foi declarada Pelo STF (Súmula Vinculante n. 9), sendo que o STJ vem ratificando essa posição, mesmo após o advento da Lei n. 12.433/2011.



## **O PODER DE REQUISIÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS: ANÁLISE DAS ADI'S 6852/DF, 6862/PR, 6865/PB, 6867/ES, 6870/DF, 6871/CE, 6872/AP, 6873/AM E 6875/RN**

**DIEGO SOUZA CARVALHO MOTA:**

Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Processual pelo Instituto Elpídio Donizetti.

**RESUMO:** O poder de requisição consiste em prerrogativa atribuída aos Defensores Públicos de requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências que entender necessárias ao exercício de suas atribuições. Nesse contexto, o presente trabalho visa a analisar os fundamentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's nº 6852/DF, 6862/PR, 6865/PB, 6867/ES, 6870/DF, 6871/CE, 6872/AP, 6873/AM e 6875/RN, que questionaram a constitucionalidade do poder instrumental conferido à Defensoria Pública, analisando-se detidamente os fundamentos suscitados.

**Palavras-chave:** poder de requisição, Defensoria Pública, Supremo Tribunal Federal, acesso à justiça.

**ABSTRACT:** The power of requisition consists of the prerogative attributed to Public Defenders to request examinations, certificates, expertise, inspections, diligences, processes, documents, information, clarifications and measures that they deem necessary for the exercise of their attributions from public authorities and their agents. In this context, the present work aims to analyze the grounds listed by the Federal Supreme Court in the judgment of ADI's nº 6852/DF, 6862/PR, 6865/PB, 6867/ES, 6870/DF, 6871/CE, 6872/AP, 6873 /AM and 6875/RN, which questioned the constitutionality of the instrumental power conferred on the Public Defender's Office, analyzing in detail the reasons raised.

**Keywords:** power of requisition, Public Defender's Office, Federal Supreme Court, access to justice.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por objetivo explicitar em que consiste o poder de requisição atribuído às Defensorias Públicas, abordando, especificamente, o julgamento das ADI's que questionaram a sua constitucionalidade.

Será feita uma análise dos fundamentos trazidos pela Procuradoria-Geral da República na propositura das ADI's, bem como dos argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal em seu julgamento, especialmente considerando as reformas constitucionais que revolucionaram o desenho institucional da Defensoria Pública.

## **2. O poder de requisição das Defensorias Públicas**

A Lei Complementar nº 80/1994 organiza a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal, além de trazer normas gerais acerca das Defensorias Públicas dos Estados.

Esta divisão organizacional está em consonância com o disposto no art. 24, XIII, ambos da CF/1988, pois este dispositivo afirma ser de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

Assim, considerando a competência legislativa atribuída pela Carta Política, cada estado-membro editou a sua própria lei complementar regulamentando a sua respectiva defensoria pública, em harmonia com as disposições gerais contidas na Lei Complementar nº 80/1994.

A leis complementares estaduais, assim como a lei complementar federal, prevê uma série de garantias e prerrogativas à Defensoria Pública e aos Defensores Públicos. Dentre elas está o poder de requisição, consagrado na Lei Complementar nº 80/1994 em diversos dispositivos:

Art. 8º São atribuições do Defensor Público-Geral, dentre outras:

(...)

XVI - requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

(...)

X - requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Art. 56. São atribuições do Defensor Público-Geral:

(...)

XVI - requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

Art. 89. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

(...)

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

(...)

X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

Trata-se, o poder de requisição, de prerrogativa atribuída aos membros da Defensoria Pública de requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências que entender necessárias ao exercício de suas atribuições.

Entendendo ser inconstitucional tal prerrogativa, o Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) questionando os arts. 8º, XVI, 44, X, 56, XVI, 89, X e 128, X, da Lei Complementar nº 80/94, assim como propôs ADI contra as leis complementares de diversos estados, que também conferem às Defensorias Públicas Estaduais o poder de requisição.

De acordo com o entendimento do Procurador-Geral da República, a prerrogativa ora tratada viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o preceito da paridade de armas na relação processual, inclusive no que diz respeito à produção probatória, pois dotado dos atributos de autoexecutoriedade, imperatividade e presunção de legitimidade.

### **3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do poder de requisição das Defensorias Públicas**

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao analisar conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, julgou improcedente os pedidos, afirmando a constitucionalidade do poder de requisição das Defensorias Públicas.

O voto vencedor, proferido pelo Ministro Edson Fachin, afirma que o art. 134 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 80/2014, configura concretização do direito constitucional ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, LXXIV, da CF/1988.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Sendo assim, como expressão e instrumento do regime democrático, incumbe à Defensoria Pública a promoção e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita.

Nesse contexto, é importante destacar que as reformas constitucionais promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004, 73/2013 e 80/2014 explicitaram a Defensoria Pública como órgão autônomo da administração da justiça, sendo dotada de independência e autonomia administrativa, financeira e orçamentária.

Não se confunde, a Defensoria Pública, com a Advocacia, pública ou privada. De acordo com o voto vencedor, o desenho institucional da Defensoria Pública está muito mais próximo ao desenho atribuído ao Ministério Público.

Desse modo, tem-se que não se trata somente de uma questão topográfica que distingue a Defensoria Pública da Advocacia, mas as próprias funções desempenhadas. A atuação do Defensor Público deve observar o disposto no art. 134 da Constituição da República, não se orientando pelo interesse pessoal da parte.

Ademais, a missão institucional na Defensoria Pública é substancialmente distinta dos objetivos da advocacia, pois aquele órgão tem por objetivos a promoção do amplo acesso à justiça e a redução das desigualdades.

De mais a mais, considerando o exposto alhures, no sentido de que o desenho institucional da Defensoria Pública se aproxima do desenho institucional do Ministério

Público, é elementar destacar que a Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) confere a este órgão poder idêntico ao atribuído aos membros da defensoria.

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

Ressalte-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal já ressaltou o paralelismo traçado pelo poder constituinte entre a Defensoria Pública e o Ministério Público.

(...)

Observo, ainda, que o art. 127, § 2º, da Constituição Federal assegura ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa, e no § 1º, aponta como princípios institucionais da instituição a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, **que a Emenda Constitucional nº 80, de 04.6.2014, ao incluir o § 4º no art. 134, também veio a consagrar como princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.**

Densificado, assim, deontológica e axiologicamente, pelo Poder Constituinte derivado o **paralelismo entre as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado que atuam na defesa da sociedade**, sem desbordar do espírito do Constituinte de 1988.

(...)

**(grifo nosso)**

Outro fundamento considerado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acerca da constitucionalidade do poder de requisição foi a Teoria dos Poderes Implícitos. De acordo com a Corte Constitucional, aos órgãos devem ser reconhecidos os poderes instrumentais para a execução das funções constitucionalmente atribuídas. Dessa maneira,

para que a Defensoria Pública possa exercer o seu mister, qual seja, promover a defesa dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, como bem preceitua o art. 134 da Constituição Federal de 1988, é indispensável que lhe seja conferido o poder de requisição.

Não se desconhece, como bem lembrado pelo Supremo Tribunal Federal, o julgamento da ADI nº 230, que questionou dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que conferiu a prerrogativa de requisição à Defensoria Pública fluminense, e que foi julgada procedente. Contudo, deve-se destacar que o parâmetro do controle de constitucionalidade realizado outrora é diverso do atual, pois as Emendas Constitucionais nº 45/2004, 73/2013 e 80/2014 promoveram substanciais mudanças no cenário da Defensoria Pública, de modo a justificar o atual posicionamento da Corte Constitucional no sentido de que o poder de requisição atribuído às Defensorias Públicas pela Lei Complementar nº 80/1994, bem como pelas Leis Estatuais é constitucional.

Importante destacar, neste âmbito, a ementa do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR 80/1994. **PODER DE REQUISIÇÃO. GARANTIA PARA O CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E EFETIVA. ADI 230/RJ. ALTERAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ADVENTO DA EC 80/2014. AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA DAS DEFENSORIAS. IMPROCEDÊNCIA.**

1. O poder atribuído às Defensorias Públicas de requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições, **propicia condições materiais para o exercício de seu mister, não havendo falar em violação ao texto constitucional.**

2. A concessão de tal prerrogativa à Defensoria Pública constitui **verdadeira expressão do princípio da isonomia e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva.**

3. **Não subsiste o parâmetro de controle de constitucionalidade invocado na ADI 230/RJ**, que tratou do tema, após o advento da EC 80/2014, fixada, conforme precedentes da Corte, a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

### **(Grifos nossos)**

Verifica-se, assim, a constitucionalidade do poder de requisição da defensoria pública, tendo acertado o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's nº 6852/DF, 6862/PR, 6865/PB, 6867/ES, 6870/DF, 6871/CE, 6872/AP, 6873/AM e 6875/RN

## **CONCLUSÕES**

Da análise dos fundamentos apresentados, nota-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal está em harmonia com os preceitos constitucionais vigentes, e visa a tutelar, de maneira integral, o princípio do amplo acesso à justiça.

Decidir de maneira diversa seria criar obstáculo desnecessário e indevido a tal princípio, prejudicando, sobretudo, àqueles que necessitam de uma atuação firme da Defensoria Pública, notadamente os hipossuficientes financeiros, mas também os vulneráveis organizacionais.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08 de junho 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm). Acesso em 09 de junho 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6852/DF e ADI 6862/PR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 29/03/2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206852%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206852%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 09 de junho de 2022.



## **INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL E O JUIZ DE GARANTIAS: UM INSTITUTO NECESSÁRIO?**

**DIOGO COELHO PINHEIRO VIEIRA:**  
Graduando em Direito pela Faculdade  
Serra do Carmo - FASEC.<sup>17</sup>

ISRAEL ANDRADE ALVES<sup>18</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo aprofundar conhecimentos acerca da figura do juiz das garantias e suas implicações ao processo penal brasileiro. Terá por base o estudo de doutrinas específicas, artigos científicos, bem como da Constituição Federal, código de processo penal e demais legislações no que forem correlatos. Nessa busca iremos analisar tal instituto, seu histórico, o porquê da necessidade de implantação em nosso ordenamento jurídico e suas implicações ao processo penal brasileiro. A necessidade desse estudo nasce em razão da repercussão do tema com o seu nascimento em nosso ordenamento jurídico através da lei 13.964 de 2019. Que trouxe também em seu bojo a menção expressa da opção pelo sistema acusatório, o que dará consonância ao nosso código em relação à constituição federal. O juiz das garantias será o responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais dos investigados, na fase pré-processual. Como consequência da implementação do instituto teremos um processo penal mais justo, democrático e imparcial.

**Palavras-chave:** Juiz de garantias; Constituição; Processo Penal; modelo acusatório.

### **INTRODUÇÃO**

A constituição brasileira em seu artigo 5º nos traz o entendimento, que temos uma constituição democrática, levando em consideração que sua elaboração se deu ao fim do regime militar. Mas o ponto principal que devemos analisar é o entendimento extraído do artigo 129, I da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), que traz como

<sup>17</sup> E-mail: diogocoelho@hotmai.com

<sup>18</sup> Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Ciência Política e Teoria Geral do Estado no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Email: prof.israelalves@fasec.edu.br

responsável pela promoção da ação penal, o Ministério Público, deixando dessa forma evidente a escolha pelo sistema acusatório no processo penal.

Não obstante, podemos ainda verificar nos dias atuais várias características do sistema inquisitivo, principalmente ao analisarmos o requerimento de produção probatória realizado de ofício pelo juiz no inquérito policial.

Nesse caso, o contato do juiz com a produção probatória na fase investigativa é característico do sistema inquisitivo. O qual de acordo com estudos científicos, mais precisamente, a teoria da dissonância cognitiva, o contato do juiz com os elementos informativos colhidos na fase do inquérito policial e mais precisamente aqueles por ele ordenados de ofício, como as prisões cautelares e ainda as medidas que interfiram na liberdade do investigado como quebra do sigilo das correspondências, escuta telefônicas entre outras. Conforme a teoria, esse juiz ao ter contato prévio com os elementos informativos e ainda ao ordenar de ofício determinada ação durante a fase do inquérito policial, se contamina com esses elementos e como consequência cria se mentalmente um posicionamento/teoria e que o seguirá até o fim do processo.

De acordo com a teoria da dissonância cognitiva uma pessoa após ordenado, nesse caso do juiz, de ofício, várias coletas de provas e ainda medidas cautelares, como a prisão preventiva do investigado, raramente irá contrariar sua própria teoria até aquele momento trabalhada, o que irá ocorrer nesse caso é que o juiz irá em busca de elementos que coadunam com seu posicionamento.

Em que pese nosso sistema processual penal se encontre nessa situação. Em dezembro de 2019 foi sancionada a lei 13.964, denominada por muitos de “pacote anticrime”, que alterou vários dispositivos da legislação penal e processual penal.

Com o advento da lei 13.964 de 2019 podemos ver de forma expressa a opção do legislador pelo sistema acusatório, que a nossa carta magna já optara anteriormente.

E com a menção expressa do sistema acusatório no artigo 3º-A do código de processo penal, vemos nascer no nosso ordenamento jurídico o instituto do juiz de garantias, o qual há tempos vem sendo debatido por doutrinadores, estudiosos e pelo próprio legislativo.

Basicamente, o que determina o instituto é que o juiz que atua no inquérito policial, o qual poderá deferir quebras de sigilo, busca e apreensão, prisão preventiva ou temporária, homologa delação premiada e que irá atuar diretamente na busca dos elementos informativos e na produção probatória antes da formalização da acusação não será o juiz que irá receber a peça inicial do processo, que analisará os argumentos da acusação e da defesa, e também não será o juiz que proferirá a sentença final.

Com a implantação do juiz das garantias poderemos enfim concretizar o que preceitua a nossa constituição, tornando o juiz do processo cada vez mais imparcial, tornando também o processo mais justo e democrático .

Diante do cenário de discussões jurídicas em que se encontrava o instituto juiz de garantias, o Supremo Tribunal Federal – STF por meio de liminar do Ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia por tempo indeterminado.

O tema é alvo de quatro ações no STF, todas relatadas por Luiz Fux. Ao conceder a liminar, o ministro argumentou que o projeto para a criação do juiz de garantias deveria ter partido do Poder Judiciário, e não por sugestão de parlamentares. Além disso, segundo Fux, a lei foi sancionada sem previsão de impacto orçamentário (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Diante do exposto, iremos analisar a figura do juiz de garantias e suas implicações ao processo penal, identificando suas inter-relações, que se dará por meio de estudo, de caráter exploratório e qualitativa, através da análise de artigos e do estudo de doutrinas específicas sobre o processo penal Brasileiro.

Dessa forma passaremos a abordar a análise histórica, o conceito do instituto do juiz de garantias, teorias acerca do juiz das garantias, bem como sua implicação na fase da produção de provas, mais precisamente no inquérito policial, que é a fase em que irá atuar.

## **1 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E O SISTEMA ACUSATÓRIO**

A investigação, sabemos, não é o início do processo, mas sim uma fase que o precede, trata-se de um procedimento administrativo, pré processual, responsável pela coleta de informações que irá possibilitar ao titular da ação, ministério público ou a vítima a depender da infração, ingressar em juízo.

A finalidade da investigação nada mais é que a de angariar informações, que darão base ao ingresso da ação judicial, a qual deverá buscar indícios da autoria e a materialidade do cometimento da infração.

A investigação pode se dar de diversas formas, mas a mais comum tem início por meio da lavratura de uma portaria pela autoridade policial, delegado de polícia, dando origem ao inquérito policial, que tem como uma de suas características ser dispensável, justamente pelo fato dos elementos coletados naquela fase não terem o condão de por si só dar base para a fundamentação do juiz na tomada da decisão final no processo, na sentença.

No entanto, os elementos informativos colhidos durante o inquérito policial têm um papel fundamental quando da necessidade de decretação de medidas cautelares como é o caso da prisão preventiva, caso em que o juiz irá verificar indícios mesmo que mínimos de autoria e materialidade do fato ocorrido e podem ainda de forma complementar formar a convicção do juiz.

Esses elementos quando levados ao crivo do contraditório e da ampla defesa, submetidos ao debate entre as partes no decorrer do processo, o resultado será considerado prova e poderá dar base para a tomada de decisão do juiz e fundamentar sua sentença.

É o que ocorre atualmente no nosso ordenamento jurídico, conforme o código de processo penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse diapasão, a lei 13964 de 2019, mais precisamente no artigo 3º-A do código de processo penal, trouxe de forma expressa a opção do legislador pelo sistema acusatório, vejamos: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Essa alteração ocorreu em razão da necessidade de reformar o nosso código de processo penal que é de um período anterior a nossa constituição que é democrática e garantista, já o nosso código de processo penal é de 1941 e ainda possui características do sistema inquisitivo no qual o juiz é responsável tanto pela fase investigativa quanto pela fase processual.

Nas palavras do sábio Aury Lopes Jr., "A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual)". Apesar de não ser esse o seu entendimento, ele demonstra que é clara a parcialidade do juiz, que além de ser o responsável por conduzir o processo será ele também que por iniciativa própria irá produzir as provas que desejar, as quais lhe darão base para fundamentar sua sentença.

Aury Lopes Jr. é ainda assertivo quanto à incompatibilidade de alguns dispositivos do nosso código de processo penal quando falamos de sistema acusatório e imparcialidade do juiz:

“É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (art. 385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo”.

Em que pese a lei 13.964 de 2019, pacote anti crime, tenha alterado diversos dispositivos do código de processo penal, temos ainda a existência de vários dispositivos com características claramente inquisitoriais.

## **2 A IMPARCIALIDADE, NEUTRALIDADE E A DOCTRINA DA CONTAMINAÇÃO JUDICIAL**

A jurisdição é um poder dever do estado e tem como característica ser una e indivisível. No entanto, é atribuída aos juízes, para uma melhor viabilidade e resolução dos conflitos sociais.

O juiz, por sua vez, não irá resolver todo caso que chegar até ele. Apesar de lhe ser atribuído o poder da jurisdição, essa é limitada conforme critérios de especialidades de varas e também através de divisão territorial.

Nesse contexto, o sistema jurídico brasileiro tem como princípio basilar do direito processual penal, o juiz natural, esse princípio tem por finalidade garantir a imparcialidade do juiz em relação às partes pertencentes ao processo.

Apesar de não estar expresso em nosso ordenamento, temos diversos dispositivos em nossa constituição que garantem sua existência mesmo que implicitamente. Como é o caso do inciso XXXVII, que prevê a não existência de juízo ou tribunal de exceção, temos ainda o inciso LIII, que prevê ainda que “ninguém será julgado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ambos do artigo 5º da Constituição Federal”.

Em consonância com nossa Constituição temos a Convenção Americana de Direitos Humanos, com previsão no artigo 8º, nº 1 do decreto nº 678 de 1992, de que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo

razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente em lei”.

Desse modo podemos perceber que não basta termos apenas um juiz pré estabelecido por lei, ele deve ainda possuir diversas outras características e a principal, base do nosso processo penal é a imparcialidade, a qual garante um processo mais justo e democrático.

Mas ocorre que em nosso ordenamento jurídico a imparcialidade é fulminada no momento em que o juiz do processo possui poderes que o permitem decretar medidas cautelares, como é o caso da prisão preventiva, e ainda demandar de ofício a produção de provas.

Essa sistemática é totalmente contrária ao que estabelece o sistema acusatório, possui sim características inquisitivas, as quais caracterizam o juiz como um ator no processo e não um terceiro alheio às vontades das partes, imparcial.

Nesse cenário podemos ver com maior clareza o que é tratado pela teoria da dissonância cognitiva, trabalho do jurista alemão Bernd Schunemann, trabalhada na doutrina brasileira por diversos doutrinadores como Aury Lopes Jr e pelo professor Luís Greco.

A teoria trata da reação, no processo penal, do juiz que atua tanto na esfera investigativa quanto na esfera processual, e na fase da investigação defere medidas cautelares e também demanda de ofício a produção probatória. ao tomar tais medidas com base nos elementos informativos da investigação, o juiz acaba se contaminando com esses elementos e criando um pré-juízo/ teoria, que posterior dificilmente irá contrariá los na fase processual, mas buscará elementos consonantes com seus atos anteriores.

Aury Lopes Jr trata muito bem a temática em sua obra, Direito Processual Penal, 17º ed. 2020:

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de

contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas, explica SCHÜNEMANN.

Desse modo, ao analisarmos o processo penal com ênfase na teoria da dissonância cognitiva desde a investigação até a sentença fica muito claro que um dos princípios basilares do direito processual penal, a imparcialidade, vem sendo ceifado juntamente com a vontade do constituinte, que optará pelo sistema processual acusatório.

Mas com o advento da lei 13.964 de 2019 que alterou o código de processo trazendo consigo a estrutura acusatória e a figura do juiz de garantias, com o objetivo claro de tornar o processo penal mais imparcial, justo e democrático, como proposto pela Constituição Federal de 1988.

### **3 O JUIZ DE GARANTIAS E A REFORMA PROCESSUAL PENAL**

A constituição federal de 1988 veio após um período de ditadura militar, que vigorava o sistema com características inquisitórias, mas com sua promulgação criou-se um novo ordenamento mais justo e democrático. Desse modo podemos verificar que havia um contraste entre a constituição, que passara a ser democrática e garantista, e o que o nosso código de processo penal trazia do período anterior.

Surge então a necessidade de reformar o nosso código de processo penal brasileiro, alinhando-o ao proposto pela carta magna, o que de fato nunca aconteceu. Mas com o passar dos anos o código passou por diversas alterações, na tentativa de o alinhar aos mandamentos constitucionais.

Apesar das diversas alterações o código de processo penal brasileiro ainda possui em sua essência a característica enraizada do sistema inquisitivo.

Desse modo, para que tenhamos um código de processo penal que esteja em consonância com a constituição e livre de características inquisitórias é necessário um novo código, pois o atual mesmo com as diversas alterações continua com diversos dispositivos característicos do sistema inquisitivo.

Nesse contexto surge então o Projeto do Código de Processo Penal (PL 8045/2010), que tramita no Senado Federal desde 2010 e se origina do PLS 156, de 2009. Nesse projeto temos a figura do juiz de garantias.

Instituto já enraizado em diversos sistemas processuais penais pelo mundo, o juiz de garantias ganha força no Brasil com o PL 8045/2010, que deu origem a lei 13.964 de 2019, denominada por muitos de “pacote anticrime”.

Apesar de não ser novo código que tanto precisamos, a lei 13.964 trouxe também de forma expressa a opção pelo sistema acusatório, trazendo desse modo maior consonância com a Constituição Federal, como consta do artigo 3º-A, “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Desse modo passaremos a analisar mais detalhadamente a figura do juiz de garantias bem como sua relação com o sistema acusatório.

#### **4 ATRIBUIÇÕES E LIMITES DO JUIZ DE GARANTIAS NA FASE INVESTIGATIVA**

A Lei 13.964 de 2019 trouxe consigo um grande avanço pro processo penal brasileiro, ao mencionar expressamente a opção pelo sistema acusatório em seu artigo 3º-A e também pela inovação que é a figura do juiz das garantias. O qual será “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário”, nos termos do artigo 3º-B.

O juiz das garantias não será o responsável pela investigação como é juiz da instrução, no antigo processo penal italiano, que possui características do sistema inquisitivo, no qual o juiz atua de ofício na produção probatória.

Não só na Itália, mas diversos outros países vêm ao longo do tempo substituindo a figura do juiz investigador por figuras parecidas ao juiz das garantias do processo penal brasileiro. É o que ocorreu com o código Português, Paraguaio, Chileno, Argentino e Colombiano, nos últimos tempos.

O juiz das garantias atuará durante a investigação somente quando demandado, seja pelo delegado de polícia, que é o responsável pelo inquérito policial, pelo Ministério Público ou ainda pela defesa. No atendimento aos casos em que ocorram as cláusulas de reserva de jurisdição, em observância à legalidade da investigação e ainda aos direitos individuais do investigado e da defesa.

Vejamos, então, nos termos da lei a figura do juiz das garantias e sua competência:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos



individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo.

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal,

observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

O juiz das garantias recebe essa arquitetura com a finalidade clara de evitar o contato do juiz do processo com os elementos informativos colhidos no período da investigação. Fato esse que tornará o processo mais justo e ético, ao evitar o contato do juiz com tais elementos evitará também a formação dos pré-conceitos tratados pela teoria da dissonância cognitiva, o que tornará o juiz do processo mais imparcial.

E é trazer maior imparcialidade para o processo o objetivo principal do juiz de garantias, alinhando desse modo o processo penal à estrutura acusatória, elencada no artigo 3º- A da lei 13.964 de 2019, com o que já era objetivo do constituinte originário.

## **5 A (DES)NECESSIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS COMO SOLUÇÃO DA CONTAMINAÇÃO JUDICIAL**

A atuação do juiz do processo deve ocorrer de forma imparcial, tendo a inércia como uma de suas características, de modo que sua atuação ocorra quando demandado pelas partes, acusação e defesa, o que não acontece atualmente no processo penal brasileiro.

Os juízes que atuam nos processos penais brasileiros atualmente, têm contato com as causas a serem julgadas posteriormente desde a fase da investigação criminal, principalmente quando há necessidades relacionadas às reservas de jurisdição.

Quando o juiz atua nessas demandas, que ocorrem mesmo antes da formação do processo, ele acaba por fazer um juízo prévio em relação ao investigado, com base nas informações até ali coletadas pelo delegado de polícia, responsável pela investigação.

E como podemos verificar nos tópicos anteriores, quando tratamos da teoria da dissonância cognitiva e da contaminação do juiz com os elementos informativos coletados na fase investigatória, surge a partir daí a necessidade de um juiz para atender essas demandas da fase investigatória, o juiz das garantias.

Desse modo o juiz do processo, de forma inerte e imparcial, terá sua atuação voltada exclusivamente para análise e julgamento do que foi construído na fase processual, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Devemos ressaltar ainda que o juiz das garantias sofreu uma alteração em seu projeto original sobre até onde se daria a atuação do juiz das garantias, com a alegação de que em muitos procedimentos investigatórios não ocorre a atuação do juiz.

Ocorre que no projeto do novo código de processo penal, a atuação do juiz das garantias se daria com o oferecimento da denúncia ou queixa, o que restaria ao juiz do processo a análise dos elementos informativos para recebimento ou não da denúncia ou queixa.

Nessa situação específica, da lei 13.964 de 2019, pacote anti crime, o legislador foi bastante eficiente ao estender a atuação do juiz das garantias até o recebimento da peça acusatória, evitando desse modo que o juiz do processo tenha contato com os elementos colhidos na fase de investigação, os quais poderiam gerar dúvidas em relação à imparcialidade do juiz.

## **6 CONCLUSÃO**

Embora o advento da lei 13.964 de 2019 tenha trazido para o processo penal um grande avanço, o legislador pecou em alguns pontos como é o caso da *vacatio legis* de apenas 30 dias. A modificação da estrutura do processo penal passando a ter uma sistemática acusatória e ainda com a implementação do juiz das garantias sem sombra de dúvidas demanda um maior período para eficácia.

Não obstante reconheçamos a evolução necessária para o processo penal brasileiro, devemos também reconhecer tal falha na imposição da curta

*vacatio legis* e que essa foi uma das maiores críticas feitas por operadores do direito e estudiosos da área.

A lei 13.964 de 2019, uma das maiores modificações do código de processo penal brasileiro se não a maior, foi alvo de quatro ações diretas de inconstitucionalidades, com questionamentos a respeito da criação do juiz das garantias (ADIs 6.298, 6299, 6300 e 6305).

Mas como bem sabemos, essa mudança se faz necessária a fim de adequarmos o nosso ordenamento jurídico aos mandamentos constitucionais, alinhando-o ainda às normas internacionais de direitos humanos.

O juiz do processo deve ser uma figura inerte, devendo intervir somente quando demandado pelas partes, acusação e defesa. Dessa forma sanará as dúvidas que pairam sobre a imparcialidade do juiz e tornará o processo mais justo e democrático.

## 7 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2022.

**Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de., Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p.

LOPES JÚNIOR, Aury., Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

NUCCI, Guilherme de Souza., Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MACHADO, Leonardo marcondes. Juiz das garantias: A nova gramática da justiça criminal brasileira. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policia-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal>> Acesso em: 17 de jun de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>> Acesso em: 17 de jun de 2020.

SARAIVA, Izabela Novaes. O juiz das garantias: histórico, conceito e críticas. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39406/o-juiz-de-garantias-historico-conceito-e-criticas>> Acesso em: 17 de jun de 2020.

ZAPATER, Maria. O código de processo penal de 1941: tudo o que você disser poderá ser usado contra você. Justificando, 2016. disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/>> Acesso em: 17 de jun de 2020.

MELLO, Cecília e MORI, Celso Cintra. Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniaio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>> Acesso em: 12 de mar de 2020.

MELLO, Cecília e MORI, Celso Cintra. Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniaio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>> Acesso em: 12 de mar de 2020.

Liminar suspende juiz das garantias é ilegal, diz Gilmar Mendes. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/liminar-suspendendo-juiz-garantias-ilegal-gilmar-mendes>> Acesso em: 05 de abr de 2021.

SANTOS, Rafa e VALENTE, Fernanda. Toffoli suspende implantação do juiz das garantias por seis meses. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/toffoli-suspende-implementacao-juiz-garantias>> Acesso em: 03 de mar de 2020.

Liminar suspende implantação de juiz das garantias. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-atereferendo.pdf>> Acesso em: 03 de mar de 2020.

**LEI N° 13.010/ 2014 – LEI DA PALMADA:** AUTONOMIA DOS PAIS, E A INTERVENÇÃO DO ESTADO.

**RAYANA MICAEL CUNHA FRÓES:** Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana da Amazônia (FAMAZ), atualmente, Centro Universitário Metropolitano da Amazônia é uma instituição de ensino superior integrada ao Grupo Educacional Euro-Americano com sede em Belém/PA. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós-graduanda em Direito Tributário e Aduaneiro, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

GRACE OSVALDINA PONTES DE SOUZA AMANAJÁS

(orientadora)

**RESUMO:** O presente estudo visa promover a discussão sobre a Lei 13.010/2014 – popularmente chamada de “Lei da palmada”. A referida lei promoveu alterações legislativas na Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a fim de considerar que a educação, dever dos pais em relação aos filhos menores, não poderia ocorrer por meio de punição de natureza física, ou por meio de tratamento cruel ou degradante. A lei determina a adoção de políticas públicas pelo Estado e estabelece certas consequências de natureza penal para os pais que o fazem em relação aos filhos menores. O dilema que buscamos desvendar é até que ponto as ações privadas entre familiares podem ser controladas pelo Estado, e até que ponto ele pode e/ou deve intervir nos direitos dessas pessoas. Busca discutir a adequação dessa norma no ordenamento jurídico, e sua aplicabilidade diante dos princípios jurídicos que regem a matéria. Portanto, a metodologia utilizada foi a teoria documental do tipo dedutivo, com análises jurisprudenciais, doutrinárias e jurídicas. Concluiu-se que a Lei da Espancagem não é inconstitucional e constitui uma alternativa para a proteção e amparo de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Lei da palmada. Lei nº 13.010/2014. TCE. Políticas públicas. Filhos.

**ABSTRACT:** The present study aims to promote the discussion about Law 13.010/2014 - popularly called "Spanking Law". The referred law promoted legislative changes in Law 8.069/90 - Statute of the Child and Adolescent (ECA), in order to consider that education, the duty of parents in relation to minor children, could not occur through punishment of a physical nature, or by means of cruel or degrading treatment. The law determines the adoption of public policies by the state, and establishes certain consequences of a penal



nature for parents who do so in relation to their minor children. The dilemma that we seek to unravel is to what extent private actions between family members can be controlled by the State, and to what extent it can and/or should intervene in the rights of these people. It seeks to discuss the adequacy of this norm in the legal system, and its applicability in the face of the legal principles that govern the matter. Therefore, the methodology used was the documentary theory of the deductive type, with jurisprudential, doctrinal and legal analyses. It was concluded that the Spanking Law is not unconstitutional and constitutes an alternative for the protection and support of children and adolescents.

**Keywords:** Spanking Law. Law No. 13.010/2014. ECA. Public policy. Sons.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. 3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA. 4. HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CONVENÇÃO. 4.1. Os direitos das crianças e do adolescente na história. 4.2. Os direitos das crianças e do adolescente na atualidade. 5. LEI DA PALMADA. 6. PONDERAÇÕES E CRÍTICAS ACERCA DA LEI DA PALMADA. 7. DECISÕES JUDICIAIS. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Em um cenário de constante evolução social, diversas inovações circundam a sociedade com o objetivo de proporcionar aos cidadãos uma vida mais harmoniosa e promover um equilíbrio entre as relações humanas. O direito, como uma ciência que regula as ações humanas através das normas, não deixa de evoluir, acompanhando, sempre que possível, as mudanças impostas pelo meio social, criando leis que viabilizam tal acompanhamento.

Frente a essa avalanche de leis, por diversas vezes, o Estado rompe com seus limites históricos de intervenção na vida privada, interferindo em situações cuja interferência não era realizada anteriormente, vez que já havia consolidado determinado direito, sob o argumento de busca pelo alcance de uma sociedade justa e coerente com os direitos e garantias constitucionais do ser humano.

A partir das últimas décadas, pode-se observar que os preceitos defendidos pelos direitos humanos influenciaram nas principais transformações legislativas do mundo, com ênfase para os direitos dos trabalhadores, das mulheres e do grupo infanto-juvenil.

Em análise a esses grupos supramencionados, verifica-se que o direito da criança e adolescente, se mostra como o mais frágil e vulnerável pela própria condição dos integrantes de tal grupo. Nesse sentido, experimentaram um momento de grande tensão

mundial que resultou em um amparo mais amplo da comunidade internacional, inclusive com a criação de uma Carta Magna a ser seguida em todo o mundo em defesa desse grupo que exige ampla proteção, a Convenção sobre os Direitos das Crianças – Carta Magna de 1989.

Após um ano, com base na Assembleia que gerou tal convenção, o Brasil criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo internacionalmente respeitado e reconhecido como um dos maiores e mais bem projetados planejamentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes.

Em meio a várias leis criadas em decorrência das mudanças sociais, elaborou-se o Projeto de Lei (PL) de nº 2654/2003 – Bill of Law, mais comumente conhecido como Law of Slap, o qual previa a alteração do ECA e restringia algumas ações dos pais com relação aos filhos. É importante ressaltar que tal PL se efetivou na famigerada Lei da Palmada de nº 13.010/2014.

O dilema que se procura desvendar é de até que ponto as ações privadas entre os familiares podem ser controladas pelo Estado, e em que medida ele pode e/ou deve intervir para o asseveramento de direitos dessas pessoas. Busca-se, ainda, esclarecer se a referida lei é ou não inconstitucional e como conciliar a dicotomia vida privada x ingerência estatal.

Diante do exposto, o presente trabalho busca aprofundar o conhecimento sobre histórias e costumes do Brasil, no que tange às relações com as crianças e adolescentes do país.

Para tanto, fez-se uso do método de investigação teórico-documental, com análise legal, doutrinária, jurisprudencial e baseada em depoimentos de profissionais da área. O marco teórico foi à obra de Fonseca (2016).

O presente trabalho contou com seis capítulos. O primeiro deles cuidou da análise da evolução do conceito de família na humanidade, conceito este que contou com inúmeras designações, tendo em vista que o Direito de Família é muito volátil. No segundo tópico, abordou-se quais seriam os princípios que regem o Direito de Família, quais sejam, princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os filhos, melhor interesse da criança, dentre outros. Em um terceiro momento, buscar delinear os contornos da evolução histórica do direito das crianças e adolescentes no Brasil.

Posteriormente, buscou-se apresentar a Lei da Palmada, sua conceituação, bem como sua disciplina legal. No quinto capítulo, delineou-se as críticas acerca da referida legislação que a impede de ser extremamente efetiva e por fim, destacaram-se algumas decisões judiciais que demonstram o abuso de autoridade para com as crianças e adolescentes.

## 2.EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Família conceitua-se como unidade social formada por um conjunto de pessoas que se organizam e se identificam de uma forma singular e sistêmica para a manutenção saudável da vida em sociedade. Essa instituição divide pensamentos teóricos e diversos doutrinadores disciplinam de forma diferente sobre o mesmo, porém, todos os conceitos se convergem. Neste sentido, Clóvis Beviláqua conceituava família como:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie (BEVILÁQUA, 1976, p. 16).

Na visão de Orlando Gomes, “somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social” (GOMES, 2004, p. 34).

Ao longo da história, vimos o conceito de família passar por vários processos evolutivos, até alcançar o que conhecemos atualmente, uma definição mais arrojada e altruísta, caracterizada por uma visão mais humanitária e solidária. Esse novo modelo, no qual importantes órgãos do Direito Civil estão cada vez mais presentes nos processos decisórios é condensada da seguinte forma, na visão de Gustavo Tepedino:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido a arte e a virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor (TEPEDINO, 2014, p. 52).

A partir do exposto, entende-se que a família é uma instituição na qual um conjunto de indivíduos, geralmente ligados por laços de sangue ou afetivos, compartilham de interesses em comum, dos quais geram a necessidade de convívio, dessa forma caracterizando o núcleo familiar.

Essa instituição tem um papel importantíssimo no que se refere à construção da sociedade como a conhecemos atualmente, considerando não só a unidade mais simples de sociedade, mas também a base dela como um todo. Sendo assim, podemos enxergar a fase histórica de seus conceitos, como uma forma de entender as relações de poder, assim como os paradigmas existentes no mundo atual. Faz-se necessária, então, uma análise histórica de seu conceito.

Nos primeiros esboços de sociedade, o homem primitivo, sendo esse o mais forte do grupo, detinha o poder sobre os outros indivíduos, uma vez que a sobrevivência era respaldada pela capacidade de proteção. Nesse contexto a mulher tinha um papel marcado pela submissão do grupo, aspecto esse que se estendeu por quase toda a história, sendo que atualmente ainda pode-se enxergar resquícios dessa configuração hierárquica.

A família passou a ter funções bem mais marcantes e que ultrapassavam o papel social, já que ela determinava a vida dos indivíduos, econômica, política, religiosa e juridicamente, isso no que tange à sociedade romana. Nessa época, a hierarquia dentro do núcleo familiar era marcante, com a figura bem acentuada do *pater familias*, situação em que o pai concentrava para si todas as tomadas de decisões relativas à família, com poder de vida e morte sobre seus integrantes. Nessa sociedade, o filho homem só adquiria o status de *sui júrís* após a morte do pai, ocasião em que poderia constituir família, visto que antes não era sujeito de plenos direitos. Nota-se, ainda, que essa possibilidade era disponibilizada apenas para os filhos homens, já que a prole era tratada de acordo com o sexo.

Da ênfase autoritária à um viés mais fraterno, essa foi a mudança ocorrida durante a era pós-romana, cujo conceito de família recebeu interferência do Direito Alemão, e o núcleo familiar, sofreu grandes influências do cristianismo, adotando uma visão sacra ao casamento e centrando a família entre pais e filhos.

Na Idade Média, o Direito Canônico influenciou de forma significativa no domínio que a Igreja Católica detinha sobre a família e suas relações de poder, a igreja utilizava-se, dentre outros, de delegar atribuições à família e detinha, a título de exemplo, a responsabilidade de educar os filhos e ensinar-lhes os princípios religiosos. Os costumes também ditavam as regras, e era o Direito Consuetudinário, que por sua vez divergia da tradição romana, que previa algumas alterações no tratamento familiar, e Virgílio Rocha extraiu diversas mudanças no: "a) o exercício do pátrio poder é temporário, por isso que condiciona ao interesse do filho; b) a função do pátrio poder é também atribuição da mãe, na falta do pai; c) o pátrio poder não obsta a que o filho tenha bens próprios" (ROCHA, 1960, p 33).

Durante a Idade Média, com a decadência das casas de ofício e com a migração das pessoas do campo para a cidade, eclodiu a Revolução Industrial, a qual descaracterizou a família como núcleo básico de produção frente aos grandes mercados de capital que surgiram no momento, em que consistia o método assalariado de empregar os trabalhadores. Dessa forma, as funções familiares foram alteradas e com elas a idéia de família do medievo se desfaleceu e se desintegrou da esfera doméstica.

Nesse momento de grande desenvolvimento econômico e produção exacerbada nas fábricas, o homem começa a trabalhar nela, e não dispensavam-se a mão de obra feminina nem infantil. Essa condição que inseriu a mulher e os demais integrantes no mercado de trabalho, tinha a finalidade de fazer com o grupo familiar detivesse mais condições de vida. É impossível entender como, na últimas décadas do século XX, ampliou-se significativamente a pesquisa sobre a história da família, sem levar em consideração as profundas mudanças que afetaram a historiografia do período com o nascimento da chamada Nova História Social. Na França, na Inglaterra, nos Estados Unidos e, em menor escala, na Itália, numerosos estudiosos estabeleceram um contraponto entre a forma convencional e limitada de escrever história e uma mais ampla, que levasse em conta toda a população, de todos os estratos e setores da sociedade. [...] Conhecer o passado de uma população com estes instrumentos conduziu naturalmente à busca de referenciais quantitativos, derivando na construção e no uso de métodos estatísticos para realizar análises sociais, abrindo espaço para um novo tipo de pesquisador: os historiadores-demógrafos e sua vasta produção bibliográfica. Foi a partir desta nova metodologia de pesquisa que emergiram os estudos históricos sobre a família, nos quais se destacou pela primeira vez a importância social das mulheres (CORRÊA, 2009, p. 16).

O trabalho das crianças nas fábricas sofreu leves alterações, já que a Lei das Fábricas de 1833 buscou restringir o trabalho das mesmas e procurou inserir duas horas obrigatórias de escolarização para elas. No entanto, verifica-se que é no século XIX, que a família ganha uma nova roupagem em decorrência do progresso industrial.

A ótica do poder patriarcal ainda era tangível nas obras dedicadas ao Direito de Família no Código Civil de 1916. Nesta senda, verifica-se que o marido era o chefe da sociedade conjugal, ostentava-se como detentor do direito de ingressar em juízo e tinha poder de mando e desmando no que tange a autorização da mulher para trabalhar, permissão esta que era concedida pelo homem, chefe de família e a mulher era atribuída como auxiliar do marido.

Por volta do século XX, começou a ter diversas mudanças no que tange ao molde de família tradicional, com o povoamento das grandes cidades, movimento em que as famílias migravam do interior para as grandes cidades industriais. A mulher daquele período começou a trabalhar fora, tendo, dessa maneira, o seu próprio provento, concebendo, assim, sua independência, envolvendo do orçamento doméstico. Outro fato crucial para a evolução familiar se caracteriza quando as mulheres começaram a usar a pílula anticoncepcional, inspecionando, dessa forma sua natalidade.

Em decorrência desses adventos ergueu-se a Lei 4.121/62, também chamada de Estatuto da Mulher Casada, que trouxe consigo diversas inovações, as quais, atualmente, se consubstanciam como um atraso, no entanto, para a época era considerada uma permissão para que as mulheres exercessem profissão diversa da do seu marido, sem a necessidade de autorização dele. A mulher, então, deixou de ser dependente, passando a ser auxiliar da sociedade conjugal. A mulher passou a gerenciar os seus próprios bens e assim então, pode incorporar livremente em juízo.

Essa enorme alteração experimentada pelas mulheres no que concerne a família acabou de certa forma incentivando alterações da Constituição da República de 1988 (CF/88) equiparando de certo modo o homem e a mulher. A CF/88 engendrou, no Direito de Família, três sustentáculos modificativos: a igualdade em a mulher e o homem na sociedade conjugal, com a conseqüente erradicação do pátrio poder exercido pelo marido, originando, assim, o poder familiar. Com isto, passa-se a decidir de forma igualitária acerca das questões familiares, como por exemplo, a decisão sobre a vida dos filhos. Nesse meandro, destaca-se que houve uma modificação de forma a extinguir a diferença existente entre filhos legítimos (havidos do casamento) e filhos ilegítimos (havidos fora do casamento), que no Código Civil de 1916 chegava a conceituar de forma discriminatória os filhos ilegítimos, inclusive estabelecendo uma hierarquia entre eles; e, o reconhecimento de formas de famílias, além do casamento, exemplificando, no próprio corpo constitucional, mais dois exemplos de família como sendo a família havida da União Estável e a família monoparental.

A partir do momento que começou-se a ter liberdade na constituição de família, a pluralidade de modelos e a igualdade de todos os filhos, surgiu a “nova família”, não sendo mais o casamento o único elemento agregador, mas, também, a afetividade. Nesse sentido,

o Estatuto da criança e do adolescente dispõe que são parentes do menor adotado, os decorrentes dos vínculos de afetividade; a família passou a ser o meio social de promoção pessoal de seus membros.

Hoje a família é protegida por disposição expressa da Constituição Federal, na pessoa de cada um dos seus membros. Tem-se a plena liberdade de constituir a família da forma que a pessoa escolher e quiser, tendo proteção do Estado no artigo 226, §§ 7º e 8º da Constituição Federal, como segue:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

A Carta Magna também estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, não podendo existir interferências no modelo de escolha da união que se quer adotar; além disso, o Estado deve fornecer a proteção na pessoa de cada um de seus integrantes e não mais no núcleo familiar formal e obrigatório como era no passado.

### **3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Primeiramente conceitua-se princípio como sendo um regramento básico aplicável a um determinado instituto jurídico, sendo retirado das normas, da doutrina, da jurisprudência, de aspectos políticos, econômicos e sociais; conforme Miguel Reale “os princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas”.

A Carta Magna consagrou um rol de princípios fundamentais que norteiam as relações familiares; dentre eles, destacam-se os mais relevantes para esse trabalho monográfico, que são: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio do pluralismo

das entidades familiares; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da solidariedade familiar; princípio da convivência familiar; princípio do melhor interesse da criança e o princípio da afetividade.

O *princípio da dignidade da pessoa humana* tem como objetivo a garantia mínima da dignidade humana de que seu “mundo” seja garantido. Está voltado para o Direito de Família, como a necessidade de que a entidade familiar tenha a dignidade minimamente protegida e tutelada pelo Estado. Está atrelado ao princípio da intervenção mínima do Estado, no sentido de que esse não pode intervir na formação da entidade familiar. Esse princípio alcançou proteção da Constituição Federal, em seu artigo 1º, segundo o qual: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Tal garantia não é uma criação constitucional, apesar de ser respeitada e protegida por esta, mas foi transformada em um princípio fundamental para a ordem jurídica democrática (CELINA 2012). Nessa linha, Junqueira (2002) descreve este princípio como sendo fundamento da República, exigindo ser pressuposto à subjetividade da vida humana; se não houver vida não há pessoa, não havendo pessoa, não há assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet (2005, p. 24) conceitua este princípio como sendo a proteção inatingível do ser humano; não significa a impossibilidade de ser estabelecidas restrições aos direitos e garantias fundamentais, porém não pode ultrapassar a linha intocável atribuído pela dignidade da pessoa humana, merecendo o respeito por parte do Estado e da sociedade, para evitar discriminação e prejuízos ao indivíduo.

Esse princípio é identificado como sendo o princípio dos princípios; é o pilar do Direito de Família assegurando a todos os integrantes da mesma, a devida proteção para um bom desenvolvimento da vida humana agregada ao respeito mútuo.

O *princípio do pluralismo das entidades familiares*, estabelecido na Constituição Federal de 1988, reconheceu que não é só através do matrimônio que pode ser constituída uma entidade familiar.

Nasce da garantia constitucional do reconhecimento de entidades familiares fora do “padrão” entre homem e mulher, podendo se dar entre amigos, irmãos, pessoas do mesmo sexo, dentre outros, com o intuito de constituir família. Tem-se novas constituições familiares, de acordo com a concepção da afetividade, no que tange a de ter pessoas próximas que superam o vínculo de gostar e convivem de maneira afetiva ensejando no dever de cuidado.



Neste sentido, Dias (p. 80) assegura que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

Este princípio processa-se da modificação do conceito de família, inserida pela Constituição Federal, abrindo margem para a formação de novas entidades familiares, como a família advinda da União Estável, famílias monoparentais, famílias homoafetivas, famílias paralelas, famílias unipessoais, multipartais ou as famílias mosaico.

Por sua vez o *princípio da igualdade jurídica de todos os filhos*, solidificado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Para Gonçalves (2015, p.23) é cristalino a absoluta igualdade entre todos os filhos, não sendo de forma alguma permitida a distinção entre filiação legítima ou ilegítima, sendo os pais casados ou não, e os filhos adotivos. Hoje tem-se apenas filhos, sendo uns havidos na constância do casamento e outros fora do casamento, porém com iguais direitos e qualificações, proibindo-se que conste no assento do nascimento qualquer alusão à filiação ilegítima, vedando assim discriminações relativas a filiação.

Paiano (2017, p. 36) leciona que:

Por meio deste princípio o ordenamento jurídico brasileiro não admite a discriminação ou a categorização de filhos, como era feito anteriormente. Hoje não mais se pode falar em filhos adulterinos, ilegítimos, adotivos, etc. Filho é filho, sem ser possível tal qualificação, pois são todos iguais perante a lei (PAIANO, 2017, p. 36).

Portanto, este princípio consagra a máxima de que não há distinção entre os filhos “legítimos”, “ilegítimos” e “adotados”, filho é filho. Todos os direitos e deveres inerentes aos filhos deverão ser respondidos e representados de maneira igualitária.

Sobre o *princípio da solidariedade familiar*, esclarece Lôbo (2011, p.63) que, a solidariedade da entidade familiar deve ser recíproca aos cônjuges e companheiros relativos a assistência moral e material. Com relação aos filhos, a solidariedade diz respeito ao direito da pessoa ser cuidada até atingir a idade adulta.

Menciona Paiano (p. 35) que este princípio salienta a ajuda recíproca que os integrantes da família devem ter uns com os outros. Um exemplo ilustre tal princípio seria o pagamento de pensão alimentícia para os integrantes da família quem necessitam.

Para Dias (p. 79) a solidariedade familiar quer dizer o que um deve ao outro. Este princípio originou-se dos vínculos afetivos, compreendendo de certa forma a fraternidade e a reciprocidade da entidade familiar. Ressalta ainda que ao produzir deveres recíprocos entre os membros da entidade familiar, é afastado do Estado o compromisso de providenciar toda a série de direitos que são assegurados de forma constitucional a cada cidadão, porque em se tratando de crianças e adolescentes, é outorgado primeiro à família, depois a sociedade e logo após o Estado o dever de garantir os direitos inerentes ao cidadão em formação. É o que diz o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

O *princípio da convivência familiar* está ligado ao que diz respeito à relação afetiva imutável pelas pessoas que compõem o grupo familiar, advindo de laços de parentesco ou não (LÔBO, p. 74).

Este princípio traduz-se da comunhão de vida entre os integrantes da entidade familiar, estabelecendo que através da convivência familiar é que derivam os laços afetivos e da solidariedade.

Para Lôbo (p. 27) essa convivência familiar não se refere a um lugar físico, como a casa, mas é, no entanto, “o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas”.

O *princípio do melhor interesse da criança* está presente tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Determina este princípio que quando houver um choque de princípios, será utilizado o melhor interesse da criança ou menor para resolver determinadas questões conflitantes entre os pais desta criança. Nesta perspectiva, esse princípio é basilar e tem aplicação na prática de maneira superior, no sentido de que o Estado vai proteger esses menores que não conseguem se representar sozinhos, vendo de que forma o menor pode ser privilegiado em determinada situação.

Neste sentido, Gama (2008) expõe que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo das relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade, comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa (GAMA, 2008, p. 80).

No ano de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu na legislação brasileira uma série de mudanças com relação aos menores. Se comparado com o Código menorista que só privilegiava aqueles que estivessem em situação irregular. O ECA abrange a todas as crianças e adolescentes e com a doutrina da proteção integral, a criança passa a ser protegida desde a concepção, no ventre da mãe, tendo direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer e todos os demais direitos elencados, tanto no ECA quanto na Constituição Federal.

Portanto a doutrina da proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente elenca que a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direito, que crianças e adolescentes são destinatários de absolutas prioridades e é respeitada a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

O *princípio da afetividade* familiar é um dos princípios formadores do direito de família, uma vez que após a implantação da Constituição Federal de 1988, transformou o afeto em algo imprescindível para a constituição da entidade familiar, como sendo um vínculo afetivo, algo que supera o mero gostar e cria uma relação de proximidades. Não se trata de amor, porque o amor por si só não se confunde com afetividade, pode sim estar atrelado a afetividade, porém não são idênticos.

Para Paiano (2017, p. 32-33 apud AZEVEDO, p. 62-62) a mudança sofrida pelos elementos formadores da família moderna, é que hoje a família não está mais comprimida ao pilar da dependência econômica, porém está atrelada a cumplicidade e solidariedade mútuas e no afeto existente entre os integrantes da entidade familiar. Percebe-se, pois, que o princípio da afetividade é que constitui o direito de família

A afetividade enseja no dever de cuidado, sendo distinto do amor, tanto que existe as ações de indenização pela ausência de afetividade, desse cuidado, não só do fator financeiro, e sim ter essa presença e cuidado na vida dos filhos.

É essa ajuda e respeito mútuos que fazem com que as novas famílias sejam criadas e permaneçam.

Menciona-se aqui o posicionamento do Tribunal de Justiça do Piauí, no que diz respeito ao abandono afetivo é possível indenização pela falta do dever de cuidado que deve fazer-se presente nas entidades familiares.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. Recurso Conhecido e Provido. 7. Votação Unânime.

(TJ-PI - AC: 00017611820078180140 PI 201200010014128, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 04/09/2013, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 17/09/2013)

A decisão supra analisada do Tribunal de Justiça do Piauí, e demonstra a importância que o reconhecimento familiar tem para a vida de uma pessoa. *In casu*, que é possível a indenização por abandono afetivo, demonstrando o dever dos pais para com seus filhos.

A função essencial da família é assegurar a felicidade dos integrantes da mesma, como sendo a afetividade um dever posto aos pais com relação aos filhos, e dos filhos com relação aos pais mesmo que não haja amor e afeição entre eles (LÔBO, 2011, p.71).

#### **4.HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CONVENÇÃO**

Antes de adentrar no mérito quanto ao ECA, necessário se faz um breve delineamento histórico no que tange à evolução das garantias das crianças e adolescentes. Na Antiguidade não havia uma preocupação, tampouco cuidados para com as crianças. As mesmas não eram consideradas como sujeitos de direito e, por vezes, sofria maus tratos, camuflados pelo argumento de boa educação. Dessa forma enuncia Tavares “entre quase todos os povos antigos, tanto do Ocidente quanto do Oriente, os filhos durante a menoridade, não eram considerados sujeitos de direito, porém, servos da autoridade paterna” (TAVARES, 2001, p. 46). Ainda no que diz respeito ao tratamento a esse grupo na Antiguidade, percebe-se que o mesmo assumia responsabilidades de adulto, deixando à margem todos os prazeres e encantos da infância.

No Brasil, o tratamento para com o referido grupo refletiu técnicas adotadas na Europa, especificamente em Portugal. A título de exemplo cita-se a “roda dos expostos”, a qual pautava-se no enfeitamento de crianças que eram sujeitadas aos cuidados das instituições de abrigo, e cujas famílias não tinham interesse em ser evidenciadas.

Após esse período e diversas mudanças ocorridas, elaborou-se o Código de menores em 1970, o qual previa algumas medidas de tentativa de proteção às crianças e adolescentes, mas que se mostrou um tanto quanto precária, já que o legislador não se preocupou muito em criar soluções viáveis a resolver o problema existente na época, no que concerne a essas pessoas.

Neste sentido tem-se:

O Código de Menores, uma das primeiras estruturas de proteção aos menores, em nosso sistema pátrio, foi produto de uma época culturalmente autoritária e patriarcal, portanto, não havia preocupação com o problema do menor em compreendê-lo e atendê-lo, mas sim com soluções paliativas, o principal objetivo do legislador era “tirar de circulação” aquilo que atrapalhava a ordem social (FONSECA, 2015, s. p.).

Cumprе ressaltar, que anos depois, houve uma assembleia que resultou na Convenção sobre os direitos da criança e do adolescente, a qual será tratada em tópico específico, e que resultou na elaboração do ECA.

A Convenção supra referida, foi instituída em 1989 em assembleia com diversos países, com objetivo de assegurar a dignidade e promoção de uma vida saudável e honrosa para as crianças, garantindo-lhes essencialmente o direito à identidade, à saúde, à educação, dentre outros. Tal convenção foi resultado de reflexões e análises detidas a respeito das condições de vida de crianças que mereciam uma atenção maior e mais dedicada para que se pudessem alcançar meios adequados de vida para tais pessoas.

Dessa forma, verifica-se que a Convenção buscou delinear formas de melhorar as situações fáticas das crianças, proporcionando-lhes uma infância sadia, e um ambiente adequado para que possam se desenvolver com qualidade e construir uma estrutura firme, consolidada e honrosa. Para isto os países que adotaram a referida Convenção puseram-se dispostos a observar os preceitos impostos.

Neste sentido tem-se:

Art.2º. 1 – Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2 – Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares (BRASIL, 1989).

Depreende-se, ainda, da leitura da carta supracitada que houve uma preocupação considerável no que diz respeito à uma adequada estrutura familiar, vez que a família é o instituto basilar para o bom desenvolvimento da criança, seja físico, mental e social e tem o dever de proporcionar às crianças um ambiente saudável, harmonioso e alegre, respeitando obviamente a disponibilidade financeira de cada família. Para tanto, veja-se o que dispõe o art. 27 da Convenção:

Art. 27. 1 – Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

2 – Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com as possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessária ao desenvolvimento da criança (BRASIL, 1989).

Nota-se, contudo, que a família não é a única instituição responsável por oferecer, às crianças, os meios adequados para seu desenvolvimento adequado e saudável. Ao Estado também cumpre subsidiar meios eficazes para a promoção de uma vida digna e feliz, o que é realizado através de políticas públicas pertinentes e previsões legislativas consistentes.

A procura, nesse sentido, tem de ser constante a fim de colocar os proveitos de crianças e adolescentes como preferência do Estado, bem como da sociedade.

Confluindo para esse objetivo, o art. 7º da referida Convenção estabelece os ditames para a legítima anotação do nascimento da criança. Nota-se que, em observação ao que preceitua o dispositivo supramencionado, o Brasil instaurou o livre acesso à certidão de nascimento e preservação do direito da criança ao nome e ao registro civil.

Neste sentido, tem-se:

Art.7º. 1 – A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2 – Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com a legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança tornar-se-ia apátrida (BRASIL, 1989).

Insta salientar que além da observância ao direito da criança ao nome e registro civil, é assegurado a elas o direito a manter relações saudáveis com a família e ter amparo e zelo dentro do seio familiar, visto que se constitui como o melhor instrumento para formação e direção da criança, para que a mesma venha a ser conduzida na sociedade

obedecendo à estrutura social e tendo suas condutas balizadas em respeito aos costumes vividos.

Analisando sob esta ótica, verifica-se que a Lei nº 13.010/14, comumente chamada de Lei da Palmada, que à família é proibida qualquer conduta que vá infringir os direitos da criança, bem como proíbe castigos físicos destinados a elas. Porém, é importante estabelecer que muitas vezes a família não pune com o objetivo de maltratar o menor, mas apenas de lhe corrigir e educá-lo, o que não é visto pelo legislador que estabelece inclusive a perda do poder familiar em razão dessas atitudes.

Remover o poder familiar dos responsáveis pela criança e passá-lo ao Estado se configura como um ato muito gravoso para a sociedade e para o desenvolvimento adequado da criança, tendo em vista que a sociedade é responsável solidariamente pela educação das crianças do país e, na medida em que estes seres se veem sem amparo familiar, ficam sujeitos a várias agressividades e inconstâncias do mundo, que ainda não estão preparadas. Verifica-se, pois, um equívoco e um extremo rigor, visto que é preciso diferenciar espancamento de leves castigos dados para correção dos filhos.

A Convenção antevia em sua redação, indicadores educacionais, legislativos, sociais e administrativos partindo dos Estados-partes, com o fito de cuidar das crianças, preservando-as de abusos, arbitrariedades ou maus tratos, contudo tem de se estabelecer melhor a concepção de maus tratos, já que a Lei da Palmada criminaliza até a mais sutil atitude de advertência aos filhos.

A medida de encaminhamento aos lares de adoção dita pelo Art. 20 da Convenção nesses casos é de grande divergência entre os psicólogos, pois devido o conhecimento estudado através de milhares de casos concretos, demonstram que a quebra do relacionamento familiar é muito mais nocivo que algumas advertências em forma de palmada, notam-se:

Art. 20. 1 – As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu seio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e à assistências especiais do Estado. 2 – Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças. 3 – Esses cuidados poderiam incluir, inter alia, a colocação em lares de adoção, a Kafalah do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem



como à conveniência da continuidade de sua educação (BRASIL, 1989).

Para que a criança desenvolva melhor a sua personalidade ela necessita crescer no seio familiar em um ambiente com harmonia, ensino, amor, compreensão e felicidade.

Deve-se ensinar a criança a ter uma vida independente em meio à sociedade e agir com respeito ao próximo e as leis, sendo solidário, tolerante e apto a atitudes de paz.

Estes ditames são fruto de uma participação de nações em buscar de melhorias para as crianças em todos os seus países.

#### **4.1 Os direitos da criança e do adolescente na história**

Para o presente trabalho, abordar-se-á o sistema de séculos para que se possa situar com mais clareza acerca da evolução histórica tratamento das crianças e adolescentes.

Perspectivas até 1900 – criação da Santa Casa de Misericórdia: Até o começo do século XX, a criação de políticas públicas de cunho social voltados para crianças pelo Estado brasileiro, não existia, ou ao menos não se tem registro de nenhuma delas. Sabe-se que as crianças provenientes de famílias de baixa renda estavam sujeitas aos cuidados e zelos da Igreja Católica, por meio de instituições cooperativas, dentre elas a Santa Casa de Misericórdia. No Brasil, a Santa Casa situada na Capitania de São Vicente, foi à pioneira, sendo inaugurada em 1543 (CAMPOS, 1943, não paginado).

Tais instituições exerciam a solidariedade e caridade com enfermos e órfãos desfavorecidos que ficavam a mercê da sorte. O sistema de Roda das Santas Casas, já elucidado anteriormente, objetivava zelar pelos órfãos abandonadas e levantar doações para o sustento e manutenção da Casa. A Roda era feita de um cilindro de madeira em um tubo vertical que girava em seu próprio eixo, com uma fenda aberta em uma das faces, para que os nenéns fossem depositados. A estrutura física do instrumento foi criada com o fito de proteger e garantir o anonimato das mães solteiras que não podiam se expor na sociedade (LORENZI, 2010).

Em 1927 o primeiro Código de Menores foi inaugurado e vedou o funcionamento das Rodas, estabelecendo que o anonimato poderia se manter, desde que as crianças fossem confiadas abertamente às pessoas das instituições encarregadas para tal cargo. O novo procedimento também previa o cadastro das crianças que entravam.

Cumprir registrar, anteriormente, o regulamento excludente do ensino em 1854. A regulamentação mencionada era excludente, pois não se aplicava a todos, sendo vedada a sua aplicação para os escravos. Aqueles que estavam contaminados por doenças transmissíveis e os não vacinados também eram vedados ao acesso da regulamentação. Tais vedações impactavam em especial as crianças que tinham o acesso à saúde muito restrito. Nota-se, com isso, que as políticas públicas de cunho social se faziam necessárias, na medida em que sua ausência causava uma exclusão dupla para esses menores, vezes que não tinham acesso amplo à saúde e também não tinham o direito de frequentar as escolas.

No que tange à regulamentação trabalhista, foi instituído em 1891, um decreto que disciplinava acerca da idade mínima para o trabalho, qual seja, 12 anos de idade (Decreto nº 1.313/91), tal regulamentação não tinha muito valor prática, na medida em que nas indústrias e no campo o trabalho infantil era usado sem nenhum norte ou limite.

Voltando ao século XX, nota-se que o mesmo foi assinado, pelo levante de lutas sociais de ordem trabalhista, impulsionadas pelos ideais marxistas do proletariado nascente. Vê-se, aqui, a criação do Comitê de Defesa Proletária (CDP), governado por empregados urbanos, concebido em meio a greve geral em 1917. "O Comitê reivindicava, entre outras coisas, a proibição do trabalho de menores de 14 anos e a abolição do trabalho noturno de mulheres e de menores de 18 anos" (LORENZI, 2007, s. p.).

O juiz incipiente da América Latina, intitulado como Juiz de Menores foi Mello Mattos, instituído na função com a criação do Juizado de Menores, datado de 1923. Como já mencionado, em 1927 o primeiro Código de Menores foi instituído. Tal codificação era restritiva, uma vez que não era estabelecida para todas as crianças, mas tão somente aquelas que se encontravam em situação de irregularidade. Em seu artigo 1º previa que "O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código" (BRASIL, 1927).

O Código de Menores de 1927 tinha como objetivo principal estabelecer parâmetros de tratamento de crianças e adolescentes no país, estatuindo acerca do trabalho das mesmas, sobre a tutela, menores infratores, pátrio poder, dentre outras variáveis. É importante registrar que o Código de Menores de 1927, foi instaurado em uma fase em que o processo era pautado pela ideologia socialista de procedimento, com a centralização da figura do juiz em detrimento das demais partes, com isso, o Código privilegiava de forma sobrenatural o poder do juiz, de modo que as crianças que fossem submetidas a algum processo judicial tinham que ficar à mercê dos entendimentos de cada magistrado.

Durante o período compreendido de 1930 a 1945 vigorava o Estado Novo, que surgiu após o término das oligarquias brasileiras fortemente implementadas conhecidas por política do café com leite, com o revezamento, no poder, de dois Estados, quais sejam Minas Gerais e São Paulo, dominadores do mercado de café e leite, respectivamente. Com o Estado Novo, instaurou-se uma espécie de ditadura e não vigorava um plano político estruturado para o país, o que acabou por admitir a criação de políticas públicas como forma de manipulação e manutenção do poder.

Nesse contexto, em 1942, foi estabelecido o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), regulado pelo Ministério da Justiça e que tinha deveres muito semelhantes aos do sistema penitenciário, com a diferença de que era um sistema ajustado, adaptado para menores infratores. Tal sistema estabelecia tratamentos diferenciados para crianças e adolescentes infratores, bem como ao menor abandonado.

Alguns outros programas foram criados baseados na figura da primeira dama. São eles:

- Legião Brasileira de Assistência (LBA) - agência nacional de assistência social criada por Dona Darcy Vargas. Intitulada originalmente de Legião de Caridade Darcy Vargas, a instituição era voltada primeiramente ao atendimento de crianças órfãs da guerra. Mais tarde expandiu seu atendimento.
- Casa do Pequeno Jornaleiro: programa de apoio a jovens de baixa renda baseado no trabalho informal e no apoio assistencial e sócio educativo.
- Casa do Pequeno Lavrador: programa de assistência e aprendizagem rural para crianças e adolescentes filhos de camponeses.
- Casa do Pequeno trabalhador: Programa de capacitação e encaminhamento ao trabalho de crianças e adolescentes urbanos de baixa renda. Casa das Meninas: programa de apoio assistencial e sócio educativo a adolescentes do sexo feminino com problemas de conduta (VITAL, 2005, p. 16).

No período compreendido entre 1945 a 1964, houve o que se chamou de redemocratização, um retorno do Estado Democrático de Direito, instauração de uma nova Constituição e restabelecimento do sistema dos três poderes. Tal período enfrentou uma crise social muito grande e privilegiou setores que não as políticas públicas de âmbito social.

Durante 1964 e 1981 vigorou no Brasil, a ditadura militar, que, como esperado de regimes autoritários, investiu em projetos sociais a fim de estabelecer a ordem e manipular as classes menos desenvolvidas. Após esse período de extrema opressão, emergiu a Redemocratização da República, por meio de eleições diretas e a promulgação de uma Constituição Cidadã. Tal Constituição, a CF/88 representou um grande avanço após o retrocesso social, civil e político passado pela população brasileira. Para o setor de defesa dos direitos das crianças e adolescentes, a promulgação de tal texto foi a demonstração de um início de solução adequada para os problemas enfrentados por elas.

Surgiu-se, assim as bases para criação do Estatuto. Em relação à defesa de direitos das crianças, observou-se que haviam dois grupos de defesa, os minoritários e os estatutistas. Os minoritários acreditavam na eficácia do Código de Menores, e na possibilidade de regularização de crianças desamparadas e irregulares na sociedade, e por isso defendiam a sua manutenção. Os estatutistas, por sua vez, defendiam a criação de políticas de proteção integral à criança de forma que o Código deveria ser revisto e reformulado de maneira ampla, com o fito de promover uma maior proteção para esse grupo. "O grupo dos estatutistas era articulado, tendo representação e capacidade de atuações importantes" (VITAL, 2005, p. 20).

Antônio Carlos Gomes da Costa argumenta que:

Para conseguir colocar os direitos da criança e do adolescente na Carta Constitucional, tornava-se necessário começar a trabalhar, antes mesmo das eleições parlamentares constituintes, no sentido de levar os candidatos a assumirem compromissos públicos com a causa dos direitos da infância e adolescência (COSTA, 2014, p. 198).

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a CF/88, marcada por participação ativa da sociedade, bem como por avanços na área social e um modelo de gestão de políticas públicas contundentes. Nesse cenário, ergueu-se a ampla proteção da criança e adolescente, surgindo no ano posterior a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

#### **4.2 Os direitos da criança e do adolescente na atualidade**

Após mais ou menos onze anos, decorrente da assembleia e da Convenção adotada por ela, bem como depois de dez anos do Código de Menores de 1979, o Brasil adotou em seu texto os preceitos estabelecidos no âmbito internacional, conforme assinado e validado pelas nações na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a qual diz em seu preâmbulo que "a criança, em virtude de sua falta maturidade física e mental,

necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento” (1959).

A validade do ECA estabeleceu-se julho de 1990 e com ela surgiram inúmeros direitos às crianças e adolescentes e medidas inovadoras para fazer valer as garantias já salvaguardadas a eles e que se mostram de serventia indispensável para se bom desenvolvimento.

Podemos dizer que a Política de Atendimento assegurada no ECA tem a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes através, primeiramente, de políticas sociais básicas. Essa previsão ratifica este estudo mostrando o caráter histórico, social e econômico como fatores de grande relevância na determinação dos problemas enfrentados por meninos e meninas, que só poderão ser modificados e resolvidos definitivamente através de uma ação intensiva e emancipatória, destinada à transformação da totalidade da nossa realidade de país em desenvolvimento e de gritantes desigualdades sociais. [...] Entende-se por outro lado, que a proposta desse Estatuto é justamente de uma atuação assistencial que extrapole o individualismo que antes predominava, lançando propostas de caráter emancipatório não apenas para a criança e para o adolescente, como também para todos os que estão ligados a eles: família, escola, comunidade, entre outros (VITAL, 2005, p. 23).

Nesse ambiente de observação da melhor qualidade de vida é que, com a criação de novas diretrizes e de uma tendência em coibir castigos físicos a essa população, verifica-se o elevado índice de que é no lar familiar que possuem as maiores ocorrências de crueldade em face de crianças e adolescentes, que chega ao Brasil a um percentual próximo dos 70%. Neste diapasão é que as Organizações não Governamentais (ONGs), a sociedade e o poder público se preocupam em ajustar e criar uma lei que proteja a criança em seu meio social, protegendo-o de castigos físicos e psicológicos decorrentes do lar, da escola, do poder policial e de todo aquele que de alguma forma exercer autoridade sobre as mesmas.

Porém, o pedido da sociedade está sendo maior do que o almejado com a criação da Lei da Palmada, que converte atos de alerta e de melhor direcionamento dos filhos com crimes punidos de multa, perda de poder familiar ou até mesmo a cadeia.

Nesse contexto veremos nos capítulos a seguir os meios já existentes de guarita à comunidade infanto-juvenil e como já se fazem completos sem haver a necessidade de novas normas que compliquem a convivência no ambiente familiar e que se coloquem em prática as leis já consolidadas na ordem jurídica brasileira.

## **5. LEI DA PALMADA**

O primeiro estudo completo acerca da violência e maus tratos contra crianças e adolescentes advieram da pesquisa empreendida por Paulo Sérgio Pinheiro, brasileiro e doutor em ciência política. O autor elaborou um relatório que retrata as diversas formas de violência contra a criança e exibiu o documento para a ONU, com o objetivo de determinar aos Estados o desenvolvimento de um sistema de estratégias, planos e políticas relacionados ao problema, de forma a respeitar os direitos humanos através do uso de compreensão científica e técnicas disponibilizadas no meio atual.

Dessa forma, Pinheiro recomendava aos Estados a proibição de “todas as formas de violência contra crianças em todos os ambientes, inclusive castigos corporais, [...] e outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes” (PINHEIRO, 2006, p. 30).

No caso brasileiro, a Lei nº 13.010/14, conhecida como Lei da Palmada, foi aprovada com o objetivo de homenagear o garoto Bernardo Boldrini assinado pela madrasta, pelo pai e mais dois amigos, por uma super dosagem de sedativo, no mesmo ano da criação da Lei.

Percebe-se que a Lei da Palmada nasceu, desde o seu esboço, em meio a muitas discussões e polêmicas, vez que seu surgimento se deu em um espaço que tolera, de forma bastante pacífica, a violência (Santini & Williams, 2011).

Foi realizado um estudo em julho de 2010 pelo Instituto Datafolha, em que foram entrevistadas 10906 pessoas com idade superior a 16 anos, observou-se da pesquisa que mais de metade dos participantes foram contra o projeto de lei que instituiu, anos depois, a Lei da Palmada, sendo que apenas 36% dos entrevistados consideraram a Lei uma boa alternativa para a prevenção de violência com esse grupo. Notou-se que, 56% dos entrevistados que tinham filhos concordaram com a proposta apresentada. Dentro da totalidade dos participantes do estudo, 72% apanharam dos responsáveis, pais ou não.

A referida Lei acrescentou à Lei 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) o parágrafo 9º ao artigo 26, marcado pela inclusão de matérias ligadas aos direitos fundamentais do homem, aos direitos humanos e matérias de combate a quaisquer tipos de violência praticados em desfavor de crianças e adolescentes, na grade de estudos escolares.

O ECA também sofreu alterações, já que houve a implementação dos artigos 18-A, 18-B e 70-A, que reforçou o acesso das crianças à educação e cuidado, protegendo-as dos modos de disciplina cruéis e desumanos por pessoas que têm, por sua vez, o dever de preservá-lhes a boa saúde, integridade física e educação.

A Lei traz em seu corpo a definição de castigo físico, considerando-o uma “ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão” (BRASIL, 2014). Define-se, por outro lado, tratamento cruel ou indigno como modos de tratamento que ridicularize a criança, ameace-a ou cause um dissabor muito grande à vida da mesma. A Lei prevê diversas maneiras de punir o infrator dela, como o encaminhamento da criança a um tratamento no conselho tutelar, advertências e direcionamento a planejamentos de proteção e preservação à família, incluindo cuidados psicológicos, psiquiátricos e físicos.

Além disso, nota-se que a Lei 13.010/14 estipula diversas ações, as quais devem ser desenvolvidas pela União e todos os demais entes federativos. Essas ações são, por exemplo, campanhas educativas e o desenvolvimento sólido de profissionais, dentre outros, de saúde, educação e assistência social.

Insta salientar, que a maneira pela qual se conceitua o castigo físico não se mostra muito eficiente, abrindo margem para interpretações múltiplas. Inicialmente, existem defensores convictos de que a Lei da Palmada não inibe a famosa “palmada educativa”, mas tão somente as ocasiões em que o excesso se faz presente e acaba por prejudicar a vida da criança ou adolescente (RODRIGUES; TOMÉ, 2014). Contudo, percebe-se que tal questão permanece sem resposta concreta e segura até os dias atuais. Isso decorre, precipuamente, pela subjetividade da conceituação apresentada pela Lei e que deixa diversos questionamentos a seu respeito.

Percebe-se que o conceito dado pela Lei para tratamento cruel e degradante, abre margem para interpretações variadas, constituindo-se, também, como muito subjetivista. Por outro lado, no Brasil já havia legislação pertinente que cuidasse de tal assunto, aqui entendida como o ECA e o Código Penal (CP), que já instituía as diretrizes de combate à violência infantil e que davam conta, em tese, do combate aos casos abusivos (MACEDO, 2012; PEREIRA, n.d.; Silva, 2014). Um terceiro ponto a ser considerado se consubstancia na ideia de importância e facilidade da palmada para o combate à desobediência dos filhos, pois embora tenha “algumas consequências negativas”, a palmada deve continuar permitida para a utilização dos pais ou responsáveis, vez que se trata de um recurso prático e fácil de coibição de maus comportamentos, principalmente para os pais que levam uma rotina exaustiva (FONSECA, 2014).

Tem-se que, de fato, a palmada se constitui como um recurso prático, fácil e de consequências. Realmente, a palmada é um recurso fácil e de resultado imediato na maioria das vezes, porém, não é obrigatoriamente um modo adequado e eficaz de educar. Essas opiniões acerca da Lei serão tratadas de forma mais detida no tópico que se segue.

## **6. PONDERAÇÕES E CRÍTICAS ACERCA DA LEI**

Há um grande problema no que concerne à eficácia dessa Lei que é a fiscalização. Fonseca afirma que a fiscalização por parentes e vizinhos poderia se constituir como um modo eficaz de combate à violência infantil, porém a “cultura da delação” não é muito bem vista e por esse motivo não é empregada com tanta frequência (FONSECA, 2014). Percebe-se, porém, que embora existam esses e outros argumentos em desfavor da Lei 13.010/14, alguns argumentos, que foram, inclusive, expostos no presente trabalho, demonstram a importância da referida Lei como uma maneira de complementação da legislação existente.

Tomando como base a Lei como um todo colocando em prática as ações pré-estabelecidas, a Lei 13.010/14 se constitui como um instrumento valioso e de verdadeira serventia para ajudar na proteção e garantia dos direitos e interesses da criança e do adolescente, atuando como protetor e incentivador dela na educação, saúde, lazer, demais garantias que devem ser a elas preservados, como punição dos infratores da Lei. Também é imprescindível delinear as dificuldades que podem insurgir ao delimitar o abuso e o castigo físico. Weber et al. indicam que o nível de estresse e cansaço dos pais e/ou responsáveis, quando da correção da criança pode representar um risco muito grande para a mesma, na medida em que, quando estão irritados demasiadamente, têm uma probabilidade maior de não se conterem e de usarem níveis altíssimos de violência contra a criança com a tentativa de punição, até mesmo por atos considerados desnecessários de correção (WEBER ET AL. 2004, p. 34). O “aspecto educativo” do castigo físico se desfaz, sendo substituído pela violência, agressão e perda de controle.

Nota-se que determinada situação auxilia na dificuldade de determinação de um limite evidente entre castigo físico, abuso ou violência. Frias-Armenta aponta que o fato de não ter bem delineado o conceito de abuso infantil e castigos físicos que gera a ausência de um limite evidente entre os dois (FRIAS-ARMENTA, 1999, p. 109). De acordo com a autora, mundialmente, o castigo físico não adquire o aspecto de abuso, tendo em vista que tem um caráter disciplinador a disposição dos pais. Sendo assim, tal tipo de violação aos direitos da criança se torna algo normal e socialmente aceito, sendo visto como um direito do responsável pela formação da criança.

Contudo, a autora também disciplina que o castigo físico aborda a utilização proposital da força como forma de causar dor e dano à criança. Disciplina, ainda, que a



fiscalização das atitudes de crianças e adolescentes por meio do castigo físico deveria ocasionar a meditação das pessoas sobre quando termina o castigo e inicia o abuso.

Cumprido ressaltar que com relação a fronteira entre abuso e castigo é normal distinguir pais que abusam fisicamente dos filhos de pais que dão palmadas de forma a discipliná-los como se fossem de naturezas diversas (WEBER et al. 2004, p. 56). Contudo, as autoras disciplinam que não é correto distinguir a violência pelo por sua intensidade, mas sim pelo seu caráter de ocasionar dano ao outro. De igual maneira, Simons et al. dispõem os maus-tratos como atos contínuos de punição física e psicológica que impossibilitaria uma delimitação claro e objetivo entre abuso e castigo, pois os dois constituem-se como espécies do mesmo gênero (SIMONS et al., 1991).

Instituições e pessoas preocupadas com a questão da violência física à crianças e adolescentes, criaram a rede "Não Bata, Eduque" (NBE), que tem como objetivo principal acabar com o uso de castigos degradantes de forma a punir a criança, bem como incentivar as famílias a manterem relações saudáveis e harmoniosas, respeitando os direitos da criança e do adolescente. Dessa forma, a NBE elenca uma sequência de justificativas usadas frequentemente contra a Lei 13.010/14, bem como seus contra-argumentos. Além disso, indica tal lei como "um marco moral e ético de princípios e valores" (n.d., p. 01).

Nota-se que a NBE dispõe, também, o controle poderá ser incorporado ao comportamento e cultura das pessoas, constituindo-se como algo normal no cotidiano das mesmas. Aborda que a Lei da Palmada não foi criada com o fito de punição dos pais a qualquer custo, como uma forma de perseguição dos mesmos, mas sim estimular os pais a observarem os filhos, dando-lhes atenção e programando formas de educá-los sem que para isso seja necessário espancá-los, ou seja, criá-los de forma adequada sem a presença de violência.

Como bem-disposto por Weber et al., disciplinar não é mesmo que punir, mas tão somente uma tentativa de correção das atitudes inadequadas, mostrando aos filhos quais devem ser as ações realizadas em consonância com a adequação social (WEBER et al., 2001, p. 61). (2004). Sendo assim, os pais deveriam auxiliar os filhos a desenvolver a independência, a autoestima, o senso crítico, o respeito e não violentá-las. As autoras demonstram que é totalmente possível, na verdade é o mais recomendável, ensinar aos filhos que não se solucionam os problemas com o emprego da violência, muito pelo contrário, o mundo precisa de paz para continuar seguindo e se desenvolvendo. Também não é recomendável que as crianças aprendam a viver unicamente para não receber punições, elas devem ser educadas, pois, para respeitar o outro independentemente das consequências.

Sendo assim, a promulgação de uma lei ao estilo da Lei da Palmada serve como “estímulo para que sejam desenvolvidos programas universais de treinamento para pais sobre como educar seus filhos sem o uso da violência” (SANTINI e WILLIAMS, 2011, p. 429), colaborando para o processo de mudança social e cultural e, a possível erradicação da violência infantil, que só pode ser realizada a longo prazo.

## 7.DECISÕES JUDICIAIS

O presente capítulo cuidará acerca de decisões judiciais que merecem visibilidade no que tange de seu conteúdo. A seguir, tem-se a decisão de apelação de um Juizado Especial, que trata acerca de violência de uma professora contra um aluno em razão do mesmo não obedecê-la quando da realização da fila para entrar em sala de aula. A educadora chutou, empurrou, apertou o braço da criança e a arranhou.

Juizado Especial Criminal. Apelação. Lesão Corporal Culposa. Coesa a prova testemunhal. Declarações da vítima corroboradas pelo Auto de Exame de Corpo de Delito. Redução da Pena de Multa. Deve-se manter o quantum correspondente com a pena privativa de liberdade. Sistema Binário. Multa não se confunde com restritiva de direitos. Provimento em parte. VOTO 1. Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso. Verifica-se tempestivo, legítima a parte recorrente, sendo igualmente adequada a via, para a apreciação do meritum recursal. DO MERITO 2. Menor com 08 anos. Causa espécie que ainda nos tempos de hoje precise o educador - aprovada a Lei da Palmada - empreender contato físico com o menor para fazer valer um castigo. A verdade é que arranhões, empurrões, são absurdos originados de quem confere a norma o dever de cuidado. Culpar a criança de ter sido agredida "sem querer" é um discurso negativo que serve a qualquer agressor, tendo como vítima pessoa idosa, criança, mulher, homossexual. "Bati porque a idosa não queria comer". "Bati porque esta criança é terrível". "Bati porque a mulher estava me irritando". É o mesmo discurso de quem maltrata, e, até mata, sob o argumento de que a criança é levada e precisa de um corretivo e, assim. Vai. Pensa-se, contudo, que nunca se vá ouvir isto de um educador, de quem é preparado para lidar SEM O EMPREGO DE VIOLENCIA FISICA. A questão é que o "EDUCADOR" NÃO PODE E NÃO DEVE SEQUER "TOCAR COM FORÇA" EM UMA CRIANÇA. Então, se a criança não forma fila, EMPURRA? CHUTA? SEGURA COM FORÇA OS BRAÇOS?

ARRANHA? LESA? O Exame de Corpo de Delito confirma isso. E a culpa é da criança porque é bagunceira? Estarrece este discurso que legitima a violência. E que, repentinamente, fez surgir porque nunca antes tinha a Ré dito que estava o menor em risco sob o bebedouro - um comportamento de risco para justificar a sua ação sobre o braço da vítima. Discurso que sequer se manter na medida em que só vem à tona em seu interrogatório quando perguntado pela Defesa sobre o risco "ele está sofrendo algum risco?" Vem então um "sim" que mal se explica. Percebendo isso, RENOVA o juiz a pergunta o que teria levado ela a agir - pegando-o a força com no braço - e então vem a verdade: ".pegou ele pensando estar ele fazendo alguma coisa que não era o momento de fazer e a afrontando porque pediu primeiro para ele sair e ele não quis sair." Evidente que o menor não foi seguro com força para sair do bebedouro por causa do risco, mas, porque a estava AFRONTANDO. Exatamente, como já tinha iniciado a sua versão, ou seja, de que "como ele veio SE Opondo a sentar e querendo se desviar dela, SEGUROU SEU BRAÇO. foi COLOCAR ELE À FORÇA E ELE SE SOLTOU." Ouvindo isso, encerra o magistrado suas perguntas, e, aí, fica a clara impressão de A LESÃO SE DEU porque estava a professora, obrigando o menor a SENTAR A FORÇA ao seu lado. DA PROVA 3. Perfeita a análise da prova contida na r. sentença, reconhecendo a narrativa da vítima. Impõe-se que se pontue que a conduta em julgamento foi a de ter o menor sido: ". ARRANHADO PELAS UNHAS DA PROFESSORA NA MÃO. DEPOIS QUE ESTA O SEGUROU PELO BRAÇO COM FORÇA OBRIGANDO A SENTAR AO SEU LADO". E múltiplos são elementos de prova que atestam a veracidade da narrativa da criança. Vejamos: PRIMEIRO, o Auto de Exame de Corpo de Delito descreve ESCORIAÇÃO LINEAR AVERMELHADA. NA FACE POSTERIOR da mão direita; ESCORIAÇÃO LINEAR. NA FACE POSTERIOR da mão direita, PARALELA A ESCORIAÇÃO ANTERIORMENTE DESCRITA. (ao nível do 2º e 4º quirodáctilos) E ESCORIAÇÃO LINEAR VERTICALIZADA. NA FACE POSTERIOR DO TERÇO PROXIMAL DA FALANGE PROXIMAL DO POLEGAR DIREITO. Lesões compatíveis com a de quem tem segura sua

mão com força e é atingido pelas unhas do seu opressor. Evidente que houve o toque da professora - aliás, ela mesma confessa que o segurou - e, que, ao contrário, do que alega, PRODUZIU MARCAS PORQUE EXCESSIVA A FORÇA EMPREGADA. E não foi para retirá-lo de cima de um bebedouro - versão que só aparece em juízo - porque ia quebrar o braço, mas, sim, para FORÇÁ-LO A SENTAR. A verdade é que, as lesões descritas são sim compatíveis com a narrativa da vítima que afirma ter sido lesionado quando foi agarrado pela mão pela Ré para que sentasse ao seu lado e que quando está o puxava com força, apertando sua mão, tentou se desvencilhar e sofreu os arranhões. (fl.05) Imaginem uma "CRAVADA DE UNHA" no terço proximal da falange do polegar direito, sem dúvida. DEIXARIA DE 08 A 10 MM DE MARCA VERTICALIZADA NA PELÉ CONSIDERANDO O TAMANHO MÉDIO DE UMA UNHA. Basta medir. Compatível a lesão com a narrativa. Estranho a Diretora Wanilde não ter visto o que o Perito atestou. ou seria para ela normal tais lesões em crianças "levadas"? SEGUNDO a mãe faz um RELATO DETALHADO DA NARRATIVA DO MENOR SEM NENHUMA INDICAÇÃO DE EXAGEROS, a fazer crer que pudesse estar mentindo ou querendo prejudicar a Ré. Narra o comportamento do filho, assume a sua hiperatividade, quando vai a Delegacia, mas, se indigna como qualquer mãe, quanto à forma como seu filho foi tratado. Por que a mãe mentiria? Observe-se que a mãe - que é merendeira - estava trabalhando e foi chamada pela avó que fica com a criança. E narra ainda que Simone a moça que foi pegá-lo o recebeu chorando e abalado. Estranho que tenha a Ré afirmado - ao ser ouvida perante a Promotoria de Infância e Juventude - que tudo não passou de uma implicância da mãe - aliás que conhece apenas de vista - porque percebia que esta queria que seu filho recebesse mais atenção dos que os demais alunos. (fl.80) Evidente que não há mãe que não queira que seu filho receba atenção. Mas, daí, a afirmar isso, conhecendo a mãe apenas de vista. é um contrassenso. E nem se diga - como sustenta a Ré - que a lesão teria se dada na escola que a vítima frequenta, na parte da tarde, quando se verifica que a avó imediatamente chamou a mãe e poucas horas depois já estavam na Delegacia. TERCEIRO, a própria testemunha trazida

pela Defesa Viviane Miranda de Carvalho confirma a versão da vítima de que ele ARRANCOU A MÃO DA ACUSADA NUM ATO VIOLENTO. ".assim que retirado do bebedouro ele foi se esperneando, falando coisas, que não queria, se debatendo; que a acusada foi e segurou na mão dele e o levou pela mão e colocou ele sentado lá; que quando a acusada estava segurando, ele mesmo, todo "estressadinho" arrancou a mão da acusada num ato violento; "STRESSADINHO" ? Por que estava sendo seguro com força? Por que deve achar normal ser agredido? Chega a CHOCAR a narrativa da testemunha;" ele não ficou chorando, ficou normal como se nada estivesse acontecido porque "criança não se estressa muito com essas coisas" porque eles já estão acostumados a levar bronca; ele não gostou de ficar lá pensando, ficou bem "revoltadinho". A verdade é que, a testemunha de Defesa no afã de depreciar a vítima, acabou por CONFIRMAR A DINÂMICA NARRADA NA DENUNCIA. Por que então desacreditar em sua versão? Por que de uma criança? Por que MERECE SER AGREDIDA? Autoriza a prova o juízo de condenação DA CULPA 4. "Culpa é a prática voluntária de uma conduta, SEM A DEVIDA ATENÇÃO OU CUIDADO, da qual deflui um resultado previsto na lei, como crime, não desejado, nem previsto, mas, previsível". 1 E não age com imprudência a professora que sabendo que apertando a mão de uma criança pode lesioná-la? Ou ainda, de que forma displicente mantêm suas unhas sobre a pele a ponto de possibilitar que crianças se lesionem com elas? Evidente que acidente não é. Ninguém disse que o "ACIDENTE" se deu porque ela tentava tirá-lo do bebedouro - aliás, só a Defesa assim sustenta, mas, sim, porque PUXO-O COM FORÇA PELA MÃO PARA QUE SENTASSE para pensar. E NÃO PARA QUE DESCESSE DO BEBEDOURO. Repito, Nem a Ré, nas duas vezes que prestou declarações - uma na Delegacia outra perante a Promotoria da Juventude - afirmou que a vítima estava em risco. A Ré foi clara em afirmar que precisava PUNIR!!! E O SEGUROU PARA SENTAR AO SEU LADO!!! E agora as lesões estão justificáveis? Induvidoso a culpa da Ré, mormente, ante a posição que assume de garantidor da integridade física da vítima. DA PENA 5. Perfeita, igualmente,

a fixação da pena privativa de liberdade no mínimo legal de 02 (seis) meses de detenção. DA MULTA 5.1. Eleita a pena de multa deve esta, contudo, guardar proporção com a pena privativa de liberdade, devendo então, ser, igualmente, fixada no mínimo legal de 10 (dez) dias multa, mantido o seu valor unitário mínimo. E se multa, evidentemente, não há que se afirmar incidente o § 4 do art. 44, eis que a multa não se constitui em pena restritiva de direitos. A interpretação do último parágrafo da r. sentença deve se dar em favor rei. Converte-se apenas o que é pena restritiva. Multa não. DA CONCLUSÃO 6. Voto no sentido de conhecer do recurso, e, no mérito, dar-lhe provimento, apenas, em parte para reduzir a pena de multa para o mínimo de 10 (dez) dias multa e excluir o preceito de conversão em caso de descumprimento do pagamento. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2.014. Cláudia Márcia Gonçalves Vidal Juíza de Direito 1 Costa Jr, Paulo José in "Direito Penal: Curso Completo", 8ª ed. pag.82 18 Recurso nº 0009563-10.2012.8.19.0061 - Voto do Relator II Turma Recursal.

(TJ-RJ - APR: 00095631020128190061 RJ 0009563-10.2012.8.19.0061, Relator: CLAUDIA MARCIA GONCALVES VIDAL, Segunda Turma Recursal Crimina, Data de Publicação: 09/10/2015 16:22)

O resultado da decisão foi desfavorável à educadora por entender os juízes, que a mesma agiu de forma inadequada na tentativa de fazer com que a criança a obedecesse. Asseveram ainda que a professora no papel de educadora tem o dever de se mostrar como exemplo de idoneidade para as crianças e respeitá-las.

Outra decisão no mesmo sentido ocorreu no Tribunal de Mato Grosso (TJMT) em que o tio lesionou a sobrinha que tem necessidades especiais, sob o argumento de que a criança estava incomodando seu sossego. Neste sentido, tem-se:

APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO-FAMILIAR CONTRA A SOBRINHA – ABSOLVIÇÃO – PRETENDIDA CONDENAÇÃO - PARCIAL PROCEDÊNCIA - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - NÃO CONSTATAÇÃO - ANIMUS CORRIGENDI VEL DISCIPLINANDI - DESCLASSIFICAÇÃO DAS LESÕES CORPORAIS PARA O DELITO DE MAUS-TRATOS – NECESSIDADE - LEI DA PALMADA OU LEI

MENINO BERNARDO - APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA – APELO PARCIALMENTE PROVIDO - CONDENAÇÃO DECRETADA. O abuso do poder de disciplina e de correção da criança e do adolescente, por pais ou outros responsáveis jurídicos ou de fato, legitima a condenação por maus-tratos, a teor do que preleciona o art. 136, caput, do CP, e sua combinação com os Arts. 18-A e 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, na redação dada pela Lei Federal n.º 13.010/2014. Apelo provido em parte. (Ap. 117145/2016, DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 14/12/2016, publicado no DJE 23/01/2017)

(TJ-MT - APL: 00065144620158110006 117145/2016, Relator: DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 14/12/2016, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/01/2017).

Nota-se que a motivação do crime nos dois julgados é muito semelhante. No caso em questão, a vítima estava com dificuldades para ligar o computador e por isso chorava, o tio, impaciente com a situação, desferiu chineladas na criança para que ela ficasse quieta, causando ferimentos e pequenas lesões. Em julgamento, o autor do delito conseguiu ser absolvido do crime de lesão corporal, mas foi enquadrado no crime de maus tratos com a ajuda da Lei n.º 13.010/14. Nesta senda, vê-se a importância da Lei da Palmada na preservação da integridade física das crianças e na preservação e respeito de seus direitos como cidadãos.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Educar as crianças é uma tarefa árdua e que muitas vezes requer o auxílio de diversas ferramentas para conseguir tal feito. São muitas as preocupações que se tem na educação dos filhos, desde saúde, educação, moradia, até a formação moral e ética. Nota-se que muitas vezes as crianças apresentam comportamentos não esperados pelos responsáveis e que fogem ao controle dos mesmos.

Com base nessa situação, percebe-se que o diálogo e os métodos de correção alternativos não se mostram muito eficazes para algumas famílias, que acabam recorrendo aos castigos físicos como forma de correção e punição da criança. Diante disso, o governo promulgou a Lei 13.010/2014, conhecida como Lei da Palmada, a qual tem o caráter

intervencionista e preleciona a punição aos pais que cometerem abusos e castigos físicos contra seus filhos.

O presente trabalho contou com cinco capítulos. O primeiro deles cuidou da análise da evolução do conceito de família na humanidade, conceito este que contou com inúmeras designações, tendo em vista que o Direito de Família é muito volátil. Concluiu-se que, embora família designasse, há tempos atrás, aquela formada por mãe, pai e filhos, atualmente seu conceito é muito mais amplo, admitindo formas variadas de composição familiar.

No segundo tópico, abordou-se quais seriam os princípios que regem o Direito de Família, quais sejam, princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os filhos, melhor interesse da criança, dentre outros. Em um terceiro momento, buscar delinear os contornos da evolução histórica do direito das crianças e adolescentes no Brasil, constatando-se que houveram diversas leis que disciplinaram acerca do direito dos menores, não com tanto afinco, mas que foram evoluindo com o passar dos tempos, culminando no ECA, uma legislação completa, que visa o oferecimento de condições favoráveis e confortáveis para as crianças e adolescentes, sendo muito mais ampla que as outras legislações que já vigeram sobre o mesmo assunto.

Posteriormente, buscou apresentar a lei da Palmada, sua conceituação, bem como sua disciplina legal, verificou-se que ela estabelece o respeito à integridade física da criança e do adolescente, na medida em que busca defendê-las de toda sorte de crueldades e maus-tratos. No sexto capítulo, delinear-se as críticas acerca da referida legislação e constatou-se que a falta de fiscalização é o principal problema que acomete e impede tal legislação de ser eficaz.

Por fim, na busca pela solução do problema apresentado na exordial, concluiu-se que a Lei da Palmada não é inconstitucional, pois embora invada a esfera particular, tal invasão se faz necessária para proteção de um grupo vulnerável, sendo dever do Estado tutelar o direito à segurança, proteção e amparo desses menores.

## 9.REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de jul. de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 29/09/2017.



BRASIL. Lei nº 13.010 de 26 de jun. de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

**Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 2014. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BUSSMANN, K. D. **The Effect of Banning Corporal Punishment in Europe: A Five-Nation Comparison**, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Ernesto de Souza. **Santa Casa de Misericórdia de Santos: primeiro hospital fundado no Brasil; sua origem e evolução 1543-1943**. São Paulo: [Elvino Pocaí], 1943.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACULDADE METROPOLITANA DA AMAZÔNIA. **Manual para elaboração de TCC: ABNT NBR 14724:2005 - Trabalhos Acadêmicos; ABNT NBR 15287:2005 - Projeto de Pesquisa; ABNT NBR 6022: 2003-Artigo em publicação científica impressa**. Belém: Famaz, 2010.

FONSECA, Júlia Brito. **Código de menores e Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2015. Disponível em: <<https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

FONSECA, J. P. Contra a absurda Lei da Palmada. **Instituto Ludwig von Mises Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1877>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

FRIAS-ARMENTA, M. **Law, psychology, family relations and child abuse in Mexico**. Doctoral Dissertation. University of Arizona. 2016. Disponível em: <<http://arizona.openrepository.com/arizona/handle/10150/288957>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

GUNTHER, Jakobs. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo, Editora Atlas, 2010

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente**. São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

LORENZI, Gisella Werneck. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**.

<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4ª ed., São Paulo. Saraiva, 2011.

MACEDO, L. **Lei da palmada é desnecessária, ouça especialista em educação**. Notícias, Rádio Folha. 2016. Disponível em: [http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3273%3Alei-da-palmada-e-desnecessaria-diz-especialista-em-educacao](http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=3273%3Alei-da-palmada-e-desnecessaria-diz-especialista-em-educacao). Acesso em: 10 mar. 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

PELUSO, Cesar. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Editora Monole, 2011

PINHEIRO, P. S. **Estudo global das Nações Unidas sobre a violência contra crianças**. Assembléia Geral das Nações Unidas. 2006. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_10792.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10792.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2018.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **O Menor sua Guarda e seus Direitos**. São Paulo, Editora BED, 2011.

SANTINI, P. M. & Williams, L. C. A. Castigo corporal contra crianças: o que podemos fazer para mudar essa realidade? In: Pessoa, C. V. B. B.; Costa, C. E.; Benvenuti, M. F. (Orgs.). **Comportamento em Foco**, pp. 603-612. São Paulo: Associação Brasileira de Psicoterapia e Medicina Comportamental, 2011.

SIMONS, R. L.; Whitbeck, L. B.; Conger, R. D. & Chyi-In, W. **Intergenerational transmission of harsh parenting**. Development Psychology, 1991.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TIBUNAL DE JUSTIÇA-MATO GROSSO - APL: 00065144620158110006 117145/2016, Relator: DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 14/12/2016, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/01/2017. **JusBrasil**. Disponível em:

<[https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421238427/apelacao-apl 65144620158110006-117145-2016](https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/421238427/apelacao-apl-65144620158110006-117145-2016)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TIBUNAL DE JUSTIÇA-RIO DE JANEIRO - APR: 00095631020128190061 RJ 0009563-10.2012.8.19.0061, Relator: CLAUDIA MARCIA GONCALVES VIDAL, Segunda Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: 09/10/2015 16:22. **JusBrasil**. Disponível em:<<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/245841860/apelacao-criminal-apr95631020128190061-rj-0009563-1020128190061>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TIBUNAL DE JUSTIÇA-PIAUÍ - AC: 00017611820078180140 PI 201200010014128, Relator: Des. JOSÉ JAMES GOMES PEREIRA, Data de Julgamento: 04/09/2013, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 17/09/2013. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294139335/apelacao-civel-ac-17611820078180140-pi-201200010014128>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2014.

VITAL, Cristiane Grasiela. **A Educação Social na Medida Sócio-Educativa de Prestação de Serviço à Comunidade: uma experiência em grupo**. 2005. 79f. Monografia (Graduação Serviço Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial287470.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

WEBER, L. N. D.; Viezzer, A. P. & Brandenburg, O. J. **O uso de palmadas e surras como prática educativa**. Estudos de Psicologia, 2004.

## **A PRÁTICA DA VAQUEJADA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO PREVISTO NO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**VANESSA MATOS CORTES OLIVEIRA:**

Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar a prática da vaquejada à luz dos preceitos dispostos pela Constituição Federal de 1988, com o desiderato de verificar se a referida prática é protegida constitucionalmente por constituir uma manifestação cultural, nos termos do art. 215, caput, c/c art. 225, § 7º, CRFB/88, ou se deve ser proibida por reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 225, caput e § 4º, VII da CRFB/88, os quais instituem o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõem a vedação constitucional de submissão de animais a tratamento cruel. Para tanto, analisar-se-ão as características inerentes à vaquejada, a controvérsia jurídica existente acerca da matéria e o teor da decisão prolatada pelo Excelso Pretório em sede de julgamento da ADI nº 4983/CE.

**Palavras-chave:** Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tratamento Cruel. Vaquejada.

**ABSTRACT:** The present article proposes to analyze the practice of vaquejada in the light of the precepts established by the Federal Constitution of 1988, with the aim of verifying whether this practice is constitutionally protected as it constitutes a cultural manifestation, under the terms of art. 215, caput, with art. 225, § 7, CRFB/88, or whether it should be prohibited due to recognition of its unconstitutionality by the Federal Supreme Court, pursuant to art. 225, caput and § 4, VII of the CRFB/88, which establish the fundamental right to an ecologically balanced environment and impose the constitutional prohibition of submitting animals to cruel treatment. In order to do so, the characteristics inherent to the vaquejada, the existing legal controversy on the matter and the content of the decision rendered by the Excelle Pretorio in the judgment of ADI nº 4983/CE will be analyzed.

**Keywords:** Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Fundamental right to an ecologically balanced environment. Cruel Treatment. Vaquejada.

### **1.Introdução**

O presente artigo visa analisar a constitucionalidade da prática da vaquejada, verificando-se, para tanto, sua compatibilidade com a vedação constitucional de submissão de animais a atividades cruéis e com a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tratar-se-á, ainda, da utilização da técnica de ponderação de Robert Alexy para fins de sopesamento entre o direito fundamental de proteção às manifestações culturais e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e da prevalência deste direito em detrimento daquele em se tratando de caso concreto envolvendo a prática da vaquejada.

Discorrer-se-á, também, sobre a aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso social e a possibilidade de se enquadrar como cláusula pétrea o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto pelo art. 225, *caput*, da CRFB/88, por este se caracterizar como direito simultaneamente individual e coletivo (CUNHA JR, 2017, p. 677).

Desta feita, delineado o objeto de pesquisa, deve-se destacar que foi utilizada como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica de doutrina especializada, em conformidade às referências bibliográficas explicitadas ao final do artigo, bem como estudo de caso jurisprudencial acerca dos fundamentos constantes nos autos da ADI nº 4983/CE, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

## **2. Análise da (in)constitucionalidade da prática denominada vaquejada**

A prática da vaquejada possui em sua essência um caráter eminentemente cultural, cuja origem remonta ao sertão nordestino. Em razão disso, a referida atividade encontra-se protegida, em tese, pelo art. 215, *caput* e §1º da Constituição Federal de 1988, que assegura a proteção estatal às manifestações culturais populares, além de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Nesse sentido:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura

V - valorização da diversidade étnica e regional. (BRASIL, 1988)

Verifica-se, em observância ao seu conteúdo, que o retrotranscrito dispositivo constitucional é o núcleo normativo do princípio da proteção às manifestações culturais, preceito que, inclusive, foi suscitado como tese de defesa em contestação confeccionada pela Advocacia-Geral da União e protocolada nos autos da ADI nº 4983/CE (2016, p. 4).

Sucedem que a Constituição Federal de 1988, em que pese ter consagrado em seu teor a garantia ao pleno exercício dos direitos culturais, elevando-a à condição de direito fundamental, conforme disposto no art. 215 da CRFB/88, também assegurou a proteção à fauna brasileira, com vistas a efetivar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225, §1º, VII da CRFB/88. Veja-se:

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)

Evidencia-se, desse modo, a ocorrência de uma colisão entre dois direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional. Mister pontuar, nesse aspecto, que não há direito fundamental de caráter absoluto, de modo que a prevalência de determinado direito fundamental em detrimento de outro deverá observar as circunstâncias fáticas e jurídicas específicas do caso concreto analisado, com vistas a garantir a harmonização e a otimização dos princípios constitucionais.

Esse sopesamento de interesses conflitantes no caso concreto para fins de resolução da colisão entre direitos fundamentais foi idealizado pelo doutrinador Robert Alexy, que batizou o método como técnica de ponderação ou sopesamento (ALEXY, 2008, p. 94).

Destaque-se, nesse ponto, que os princípios constitucionais constituem mandamentos de otimização, uma vez que *"são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"*. (Ibidem, p. 90). Em razão disso, a técnica de ponderação somente deverá ser utilizada nas hipóteses em que não for possível harmonizar os interesses opostos envolvidos no caso concreto, em observância aos princípios da concordância prática e da unidade da Constituição (NOVELINO, 2016, p. 119).

Nos casos em que a conciliação de interesses divergentes for impossível, haja vista a colisão de dois direitos fundamentais que não se harmonizem no caso concreto, Robert Alexy explicita que a referida colisão deverá ser solucionada mediante uma relação de precedência condicionada, uma vez que os princípios constitucionais, quando colidem, tem uma maior prevalência sobre o outro a depender das condições inerentes ao caso concreto. (ALEXY, op. cit., p. 93-94).

Destarte, utilizando-se da técnica de ponderação de Robert Alexy para solucionar a colisão entre os direitos fundamentais previstos no art. 215 e no art. 225 da CRFB/88, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede de julgamento da ADI nº 4983/CE, por maioria de votos de seus membros, pela precedência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em detrimento do direito fundamental de acesso à cultura no caso concreto, razão pela qual se declarou, na oportunidade, a inconstitucionalidade da vaquejada e da Lei Estadual cearense nº 15.299/2013. (ADI nº 4983/CE, 2016, p. 2)

Há de se concordar com o posicionamento do Excelso Pretório proferido em julgamento da referida ação do controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que, conforme será devidamente demonstrado de forma detalhada, a vaquejada acarreta sérias lesões físicas e psíquicas aos animais participantes, o que vai de encontro à

proteção à fauna garantida pelo art. 225, *caput* e § 1º, VII da CRFB/88, que garante o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e veda a submissão de animais a qualquer tipo de prática cruel.

Desse modo, em eventual sopesamento entre o direito fundamental ao acesso à cultura e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na casuística da vaquejada, entende-se que este deverá prevalecer em detrimento daquele, visto que não se apresenta compatível com a Constituição Federal de 1988 a prática de uma manifestação cultural que vá de encontro à proteção à fauna constitucionalmente instituída por ferir a integridade física e psíquica dos animais participantes.

Impende consignar, nesse aspecto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é classificado pelos doutrinadores, a exemplo de Dirley da Cunha Jr., como direito social de terceira geração que possui um caráter transindividual, porquanto sua realização individual depende, necessariamente, da efetivação do direito na esfera coletiva; além disso, nos dizeres do retrocitado doutrinador, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui direito fundamental assegurado pela CRFB/88, haja vista se tratar de uma prerrogativa individual que auxilia no desenvolvimento de potencialidades do indivíduo e, também, contribui para a evolução da ordem social. (CUNHA JR, *op. cit.*, p. 677).

Além disso, deve-se salientar que o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, de modo que a manutenção do ecossistema ambiental deve ser tutelada em prol não somente da geração atual, como também em benefício das gerações futuras, nos termos do art. 225 da CRFB/88. Tal fundamento, inclusive, foi utilizado pelo Ministro Marcos Aurélio em votação da Ação de Inconstitucionalidade nº 4983/CE, na qual figurou na condição de relator da causa.

Evidencia-se, nessa linha de inteligência, a importância de se assegurar a tutela ambiental na atualidade, o que inclui a proteção à fauna e a vedação de se submeter animais a qualquer tipo de prática cruel, sob pena de violação direta ao art. 225, *caput*, da CRFB/88.

Verifica-se, nesse ponto, que o conceito de crueldade está diretamente relacionado a uma ação praticada por um sujeito que inflija intencionalmente sofrimento físico ou psíquico a um ser, seja este humano ou animal (ADI nº 4983/CE, 2016, p. 22).

Ao se observar a prática da vaquejada *in loco*, tem-se que a referida manifestação cultural enseja submissão dos animais à crueldade, tendo em vista que estes não raro deixam o local da competição sangrando, com patas quebradas, cauda arrancada, padecendo de dores físicas e de sofrimento psíquico, eis que o forte tracionamento da causa do bovino e a sua posterior derrubada pelo competidor é realizada de tal modo que



pode acarretar graves riscos à integridade física e mental do animal participante da prática, o que pode vir a configurar maus-tratos. (OLIVEIRA, op. cit., p. 31).

Evidencia-se, nesse sentir, que a derrubada brusca do bovino, em alta velocidade, pode lhe acarretar sérios danos físicos e psíquicos, o que vai de encontro à tutela constitucionalmente assegurada aos animais no art. 225, §1º, VII da CRFB/88.

Impende destacar, nesse jaez, que a submissão dos animais a maus-tratos na prática da vaquejada é demonstrada por pesquisas científicas realizadas por especialistas em medicina veterinária, os quais atestam as consequências prejudiciais da prática aos animais participantes.

Nesse diapasão, a Doutora Irvênia Luiza de Santis Prada (1999, *apud* LEITÃO, 2002, p. 23), especialista em medicina veterinária, atestou em laudo médico transcrito por Geuza Leitão os riscos à saúde dos animais submetidos à prática da vaquejada, em especial os bovinos, os quais não raro sofrem luxação de vértebras, rompimento de ligamentos e de vasos sanguíneos e lesões traumáticas como arrancamento de cauda, a qual pode comprometer a medula espinhal do animal. Nesse sentido:

Ao perseguirem o bovino, os peões acabam por segurá-lo fortemente pela cauda (rabo), fazendo com que ele estanque e seja contido. A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma sequência de vértebras, chamadas coccígeas ou caudais, que se articulam umas com as outras. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito provável que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra.

**Com essa ocorrência, existe a ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, portanto, estabelecendo-se lesões traumáticas. Não deve ser rara a desinserção** (arrancamento) da cauda, de sua conexão com o tronco. Como a porção caudal da coluna vertebral representa continuação dos outros segmentos da coluna vertebral, particularmente na região sacral, afecções que ocorrem primeiramente nas vértebras caudais podem repercutir mais para frente, comprometendo inclusive a medula espinhal que se acha contida dentro do canal vertebral. (1999, *apud* LEITÃO, 2002, p. 23) (grifado)

É patente que tais lesões físicas afetam a integridade psíquica do bovino participante, haja vista vivenciar um quadro algíco intenso, padecendo de fortes dores, o que, inclusive, foi reconhecido pela retrocitada médica veterinária, a qual confirmou que *“esses processos patológicos são muito dolorosos, dada a conexão da medula espinhal com as raízes dos nervos espinhais, por onde trafegam inclusive os estímulos nociceptivos (causadores de dor).”* (Ibidem)

Verifica-se, desse modo, com lastro nos estudos realizados por especialistas em medicina veterinária, que tanto os equinos como os bovinos submetidos à vaquejada são suscetíveis a lesões físicas e psíquicas que geram demasiado sofrimento animal. Em razão disso, deve prevalecer a tutela à integridade animal, decorrente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em detrimento do princípio de proteção às manifestações culturais.

### **3.A aplicabilidade do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social e a possibilidade de enquadramento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como cláusula pétrea protegida pelo art. 60, § 4º, IV da CRFB/88**

O art. 225, *caput*, da Constituição Federal preconiza que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual constitui bem de uso comum do povo que é essencial à qualidade de vida sadia, motivo pelo qual se impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para fins de efetivar a tutela ambiental prevista no referido dispositivo constitucional, o poder constituinte originário assegurou a possibilidade de se responsabilizar civil e criminalmente todos os infratores a sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar os danos ambientais, independentemente de ser o degradador pessoa física ou jurídica, nos termos do §3º do art. 225 da CRFB/88.

Nessa senda, cumpre consignar que o parágrafo 1º do art. 225 da CRFB/88 prevê uma série de condutas que devem ser adotadas pelo Poder Público com vistas a garantir a efetividade da tutela ambiental, como prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, bem como proteger a fauna e a flora, o que inclui a vedação de práticas que coloquem em risco sua função ecológica, promovam a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Verifica-se, desse modo, que o legislador originário assegurou a tutela ambiental ao instituir o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o qual constitui direito fundamental de terceira geração de caráter transindividual, ou seja, é simultaneamente individual e social, uma vez que, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, *“a realização*

*individual desde direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social”* (CUNHA JR, op. cit., p. 677).

Assim, em se tratando de um direito fundamental assegurado expressamente pelo corpo constitucional, especificamente no Título VIII, Capítulo VI da CRFB/88, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possibilita que qualquer indivíduo possa reivindicar ao Poder Público e até mesmo ao próprio degradador ambiental o respeito ao referido direito fundamental de natureza transindividual, mediante realização de denúncias destinadas aos órgãos fiscalizadores, ajuizamento de ações judiciais, participação em audiências públicas, dentre outras medidas que podem ser adotadas com vistas a garantir a efetividade desse direito fundamental (Ibidem, p. 677-678).

Nesse jaez, no que se refere à importância de se garantir a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista a correlação existente entre o referido direito e os demais direitos fundamentais, mister se faz transcrever trecho da ilustre palestra proferida por Alexandre Kiss durante a Conferência sobre Direito Ambiental realizada em 1991 na Argentina:

“O direito do ambiente engloba todos os demais direitos garantidos aos seres humanos no que concerne à igualdade entre as pessoas. As desigualdades entre os seres humanos de diferentes condições sociais são sempre agudizadas pela problemática ambiental. A renda e facilidades materiais dos mais afortunados permitem-lhe fugir das áreas poluídas dos distritos pobres, assim como das áreas urbanas ambientalmente degradadas e crescer em ambientes sociais e ecologicamente balanceados, enquanto os necessitados não têm essa opção. **A exigência de um ambiente sadio e equilibrado é, ao mesmo tempo, uma maneira de realçar os demais direitos fundamentais dos seres humanos, direitos cuja salvaguarda é reconhecida como do interesse comum da humanidade.**” (KISS, 1991 *apud* CUNHA JR, op. cit., p. 677) (grifado)

Observa-se, desse modo, a inegável importância do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na efetivação dos demais direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Assim sendo, ante a sua incontestável relevância e em razão de seu caráter transindividual (individual e social), a tutela do referido direito fundamental é assegurada como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, IV, norma constitucional que impossibilita a deliberação de qualquer proposta de emenda constitucional que vise abolir os direitos e garantias individuais.

De acordo com os ensinamentos do constitucionalista Dirley da Cunha Júnior, as cláusulas pétreas constituem limitações materiais expressamente impostas pelo poder constituinte originário ao poder de reforma do poder constituinte derivado, formando, assim, um núcleo material irreduzível da Constituição Federal de 1988, o que obsta a supressão total ou parcial das matérias dispostas no §4º do art. 60 da CRFB/88 (CUNHA JR, op. cit, p. 220).

Nesse sentido, observa-se, em análise ao §4º do referido dispositivo constitucional, que o seu inciso IV assegura de modo explícito a proteção de direitos e garantias individuais contra o poder de reforma constitucional, o que inclui, em uma interpretação sistemática do corpo constitucional, a proteção como cláusula pétrea de direitos transindividuais, como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente em razão de este constituir, concomitantemente, um direito individual e social, porquanto *"é a proteção do meio ambiente uma condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do indivíduo e para a melhoria da convivência social"* (Ibidem, p. 677).

Desse modo, constata-se que a promulgação da EC nº 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225 da CRFB/88, violou direito fundamental assegurado como cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV da CRFB/88, o que enseja o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, uma vez que o poder constituinte derivado, no exercício de seu poder reformador, desrespeitou de forma manifesta as limitações matérias expressas impostas pelo poder constituinte originário.

Como se não bastasse, a promulgação da referida emenda constitucional também violou diretamente o princípio da vedação ao retrocesso social, também conhecido como *"Efeito Cliquet dos Direitos Fundamentais"*, segundo o qual os direitos fundamentais, uma vez efetivamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, não podem ser enfraquecidos ou suprimidos por norma posterior, sob pena de esta ser declarada inconstitucional mediante julgamento de ação do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CUNHA JR, 2014).

Destarte, o princípio da vedação ao retrocesso social foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro após ter o Brasil ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, nos termos do Decreto-Lei nº 678/92, tendo em vista que o referido tratado internacional estabeleceu em seu artigo 29 a cláusula de proibição de retrocesso social, impossibilitando, assim, a restrição de direitos fundamentais. Veja-se:

Artigo 29 - Normas de interpretação Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo

e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969)

Resta indubitável, em vista disso, a aplicabilidade da referida cláusula de proibição de retrocesso social no cenário jurídico brasileiro, o que acarreta a impossibilidade não só de se revogar normas fundamentais, como também de suprimi-las parcialmente por meio de normas que flexibilizem sua proteção. De mesmo modo, a mencionada cláusula proibitiva de retrocesso vincula o poder público no que se refere à implementação de políticas públicas, impondo vedação a qualquer política pública que vise enfraquecer a proteção aos direitos fundamentais (CUNHA JR, op. cit).

Cumprido consignar que a mencionada cláusula proibitiva de retrocesso, intrinsecamente ligada ao princípio da vedação ao retrocesso social, possui correlata relação com as cláusulas pétreas dispostas no art. 60, §4º, IV da CRFB/88, justamente por serem estas a limitação material expressa imposta ao poder de reforma, constituindo, assim, o núcleo material intangível da Constituição Federal de 1988 (Ibidem).

Nesse jaez, ao tratar do princípio do não retrocesso social, explicita o autor português José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 170), em sua obra clássica intitulada "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", que se deve assegurar como constitucionalmente garantido o núcleo essencial de direitos social que foram implementados por normas do poder legislativo, o que implica no reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as medidas estaduais que, na prática, acarretem a revogação do referido núcleo essencial, "*sobretudo quando o núcleo essencial reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana*" (Ibidem).

Assim sendo, com lastro na argumentação acima esposada, defende-se no presente artigo que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito transindividual de 3ª geração que é protegido como cláusula pétrea pela

Constituição Federal de 1988 nos termos do art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88, o que inviabiliza por completo a abolição ou a restrição de seu conteúdo pelo poder constituinte derivado por meio da propositura de emendas constitucionais.

Isso porque a adoção de uma interpretação meramente restritiva do texto constitucional, que implique no não reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como cláusula pétrea, por certo acarretará violação à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil assegurado pelo art. 1º, III da CRFB/88, uma vez que se permitirá a supressão de um direito fundamental que assegura uma prerrogativa individual de viver em um ecossistema sadio.

#### **4. Considerações Finais**

Ante as razões delineadas, evidencia-se que a prática da vaquejada, em sua essência, pode vir a submeter os animais participantes a maus tratos, sofrendo estes sérios riscos à sua integridade mental e psíquica.

Nesse diapasão, tem-se que a Constituição Federal de 1988 instituiu, em seu art. 225, *caput* e §1º, VII da CRFB/88, o fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, decorrendo deste a tutela animal e a vedação de submissão de animais a tratamento cruel, nos termos do referido inciso.

Conclui-se, pois, no presente artigo, que, no caso concreto da vaquejada, utilizando-se da técnica de ponderação proposta por Robert Alexy (op. cit., p. 94), deve prevalecer o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em detrimento do direito fundamental de proteção às manifestações culturais.

Isso porque a tutela animal, o que inclui a vedação de se submeter estes a tratamento cruel, nos termos do art. 225, § 1º, VII da CRFB/88, deve preponderar na casuística em apreço, em prejuízo do direito fundamental de proteção às manifestações culturais assegurado pelo art. 215, *caput* da CRFB/88, em tutela aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

#### **5. Referências bibliográficas:**

ALENCAR, José de. **O Nosso cancioneiro**. In: Obra completa, v. IV. Rio de Janeiro: Aguilar, 1960.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Disponível em

<<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>>. Acesso em 05/05/2020.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ. **Regulamento Geral de Vaquejada. 2017-2018. Disponível em**

<<http://abvaq.com.br/app/webroot/documentos/regulamentogeraldevaquejada20172018.pdf>>. Acesso em 05/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 nov.1992. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 15/07/2020.

BRASIL. **Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001**. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 abril 2001. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10220.htm)>. Acesso em 24/08/2020.

BRASIL. **Lei nº 12.870, de 15 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o exercício da atividade profissional de vaqueiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 out. 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12870.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12870.htm)>. Acesso em 13/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm)>. Acesso em 10/07/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 abril 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12870.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12870.htm)>. Acesso em 04/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado em 06/10/2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em 15/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5728/DF**. Tribunal Pleno. 2017. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>>. Acesso em 27/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5772**. Tribunal Pleno. 2017 Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5259991>>. Acesso em 14/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 842 do Supremo Tribunal Federal**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>>. Acesso em 12/02/2021.

CANÔNICO, Marcos Aurélio. **Vaquejada tem de ser proibida imediatamente, diz veterinária da USP**. Folha de São Paulo, 2016. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1832115-vaquejada-tem-de-ser-proibida-imediatamente-diz-veterinaria-da-usp.shtml>>. Acesso em 25/02/2021.

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

CASCUDO, Luís da Câmara. A vaquejada nordestina e sua origem. Natal: Fundação José Augusto, 1976.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários à EC 96/2017**. Dizer o Direito. 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/breves-comentarios-ec-962017-emenda-da-7.html>>. Acesso em 18/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito**. 5ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

CEARÁ. **Lei Estadual nº 15.299, 8 de janeiro de 2013**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Diário Oficial do Estado do Ceará, 15 jan. 2013. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>>. Acesso em 10/07/2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. CONJUR, 2015. Disponível em:



<<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em 12/08/2020.

**Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).**

Organização dos Estados Americanos. CONJUR, 1969. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>>. Acesso em 13/09/2020.

CUNHA JR. Dirley da. **A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos Direitos Fundamentais.** JUSBRASIL, 2014. Disponível em:

<<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 18/09/2020.

CUNHA JÚNIOR, *Dirley da.* **Curso de direito constitucional.** 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões.** São Paulo: Três, 1984. Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro. Disponível em

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000091.pdf>>. Acesso em 05/10/2020.

**Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em

<[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/declaracao\\_do\\_rj\\_sobre\\_meio\\_ambiente\\_e\\_desenvolvimento.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/declaracao_do_rj_sobre_meio_ambiente_e_desenvolvimento.pdf)>. Acesso em 27/10/2020.

FARIA, Eloísa Maria de. **Estudo da Vaquejada inserida no contexto do sertanejo rural: o vaqueiro.** Natal, 1993. Disponível em <

<http://repositoriolabim.cchla.ufrn.br/bitstream/123456789/202/1/ESTUDO%20DA%20VAQUEJADA%20INSERIDA%20NO%20CONTEXTO%20DO%20SERTANEJO%20RURAL-O%20VAQUEIRO.pdf>>. Acesso em 21/09/2020.

FILHO, Valdemar Siqueira; LEITE, Rodrigo de Almeida; LIMA, Victor Breno de. **A prática da vaquejada em xequê: considerações sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983.** Universidade Federal Rural do Semiárido, 2015. Disponível em:

<<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/15297/10657>>. Acesso em 17/07/2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Lucas Daltro Jatahy. **Aspectos Constitucionais da Vaquejada: Cultura ou maus-tratos?** Faculdade Baiana de Direito, 2016. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Lucas%20Daltro%20Jatahy%20Fonseca.pdf>>. Acesso em 17/09/2020.

GORDILHO, Heron José de Santana. FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. **A vaquejada à luz da Constituição Federal.** Revista Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em: <[indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/download/1363/pdf](http://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/download/1363/pdf)>. Acesso em 13/12/2021.

LEITÃO, Geuza. **A voz dos sem voz, direito dos animais.** Fortaleza: INESP, 2002.

MACEDO, Fabrício Meira. **Vaquejadas e o dever de proteção ambiental.** Revista Jurídica Luso Brasileira, nº 1, 2015. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015\\_01\\_0749\\_0792.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0749_0792.pdf)>. Acesso em 13/03/2021.

MAIA, Leonardo Castro; FARIA, Leonardo Diniz; RIBEIRO, Anelisa Cardoso; PAULA, Luciana Imaculada de. Agravo de Instrumento com Pedido de Antecipação de Tutela Recursal. **Ação Ordinária nº 5003477-55.2018.8.13.0105.** Governador Valadares, 2018. Disponível em: <<http://patrimoniocultural.blog.br/wp-content/uploads/2018/06/AGRAVO-MPMG-Vaquejada-GovernadorValadares.pdf>>. Acesso em 13/04/2021.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Direitos Fundamentais, 2015. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em 07/05/2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Fernandes de. **Afecções locomotoras traumáticas em equinos (Equus caballus, LINNAEUS, 1758) de vaquejada atendidos no Hospital Veterinário/UFCG.** Patos: Universidade Federal de Campina Grande, 2008. Disponível em: <[http://www.cstr.ufcg.edu.br/mono\\_mv\\_2008\\_2/monogr\\_carlos\\_eduardo\\_fernandes.pdf](http://www.cstr.ufcg.edu.br/mono_mv_2008_2/monogr_carlos_eduardo_fernandes.pdf)>. Acesso em 25/11/2020.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius. **Análise jurídica da vaquejada em face do conflito entre o direito fundamental à cultura e o dever de proteção ambiental.** Universidade de Brasília, 2017. Disponível em:

<[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18222/1/2017\\_MarcusViniciusdeOliveira.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18222/1/2017_MarcusViniciusdeOliveira.pdf)>.  
Acesso em 13/12/2020.

PORTELA, W. **Vaquejada: sadismo e crueldade contra animais tornam-se lei no Piauí.** APIPA, 2012. Disponível em: <<https://www.apipa10.org/noticias/publicacoes-da-apipa/no-piaui/2652-vaquejada-sadismo-e-crueldade-contra-os-animais-agora-e-lei-no-piaui.html>>. Acesso em 13/10/2020.

RIO DE JANEIRO. **Lei Estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998.** Autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 20 mar. 1998. Disponível em <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/228208/lei-2895-98>>. Acesso em 04/12/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”.** Piracicaba: Cadernos de Direito, v. 3, n. 5, 2003. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/828>>. Acesso em 22/10/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.** Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

SAVANACHI, Eduardo. **O Milionário mundo da vaquejada.** Revista Dinheiro Rural, Edição 68, 2010. Disponível em <<http://revistadinheiro rural.terra.com.br/secao/agronegocios/o-milionario-mundo-da-vaquejada>>. Acesso em 28/11/2020.

SENCIÊNCIA. **Dicionário Online de Português.** 2018. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/senciencia/>>. Acesso em 19/12/2020.

SOARES, Thaysa Feitosa. **Colisão de direitos fundamentais.** Âmbito Jurídico, 2018. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16917](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16917)>. Acesso em 01/05/2021.

VAQUEJADA. **Dicionário online PRIBERAM**. Ano 2018. Disponível em <<https://dicionario.priberam.org/vaquejada>>. Acesso em 02/11/2020.

VASCONCELOS, Brenda Aguiar. **Uma análise do efeito backlash no contexto jurídico-político brasileiro atual**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/26356>>. Acesso em 04/02/2021.

VIEIRA, Lucas. **Constitucionalidade da vaquejada deve ser julgada ainda nesse semestre pelo STF**. Direito Diário, 2016. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/constitucionalidade-da-vaquejada-deve-ser-julgada-ainda-nesse-semester-pelo-stf/>>. Acesso em 13/11/2020.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: **Uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos**. Brasília: Revista da Advocacia-Geral da União, volume nº 16, 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>>. Acesso em 15/12/2020.

## **A RELAÇÃO ENTRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO VOTO DE QUALIDADE NOS JULGAMENTOS ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIOS E A INTELIGÊNCIA DO IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE**

**JOAO GERALDO MORAES DE LIMA:**  
Graduando em Direito na Universidade  
Federal do Amazonas.<sup>19</sup>

NAYRA MONTEIRO DE PAIVA<sup>20</sup>

YASMIM NERES FRANÇA<sup>21</sup>

(coautores)

**RESUMO:** Dentro do aspecto de resolução de conflitos administrativos tributários em empate, este trabalho tratará sobre o princípio do in dubio pro contribuinte e o voto de qualidade nos julgamentos administrativos tributários. Neste trabalho, foi utilizado o método analítico-descritivo dos conceitos do direito penal como in dubio pro reo, conceitos tributários em relação ao in dubio pro contribuinte, voto de qualidade, como também as legislações e artigos científicos sobre o tema. Como objetivo geral do trabalho têm-se analisar e discorrer sobre o tema, a fim de que se tenha um arcabouço legislativo e teórico sobre os temas que tangenciam o direito tributário em relação aos empates nos julgamentos administrativos e a relação, uma hora existente, do princípio do in dubio pro contribuinte e a questão do voto de qualidade dentro dos tribunais. Por fim, pode-se concluir que o voto duplo, também chamado de voto de qualidade, como por exemplo o utilizado no âmbito do CARF, pode ser considerado é inconstitucional e ilegal pelas razões acima expostas.

**Palavras-chave:** In dubio pro reo; contribuinte; direito tributário; voto duplo.

### **1. INTRODUÇÃO**

Dentro do aspecto de resolução de conflitos administrativos tributários em empate, este trabalho tratará sobre o princípio do in dubio pro contribuinte e o voto de qualidade nos julgamentos administrativos tributários.

---

<sup>19</sup> Graduando em Direito na Universidade Federal do Amazonas.

<sup>20</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal do Amazonas.

<sup>21</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal do Amazonas.

Em relação à origem do princípio *in dubio pro contribuinte*, advindo do princípio do direito penal chamado *in dubio pro reo*. No direito tributário, dentro da esfera das normas sancionatórias é prevaletido o chamado *in dubio pro contribuinte*. Uma das normas sancionatórias no caso em tela pode ser exemplificada no art. 112 do CTN que será analisado posteriormente no trabalho..

O voto de qualidade, ou também chamado voto duplo, tinha o poder de desempate nos em alguns julgamentos. Porém, de acordo com o artigo 28 da Lei 13.988/2020 extinguiu o voto duplo no caso de empate em julgamentos administrativo-tributários na segunda instância e julgamento da União (BRASIL, 2020).

As dúvidas acerca do tema são referenciadas pela afronta à Carta Magna bem como ao Código Tributário Nacional; esta legislação complementar regula o lançamento e o crédito tributário, visto que o voto duplo faria a Administração Tributária decidir de forma final em relação ao crédito tributário. Porém, caso ocorresse seria uma ofensa ao princípio da igualdade visto que na possibilidade do contribuinte não ter uma decisão em seu favor poderá recorrer ao poder judiciário, atitude esta não adotada pela maioria da doutrina e jurisprudência. É possível identificar que a decisão *in dubio pro contribuinte* não é encontrada na legislação visto que o artigo supracitado se relaciona às sanções tributárias e não aos tributos. (ABREU, 2020)

Neste trabalho, foi utilizado o método analítico-descritivo dos conceitos do direito penal como *in dubio pro reo*, conceitos tributários em relação ao *in dubio pro contribuinte*, voto de qualidade, como também as legislações e artigos científicos sobre o tema.

Como objetivo geral do trabalho têm-se analisar e discorrer sobre o tema, a fim de que se tenha um arcabouço legislativo e teórico sobre os temas que tangenciam o direito tributário em relação aos empates nos julgamentos administrativos e a relação, uma hora existente, do princípio do *in dubio pro contribuinte* e a questão do voto de qualidade dentro dos tribunais.

## **2. IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE**

O Direito Tributário, como ramo do Direito Público que dispõe acerca da instituição, cobrança e fiscalização de tributos, aplicando princípios e regras que regem as relações jurídicas entre Estado e particulares, traz diversas prerrogativas a fim de proteger os interesses da coletividade. Sendo assim, via-se o surgimento da figura do *in dubio pro contribuinte* apenas como estratégia de defender o cidadão contra possíveis abusos de poder por parte do Estado.

Durante muitos anos, conferiu-se ao tema uma visão juspositivista, onde o *in dubio* era regra absoluta e, por esta razão, as discussões atinentes à sua aplicação eram poucas

e sem repercussão. Porém, na última década, percebeu-se uma movimentação de estudiosos e especialistas com o fito de esclarecer as divergências e reconstruir a visão de que o *in dubio pro contribuinte* serviria apenas para a proteção do particular. Marcos de Aguiar Villas-Bôas (2012) afirma:

O *in dubio pro contribuinte* surge, no sistema constitucional tributário, como uma determinação de que se proteja, o máximo possível, o direito fundamental de propriedade e demais direitos em jogo frente ao poder de tributar do Fisco. Não significa que, em caso de dúvida, o contribuinte deverá sempre vencer. Esta é uma visão antiga de *in dubio pro contribuinte*, bastante rejeitada pela doutrina e pela jurisprudência. (VILLAS-BÔAS, 2012)

Dessa forma, é necessário ter em mente que não há confronto entre direitos coletivos e individuais. A pauta a ser levantada diz respeito à prerrogativa do Estado de se financiar por meio da propriedade - direito fundamental assegurado no artigo 5º da Constituição Federal - dos cidadãos.

Como dito anteriormente, o princípio do *in dubio pro contribuinte* é equiparado ao princípio do *in dubio pro reo*, do Direito Penal. E, assim como esta, assegura um direito fundamental, sendo compreendido como uma norma constitucional implícita e como uma norma expressa no CTN (art. 112).

Acerca da busca da interpretação constitucional do princípio em comento, insta destacar que não há posição unificada da doutrina por não haver disposição explícita. Para construir essa ideia, extraiu-se algumas normas. Villas-Bôas disserta:

A CF/88 diz que o Estado poderá interferir na propriedade do particular para lhe retirar uma parte que deverá ser usada em benefício da sociedade em geral. O próprio particular permitiu essa retirada de parte da sua propriedade, uma vez que, teoricamente, ele redigiu o texto constitucional por meio dos seus representantes, legisladores constituintes.

Por outro lado, a CF/88 também determinou que essa retirada de parte da propriedade do contribuinte deverá acontecer de modo extremamente cuidadoso, para que não haja o mínimo resquício de excesso. A propriedade é direito fundamental muito caro, como foi dito, de modo que é preciso criar direitos e garantias que não

permitam qualquer espécie de arbitrariedade quando da retirada de uma parte sua. (VILLAS-BÔAS, 2009, p.153)

Adiante, conclui:

O princípio do *in dubio pro contribuinte* apenas reflete esse chamado Estatuto de Defesa do Contribuinte presente na Lei Maior brasileira. Na medida em que se constata, no art. 5º da CF/88, em especial no seu §1º, a importância conferida aos direitos fundamentais, e a propriedade e a liberdade são espécies deles, e na medida em que se lê, no art. 150 da CF/88, inúmeras limitações ao poder de tributar, a conclusão pela existência de uma necessidade de proteger o contribuinte ao máximo na relação com o Fisco torna-se possível. (VILLAS-BÔAS, 2009, p.153)

No Direito Tributário, em se tratando do princípio da isonomia também assegurado no art 5º, que determina que as pessoas devem ser tratadas de forma mais igualitária possível, utilizando-se da igualdade e equidade, observa:

O sistema jurídico brasileiro reconhece a necessidade de proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas. É assim no Direito do Trabalho, no qual a hipossuficiência do trabalhador acarreta uma série de direitos e garantias perante o empregador; é o caso do direito do consumidor; é o caso do, já referido, Direito Penal; etc. No Direito Tributário, o debate a respeito da diferenciação de tratamento entre Fisco e contribuinte sempre existiu, com argumentos para ambos os lados. A relação tributária envolve duas partes que assumem peculiaridades bem distintas, o que ocasiona a necessidade de tratamento diferenciado pelo direito. Se não há igualdade na relação, esta não pode ser tratada como se envolvesse partes com a mesma força, como explica José Juan Ferreiro Lapatza. (VILLAS-BÔAS, 2009, p. 148)

O Fisco, portanto, é o polo mais forte da relação, tendo em vista que se trata de Administração Pública dotada de prerrogativas e responsável pela fiscalização e arrecadação dos tributos a serem pagos pelos particulares. Por esta razão, admite-se que o *in dubio pro contribuinte* é uma tentativa de trazer a isonomia para a relação. Villas-Bôas reforça:

O contribuinte, como parte indiscutivelmente mais fraca que é, deve ser protegido. O Fisco, parte da Administração Pública, pode impor inúmeras restrições aos direitos dos contribuintes, caso queira,



devendo estes receber uma atenção especial. O Estado realiza o lançamento de forma unilateral e depois ele mesmo decide acerca da legalidade ou não deste ato por via administrativa e/ou judicial. A fragilidade do cidadão perante o Estado nos parece indiscutível. (VILLAS-BÔAS, 2009, p. 148)

Como medida arbitrária para forçar o pagamento do tributo, existem as indevidas sanções políticas, tendo o STF já se posicionado no sentido de proibi-las. As Súmulas n.º 70, 323 e 547 dispõem ser inadmissível e ilícito certas cobranças, *in verbis*:

Súmula n.º 70: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo."

Súmula n.º 323: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."

Súmula n.º 547: "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte adquira estampilhas, despache mercadorias e exerça suas atividades profissionais."

Vale lembrar, também, que o STF, em julgamento do RE 565.048/RS, submetido ao rito da repercussão geral, firmou o entendimento de que o Estado não pode adotar sanções políticas, que se caracterizam pela utilização de meios de coerção indireta que impeçam ou dificultem o exercício da atividade econômica, para constranger o contribuinte ao pagamento de tributos em atraso, estando o ente público vinculado ao procedimento de execução fiscal para a cobrança de seus créditos, no qual é assegurado ao devedor o devido processo legal.

Acerca do reconhecimento jurisprudencial, Marcos Villas-Bôas esclarece que o Poder Judiciário, como intérprete dos textos normativos e dos fatos jurídicos, é quem pode reconhecer a sua existência, como detentor da última palavra a respeito do ordenamento jurídico, ficando à mercê do tal reconhecimento e da aplicação por parte do nosso Supremo Tribunal Federal.

Villas-Bôas (2009) argumenta que o *in dubio pro contribuinte* determina que as interpretações de proteção aos direitos fundamentais ao cidadão sejam extensivas. Por esta razão, as normas tributárias são construídas limitando o poder estatal de tributação. Sendo assim, as normas que permitem excesso de poder estatal não serão admitidas no ordenamento jurídico. E posiciona:

O in dubio pro contribuinte colabora para explicar, por exemplo, o porquê de, geralmente, os textos e fatos que envolvem imunidades tributárias serem interpretados extensivamente; ajuda a explicar também a inconstitucionalidade do art. 111, II, do CTN, que determina que as isenções devem ser interpretadas literalmente. Estes e outros temas serão estudados logo em seguida. (VILLAS-BÔAS, 2009, p. 171).

Para finalizar o tópico, insta destacar que o princípio do in dubio pro contribuinte não é aplicável a todo julgamentos, e sim quando há dúvidas acerca da interpretação, seja ela legislativa, jurisprudencial ou fática, para construção de uma norma aplicável que proteja o direito do contribuinte de boa fé.

### **3. VOTO DE QUALIDADE**

#### **3.1. Voto de qualidade no STF e STJ**

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros (art. 101, CF/88) que são divididos em duas turmas compostas por 5 integrantes cada (art. 2º e 4º do Regimento Interno do STF - RISTF).

Apesar de ser uma quantidade ímpar, por vezes algum ou alguns dos ministros afirmam suspeição, dão-se por impedidos, o que acaba tornando o quórum de julgamento em algum número par e o resultado acaba empatado.

Por isso, conforme art. 13, IX, do RISTF, uma das atribuições do Presidente é proferir o voto de qualidade nas decisões do Plenário, para quais o Regimento Interno não preveja solução diversa. (VILLAS-BÔAS, 2009)

Conforme essa norma, o voto de qualidade do Presidente do STF no Plenário só ocorre quando:

1. A composição do Tribunal contiver claros, seja por ausência de nomeação, seja por problemas de saúde ou agenda;
2. Quando algum Ministro não puder julgar em face de impedimento ou suspeição;
3. Não se possa aguardar a recomposição do quórum do Tribunal em face da urgência da matéria em julgamento.

Assim, o voto de qualidade só poderá ser considerado nas votações em que for necessária maioria simples, pois, nas que for necessária maioria absoluta, o voto de Minerva não pode ser utilizado.

Aponta Villas-Bôas (2009) que, nas votações que dependerem de maioria absoluta “considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta”. Como maioria absoluta é requisito para a declaração de inconstitucionalidade da norma (art. 97, CF), o ato normativo será considerado válido se não houver maioria absoluta para declará-lo inconstitucional.

Outra hipótese de manutenção do ato inquinado de inválido ocorre nos casos de Mandado de Segurança contra ato do Presidente do STF (art. 205, parágrafo único, II, do RISTF).

Para resolver as votações em que o placar encontra-se empatado, deve-se aplicar o art. 146 do Regimento Interno, que prevê:

Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta.

Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente. (BRASIL, 2016)

No caso do Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o artigo 104 da CF, pode ser composto por no mínimo 33 ministros. É composto por um Plenário, pela Corte Especial (integrada por 15 ministros mais antigos), por três Seções, cada qual composta por duas Turmas especializadas. E cada Turma é composta por 5 Ministros, conforme art 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Cabe ao Presidente proferir o voto de desempate no Plenário e na Corte Especial (art. 21, VI, do RISTJ). Ressalvando que no caso da Corte Especial, o Presidente não proferirá voto, salvo exceções, quais sejam:

Art. 175. O Presidente não proferirá voto, salvo:

I - nos casos em que o julgamento depender de quorum qualificado para apuração do resultado;

II - em matéria administrativa;

III - nos demais casos, quando ocorrer empate. (BRASIL, 2021)

Nestes casos, os Presidentes da Corte Especial e das Seções ficam mais próximos da regra de Minerva. Isto se torna lógico em face de que a composição plena das Seções é realizada por um número par de Ministros (duas Turmas, cada qual com cinco membros). Logo, o papel do Presidente da Seção, nesse mister, é apenas o de desempatar. Todavia, e se nem todos os componentes comparecerem? Mesmo assim, conforme a regra escrita, o Presidente da Seção tem um voto, o de desempate. O mesmo se pode dizer da Corte Especial, composta por 15 membros. (VILLAS-BÔAS, 2009).

Isso também ocorre em casos de julgamento de uniformização jurisprudencial, quando o Presidente da Corte Especial e das Seções somente proferirá voto de desempate (art. 119 do RISTJ).

Conforme dispõe o artigo 181 do RISTJ, as decisões das Turmas, compostas por cinco Ministros, deve ser tomada pela maioria absoluta de membros, sendo que seu Presidente participa dos seus julgamentos com as funções de relator, revisor e vogal.

No caso de esta maioria não ser alcançada, (i) o julgamento é adiado a fim de ser tomado o voto do Ministro ausente (art.181, §2º, RISTJ); (ii) e persistindo a ausência, ou havendo vaga, impedimento ou licença, por mais de um mês, convocar-se-á Ministro de outra Turma (art. 181, §3º, RISTJ); e (iii) sendo que, no habeas corpus e no recurso em habeas corpus, houver empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente (art. 181, §4º, RISTJ). (VILLAS-BOÂS, 2009)

### **3.2. Voto de qualidade nas Cortes Administrativo-tributárias**

Preliminarmente, é importante pontuar que Cortes não compõem o Poder Judiciário, porém são extremamente necessárias para a organização estatal, reduzindo os litígios judiciais e conferindo celeridade aos processos.

Anteriormente, em caso de empate nessas Cortes, a questão era resolvida com o voto de qualidade proferido pelos presidentes das turmas e câmara julgadores, ocupados por representantes da Fazenda Nacional, nos termos do §9º do artigo 25 do Decreto nº 70.235/72, in verbis:

§ 9º Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os

cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

A posição em que os representantes da Fazenda estavam era muito questionada, uma vez que poderia ofender o princípio da isonomia, defendido na Carta Magna Federal. Mesmo assim, Scaff explica, no caso do CARF:

Ou seja, no Carf, em caso de empate, aplica-se a regra do voto de qualidade, também chamado de voto de Minerva, cuja origem foi acima relatada, com uma característica: trata-se de um voto duplo, pois a mesma pessoa vota duas vezes. Observe-se que esta situação semelhante, mas não idêntica à descrita, pois no caso mítico, Minerva apenas votaria em caso de empate; se a deusa grega da sabedoria fosse membro do Carf ela poderia votar duas vezes. Eis a diferença: o voto de qualidade (ou de Minerva), puro e simples, se refere ao voto de desempate; quando tal conceito é trasladado para o Carf ele muda sua conotação e passa a ser um voto duplo, pois a mesma pessoa vota duas vezes. (SCAFF, 2014, p. 27)

O TIT - Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (Lei estadual 13.457/2009) e o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Estado do Pará (Decreto 3.578/1999) adotaram, por sua vez, a mesma estratégia do CARF.

Acerca da ocupação de representantes da Fazenda na presidência do Conselho, Anselmo Zilet Abreu aponta:

A previsão de voto de qualidade para solucionar os casos de empate, quando os presidentes de turmas e câmaras sejam exclusivamente representantes do Fisco, causa um desequilíbrio na relação processual, ferindo o princípio da isonomia, já que não há paridade de tratamento.

Essa questão da paridade de tratamento entre as partes no processo administrativo-tributário é um problema de nível nacional, transbordando o julgamento administrativo-tributário da União, e abrangendo Estados e Municípios, pois, mesmo quando há a paridade entre representantes do Fisco e dos contribuinte, na maioria dos entes, em caso de empate o voto de minerva cabe ao representante da Fazenda. (ABREU, 2020)

Outra questão a se esclarecer é que o voto de qualidade na verdade seria um voto duplo, de caráter ordinário e extraordinário, o que se conclui que o segundo voto não poderia divergir do primeiro.

### **3.2.1. Os efeitos do voto duplo**

O voto duplo ou de qualidade reforça a dubiedade do caso, onde não há certeza, sequer da maioria dos votantes, de que o contribuinte é obrigado a lidar com as despesas tributárias. Outra questão a ser trazida é a dúvida quanto ao correto enquadramento da conduta na legislação tributária. Scaff disserta:

Por exemplo, se é aplicável a alíquota X ou Y de uma determinada classificação fiscal. Não se discute a materialidade da conduta, apenas seu correto enquadramento para fins de quantum debeat. Neste caso, havendo empate, seria validada a conduta do réu/contribuinte, afastando a pretensão fiscal. (SCAFF, 2014, P. 38)

Portanto, o Estado não foi capaz de constatar a materialidade desta obrigação, razão pela qual o *in dubio pro contribuinte* deveria ser a primeira solução no caso de empate.

## **4. OS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO *IN DUBIO PRO* CONTRIBUINTE.**

A aplicação do *in dubio pro* contribuinte tem sido regra perante o comportamento do Poder Judiciário, construído com base no art. 112 do CTN, de modo que afaste sanções imputadas aos contribuintes, quando houver alguma dúvida, que dispõe:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação. (BRASIL, 1966)

Os direitos fundamentais do contribuinte, conforme preceitua Villas-Bôas (2009) devem ser protegidos em qualquer questão tributária, de modo que, em caso de dúvidas, fáticas ou jurídicas, o ônus argumentativo deverá ser maior para os julgamentos que determinem a limitação, pelo poder estatal, da liberdade, da propriedade ou de qualquer outro direito fundamental, para que estejam em conformidade com a CF/88.

É possível observar em diversos julgamentos do STF a importância de se voltar uma atenção especial aos direitos fundamentais do cidadão-contribuinte. Segue entendimentos recentes a respeito do tema:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU E TAXAS. MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA. PRELIMINAR. DECADÊNCIA DO CONTRIBUINTE. INAPLICABILIDADE. DIREITO DE AÇÃO. MÉRITO. ALÍQUOTA APLICÁVEL. IMÓVEL NÃO EDIFICADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. O direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão, expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV, pelo que nada obsta ao contribuinte ajuizar ação requerendo a desconstituição do crédito tributário no qual é executado, não havendo exigência de que a ação judicial seja precedida de reclamação administrativa. **2. O princípio, "in dubio pro contribuinte", encontra-se materializado no artigo 112 do CTN, o qual diz que em caso de dúvida deve ser tomada a interpretação mais favorável ao contribuinte.** Recurso não provido. Mantida a sentença.

(TJ-MG - AC: 10145130679791001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: 17/06/2019). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO EMBARGOS À EXECUÇÃO. DECRETO MUNICIPAL N. 017/2003. ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE- SUPRESSÃO DA PENALIDADE FISCAL APLICADA. I- Verifica-se que, quando da ocorrência do fato gerador (2005/2010), o Decreto Municipal n. 17/2003 reduziu a alíquota do ISSQN de 3% (três por cento) para 2% (dois por cento) em favor das empresas prestadoras de serviço para empresa apelante, portanto, esta realizou

a retenção na fonte do ISSQN de seus fornecedores nos termos do art. 1º e 2º do Decreto supracitado. Assim sendo não deve imputada à apelante o pagamento da diferença de alíquota e multa tributária pela retenção do ISSQN em percentual divergente às Leis Municipais 1.687/2004 e 1.798/2009, em respeito ao princípio da estrita legalidade tributária. II- Assim, o mesmo ente Municipal não pode atuar a empresa apelante diante um Decreto exarado pelo mesmo ente público, o qual o fiscal de tributos representa, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da vedação de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*). III- Além disso, o apelante, desde a edição do Decreto 017/2003 vinha cumprindo suas determinações até a lavratura do auto de infração emitido pelo agente municipal no ano de 2010. Portanto, verifica-se a existência de dúvida razoável e, no mínimo, expectativa gerada ao contribuinte, ante a prática da retenção e repasse do ISSQN na alíquota de 2% (dois por cento), **o que lhe insere dentro da hipótese de "dúvida quanto às circunstâncias materiais do fato e a extensão dos seus efeitos" (art 112, II, CTN), o que autoriza aplicação do princípio in dubio pro contribuinte, e, por conseguinte, a supressão da penalidade fiscal aplicada.** APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA.

(TJ-GO - APL: 03672682520128090010, Relator: AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/06/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 26/06/2019). (grifo nosso)

O argumento sistemático-jurisprudencial costumava ser desfavorável ao princípio constitucional elencado neste tópico. Entretanto, nos últimos anos, tem sido possível observar que a preocupação com a preservação dos direitos fundamentais do contribuinte se tornou cada vez mais presente, favorecendo o *in dubio pro contribuinte*.

## **5. VOTO DE QUALIDADE NO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS: INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE**

A discussão acerca do voto duplo e do *in dubio pro contribuinte* voltaram à tona quando a Lei 13.988/2020 que regulamenta a negociação de dívidas tributárias com a União foi publicada no ano de 2020. A parte mais discutida pelos juristas em relação à lei diz respeito à validade da extinção do voto de qualidade previsto na legislação (OLIVEIRA, 2020).



Inicialmente é importante identificar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais foi criado pela Medida Provisória n. 449/2008 (posteriormente tornou-se a Lei n. 11.941/2009). Foi nesse dispositivo legislativo, artigo 25, que o voto de qualidade foi introduzido, como forma de desempatar futuros casos problemáticos, cabendo-o ao presidente da turma. Ele é chamado de duplo visto que é o resultado de um acúmulo do voto ordinário que causou o empate e o voto do presidente para o desempate. (OLIVEIRA, 2020)

Para Oliveira (2020) o empate no julgamento é a materialização da dúvida, ou seja, há incerteza no julgamento; portanto, nos casos de incerteza o correto seria obedecer o in dubio pro contribuinte e não deixar as decisões para o órgão julgador, visto que ele não poderia decidir em favor da tese fiscal nos casos seguindo o princípio.

Constitucionalmente falando, Oliveira (2020) afirma sobre a inconstitucionalidade da forma de desempate:

[...] é possível, como decorrência do Princípio da Legalidade, extrair da Constituição Federal a máxima do in dubio pro contribuinte, que impõe a adoção do entendimento mais favorável ao contribuinte em casos de dúvida quanto à validade de certa exigência tributária. Isso porque, a Administração Pública, por força do Princípio da Legalidade, encontra-se vinculada à lei, de modo que somente pode formalizar o lançamento quando restar verificado, acima de qualquer dúvida, que a conduta adotada pelo contribuinte adequa-se perfeitamente à hipótese legal. Sendo assim, se não há certeza quando a essa identidade entre a conduta praticada e a hipótese legal, torna-se impossível a formalização de uma exigência em face do contribuinte. Por conta disso, a incompatibilidade identificada entre o voto de qualidade e o in dubio pro contribuinte traduz-se em verdadeira inconstitucionalidade da forma de desempate empregada no âmbito do CARF (OLIVEIRA, 2020, p. 17)

Esta mesma autora discorre sobre a violação ao princípio do in dubio pro contribuinte e do princípio da legalidade:

Aceitar que, no caso de empate, a tese fiscal reste vencedora equivale a aceitar a imposição de obrigações e penalidades ao contribuinte nos casos em que há dúvida a respeito da prática de irregularidades por ele; equivale, ainda, a aceitar a formalização de uma exigência

sem que haja certeza a respeito da verificação dos requisitos legais. Configura, portanto, efetiva violação do in dubio pro contribuinte, e, por consequência, configura também violação ao Princípio da Legalidade. (OLIVEIRA, 2020, p. 8)

Oliveira (2020) também traz um segundo ponto acerca da impossibilidade do uso do voto de qualidade para desempate; a ilegalidade do voto estaria presente na não aplicação dos casos de dúvida/empate nos julgamentos como previsto no artigo 112 do CTN, que deveria ser seguido. (BRASIL, 1966). Entretanto, diversos autores da doutrina atual divergem ao dizer, em contrapartida, que o artigo supracitado deve apenas ser utilizado na esfera do direito tributário sancionador, ou seja, quando é envolvido com penalidades ao contribuinte.

Por isso que, toda vez que a Autoridade Fiscal acusa o contribuinte de não ter pagado determinado tributo que era devido, ela está imputando a ele a prática de uma infração, e o art. 112 do CTN torna-se aplicável. Isso não significa que o próprio tributo nasceu da prática da infração, pelo contrário, o tributo surgiu em momento anterior, com a prática do ato lícito fato gerador.

Não há, portanto, qualquer incompatibilidade entre a definição de tributo contida no art. 3º do CTN e a aplicação do art. 112 na forma aqui defendida, de modo que eventuais críticas nesse sentido não nos parecem adequadas. (OLIVEIRA, 2020, p. 16)

Por fim, é possível identificar o conflito com a legislação complementar entre o voto de qualidade e o artigo 112 do CTN visto que há uma imposição da adoção da interpretação mais benéfica ao contribuinte quando ocorrem casos de dúvida. Importante salientar que nos casos de dúvida, não serão utilizados apenas nos casos que exigem multas e sim em todos que exigem tributos.

## **6. CONCLUSÃO**

O trabalho foi elaborado numa perspectiva analítica-descritiva dos conceitos do direito penal como in dubio pro reo, conceitos tributários em relação ao in dubio pro contribuinte, voto de qualidade. Foram utilizados como fontes primárias legislações como a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional e artigos científicos sobre o tema de autores como Maria Eugênia Mariz de Oliveira e Marcos Aguiar Villas-Bôas, como fontes secundárias temos jurisprudências e decisões de Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores.

A finalidade do trabalho foi cumprida ao analisar e discorrer sobre *In dubio pro contribuinte* e o voto de qualidade nos julgamentos administrativos tributários, obtendo um arcabouço legislativo e teórico sobre os temas que tangenciam o direito tributário em relação aos empates nos julgamentos administrativos e a relação, uma hora existente, do princípio do *in dubio pro contribuinte* e a questão do voto de qualidade dentro dos tribunais.

Por fim, pode-se concluir que o voto duplo, também chamado de voto de qualidade, como por exemplo o utilizado no âmbito do CARF, pode ser considerado inconstitucional e ilegal pelas razões acima expostas. Caso o STF julgue favoravelmente às ações de inconstitucionalidade em relação ao artigo 28 da Lei n. 13.988/2020, o uso do voto de qualidade nos mesmos moldes anteriores acarretará afronta aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que integram o nosso ordenamento jurídico.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SCAFF, Fernando Facury. *In Dubio pro contribuinte e o voto de qualidade nos julgamentos administrativo-tributários*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. ja, 2014, p. 21-38, 2014.

BRASIL. LEI Nº 13.988, DE 14 DE ABRIL DE 2020. **Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Acesso em: 19 de out. de 2021.** Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.988-de-14-de-abril-de-2020-252343978>>.

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ABREU, Anselmo Zilet. **O Voto de Qualidade nos Tribunais e Conselhos Administrativos de Julgamento Tributário e Questões Correlatas**. 2020. Acesso em: 21 de out. de 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-voto-de-qualidade-nos-tribunais-e-conselhos-administrativos-de-julgamento-tributario-e-questoes-correlatas/https://www.conjur.com.br/2015-dez-21/villas-boas-in-dubio-pro-contribuinte-aumenta-eficiencia-estatal>>.

OLIVEIRA, Maria Eugênia Mariz de Oliveira. O voto de qualidade no conselho administrativo de recursos fiscais: considerações acerca de sua inconstitucionalidade e ilegalidade. **Revista Direito Tributário Atual**. ISSN: 1415-8124. e-ISSN 2595-6280.

VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. **In dubio pro contribuinte**. Salvador, 2009.



www.conteudojuridico.com.br

TJ-MG - AC: 10145130679791001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: 17/06/2019.

TJ-GO - APL: 03672682520128090010, Relator: AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/06/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 26/06/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 565.048 RIO GRANDE DO SUL

## JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA NOVA FORMA DE JUSTIÇA

**ICARO GIRAO DA SILVA:**

Bacharelado em Direito  
pela Faculdade Serra do  
Carmo - Fasec

ROMUALDO FLAVIO DROPA

(orientador)

**RESUMO:** A justiça restaurativa é um modelo jurídico-penal que visa a resolução de conflitos de forma consensual e humana, permitindo aos envolvidos que explanem seus motivos, danos causados, sentimentos, e a partir disso, busquem uma solução em forma de acordo, com intuito de uma responsabilização da culpa de forma mais humana. Seu conceito ainda não é unânime mas segue da mesma linha de pensamento, e será apresentado neste artigo alguns conceitos que tratam do tema. Seus princípios que são a base que norteiam a prática, são vários, no entanto, será abordado os três princípios que se destacam na Justiça Restaurativa, que são eles, o princípio da voluntariedade, do consenso e princípio da confidencialidade. Essa prática contribui em uma melhor ressocialização, no perdão, na paz, na celeridade processual, e entre outros benefícios. No Brasil, começou em 2005, com três projetos pilotos. Os métodos utilizados na Justiça restaurativa são, a mediação, o círculo e a conferência de grupo familiar. O artigo a todo momento visa evidenciar os benefícios que traz para resolução de conflitos de forma mais humana dos litígios, e clarear o entendimento sobre o tema. O artigo será realizado através de métodos dedutivos, e conterà cinco temas.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa. Mediação. Restauração. Princípios.

**ABSTRACT:** Restorative justice is a legal-criminal model that aims to resolve conflicts in a consensual and humane way, allowing those involved to explain their motives, damages caused, feelings, and from that, seek a solution in the form of an agreement, in order to accountability of guilt in a more humane way. Its concept is not yet unanimous but follows the same line of thought, and some concepts that deal with the subject will be presented in this article. Its principles, which are the basis that guide the practice, are several, however, the three principles that stand out in Restorative Justice will be addressed, which are the principle of voluntariness, consensus and the principle of confidentiality. This practice contributes to better resocialization, forgiveness, peace, procedural celerity, and among other benefits. In Brazil, it started in 2005, with three pilot projects. The methods used in restorative justice are mediation, circle and family group conference. The article at all times

aims to highlight the benefits it brings to conflict resolution in a more humane way of disputes, and to clarify the understanding on the subject. The article will be carried out through deductive methods, and will contain five themes.

**Keywords:** Restorative justice. Mediation. Restoration. Principles.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Breve Construção Histórica da Justiça Restaurativa; 3. Conceito; 4. Princípios; 4.1 Princípio da Voluntariedade; 4.2 Princípio do Consenso; 4.3 Princípio da Confidencialidade; 5. Aplicabilidade; 5.1. Círculo; 5.2 Conferencia de Grupo Familiar; 5.3. Mediação; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar a Justiça Restaurativa, modelo jurídico-penal no qual visa a resolução de conflitos de uma forma consensual, onde a vítima e o infrator, ou sendo o caso, também com as partes envolvidas como por exemplo membros de comunidades afetada pelo crime, venham participar em conjunto e de forma ativa na construção de soluções causadas pelo crime através da mediação, com o objetivo de conscientizar o infrator da responsabilidade e a reparação emocional e patrimonial da vítima, visando a restauração da paz social.

Ao se falar em crimes, é automático já pensarmos em punição, buscando o desejo de justiça no qual o indivíduo se responsabilize penalmente pelo crime cometido. No entanto, diante o cenário atual em que vivemos com grandes índices de criminalidade, a justiça penitenciária brasileira utilizada tem se mostrado ineficaz, pois os infratores que ao serem presos com objetivo de ressocialização, educação e o cumprimento da pena, acabam saindo em um estado pior em relação aos objetivos buscados, no qual ingressaram. Cabendo então, discursão sobre a justiça restaurativa como forma de resolução de conflitos, e seus benefícios.

Portanto, tal trabalho objetiva mostrar que a Justiça Restaurativa contribui de forma bastante eficaz nas resoluções de conflitos, colecionando conclusões positivas através de seus métodos, dispendo mostrar também que a tentativa de resolver atos infracionais pelo meio de encarceramento não teve resultados positivos.

O artigo será realizado através de métodos dedutivos, tendo como base livros, pesquisas bibliográficas, pautada na legislação, artigos e monografias publicados anteriormente, e será composto por 4 temas e seus subtemas.

Nesse sentido no item um serão analisadas breves considerações históricas da Justiça Restaurativa. No item dois faremos uma abordagem sobre os conceitos. Já no

terceiro item será abordado sobre os princípios que norteiam a justiça restaurativa. Por fim, no item quarto trataremos acerca da aplicabilidade, e em seguida, a conclusão.

## **2. BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

A história da Justiça Restaurativa iniciou-se antes mesmo de ser estudada, pois há relatos de que teve sua origem junto aos povos indígenas e outras culturas aborígenes, em várias partes do globo. Sendo assim é importante frisar que esse método vem sendo utilizado há bastante tempo, até mesmo antes de uma sistematização de princípios, métodos e valores, como se configura nos dias de hoje. Zehr (2008, p.95), considerado um dos renomados teóricos basilares do assunto, compartilha da afirmação de que as práticas de negociação, restituição e reconciliação já eram vivenciadas nos tempos antigos da Idade Média, período onde o crime não era visto como uma infração à lei, mas sim como uma ruptura de reparação, de relações interpessoais.

A mais evidenciada descoberta desse novo modo de justiça apesar de ser um método usado há bastante tempo, no qual dificulta a precisão de sua origem, foi a partir de 1970 nos Estados Unidos quando o Instituto para Mediação e Resolução de Conflito (MCR) usou mediadores comunitários e recebeu inúmeras indicações em meses. Logo em seguida em 1976, é criado o Centro de Justiça Restaurativa Comunitária de Victoria no Canadá, e foi quando também se expandiu pela Europa o mecanismo de mediação com objetivo de mediar conflitos relacionados a propriedade. Em 1980 foram estabelecidos três Centros de Justiça Comunitária experimentais. (Ministério Público do Paraná. [s.d.]).

Já no ano de 1988, a Justiça Restaurativa ganha maior notoriedade quando a Nova Zelândia adota o modelo restaurativo, e logo no ano seguinte foi promulgada a “Lei Sobre Crianças, Jovens e suas Famílias” lei essa, que englobou esse novo modo de justiça tendo como base para o programa Penal Juvenil.

Froestad, Shearing (2005, p. 79), Zehr (1990), criminologista e historiador, reconhecido mundialmente como um dos pioneiros da justiça restaurativa, lançou em 1990 seu estudo “Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – Justiça Restaurativa”, sendo o responsável pelo por representar uma grande e significativa base teórica relacionada ao tema.

Esse novo modo de fazer justiça, avançou a cada ano, até chegar no Brasil em 2005, através do Ministério da Justiça e PNUD, os quais patrocinaram 3 projetos, em Porto Alegre foi denominado o projeto Justiça do Século XXI, São Caetano do Sul já voltado para a mesma área do projeto anterior com ligação e parceria entre Justiça e Educação, e Brasília no Juizado Especial Criminal. O Projeto Justiça Século 21 registrou 2.583 participantes em

380 procedimentos restaurativos que foram realizados no Juizado da Infância e da Juventude. Outras 5.900 pessoas participaram de outra forma como em atividades de formação que foram promovidas pelo Projeto 21 e, Porto Alegre. Foi fundado também em 2007 o Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa, em São Paulo, com finalidade de promover estudos e a propagação desse modo de justiça. (Ministério Público do Paraná. [s.d.]).

Com a expansão da Justiça Restaurativa no País e com os ótimos resultados obtidos nos programas e projetos, o Congresso Nacional de Justiça publicou em 2016, mais precisamente no dia 31 de maio, a Resolução n 225/16, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Prevê em seu artigo 1º, que:

A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

No Brasil atualmente, as legislações que abarcam a Justiça Restaurativa além da Resolução 225/16, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, Resolução nº 1999/26 trata sobre o desenvolvimento e implementação de medidas de mediação e de justiça restaurativa na justiça criminal, Resolução nº 2000/14 discorre sobre os princípios básicos, Resolução nº 2002/12 tem por finalidade a recomendação dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, Resolução nº 125/10 trata sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Há também o Projeto de Lei 7006/2006 que tramita perante o Congresso Nacional, com a proposta de facultar o uso da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal em casos de crimes e contravenções penais, ou seja, a futura lei busca deliberar um modelo de restauração informal ao processo penal, de uma forma consciente e estrutural.

Em se tratando da aplicabilidade, a justiça restaurativa, nos dias atuais, é aplicada em crimes com menor potencial ofensivo, que estão previstos na Lei dos Juizados Especiais e também no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para esse modo restaurativo não existem proibições em quais casos serão aplicados, mas, no Brasil, ainda não vêm sendo utilizados em crimes graves, pois para isso é necessário mais preparo das estruturas e dos facilitadores.



A justiça que restaura relações de modo terapêutico e consensual continua ganhando forças, com o decorrer do tempo e das experiências bem-sucedidas quando aplicadas nesse modo, uma vez também que há determinação expressa da ONU, e da União Europeia, no sentido de que seja aplicada em todos os países. (Rossato. *Jurídico Certo*, 2015).

### **3. CONCEITO**

Segundo uma definição adotada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, a Justiça Restaurativa é um método que busca, quando possível e apropriado, realizar o encontro entre vítimas e ofensor, assim como eventuais terceiros envolvidos no crime ou no resultado dele, com o objetivo de fazer com que a vítima possa superar o trauma que sofreu e responsabilizar o ofensor pelo crime que praticou. (JUSTIÇA RESTAURATIVA: ENTENDA CONCEITOS E OBJETIVOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2019)

Quando se trata de objetivos e finalidades, é fácil conseguir explicar suas ideias, mas se tratando de conceito sua definição ainda não é unânime, há várias definições que abordam o conceito de Justiça Restaurativa por ser um tema novo. Slakmon, De Vitto e Gomes Pinto, explica que:

“Como é um paradigma novo, o conceito de Justiça Restaurativa ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento de construção. Trata-se de um conceito intrinsecamente complexo e aberto. Mas podemos avançar com um conceito preliminar, dizendo que ela, a justiça restaurativa, pode ser definida como um procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros de comunidades afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime”.

A ONU – Organização das Nações Unidas, traz em três resoluções os conceitos e princípios referente ao tema de Justiça Restaurativa, prevê na Resolução nº 1999/26, matéria que dispõe sobre o desenvolvimento e implementação de medidas de mediação e de justiça restaurativa na justiça criminal; na Resolução nº 2000/14 vem no intuito de formular os princípios e a Resolução nº 2002/12, tem como finalidade a recomendação de princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

No entanto, mesmo com várias citações e referências de conceitos, ao se falar em um conceito fixo, em meio a um cenário vasto, pois há inúmeras linhas de pensamentos, e no momento atual não encontramos um conceito que seja unânime.

Pallamolla (2009, p.54), acentua que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”.

Com isso, partimos da premissa de que a justiça restaurativa tem como pilar básico de sua sistemática, a participação ativa das partes e reparar o dano causado de forma consensual, trabalhando em três dimensões, que são elas, vítima, do ofensor e da comunidade. Assim como dispõe Zehr (2008, p.15):

“O que a Justiça Restaurativa oferece não é só uma nova prática de justiça, mais um olhar diferente de crime e um novo objetivo para justiça: o crime é visto como uma fonte de prejuízo que deve ser reparado. Além disso, o dano essencial do crime é a perda de confiança, tanto ao nível interpessoal e social. O que as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada. A obrigação fundamental do delinquente é mostrar que eles são confiáveis. O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabelecimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis pessoal e social pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objetivos mais tradicionais, que se tomaria a principal consideração na sentença, oferecendo razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição.”

#### **4. PRINCÍPIOS**

Todo estudo tem sua história, seu conceito ou ideias de conceito, mas com um objetivo único, e em seguida temos os princípios que norteiam uma obra dando-lhe uma base ideológica, ética, jurídica e política, logo com uma base terá segurança a um determinado ramo de conhecimento de um novo assunto, para que esse conhecimento possa ser aprofundado e aplicado em uma legislação de uma forma coerente, sendo assim, o princípio tem por finalidade organizar, de ser uma ligação entre o conhecimento jurídico com objetivo de alcançar os fins almejados.

Reale (1986. P. 60), ao abordar sobre princípios, manifesta o seguinte:

“Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção de realidade. As vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes de validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”.

Para Celso Antônio Bandeira Mello (2000. 747/748):

“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 de inconstitucionalidade”.

Destarte, é imprescindível a falta de princípios, pois cada princípio forma o alicerce acerca de determinado tema a ser aplicado, norteando suas diretrizes e garantias fundamentais, é também uma forma de orientação, um norte a seguir ao interpretar dado assunto.

Em conformidade a Resolução nº 225/2016, art. 2º:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos o atendimento às necessidades de todos envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Neste sentido a justiça Restaurativa é baseada em vários princípios, e o Tribunal de Justiça do Paraná (Manual de Justiça Restaurativa. p 7), apresenta três princípios que se destacam dentre todos os princípios relacionados a esse tema, que são eles o da voluntariedade, do consenso e da confidencialidade.

#### **4.1 PRINCIPIO DA VOLUNTARIEDADE**

A expressão Voluntariedade vem daquilo que é voluntário, onde cada pessoa faz algo por vontade própria, logo, o princípio da voluntariedade, prediz que as partes

envolvidas não são obrigadas a participar de um processo restaurativo, e caso a parte não deseje por espontaneidade, participar do procedimento restaurativo, não há o que se falar em Justiça Restaurativa, cabendo então a responsabilização que compete ao estado.

Para Santos (2019, p.62):

O que se abstrai dessa voluntariedade é que consiste em um quesito imprescindível em qualquer programa que, portanto, deverá ser observada com maior rigor na implantação e/ou institucionalização do programa restaurativo, mais ainda por aqueles programas promovidos pelo poder judiciário, considerando a aparência de não autonomia de programa em relação ao processo judicial.

A voluntariedade está prevista também na Resolução nº 225/16, art. 2 §2º:

É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

Sendo assim, a Justiça Restaurativa só poderá ser aplicada com o assentimento expresso das partes, podendo também ser renunciada a qualquer momento durante o procedimento. Antes de optar pela Justiça Restaurativa as partes devem ser devidamente orientadas em relação ao esclarecimento do procedimento, e se sentindo preparadas, optarão ou não pelo modo restaurativo.

## **4.2 PRINCÍPIO DO CONSENSO**

A justiça restaurativa está embasada no consenso pois o objetivo de tal pratica é a resolução de conflitos em consenso, portanto, a mesma visa construir um ajustamento entre as partes em relação ao ocorrido. E para que haja isso, todos devem estar cientes e de concordância com seus devidos direitos e obrigações.

Para o Tribunal de Justiça do Paraná (Manual de Justiça Restaurativa, p. 8) "O consenso aqui tratado não se refere ao acordo eventualmente firmado entre os interessados para resolução do conflito, mas sim quanto a participação e condução da prática. Deve ter uma característica integrativa".

## **4.3 PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE**

A confidencialidade está prevista nos artigos da Resolução nº 225/2016, art. 2º §1º:

Art.2º §1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução pena, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Portanto, não havendo solução através da justiça restaurativa, o que ocorreu em todo o seu processo serão acobertadas pela confidencialidade, e não poderá ser usada como prova sendo processual. Essa confidencialidade é importante, pois passa confiança para as partes em expor, cada qual sua versão.

De acordo o Tribunal de Justiça do Paraná, a regra de confidencialidade é mitigada por autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes.

## **5. APLICABILIDADE**

Atualmente a pratica de justiça restaurativa a princípio abarca os crimes sem violência ou os que não são de grave ameaça, no qual a vítima tenha que ser individualizada, ou seja, abarca os crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais. Porém, não é uma regra o fato da justiça restaurativa ser aplicada em crimes de menor potencial ofensivo.

Através do incentivo do Congresso Nacional de Justiça e do Protocolo de Cooperação para difusão de Justiça Restaurativa, essa pratica vem buscando cada vez mais resultados positivos, com os projetos existentes de justiça restaurativa já é apresentado resultados significativos e benéficos, mas, o ordenamento jurídico do Brasil ainda é escasso em investimentos por parte do Governo que possa contribuir para melhorar no funcionamento de forma que possa abranger mais áreas do direito que venha a ser aplicado a Justiça Restaurativa.

De acordo Hueso (2015. p.48) “os índices de reincidência são até sete vezes menores que aqueles apresentados pela política criminal atual, chegando a alguns casos em 90% de acordos, sem que haja reiteração delitiva pelo autor”.

A Justiça Restaurativa pode ser aplicada em qualquer momento do conflito sendo ele na fase pré-processual quanto no processual. É possível encontrar a pratica restaurativa em diversas áreas do direito, como, na área do Direito de Família, Cível e Juizado Especial Cível, Criminal, Juizado Especial Criminal e Infância e Juventude.

No geral essa prática se apresenta como uma alternativa pois cabe exclusivamente a vítima concordar com o método. É importante frisar, que a Justiça restaurativa não implica o não cumprimento da pena, tão pouco invalida a culpabilidade de cada crime, a justiça restaurativa faz um papel de reparação do dano chegando a um acordo para a responsabilização do ofensor, e um dos benefícios dessa prática é a celeridade na resolução de conflitos.

Há três métodos em que a Justiça Restaurativa é aplicada, sendo eles o Círculo, conferência de grupo familiar e a mediação. A seguir será discorrido brevemente cada método.

## **5.1 CÍRCULO**

O círculo é uma prática que vem se expandindo bastante devido sua versatilidade, pois, é um método que facilita a comunicação entre os membros que irão compor o círculo, e é corriqueiramente utilizado em escolas, para resoluções de conflitos que envolvam bullying.

Para PRANIS, 2010:

O Círculo da Paz é uma estratégia holística de reintegração, projetada não só para abordar o comportamento ofensivo ou criminoso de delinquentes, mas também para considerar as necessidades das vítimas, família e comunidade. São introduzidos em muitas partes do mundo, com as mais diversas finalidades, como, por exemplo, círculo de diálogo, compreensão, restabelecimento, sentenciamento, apoio, construção de senso comunitário, resolução de conflitos, reintegração e celebração.

O círculo é composto pelo ofensor, vítima, representante da comunidade impactada, e o facilitador. Tem como objetivo buscar a compreensão e conscientização de como os atos praticados afetam os três entes presentes no círculo. Depois de apresentações de motivos e emoções, é feito um acordo entre as partes para reparar o ocorrido, e posteriormente em um futuro, os envolvidos podem se encontrar para acompanhar o cumprimento do acordo.

Não há padrões fixos de como ocorrerá as reuniões, porém, há parâmetros a ser seguidos que orientam a organização que possa garantir a eficiência do círculo. Há três fases no círculo, a primeira consiste em preparar o encontro com as partes; a segunda fase que é o círculo onde será realizada o encontro e exposto o que aconteceu, como afetou, e como pode ser resolvido; e a fase pós círculo que é o acompanhamento.

Dentro da fase dois que é o círculo em si, há também subdivisões, pois inicialmente há a compreensão mútua, sempre com a ajuda do facilitador, posterior a isso tem a autor responsabilização onde é analisado a necessidade em particular de cada no momento do ocorrido e as necessidades que deixou de ser correspondida, e pôr fim a fase do acordo onde busca atender as necessidades apresentadas na fase de auto responsabilização.

## **5.2 CONFERÊNCIA DE GRUPO FAMILIAR**

Cada método busca em comum a reparação do dano de forma mais benéfica e consensual, mas cada um com sua particularidade. No caso da Conferencia de Grupo Familiar, é um método que abarca o núcleo familiar ou estendida, e também com a participação de pessoas próximas.

Lima et al. (p.2. 2008). Dispõe que:

A conferência familiar é definida como um nível de abordagem a famílias com situações de conflitos familiares, abordando condições de saúde e de interação/comunicação entre membros da família. Marca o início do aconselhamento, em que o profissional sente-se confortável em abordar condições de saúde e sentimentos familiares, atuando como moderador.

Esse método tem como objetivo a harmonização das relações entre os envolvidos fazendo parte ou não do ambiente e convívio familiar, priorizando a figura da pessoa vulnerável. A conferência busca por uma reflexão dos membros sobre a situação, de forma que após uma reflexão venha a conscientização e por fim, tomadas de decisões que tenha melhorias para uma boa relação, atendendo a particularidade de cada familiar ou próximo presente.

Para a eficácia e a garantia de efetividade, esse método é conduzido com a presença de pessoas que representam instituições comunitárias e públicas, tendo eles o papel de facilitador, e posterior a realização da conferencia o órgão público ou comunitário também acompanha o resultado do plano desenhado para a resolução dos conflitos pelos membros envolvidos.

## **5.3 MEDIAÇÃO**

A mediação Penal é o método utilizado para resolver os conflitos através do encontro das partes que recorrem a um terceiro que seja imparcial, no caso o mediador,

que tem o papel de facilitar, com objetivo de trabalhar o conflito ocorrido de forma que possam chegar a um acordo, logo, a mediação não busca apenas a resolução, ela foca também na reconciliação entre as partes, pois através da reconciliação o êxito em ressocialização do indivíduo se torna mais eficaz, contribuindo assim para a paz social que é um fator de extrema importância.

É um método confidencial no qual poderá estar presente as partes envolvidas, os advogados, mediadores cuja função é apenas de orientar e acompanhar o diálogo, e observadores que no caso é um outro mediador que acompanha a mediação. É importante ressaltar que nesse encontro onde é ocorrido a mediação, o foco não é facilitar ou apoiar o ofensor, mas, de fato, buscar solução aceitável.

Para Fernanda Tartuce (TARTUCE, 2008, p.208):

“A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta de técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos. ”

É ocorrida não necessariamente em apenas um encontro, a mediação não tem uma duração fixa, inicialmente é apresentado as partes para que todos tenham conhecimento de como é a mediação e como a mesma ocorre, é analisado também as situações elencadas para uma avaliação se é adequado o uso do método, e somente assim, se as partes têm interesse em participar. As reuniões seguintes prosseguem de um diálogo onde é exposto tudo entre as partes, e por fim, realizado o acordo, se as partes concordarem a solução alcançada no final da mediação pode ter força de sentença e ser homologada por um juiz, ou caso contrário, apenas terá um valor legal de um contrato jurídico.

O método da mediação de certo modo é uma forma mais humana de democratizar o sistema penal do Brasil, proporcionando uma participação mais ativa dos envolvidos, celeridade no processo, melhorias na paz social ao reintegrar o infrator à sociedade, pois vivemos em um cenário onde os infratores e principalmente os jovens, ao entrarem no regime carcerário saem piores, menos humanos, com maior probabilidade de ocorrer outros crimes, sem chances de ressocialização na prática.

## **6. CONCLUSÃO**



A Justiça Restaurativa é um modelo que já é usado dentro de várias culturas, mas que só começou a ser estudado tempos depois em 1970 nos Estados Unidos e foi se expandido com o decorrer dos anos e acontecimentos. No Brasil se iniciou em 2005 e de início com três projetos pilotos, atualmente já é possível se encontrar mais projetos de justiça restaurativa, com ótimos resultados e benefícios.

Para entender esse novo modo, precisa compreender sua história, conceitos, objetivo e finalidades, e a forma de aplicação para que se possa abrir margem para aceitação e compreensão da aplicação e benefícios dessa prática. Se tratando de conceito ainda não se tem uma definição unanime, porem o objetivo e a finalidade da prática são o mesmo.

Usando o consenso, o poder do diálogo e a empatia, a justiça restaurativa proporciona melhor relação, acordos, forma de resolução mais humana, celeridade processual, e uma melhor forma de ressocialização do infrator.

O método atualmente não é usado em crime mais gravosos, devido à falta de investimentos para que possa ser aperfeiçoado, mas, nos que já são aplicados os benefícios que traz para a vítima de poder expor suas emoções e o dano que causou vem em forma de alívio, e por outro lado, o infrator, que poderá ter a oportunidade de reconhecer o dano causado e toda a situação causada, não excluindo sua culpa muito menos extinguindo a mesma, mas sendo responsabilizado de forma humana e consensual em forma de acordo para arcar pelos seus atos.

A justiça restaurativa ainda não está pronta para substituir o modelo de justiça aplicado atualmente, portanto, vem como uma alternativa e complemento, que ganha força gradativamente, e depende exclusivamente do consenso e escolha das partes se optam ou não por isso.

É um caminho a mais para se implementar a justiça e ressocialização, pois nos dias atuais quando o infrator é inserido ao sistema prisional, não conseguem reconhecer de forma humana e se sentir responsabilizados ao ponto de sair e não cometer novamente, não tendo oportunidades de ressocialização, apenas, a falsa ilusão de cumprimento de pena para satisfação da sociedade em ver cumprir, o que não significa, que a pena tenha que deixar de existir pois a Restauração não visa isso, ela objetiva a resolução consensual mais benéfica promovendo o perdão, a paz social, a oportunidade de reconhecimento.

## **7. REFERÊNCIAS**

BELLO, Rodrigo. Manual de prática penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. Método, 2020.

BERISTAIN, Antonio. Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia. Brasília: Editora Unb. 2021

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume I: introdução à teoria geral d a parte especial: crimes contra a pessoa. Niterói, RJ : Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. Direito penal. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, 2016.

ZEHR, Howard. Trocando lentes: Um novo foco para o crime e a justiça (2015). Disponível em: <https://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

SILVA, E. L. A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 14 abr. 2022.

**SILVEIRA, D. N.** Justiça restaurativa: um sistema moderno de resolução de conflitos - Jus.com.br | Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71699/justica-restaurativa-um-sistema-moderno-de-resolucao-de-conflitos>>. Acesso em: 27 abr. 2022

ALVES, L. M. S. Justiça Restaurativa: Instrumento de reinserção social. Disponível em: <Microsoft Word - TRABALHO PRONTO-2 (uepb.edu.br)>. Acesso em: 20 mar. 2022

**VASCONCELOS, R. O Surgimento da Justiça Restaurativa.** Disponível em: <<http://www.justicarestaurativa.com.br/portal/index.php/o-que-e-justica-restaurativa/o-surgimento-da-justica-restaurativa#:~:text=A%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20%28Restorative%20Justice%29%2C%20ou%20Reintegrativa%2C%20termo>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

CARAVELLAS, E. M. C. T. M. Justiça restaurativa, Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 120-131. Disponível em: <[livianu-9788579820137-11.pdf \(scielo.org\)](#)> Acesso em: 22 abr. 2022

**SILVA, C. R. Conteúdo Jurídico.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53807/prticas-restaurativa-e-o-principio-da-voluntariedade#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20voluntariedade%20disp%C3%B5e>>. Acesso em: 13 maio. 2022.

Princípios que orientam a Justiça Restaurativa. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289#:~:text=e%20a%20comunidade.->>. Acesso em: 15 mai. 2022.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Estatísticas apontam que Justiça Restaurativa contribui para redução da violência - ANADEP - Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. Disponível em:

<<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=3423>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL.

Disponível em: <[https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material\\_de\\_Apoio/Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf)> Acesso em: 02 mar. 2002

Justiça Restaurativa: um meio de vida para recuperarmos a nossa humanidade. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/justica-restaurativa-uma-forma-de-recuperarmos-nossa-humanidade>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

HUESO, C. C. Aplicabilidade da Justiça Restaurativa no Direito Penal Brasileiro, SÃO PAULO. Disponível em:

<<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6967/1/Caue%20Costa%20Hueso.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2022

Achutti, D. Justiça restaurativa no Brasil, Porto Alegre. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/civitas/a/njgHrbLpghm6T454QrfMtMx/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 03 mar.2022

SOUZA, S. O. Justiça Restaurativa: o que é e como funciona. Disponível em:

<<https://sergioliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/153407819/justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 03 mar.2022

SICA, L. JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime, Rio de Janeiro Disponível em:

<<https://www.sica.adv.br/download/Justica-restaurativa-e-mediacao-penal.pdf>> Acesso em: 03 mar.2022

ALVES, M. M. Justiça restaurativa: novo método de solução de conflitos, Uberaba/MG.

Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/2671/justica-restaurativa-novo-metodo-solucao->



RE&sp=-1&pq=circulo+justi%C3%A7a+restaurati&sc=1-26&sk=&cvid=14A9A8416EDA4AC5AFAFC95D2B81DF11&ntref=1>. Acesso em: 01 jun. 2022.

Conferência do Grupo Familiar (CGF). Disponível em: <<http://cdhep.org.br/conferencia-grupo-familiar/>>. Acesso em: 05 jun. 2022.

Justiça Restaurativa. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/SIAC/8-MODULO-11-05-2018---Justica-Restaurativa.pdf>> Acesso em: 11 mai. 2022

CÍRCULOS RESTAURATIVOS. Disponível em: <[https://midiasstoragesec.blob.core.windows.net/001/2018/03/anexo-ii\\_mediador-parte-ii.pdf](https://midiasstoragesec.blob.core.windows.net/001/2018/03/anexo-ii_mediador-parte-ii.pdf)> Acesso em: 03 jun. 2022

O que é a Mediação? Disponível em: <<https://mediadoresdeconflitos.pt/2020/05/18/o-que-e-a-mediacao/>>. Acesso em: 09 jun. 2022.

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL DO ESTADO DO TOCANTINS**

**DIOGO GOMES DE SOUSA:**

Bacharelado do curso de Direito na  
Universidade Federal do Tocantins - UFT.

GUSTAVO PASCHOAL TEIXEIRA DE CASTRO OLIVEIRA<sup>22</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar e demonstrar a inconstitucionalidade material e formal da Nova Lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins (Lei nº 3.804/2021). Deste modo, com base na análise do ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto com as pesquisas bibliográficas de doutrinadores constitucionalistas, ambientalistas e processualistas, o trabalho visa demonstrar os pontos e os fundamentos das incompatibilidades da norma supramencionada com a Carta Magna, por violação a competência da União de editar normas gerais sobre licenciamento ambiental, assim como, são analisadas as violações a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao princípio da prevenção. A partir desses fundamentos, este artigo, mediante modelo de revisão bibliográfica, adotando-se o método dedutivo com abordagem qualitativa, demonstra a inconstitucionalidade da lei tocantinense por violar material e formalmente a Constituição Federal. Como produto da presente investigação, concluiu-se que a Lei nº 3.804/2021 padece de vício de inconstitucionalidade.

**Palavras-chaves:** Inconstitucionalidade. Competência. Licenciamento. Princípios.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to analyze and demonstrate the material and formal unconstitutionality of the New Environmental Licensing Law of the State of Tocantins (Law nº 3.804/2021). Thus, based on the analysis of the Brazilian legal system, together with the bibliographic research of constitutionalist, environmentalist, and procedural scholars, the work aims to demonstrate the points and grounds for the incompatibilities of the aforementioned norm with the Magna Carta, for violating the competence of the Union to edit general rules on environmental licensing, as well as violations of the guarantee of an ecologically balanced environment and the principle of prevention. Based on these foundations, this article, through a bibliographic review model, adopting the deductive

---

<sup>22</sup> Doutor em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Professor de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Advogado. E-mail: paschoal@mail.uft.edu.br.

method with a qualitative approach, demonstrates the unconstitutionality of the Tocantins law for materially and formally violating the Federal Constitution. As a result of the present investigation, it was concluded that Law nº 3.804/2021 suffers from the vice of unconstitutionality.

**Key-words:** Unconstitutionality. Competence. Licensing. Principles

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 29 de julho de 2021, foi publicada no Diários Oficial do Estado do Tocantins a lei Estadual nº 3.804/2021, que dispõe acerca do Licenciamento Ambiental no âmbito do Estado do Tocantins, todavia, esta lei tem diversos dispositivos incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. Em razão desta dissonância, a ABRAMPA – Associação Brasileira de Membros do Ministério Público de Meio Ambiente, associação civil de âmbito nacional, apresentou representação visando o exame de constitucionalidade da lei Tocantinense.

Sabe-se que o licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, essencial à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, e se encontra no centro dos atuais debates legislativos (LIMA; REI, 2017).

Além disso, o licenciamento ambiental é tido como um instrumento para a concretização das políticas públicas ambientais, de modo a regular as condutas humanas e compatibilizar o exercício das atividades econômicas com a manutenção da qualidade ambiental. Este instrumento de proteção ambiental se refere, assim, ao poder de polícia preventivo, a fim de evitar a ocorrência do dano, e sua aplicação é feita mediante processos administrativos (MARIANA; ISABELLA, 2020)

Deste modo, tendo em vista a essencialidade da preservação ambiental, o presente trabalho apresenta uma abordagem acerca da Inconstitucionalidade da nova Lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins (Lei nº 3.804/2021), uma vez que, há diversos dispositivos incompatíveis com a Constituição Federal. Diante disso, de maneira geral, será analisado a Inconstitucionalidade Lei nº 3.804/2021. E de um prisma mais específico, será explanado acerca da imprescindibilidade do licenciamento ambiental, e a averiguação dos impactos que esta mudança legislativa pode acarretar.

A temática meio ambiente está sempre em pauta nos debates mundiais, isto decorre, por óbvio, da complexidade e das diversas nuances deste tema. Diante disto, busca-se evidenciar, neste trabalho, a incompatibilidade da Nova Lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins com a Constituição Federal, além disso, demonstrar os possíveis impactos que advirão dessas mudanças.

Assim sendo, a problemática abordada consiste na afronta aos preceitos constitucionais que a norma supramencionada incorre.

Além disso, neste artigo buscou-se responder quais os pontos que vão de encontro aos ditames da Promulgada de 1988, assim como a necessidade do licenciamento ambiental e a verificação dos impactos ambientais que podem advir da edição da Lei nº 3804/2021.

A solução para esta situação é a declaração de inconstitucionalidade da Nova lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins, pois, deste modo os danos ambientais que dela podem decorrer serão evitados.

A metodologia adotada nesta pesquisa foi o método dedutivo, a partir de uma análise qualitativa, partindo de um aspecto geral para um ponto específico sobre a temática aqui abordada, mediante a revisão bibliográfica, de doutrinadores constitucionalistas, ambientalistas e processualistas, assim como a análise da Constituição Federal de 1988 e das legislações específicas da área ambiental.

Em um momento inicial, será abordada a imprescindibilidade do licenciamento ambiental para a manutenção do meio ambiente equilibrado.

Em momento posterior, será abordado os pontos da nova lei de licenciamento ambiental do estado do Tocantins que contrariam as disposições da Constituição Federal.

Por derradeiro, será exposto os malefícios advindos da Lei nº 3.804/2021.

Deste modo, o presente estudo centra-se em levar a conhecimento a incompatibilidade da norma supracitada com a Carta Magna e os possíveis impactos ambientais.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

De acordo com Haonat, Napolitano e Emin o homem é o ser que mais depende do meio ambiente, isto porque, alguns elementos naturais são essenciais para a sobrevivência do homem, como o ar atmosférico, sem o qual este ser não viveria nem mesmo cinco minutos, assim como a água, que compõe 2/3 do organismo humano. (HAONAT, NAPOLITANO, EMIN, 2003, p.102)



Esses autores afirmam ainda que em virtude da necessidade de adaptação do ser humano, o homem atual utiliza da comunidade biótica de acordo com suas necessidades, que, por sinal, são cada vez maiores. Deste modo, quanto mais desenvolvido for o homem, maiores serão suas necessidades de consumo, o que, conseqüentemente, atingirá o meio ambiente. (HAONAT, NAPOLITANO, EMIN, 2003, p.103)

Em razão desta necessidade de recursos oriundos da natureza é que se torna necessário meios para preservar o meio ambiente.

Um dos grandes problemas da atualidade é a compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, nessa esteira, cabe ao Estado promover a proteção ao meio ambiente, sem, contudo, impossibilitar o avanço econômico do país. Para a preservação dos recursos naturais, os entes federativos podem utilizar diversas ferramentas, como a aplicação de penalidades, criação de regulamentos, licenças ambientais e auditorias ambientais.

Sabe-se que a atuação preventiva é notoriamente mais eficiente que a repressiva, deste modo, é patente que um dos principais instrumentos para a preservação do meio ambiente é o licenciamento ambiental, que tem como objetivo impedir que atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras degradem o meio ambiente de modo desenfreado. Sendo assim, fez-se necessário, para a manutenção dos recursos naturais, a atuação dos órgãos públicos de forma a impedir a destruição dos recursos ambientais necessários a vida humana.

Terence Trennepohl afirma que o modelo de exploração capitalista, assim como os índices de consumo expõem o ambiente, progressivamente e constantemente, ao risco. (TRENNEPOHL, 2017, p.111)

Aponta também, o autor supramencionado, que o poder público deve fazer valer o princípio da precaução, de modo a proteger o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, utilizando-se de medidas antecipatórias aos danos possíveis. (TRENNEPOHL, 2017, p.111).

Ciente da imprescindibilidade do licenciamento ambiental, nos capítulos seguintes será abordado a importância desse instrumento para a preservação do meio ambiente, as inconstitucionalidades da nova lei de licenciamento ambiental do estado do Tocantins (Lei nº 3804/2021), bem como os malefícios que podem ser gerados.

## **2.1. IMPORTÂNCIA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

O licenciamento ambiental é um importante instrumento de gestão ambiental, por meio do qual o Estado consente com a utilização de recursos naturais. É por meio deste instrumento que o Poder Público exerce o controle prévio sobre as atividades que tenham potencial de gerar impactos ambientais, buscando, assim, a implementação do desenvolvimento sustentável, em respeito ao princípio da prevenção e da precaução. O licenciamento faz parte, portanto, da tutela administrativa preventiva do meio ambiente, tendo por finalidade precípua preservar os recursos naturais, evitando impactos negativos a natureza ou mitigando-os ao máximo com imposições de condições ao exercício de atividades ou construções. (ROMEU, 2015, p.250).

De acordo com Fabiano Melo, o licenciamento ambiental tem por principal fundamento o princípio *da prevenção*, que gramaticalmente vem do verbo prevenir, que significa agir antecipadamente. Sendo, de acordo com o citado autor, impensável dissociar as questões ambientais da prevenção e da mitigação dos impactos ambientais, uma vez que os danos ambientais, em regra, são insuscetíveis de reversão. (MELO, 2017, p.220).

O mesmo autor explana ainda que o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado irradia no âmbito constitucional e infraconstitucional, como norteador de todo o arcabouço ambiental. Para Édis Milaré, é o “princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea”. (MELO, 2017, p.102).

O Constituinte Originária, com o objetivo de garantir maior proteção aos recursos naturais, estampou na Constituição Federal, em seu artigo 225, a previsão de que é direito de todos ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Estado e a coletividade defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar este direito, determina que é incumbência do Poder Público controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Buscando dar eficácia as determinações Constitucionais, a União editou a lei nº 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. O art. 2º, desta lei, preceitua que Política Nacional do Meio Ambiente objetiva a proteção, recuperação por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Percebe-se, facilmente, que o meio ambiente é amparado por diversas disposições normativas, exatamente, por ser essencial a manutenção da vida da humanidade, não podendo, desta forma, ser explorado de maneira desregulada. Diante da necessidade de

nortear a atuação das atividades exploradoras do meio ambiente, é que surge o licenciamento ambiental com a finalidade de regular e afastar os atos que degradem a natureza.

Sendo, pois, o licenciamento ambiental, um instrumento primordial para a manutenção ambiental em qualidades adequadas à humanidade.

Indiscutivelmente o licenciamento ambiental é um instrumento para concretização das políticas públicas ambientais, que tem como objetivo regular e compatibilizar o exercício das atividades econômicas com a manutenção da qualidade ambiental. Sendo assim, o licenciamento ambiental se refere ao poder de polícia preventivo, a fim de evitar danos. (MARIA; FERNANDO, 2017).

Tendo em vista todo o exposto, é perceptível o quão importante é o licenciamento ambiental para a preservação do planeta, e conseqüentemente, a preservação da vida.

Sirvinskas afirma que a política nacional do meio ambiente objetiva harmonizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental, de modo que se garanta o desenvolvimento socioeconômico, garantido as condições necessárias ao desenvolvimento da indústria, cem, contudo, se distanciar da proteção ao meio ambiente, a segurança nacional e a dignidade da pessoa humana. (SIRVINSKAS, 2022, p. 85)

Para Celso Antônio é absolutamente necessário que haja uma compatibilização para oferecer segurança jurídica aos empreendedores e proteção ao meio ambiente, que devem ser observados por meio de perspectivas de produção diversas, não sendo estas mutuamente excludentes e assim melhorar será para a sociedade. (FIORILLO, MORITA, FERREIRA, 2019, P. 276).

## **2.2. INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA LEI DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL DO ESTADO DO TOCANTINS (LEI Nº 3.804/2021)**

A lei nº 3.804, publicada em julho de 2021, carrega em seu bojo diversos dispositivos que vão de encontro aos ditames constitucionais, e em razão disso, a Associação Brasileira de Membros do Ministério Público de Meio Ambiente - ABRAMPA apresentou representação a Promotoria de Justiça.

Ao analisar a lei percebe-se, de pronto, que há diversos dispositivos que não coadunam com a Carta Magna, tanto incorrendo em Inconstitucionalidade Formal, por usurpação da Competência da União de legislação sobre normas gerais, como também em Inconstitucionalidades materiais.

Pedro Lenza explica que a Inconstitucionalidade formal (Nomodinâmica) verifica-se quando a lei padece de vício na sua forma, isto é, no processo legislativo de elaboração, ou, ainda, em virtude de sua elaboração por autoridade incompetente. (LENZA, 2022, p. 251)

Segundo Canotilho, os vícios formais “... incidem sobre o ato normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese inconstitucionalidade formal, viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final” (CANOTILHO, 1941, p. 959)

Já no que diz respeito a Inconstitucionalidade material (nomoestática), Lenza afirma que este vício diz respeito a matéria, isto é, ao conteúdo do ato normativo. Deste modo, qualquer ato normativo que afronta qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional. (LENZA, 2022, p. 253)

Fernanda Dias Menezes de Almeida explana ainda acerca da divisão das Competências legislativas, tecendo considerações a respeito da autonomia e da inconstitucionalidade por invasão de competência previamente definida pela Constituição Federal de 1998:

O problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição -, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão não importa por qual das entidades federadas do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa,

como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente” (ALMEIDA, 2005, p. 97).

Já de acordo com Wolfgang e Fensterseifer o programa político-normativo instituído Constituição Federal criou uma vinculação do Estado ao cumprimento dos ditames constitucionais. Esta vinculação impõe aos entes estatais limites, tanto no que tange as tarefas, que deverá se dar de acordo com os preceitos constitucionais, como na ordem normativa fática. (WOLFGANG, FENSTERSEIFER, 2021, p. 427)

Aponta ainda o autor mencionado, que é possível afirmar, de acordo com expressão utilizada pelo Ex-Ministro do STF Carlos Ayres Britto, que a Constituição Federal 1988 criou um verdadeiro “condomínio legislativo federado”. Alega ainda que reforça este entendimento a incidência do princípio da predominância do interesse, posto que, com base na doutrina de José Afonso da Silva, “o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão àquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que os Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local” (WOLFGANG, FENSTERSEIFER, 2021, p. 427)

Nessa esteira, dispõe a Constituição Federal em seu artigo 24, caput e inciso VI, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal dispor concorrente acerca da proteção ao meio ambiente, cabendo a União dispor sobre as normais gerais (art. 24, §1º), e aos Estados e Distrito Federal, de modo suplementar (art. 24, §2º), ou plena, caso não haja norma Federal acerca do tema (art. 24, §3º).

A União, em cumprimento a determinação Constitucional, dispôs acerca das normas gerais de licenciamento ambiental, que é de observância obrigatória pelos demais entes, nas seguintes leis: a Lei Complementar nº 140/11, a Lei nº 12.651/12 (Código Florestal), a Resolução CONAMA nº 237/97. e a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente).

A Lei nº 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente) dispõe em seus artigos 9º e 10 a obrigatoriedade do licenciamento prévio para a ampliação e o funcionamento de estabelecimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capaz, de qualquer modo, de gerar degradação ao meio ambiente.

Os artigos 6º, §1º e o art. 8º da mesma lei, atribuíram ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA a competência para determinar os critérios e as normas gerais para

a realização do licenciamento ambiental de atividades que possam resultar riscos ou danos ao meio ambiente.

É importante ressaltar que o licenciamento ambiental não tem a finalidade de impossibilitar a evolução dos empreendimentos, mas sim buscar angariar maiores possibilidades de implemento dos empreendimentos, sem, contudo, deixar de lado a preservação ambiental, isto é, a menos que fique evidente os riscos de dano quanto aos efeitos decorrentes dos empreendimentos futuro. (GRANZIERA, 2015, p. 426).

Na contramão do que determina a legislação geral, o legislador tocantinense criou uma inversão lógica na legislação ambiental, que determina a submissão de toda atividade potencialmente poluidora ao licenciamento ambiental, já o regramento da nova lei do Tocantins dispõe que cabe ao COEMA editar uma lista de atividades que devem ser submetidas a licenciamento.

Art. 8º O procedimento de licenciamento ambiental será regulamentado por matriz de impactos socioambientais e tipologias de empreendimentos e atividades, considerando critérios de localização, natureza, porte, potencial poluidor e as características do ecossistema.

Parágrafo único. O Conselho Estadual de Meio Ambiente - COEMA estabelecerá a lista de atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, a ser adotada pelos órgãos estadual e municipais de meio ambiente, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Sendo, deste modo, criado um maior risco ao meio ambiente, posto que, conforme determina o art. 8º, cabe ao COEMA criar um rol exaustivo de atividades que precisam ser submetidas ao licenciamento ambiental, o que, por óbvio, resultará em vulnerabilidades, já que a obrigatoriedade passa a ser exceção, isto é, a maioria das atividades exploradoras de recursos naturais não serão submetidas ao instrumento supramencionado.

O CONAMA por meio da resolução nº 237/97, dispõe, em seu art. 8º, acerca das hipóteses que podem ser adotadas pela Administração Pública, são três hipóteses de licença de atividade que seja efetiva ou potencialmente poluidora, são elas: Licença Prévia (LP); Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO).

Em razão dessas disposições gerais editada pela União, mediante a resolução do CONAMA, caberia ao Estado do Tocantins legislar apenas supletivamente, e não criar novas modalidades de licenciamento ambiental que não encontram nenhuma simetria com as normas federais.

Contrariando a determinação da Carta Magna, a lei estadual criou diversos tipos de licenças, de modo totalmente assimétrico ao que dispõe a legislação federal, como, por exemplo, a Licença Ambiental por Adesão e Compromisso (LAC) e a Licença Ambiental Corretiva (LC), assim como novas modalidades de controle e de ordenamento, como o autodeclaratório:

Art. 3º Para efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

(...)

XX - licença ambiental por adesão e compromisso – LAC: ato administrativo que autoriza a localização, instalação e a operação de atividade ou empreendimento, mediante declaração de adesão e compromisso do empreendedor aos critérios, pré-condições, requisitos e condicionantes ambientais estabelecidos pela autoridade licenciadora;

XXII - licença corretiva - LC: ato administrativo que regulariza atividade ou empreendimento em instalação ou operação, sem a prévia licença ambiental, por meio da fixação de condicionantes que viabilizam sua continuidade em conformidade com as normas ambientais;

Art. 6º O órgão ambiental no âmbito dos processos administrativos trabalhará com as seguintes modalidades de licenciamento, referentes ao ordenamento e controle das atividades:

I - Não exigibilidade de Licenciamento Ambiental;

II - Licenciamento Ambiental Autodeclaratório;

IV - Licenciamento Ambiental por Adesão e Compromisso;

VI - Licenciamento Ambiental Corretivo (...)

O licenciamento previsto no artigo 6º, inciso IV, isto é, Licenciamento Ambiental por Adesão e Compromisso consiste em regulamentação prévia de certas atividades, com o estabelecimento de padrões de medidas preventivas, compensatórias e mitigadoras dos danos, submetendo-se a um processo autodeclaratório com uma única etapa, o que torna

demasiadamente complicado a prevenção dos danos ambientais decorrentes das declarações ilegais.

Art. 30. O Licenciamento por Adesão e Compromisso, será emitido de forma autodeclaratória, em uma única etapa, para as atividades ou empreendimentos enquadrados pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente - COEMA obedecendo aos critérios e pré-condições estabelecidas pelo órgão ambiental licenciador.

Art. 31. O órgão ambiental licenciador deverá disciplinar antecipadamente as medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias, bem como as ações de monitoramento ambiental relacionadas à instalação e operação dos empreendimentos ou atividades submetidos a esta modalidade de licenciamento, por meio de publicação de manual técnico por tipologia de atividade.

Art. 32. Para empreendimentos ou atividades que se enquadrem como Licenciamento por Adesão e Compromisso e requeiram atos administrativos que necessitem de análise prévia, os devidos atos autorizativos deverão ser emitidos anteriormente a emissão da licença.

Art. 33. O órgão ambiental licenciador, sempre que possível, estabelecerá controles eletrônicos prévios para atestar a veracidade das declarações prestadas pelo empreendedor no âmbito da Licença por Adesão e Compromisso – LAC e a compatibilidade da sua instalação com planos diretores, zoneamentos, áreas especialmente protegidas ou vedadas pela lei para a instalação de empreendimentos.

O denominado licenciamento autodeclaratório tem a finalidade de regular as atividades que forem classificadas como de impacto ambiental mínimo, de acordo com o que for estabelecido, consistente em cadastro simplificado da atividade no órgão ambiental, o que, na prática, dificultara a atividade de controle, fiscalização e de monitoramento:

Art. 29. São passíveis de licenciamento autodeclaratório, dispensados do procedimento de licenciamento ambiental, as atividades e empreendimentos que, em razão de seu porte e seu potencial



poluidor, possam ser classificados como de impacto ambiental mínimo, conforme definido pelo COEMA.

§1º O licenciamento autodeclaratório é realizado por meio de cadastramento simplificado da atividade no órgão ambiental.

§2º Cabe ao órgão ambiental executar o monitoramento, inspeção e fiscalização das atividades autodeclaradas.

§3º A autodeclaração não exime o empreendedor da obtenção de prévia autorização de supressão de vegetação, prévia outorga de uso de recursos hídricos e outras autorizações previstas em lei.

§4º Sempre que possível o órgão ambiental licenciador estabelecerá controles eletrônicos.

Este instrumento autodeclaratório está relacionado com outra inovação jurídica, a autodenúncia, que permitira ao empreendedor que estiver com seu empreendimento em desconformidade as regularizar, inclusive sem a sanção, o que acarretará, naturalmente, um maior estímulo a prática de ilícito ambientais:

Art. 45. A autodenúncia efetuada pelo empreendedor, quanto a desconformidades apresentadas no âmbito do empreendimento licenciado, oportunizará a sua regularização conforme diretrizes, parâmetros e critérios aprovados pelo órgão licenciador, podendo, diante das circunstâncias do caso concreto, ser dispensada a aplicação de sanções administrativas, desde que as medidas necessárias à correção sejam adotadas nos prazos e condições estabelecidas em TCA.

Se não bastasse os dispositivos já mencionados, a normal tocantinense traz ainda a previsão de uma modalidade de licenciamento corretivo, que tem o objetivo permitir a regularização das atividades cuja instalação se deu sem prévia licença em data anterior a publicação da lei. além disso, prevê, ainda, a celebração de Termo de Compromisso Ambiental – TCA com as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por construções, instalação, ampliações e funcionamento de atividades ou empreendimento sem ou com licenciamento ambiental, sem, contudo, estabelecer qualquer critério para a celebração destes compromissos:

Art. 41. O licenciamento ambiental corretivo ocorre pela expedição da Licença Corretiva - LC e será adotado para empreendimentos ou atividades em instalação ou operação sem prévia licença ambiental válida, cuja instalação ou operação se iniciou em data anterior à publicação desta Lei.

Parágrafo único. O órgão ambiental licenciador poderá, por meio de programas especiais aplicados a conjunto de empreendimentos ou atividades, adotar política de incentivo à regularização de empreendimentos instalados ou em operação sem a prévia licença.

Art. 42. O órgão ambiental licenciador fica autorizado a celebrar Termo de Compromisso Ambiental – TCA, com força de título executivo extrajudicial, com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por construção, instalação, ampliação e funcionamento de atividades ou empreendimentos sem ou com licença ambiental.

§1º A assinatura do TCA não isenta o empreendedor da responsabilização pelas infrações que tenham sido praticadas antes de sua celebração.

§2º O TCA de que trata o *caput* deste artigo precede a eventual concessão de LC e outras licenças pertinentes, constituindo em documento hábil de regularização ambiental até que a licença seja expedida, inclusive no que se refere a acesso a crédito e programas de incentivo e financiamento.

§3º Poderão ser previstas cláusulas de compensação de danos ambientais praticados durante o período em que o empreendimento se instalou ou entrou em operação sem licença.

É cristalino que essa possibilidade de convalidação das irregularidades e ilícitos é um grande estímulo para a prática de ilegalidades. Tal dispositivo contraria, também, o disposto no Código Florestal (Lei nº 12.651/12), que estabelece formas e critérios próprios para a correção, punição e fiscalização de desmatamento, uso, sistematização e proteção da vegetação.

Além disso, o Termo de Compromisso Ambiental – TCA, vilipendia o artigo 14 da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), posto que esta apresente um rol

taxativo de hipóteses de medidas de preservação e correção de atividades poluidoras, sem prejuízo das penalidades aplicáveis. Não cabendo ao Estado flexibilizar a legislação federal, mas, apenas, criar novas hipóteses mais rigorosas.

Com o intuito de simplificar mais ainda o processo de licenciamento ambiental, a lei nº 3.804/2021 dispensou a determinados empreendimentos de serem acompanhados por responsáveis técnicos devidamente habilitados, detentores de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, o que gera maiores riscos de insegurança:

Art. 40. Os estudos, informações, projetos e o acompanhamento da instalação e operação dos empreendimentos devem ser confiados a responsáveis técnicos, devidamente habilitados, detentores de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART para a fase de projeto e para a fase de sua execução e que possuam registro regular em seu conselho de classe.

(...)

§2º Em casos específicos de baixo impacto ambiental, poderá o órgão licenciador dispensar o acompanhamento do empreendimento por responsável técnico habilitado.

Esta determinação, contraria o que dispôs o CONAMA no art. 11, da resolução nº 237/97, que determina que os estudos necessários ao licenciamento devem ser realizados por profissionais habilitados, cabendo ao empreendedor as expensas.

Por derradeiro, a legislação ainda permitiu que o licenciamento ambiental seja realizado por conjunto, o que destoia da legislação federal, haja vista que esta permite que a presente modalidade seja realizada apenas de modo excepcional, haja vista a necessidade de averiguação das condições ambientais específicas de cada projeto. A nova lei permite ainda o fracionamento de licenciamento, isto é, autoriza que a atividade principal e atividade de apoio sejam licenciadas separadamente, o que, por óbvio, dificultara a análise e a compreensão o dos verdadeiros impactos advindos do empreendimento:

Art. 7º O licenciamento ambiental poderá ser feito

II – por conjunto de empreendimentos ou atividades similares, vizinhos, integrantes de polos industriais, agrícolas, turísticos, entre outros ou ainda por segmento produtivo ou recorte territorial.

Art. 20. No licenciamento de um empreendimento deverá ser definida a Atividade Principal e as Atividades de Apoio, quando houver.

§1º O estudo ambiental, exigido para fins de licenciamento ambiental, deverá ser de acordo com a atividade que requeira o estudo ambiental de maior complexidade, contemplando o diagnóstico, prognóstico e medidas de controle específicas para cada atividade.

§2º O requerente poderá solicitar o licenciamento para todas as atividades, seja principal ou de apoio, em um único requerimento ou mais, de acordo com a definição do órgão

É patente a inconstitucionalidade formal do artigo suprarreferido, uma vez que possibilita de forma ampla o licenciamento coletivo, conquanto a legislação federal o restringe aos pequenos empreendimentos.

O STF ao analisar a Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.650 de Santa Catarina, decidiu pela inconstitucionalidade da dispensa e simplificação do licenciamento ambiental para atividades de lavra a céu aberto por violar a competência da União para legislar sobre normas gerais.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AMBIENTAL. §§ 1º, 2º E 3º DO ART. 29 DA LEI N. 14.675, DE 13.4.2009, ALTERADA PELA LEI N. 17.893, DE 23.1.2020, DE SANTA CATARINA. DISPENSA E SIMPLIFICAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA ATIVIDADES DE LAVRA A CÉU ABERTO. OFENSA À COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DO DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO (ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.**

Na Ação Direta De Inconstitucionalidade – ADI citada o STF decidiu que não compete aos Estados legislar acerca de dispensa e simplificação de licenciamento ambiental por violar a previsão Constitucional de que compete a União dispor sobre

normas gerais, e, apenas se assim não fizer, cabe ao Estado atuar supletivamente. Sendo assim, a Nova lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins é formalmente inconstitucional, posto que muitos dispositivos desta lei amoldam-se perfeitamente a decisão do STF, uma vez que, assim como no caso supramencionado, há aqui uma violação a norma geral da União, haja vista que compete e esta criar normas gerais, como é a dispensa e simplificação do licenciamento ambiental.

Nota-se, facilmente, que há diversas disposições que vão de encontro com os ditames postos pelo Constituinte Originário Revolucionário de 1988, como a previsão de Licenciamento Ambiental Corretivo o que viola, também, materialmente a Carta Magna, haja vista que não cabe ao Estado permitir que os particulares atuem degradando o meio ambiente desenfreadamente. A nova lei de licenciamento, atuando em sentido contrário a evolução da proteção ao meio ambiente, prevê a modalidade de licenciamento corretivo. Esta modalidade permite que o empreendedor regularize seu empreendimento e atividades cuja instalação ocorreu sem prévia licença válida, permitindo, ainda, a celebração de Termo de Compromisso ambiental, com o empreendedor, sem, contudo, estabelecer quaisquer critérios objetivos a respeito deste compromisso.

É notório que as previsões supracitadas acabam por resultar em mais estímulos à prática de ilícitos, haja vista que dissociam o licenciamento ambiental de outros atos públicos de autorização que deveriam ocorrer de forma integrada.

Ainda com o intuito de simplificar o processo de licenciamento, o legislador tocantinense dispensou o acompanhamento por responsável técnico habilitado em alguns empreendimentos, o que acabará por resultar em maior insegurança. Na mesma esteira de mitigação da proteção ambiental, a lei 3.804/2021 ainda prevê prazos longos, não prevendo prazo máximo, o que passou a ficar a critério do órgão ambiental, não obedecendo, deste modo, o padrão estabelecido pela legislação em vigor

É necessário que a legislação de licenciamento esteja simétrica aos preceitos constitucionais, Ney de Barros Bello Filho afirma a denominação Constituição Ambiental é um conjunto formado por normas-princípios e normas que dispõem acerca da proteção ao meio ambiente. Para o citado autor, as normas-princípios são as regras abertas ou axiológicas. É por meio desta que o direito ao meio ambiente equilibrado transparece, e as normas-regras formam os instrumentos jurídicos aptos a dar concretude as normas-princípios. (TALDEN, 2015)

Deste modo, considerando todas as inconstitucionalidades demonstradas no presente trabalho, nota-se, primordialmente, a inconstitucionalidade forma da legislação

tocantinense, haja vista que esta versa acerca de normas gerais e contrárias a legislação federal atinente a temática ambiental, ferindo, desta forma, a competência da União de legislar de modo geral sobre este tema, consoante determina a Constituição Federal. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal -STF.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INC. IV E § 7º DO ART. 12 DA LEI COMPLEMENTAR N. 5/1994 DO AMAPÁ, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 70/2012. LICENÇA AMBIENTAL ÚNICA. DISPENSA DE OBTENÇÃO DAS LICENÇAS PRÉVIAS, DE INSTALAÇÃO E DE OPERAÇÃO, ESTABELECIDAS PELO CONAMA (INC. I DO ART. 8º DA LEI N. 6.938/1981). OFENSA À COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DO DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO (ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO INC. IV E DO § 7º DO ART. 12 DA LEI COMPLEMENTAR N. 5/1994 DO AMAPÁ, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 70/2012.

(ADI 5475, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-137 DIVULG 02-06-2020 PUBLIC 03-06-2020)

Consoante apresentado no julgamento acima, constitui flagrante inconstitucionalidade por vício formal a edição de norma geral pelos Estados, por ofender a determinação Constitucional de que compete a União editar normas gerais sobre proteção ao meio ambiente.

Os vícios da Lei nº 3.804/21 não estão adstritos ao âmbito formal, vão além, violam, também, materialmente a Carga de 1988. Ao flexibilizar os procedimentos de licenciamento, a lei promove a fragilização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que vai de encontro aos ditames do 225 da Constituição Federal.

A Constituição Federal determina que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público em conjunto com a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A nova lei de Licenciamento do Estado do Tocantins, indo na contramão dos ditames da Constituição, fragilizou a proteção ambiental, o que, resulta em violação aos princípios da prevenção, precaução e de vedação ao retrocesso socioambiental.

Considerando todo o exposto, não resta outra alternativa que não seja a declaração de inconstitucionalidade da lei tocantinense, por violação formal e material da Constituição Federal de 1988.

### **2.3 MALEFICIOS AMBIENTAIS DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

Sirvinskas afirma que a qualidade de vida é o objetivo perquirido pelo Poder Público com a união da felicidade do cidadão ao bem comum. Buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, o meio ambiente e a qualidade de vida decorrem do direito à vida, cabendo ao estado e a coletividade protegê-la. (SIRVINSKAS, 2022, p. 63).

Ao estado compete, em conjunto com a população, proteger a natureza para a preservação da qualidade de vida dos seres humanos, e conforme já mencionado, um dos meios mais eficaz de defendê-lo é com a atuação preventiva. Todavia, o Estado do Tocantins ao editar leis que vão na contramão desses ditames, atua, na verdade, prejudicando a qualidade de vida de toda a população, primordialmente, da população tocantinense.

José Rubens e Patryck apontam que o agravamento da crise ecológica, em razão das mudanças climática, justifica a necessidade de revolução do direito, que permite a superutilização dos recursos naturais. (Leite, Ayala, 2020, p. 7)

Nesse sentido, é cristalino a essencialidade de instrumentos jurídicos que mitiguem a utilização demasiada de recursos naturais, de modo a mantê-los sempre preservados, sem, no entanto, se distanciar a da necessidade industrial. Sendo, pois imprescindível uma ponderação de modo a preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a permitir o avanço industrial para o progresso da humanidade.

A licença ambiental, que tem por objetivo permitir o uso dos recursos naturais de modo adequado, é concedida pelo Poder Público para aquele que pretenda exercer uma atividade potencialmente nociva ao meio ambiente. De tal modo, todo aquele que pretender construir, instalar, ampliar e colocar em funcionamento estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, deverá requerer a licença ambiental, obrigatoriamente, ao órgão público competente (MILARÉ).

Sendo assim, a concessão indevida de licenças ambientais resulta, claramente, em maiores possibilidades de danos ao meio ambiente, exatamente em razão disso que se faz necessário maiores rigores nas concessões de licenças ambientais.

De acordo com Romeu Thomé Os recursos ambientais são bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida, dependendo a sua utilização de prévio consentimento do Poder Público. O meio ambiente é bem público de uso coletivo, diante disto, deve ser protegido e assegurado, sendo assim, inexistente direito subjetivo à sua livre utilização (ROMEU, 2015, p. 250).

Como bem explanado pelo Romeu, o meio ambiente é bem público de uso coletivo, nesse sentido, é que cabe tanto ao Estado como aos cidadãos protegê-lo contra qualquer ato atentatório a sua integridade. Deste modo, a degradação ambiental fere um direito de todos os cidadãos a uma qualidade de vida plena.

Para Granziera (2014), o licenciamento possui natureza técnica e forma um processo administrativo, submetido ao regime jurídico público. Para Rei Cibim (2011), o licenciamento consiste em um instrumento preventivo que tem o objetivo proteger o meio ambiente, por meio da análise da conformidade de projetos, obras e atividades à legislação vigente, aos padrões de qualidade ambiental, à melhor tecnologia de forma a minimizar e mitigar os impactos por ele causados. (MARIA; FERNANDO, 2017).

Deste modo, é patente que as mudanças oriundas da nova legislação trarão diversos malefícios ao meio ambiente e a sociedade como um todo, posto que, ao simplificar a concessão de licenças, tornará o meio ambiente mais vulnerável a degradação por atividades poluidoras.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a Inconstitucionalidade da Nova Lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins Lei nº 3.804/2021, demonstrando os pontos que vão de encontro a Constituição Federal e a explicitação a imprescindibilidade de um licenciamento ambiental adequado.

Considerando toda a pesquisa bibliográfica aqui exposta, torna-se cristalino a incorreção da norma tocantinense, por violar material e formalmente a Constituição Federal de 1988.

De acordo com a Constituição, a União detém a competência para legislar sobre licenciamento ambiental de forma geral, cabendo aos Estados apenas se aterem aos pontos específicos, salvo se não houver norma geral da União. Todavia, na contramão aos



ditames constitucionais, a lei nº 3.804/2021 inovou no ordenamento jurídico, criando previsões totalmente alheias as dispostas nas normas gerais editadas pela União.

Além disso, a norma aqui analisada segue caminho diverso daquele determinado pelo Constituinte Originário, uma vez que, desconsidera, ao facilitar a regularização de atividades poluidoras, como ao determinar que cabe ao COEMA editar uma lista de atividades que devem ser submetidas a licenciamento, o que, resulta, claramente, em vulneração dos recursos naturais, violando, deste modo, o direito da sociedade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, é patente a inconstitucionalidade material e formal da Nova Lei de Licenciamento Ambiental do Estado do Tocantins (Lei nº 3.804/2021).

#### 4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. ed.3. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 dez. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm). Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 maio 2012. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm).  
Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: 31 ago. 1981.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Resolução Conama n. 237/1997**. Dispõe sobre conceitos, sujeição, e procedimento para obtenção de Licenciamento Ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95982>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6.650 Santa Catarina**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755760747>. Acesso em: 15 de fev. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.475 Amapá**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833801>. Acesso em: 10 de fev. 2022

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 14. Coimbra-Portugal: Edições Almedina, 1941.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. **Licenciamento ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRAÇA, Cristina Seixas. **Representação de inconstitucionalidade da lei estadual nº 3.804/2021**. Tocantins: ABRAMPA, 2021.

HAONAT, A. I.; NAPOLITANO, A. A.; EMIN, R. M. B. . O Direito Ambiental e suas implicações na saúde humana. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 95, 2003.

REI, Fernando; RIBEIRO, Flávio de Miranda. Limites do Controle Corretivo como Instrumento de Regulação Ambiental. In: FREITAS, Gilberto Passos de;

GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Sobre a efetividade da tutela ambiental**. v. 1. Campinas: Millennium Editora, 2014.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LIMA, Maria Isabel; REI, Fernando. 40 anos de licenciamento ambiental: um reexame necessário. **Direito Econômico e Socioambiental**. Paraná. vol. 8.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direito ambiental** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental** - 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5. Ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.

TOCANTINS. **Lei Nº 3804 de 29 de julho de 2021**. Dispõe sobre o Licenciamento Ambiental no âmbito do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Tocantins, Palmas. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=417970>. Acesso em: 10 de maio. 2022.

TRENNEPOHL, Terence. **Direito ambiental empresarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: ATIVIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19

**DENISE FABIANE MARTINS ZERBINATI:**  
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** O cenário pandêmico de Coronavírus provocou alterações na saúde e também mudanças jurídicas administrativas e esse contexto originou demandas em demasia a serem analisadas pelo poder judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, verificando-se a judicialização de questões políticas. Quando instado a se pronunciar nessas questões pode ou não o poder judiciário responder de forma ativista e em prejuízo do Princípio da Separação dos Poderes. Utilizando o método dedutivo através de pesquisas bibliográficas em artigos científicos, livros e legislação, dissertou-se sobre o Princípio da Separação dos Poderes, os fenômenos da judicialização e ativismo judicial e análise de julgados do STF relacionados ao cenário da pandemia. Pretende-se refletir se em tais deliberações de vasta repercussão a Suprema Corte agiu com ingerência na competência dos demais poderes, com ultrapasse de suas funções constitucionalmente previstas. Foi possível concluir que embora já tenha decidido de maneira ativista em situações anteriores, no que se refere a pandemia, as decisões do Supremo Tribunal Federal foram no sentido de ratificar o que está expresso no texto constitucional.

Palavras chave: Covid-19. Supremo Tribunal Federal. Judicialização. Ativismo.

**ABSTRACT:** The Coronavirus pandemic scenario caused changes in health and also administrative legal changes and this context gave rise to too many demands to be analyzed by the judiciary, with emphasis on the Federal Supreme Court, verifying the judicialization of political issues. When asked to comment on these issues, the judiciary may or may not respond in an activist manner and to the detriment of the Principle of Separation of Powers. Using the deductive method through bibliographic research in scientific articles, books and legislation, the Principle of Separation of Powers, the phenomena of judicialization and judicial activism and analysis of STF judgments related to the pandemic scenario were discussed. It is intended to reflect if in such deliberations of vast repercussion the Supreme Court acted with interference in the competence of the other powers, exceeding its constitutionally foreseen functions. It was possible to conclude that although it has already been decided in an activist way in previous situations, about

the pandemic, the decisions of the Federal Supreme Court were in the sense of ratifying what is expressed in the constitutional text.

Keywords: Covid-19. Federal Supreme Court. Judicialization. Activism

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Separação dos Poderes e a Constituição Federal de 1988. 3 Ativismo Judicial e Judicialização da Política. 4 Análise de casos práticos. 5 Conclusão. 6 Referências

## 1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Separação dos Poderes, trabalhado sistematicamente pela primeira vez pelo pensador Aristóteles, aprimorado por Locke e posteriormente por Montesquieu, aborda a existência de três poderes distintos e com funções definidas que devem atuar harmonicamente nos limites estabelecidos para cada um tal como foi inclusive consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988.

Apesar da adoção do sistema tripartite, pode-se observar nos últimos tempos um destaque para o Poder Judiciário brasileiro com o fenômeno da judicialização da política. Caracterizando tal ocorrência quando questões que tradicionalmente seriam de incumbência dos Poderes Legislativo ou Executivo são transferidas ao Judiciário acarretando excesso de demandas e atuação em questões polêmicas que levantam divergências quanto o que seria a maneira correta de agir.

Com a ocorrência desse fenômeno, pode ou não o Poder Judiciário responder de maneira ativista nos seus julgamentos, não necessariamente a ocorrência de um fenômeno obrigaria o outro, porém há decisões que acarretaram críticas e ascenderam debates quanto à sua atuação e possível postura dotada de ativismo judicial, indo além do que seria sua função de julgar conforme o texto legal.

Como consequência da pandemia de Covid-19 o Poder Judiciário, em destaque o Supremo Tribunal Federal, foi sobrecarregado de processos envolvendo as questões que foram trazidas pelo cenário pandêmico, o que acendeu o debate se estaria atuando novamente com postura ativista ingerindo na função dos demais poderes ou apenas trabalhando dentro de suas atribuições.

O Supremo foi provocado em diversas situações envolvendo inclusive decisões tomadas pelo Poder Executivo Federal o que ganhava ainda mais destaque e repercussão, além de desconforto entre os poderes e debates acalorados sobre atuação fora da delimitação funcional estabelecida.

Nesse diapasão, buscou-se analisar com esse trabalho se nessas decisões de maior repercussão envolvendo a pandemia o STF feriu o Princípio da Separação dos Poderes, atuando de forma ativista, ou se apenas agiu nos expressos limites fazendo valer o texto constitucional diante da omissão dos demais poderes.

## **2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O Princípio da Separação dos Poderes, tido como um dos pilares do Estado Democrático, tem sido tecido e aprimorado ao longo do tempo, considerando-se suas bases primárias esboçadas por Aristóteles em *Política*, obra em que o pensador identificou as funções do Estado como deliberativas, executivas e judiciais, porém concentradas em único poder soberano.

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos (LENZA, 2018, pag. 571).

No século XVII John Locke em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, com concepções liberais, defendeu a desconcentração do poder em órgãos distintos e identificou funções diferentes a serem exercidas elencando-as como executiva, legislativa e federativa, de maneira que o poder que fosse responsável pela edição das leis não as executassem (LOCKE, 1998).

Nesse sistema esboçado o poder legislativo elaboraria as leis a serem cumpridas e seria o poder supremo entre os demais, bastando sua composição temporária, assim, após a formação das leis, desmanchar-se-ia voltando apenas a recompor-se quando e se necessário. O poder executivo nessa repartição seria um poder permanente e responsável por executar as leis impostas.

Ao terceiro poder, o federativo, caberia as relações da comunidade com o exterior e declarar guerra ou paz e apesar da divisão, Locke reconhece que tais decisões deveriam ser de competência do poder executivo, compreendendo-se esse terceiro poder como parte daquele: “Embora, conforme disse, os poderes executivo e federativo de qualquer comunidade sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes” (LOCKE, 1998, p. 517).

Mas foi Montesquieu que em *O Espírito das Leis (1748)* trabalhou sistematicamente pela primeira vez o que viria a ser conhecido como conceito de Separação dos Poderes e delimitação funcional do poder a fim de manter a liberdade e segurança individuais, dando ênfase que um dos benefícios desse sistema de divisão era um órgão atuar de forma a não ultrapassar os limites de suas funções ponderando pelo equilíbrio na divisão orgânica dos poderes.

De fato, segundo Montesquieu, uma vez realizada a separação dos poderes, a soberania deixaria de pertencer, ou por outras palavras, de caber a um único, mas sim passaria simultaneamente a todos eles, em condições de absoluta paridade e independência, todos investidos, a igual título, das respectivas competências. Estabelecer-se-ia, assim, entre os órgãos fundamentais, um verdadeiro e autêntico equilíbrio (balance de pouvoirs), um servindo de freio ao outro (teoria dos freios e contrapesos), dominados como são por uma recíproca desconfiança (“o poder detém o poder”). (BOTTALLO, 2007, p. 38)

Tal princípio foi consagrado na Constituição Federal de 1988 no artigo 2º que dispõe “São poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, visando a desconcentração do poder e com a função de coibir desrespeito aos direitos fundamentais, além de mensurar mecanismos previstos para controle com vistas a garantir a manutenção Estado democrático.

Corroborando com o exposto:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito (MORAES, 2017, p. 312)

Nessa separação o Poder Executivo é o órgão que foi recebido como encargo o exercício das atividades relacionadas ao comando de estado e decisões inerentes à sua direção (MORAES, 2021). Na concepção clássica da separação, a função típica de executar

as leis e garantir a ordem interna através do governo representando os interesses dos seus governados assim considerados como um todo.

Ao Poder Legislativo, como sugere a nomenclatura, na divisão orgânica dos poderes, foi reservado como competência principal e típica a elaboração das normas jurídicas que regulam as diversas relações existentes seja entre os indivíduos ou até mesmo envolvendo o próprio Estado.

O resultado da atuação desse Poder é a exteriorização das necessidades de regulamentação das demandas oriundas do convívio em sociedade e que não cabe a esta dirimir.

Nesse mesmo sentido:

O Poder Legislativo, na condição de mais transparente e democrático dos poderes, tem como missão organizar e equacionar, pacífica e democraticamente, as contradições que a sociedade não pode nem deve assumir [...] portanto, é, por natureza, o lugar onde se forma a vontade normativa do Estado e o foro legítimo e apropriado para a solução das demandas da sociedade a serem traduzidas na forma de lei e políticas públicas (QUEIROZ, 2014, pag. 10).

Ao terceiro Poder, o Judiciário, tipicamente é assegurada a competência para exercer a função jurisdicional, reservada aos juízes, analisando e aplicando o direito à luz do caso concreto, dirimindo as questões que são submetidas à sua análise e dizendo na prática quem seria o detentor do direito.

A função típica do Poder Judiciário é a prestação da tutela jurisdicional, que consiste em aplicar a norma (que é abstrata) a um caso concreto, a um litígio (lide) que lhe foi apresentado, dizendo quem tem razão de acordo com o Direito. O ato jurisdicional produz a coisa julgada, a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso, tornando-se imutável. Jurisdição significa "dizer o Direito", e qualquer cidadão tem direito a esta prestação (art 5º, XXXV) (MOTTA, 2021, pag. 763).

Revela-se mister que a atuação dos poderes seja balizada no princípio da tripartição para que seja mantida a ordem que exige o Estado Democrático de Direito e sua organização política que encontra previsão e fundamento na Constituição Federal, em que pese a necessidade de ajustes tendo em vista a evolução da aplicação do direito, faz-se imprescindível manter a essência de tal previsão.



### **3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

A judicialização da política e o ativismo judicial são dois fenômenos que, apesar de não serem recentes, tem ganhado cada vez mais espaço em estudos e, não obstante serem interligados, possuem características e origens distintas que os diferenciam e evidenciam que podem ocorrer de maneira independente.

Judicialização, segundo Barroso (2012), ocorre quando questões que tradicionalmente deveriam ser decididas pelos poderes executivo e/ou legislativo restarem a ser solucionadas pelo judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, com transferência do poder e condicionamento a acontecimentos externos que independem do judiciário que tem o dever de se manifestar nos limites e à medida em que é provocado.

Há múltiplas causas para evidenciar a ocorrência da Judicialização, dentre elas podemos enumerar a ascensão do Poder Judiciário como imprescindível para garantir os direitos fundamentais, a descridibilidade com a política e seus representantes eleitos e a transferência que políticos fazem ao poder judiciário quando questões polêmicas e sobre as quais haja controvérsias de repercussão moral tem de ser decididas e que podem acender controvérsias na sociedade (BARROSO, 2019).

Tal ocorrência deve-se em parte junto com a evolução e mudanças do direito e após a Constituição de 1988 considerada como a constituição cidadã e que vem para prever direitos fundamentais que deveriam estar à disposição de todos.

Com um maior número dessas garantias e uma possível displicência dos Poderes Legislativo e Executivo no sentido de implementá-las, ocasiona-se um aumento no número de demandas direcionadas ao Supremo, detentor do papel de guardião da constituição, utilizando-se a via judicial para tutelar o direito previsto.

Desse modo, têm-se o poder judiciário como um moderador das contendas políticas, indicando alternativas e por vezes alterando o rumo dos debates e resultado político, em todas as instâncias judiciais, mas em destaque o Supremo Tribunal Federal que também é responsável pelo controle de constitucionalidade.

Já o ativismo judicial segundo Barroso (2012), diferentemente do que ocorre com a judicialização, é uma escolha na maneira de interpretar a norma, de forma a expandir o seu sentido e alcance.

Sua ocorrência independe de acontecimentos externos, pois é como se posta o poder judiciário com uma conduta interpretativa expansiva ao analisar e aplicar o direito ao caso concreto.

No que tange a origem do termo ativismo judicial, é atribuída à jurisprudência norte americana, reconhecendo Arthur Schlesinger Jr como o primeiro a usar a terminologia no artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, trabalho em que traça o perfil de nove juízes da corte americana classificando-os em juízes ativistas e conservadores (CAMPOS, 2014).

Para ilustrar, Barroso enumera o que seriam atitudes que caracterizariam uma postura ativista:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias públicas (BARROSO, 2012, p. 6).

O ativismo na prática pode denotar uma discordância dos demais poderes, ampliando a competência do tribunal transformando em jurídicos temas que deveriam ser tratados no campo da política. Também é certo que é missão constitucional do poder judiciário prestar-se ao tratamento dos conflitos, se pautando na harmonização e fruição dos direitos fundamentais dirimindo os conflitos concretos.

Apesar das críticas que enfrenta o ativismo judicial considerando-se um eventual risco em adentrar em competências dos outros poderes e causar uma sobreposição, há que se evidenciar que a atuação mais intensa do judiciário torna possível que demandas sociais ou políticas não atendidas pelos meios ordinários sejam alcançadas e satisfeitas.

Quando o poder judiciário é provocado com o excesso da judicialização de questões de vasto alcance político ele pode ou não responder de maneira ativista no julgamento do caso concreto que esteja em pauta.

Nesse sentido:

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto da judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para

realizar um pretense “avanço” seja para manter o *status quo*) (STRECK, 2016).

Por outro lado, os dois fenômenos se entrelaçam ainda mais quando sob à óbice que o excesso de judicialização das questões políticas, forçando o poder judiciário a manifestar-se em casos que representam omissão de outros poderes poderia abrir margens para a interpretação e aplicação expansiva da norma se o julgador assim escolher se portar com postura ativista indo além de suas funções.

#### **4 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS**

A pandemia do Coronavírus mais que na saúde gerou efeitos jurídico-administrativos, o que levou a uma provocação maior do poder judiciário em todas as instâncias. Em destaque está o Supremo Tribunal Federal que nesse cenário, segundo o painel de ações mantido em seu site, já recebeu mais de 9000 processos relacionados à Covid-19.

Não é uma ocorrência nova, tendo em vista que em demais situações o Supremo já foi provocado a se manifestar em questões políticas e controvérsias. Não é objetivo desse presente trabalho julgar se deveria o poder judiciário atuar, pois esse tem o dever de manifestar-se quando instado a se pronunciar.

Algumas dessas decisões históricas proferidas pela Suprema Corte que envolviam questões com vasto alcance político foram amplamente discutidas, criticadas e por vezes caracterizadas como ultrapasse da função reservada ao poder judiciário e dotadas de ativismo judicial.

Em 2012 ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que envolvia a polêmica sobre a interrupção voluntária da gestação em casos de fetos com anencefalia, o STF decidiu no sentido de descriminalizar tal hipótese. Na análise, decidiu-se que a conduta não poderia ser punida mesmo não havendo previsão da excludente no Código Penal, pois não haveria vida que só começaria com a formação cerebral e era inviável a sobrevivência do feto nessas condições.

Outro julgamento que ascendeu discussões foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 que reconheceu a união homoafetiva, utilizando o relator de argumentos na fundamentação do caso de que a CF no artigo 3º, IV veda tratamento discriminatório e o século XXI marca a preponderância afetividade sobre a biologicidade. A legislação expressa

no Código Civil em seu artigo 1723 reconhece a união estável entre homem e mulher e nada menciona no sentido da interpretação que foi aplicada.

Apesar de ouvir o clamor social, e preencher lacunas legislativas valendo-se de postura ativista, tais decisões que inovam a legislação não caberiam ao Supremo Tribunal Federal que não tem legitimidade política pois não recebeu o voto popular, são de responsabilidade do poder legislativo.

Em relação ao cenário pandêmico, o primeiro julgamento de grande repercussão e que acendeu debates sobre a atuação do Judiciário ocorreu quando o governo federal editou a MP 926/2020 tentando centralizar as decisões com ações para o enfrentamento ao coronavírus, sendo interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 questionando a medida, a Corte no julgamento reafirmou a competência concorrente entre os entes federados para a tomada de medidas de saúde.

A decisão nesse debate apenas referendou o que já é previsto em nosso texto constitucional em seu artigo 23 que determina “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Apesar do desconforto político gerado e das discussões ascendidas, nessa ocasião não inovou o Supremo na questão legislativa, apenas reafirmou a previsão legalmente existente, sem demonstrar ingerência em função que não seria de sua incumbência.

Nesse sentido disserta Maffini:

A competência da União para editar normas gerais em matéria de saúde (art. 24, XII, CF) deve ser devidamente articulada com a competência administrativa comum de todos os entes federados (art. 23, II da CF). No exercício das competências administrativas, os entes federados devem primar por uma atuação cooperada, mas havendo divergências entre as medidas empregadas, sobretudo as medidas de quarentena, devem predominar aquelas que estiverem mais bem fundamentadas em critérios científicos, atentando-se para as respectivas realidades regionais ou locais sobre as quais incidem, minimizando, pois, interferências pessoais e ideológicas. (MAFFINI, 2021, P.376)

No cenário delicado da pandemia o governo federal promoveu uma campanha incentivando à população a retornar as atividades habituais propagando o slogan “O Brasil não pode parar”. A ideia era o incentivo à flexibilização do isolamento social, contrariando

inclusive as recomendações da Organização Mundial da Saúde e a postura adotada por grande parte dos países.

A divulgação foi alvo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 668 e 669 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pela Rede Sustentabilidade questionado o viés e consequências dessa divulgação. A relatoria foi a cargo do ministro Luis Roberto Barroso.

Analisando a ADPF o ministro relator reforçou que a campanha promovida deturpava o fim informativo que deveria ter, violando múltiplos dispositivos constitucionais, invocando assim na decisão a proteção do direito à vida, à saúde e a informação da população (artigo 5º, caput, XVI e XXXII, artigo 6º e artigo 196 CF), além de estar conflitante com as recomendações do Ministério da Saúde, minimizando o efeito da pandemia, determinando assim a retirada e interrupção da campanha.

Na decisão:

Nessa linha, uma campanha publicitária, promovida pelo Governo, que afirma que “O Brasil não pode parar” constitui, em primeiro lugar, uma campanha não voltada ao fim de “informar, educar ou orientar socialmente” no interesse da população (art. 37, §1º, CF).[...] O uso de recursos públicos para tais fins, claramente desassociados do interesse público consistente em salvar vidas, proteger a saúde e preservar a ordem e o funcionamento do sistema de saúde, traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, *caput* e §1º, CF) (STF-ADPF 669. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 07/05/2020, Data de Publicação: DEE-114 11/05/2020).

O Presidente da República ainda nesse cenário também editou a MP 928/2020 que impunha restrições à Lei de Acesso à Informação para limitar as informações prestadas por órgãos públicos durante a crise de saúde pública. Foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil e a Corte confirmou liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes que impedia tais restrições e que considerou como “genéricas e abusivas à garantia constitucional de acesso à informação”.

Na análise destacou que a publicidade é uma obrigação do Estado, salvo em situações excepcionais e que a referida Lei não deixava caracterizado a necessidade de imposição de restrições a tal direito.

[...]. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. 3. O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade.(STF - ADI: 6341 DF 15/04/2020, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 30/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/08/2020)

Em mais uma análise assertiva os ministros decidiram no sentido de cumprir nos exatos moldes o que é previsto no texto constitucional e garantir a efetividade de direitos fundamentais em conformidade com o que está previsto no inciso XXXIII, artigo 5º CF, que assegura o direito à obtenção de informação.

A polêmica de decisões e desconforto entre os poderes ganhou ainda mais espaço com a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito. O ministro Luis Roberto Barroso ao julgar o MS nº 37.760/DF, impetrado pelos senadores Alessandro Vieira e Jorge Kajuru, determinou que o Senado Federal adotasse as providências para a instalação da CPI da Pandemia a fim de averiguar eventuais omissões do governo federal no enfrentamento à crise de saúde, pois estariam satisfeitos os requisitos constitucionais para instauração.

Prevê o texto constitucional que as CPI's devem ser instaladas sempre que alcançados três requisitos previsto no artigo 58, §3º, Constituição Federal: assinatura de 1/3 dos integrantes da Casa, indicação de determinado fato a ser apurado e prazo certo para duração. Com o preenchimento não há discricionariedade e sim o dever de determinar a instalação. Com o alcance dos requisitos e a inércia do Legislativo, restou ao Judiciário determinar a instauração da Comissão para apuração dos fatos indicados.

Apesar do histórico de decisões que abrem margem para críticas e levantamento de análise de um possível ativismo por parte do Supremo Tribunal Federal, observa-se que no que se refere à crise de saúde trazida pela pandemia, as decisões do STF têm sido acertadas e de encontro com o que prevê a Carta Magna.

## 5 CONCLUSÃO

É inegável que a crise gerada pela Covid-19 trouxe muitas questões e situações que não estavam os Poderes preparados para agir, além de dúvidas e divergências quanto à maneira correta de combatê-la e essa situação atípica ocasionou a judicialização de questões políticas para obter respostas.

As divergências quanto o que seria a forma correta de lidar com a crise de saúde diante da ocorrência nova e que não estavam os Poderes esperando levou ao caminho da judicialização para decidir sobre os pontos controversos, e houve o consequente destaque para a atuação do poder Judiciário que tinha o dever de se manifestar pois foi acionado.

Diante da omissão dos poderes legislativo e executivo além de atuação divergente da que seria de responsabilidade destes, resta a via judiciária como alternativa para garantir a proteção e efetivação dos direitos, pois uma vez que é provocado, não pode abster-se de julgar, devendo pronunciar-se e analisar a situação que é trazida à pauta.

Apesar de historicamente enfrentar o Supremo críticas quanto à sua postura ativista em decisões anteriores, pode-se observar que no que tange ao cenário pandêmico atuou no sentido de reafirmar o que já há expressa previsão no texto constitucional e em casos que foi provocado e diante de omissões ou atuações divergentes e omissas dos demais Poderes.

Por mais que tenha causado desconfortos entre os Poderes, não pode o Judiciário se omitir quando instado a se pronunciar, cabendo a este decidir todas as questões que são levadas à sua pauta e de encontro com o que prevê o texto constitucional, pois essa é a sua função típica não podendo omitir-se.

Foram acertados os vereditos com questões relacionados à Covid-19 agindo o Supremo de acordo com a previsão da Carta Magna e cumprindo sua função de Guardião da Constituição em harmonia com o princípio da Separação dos Poderes vigente no ordenamento jurídico brasileiro apesar das críticas que enfrentou.

Resta demonstrado dessa maneira que apesar dos desafios ocasionados pelo cenário pandêmico e consequente judicialização das questões políticas, a atuação do Pretório Excelso foi ao encontro com o ordenamento jurídico cumprindo com maestria sua função atuando dentro dos limites previstos e não dotado de ativismo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Jur,

2019. Disponível em: <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro. Revista [Syn]Thesis, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.102, 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67747/70355>. Acesso em 01 ago. 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 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 01 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Painel de Ações Covid-19. **STF**, 2020f. Disponível em: [https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html). Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j. 11/04/2012. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%202026>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres de Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 13 out 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 669/DF**. Relator: Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**. Requerente: PDT. Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6351**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>. Acesso em: 10 jul. 2021

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAFFINI, Rafael. **COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências**. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, p. 353-378, v. 12, n.1, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49702/33142>. Acesso em: 30 jul. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/books/9788597011302>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/books/9788597027648>. Acesso em: 21 abr. 2022.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 29 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. Disponível em: <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/books/9788530993993>. Acesso em: 14 maio 2022.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. **Poder Legislativo: como é organizado, o que faz e como funciona.** Brasília: DIAP, 2014. Disponível em: [http://www.sindsaudejau.com.br/cartilhas/poder\\_legislativo.pdf](http://www.sindsaudejau.com.br/cartilhas/poder_legislativo.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **O Rubricão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Revista CONJUR, 07 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 10 jul. 2021.

## **A CADEIA DE CUSTÓDIA COMO GARANTIA DO RÉU NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA**

**DIEGO SOUZA CARVALHO MOTA:**

Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Processual pelo Instituto Elpídio Donizetti.

**RESUMO:** A cadeia de custódia trata-se de garantia do réu no processo penal, que visa a garantir a higidez da prova produzida. O presente trabalho buscará analisar o seu conceito, etapas e consequências da quebra da cadeia de custódia, analisando especialmente o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça acerca deste ponto, sob a ótica dos princípios constitucionais afetos à matéria, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inadmissibilidade das provas ilícitas.

**Palavras-chave:** cadeia de custódia, quebra da cadeia de custódia, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade das provas ilícitas.

**ABSTRACT:** The chain of custody is the defendant's guarantee in the criminal process, which aims to guarantee the soundness of the evidence produced.

The present work will seek to analyze its concept, stages and consequences of breaking the chain of custody, especially analyzing the recent position of the Superior Court of Justice on this point, from the perspective of constitutional principles related to the matter, such as due process of law, contradictory, the broad defense and the inadmissibility of illegal evidence.

**Keywords:** chain of custody, breaking of the chain of custody, due process of law, contradictory, full defense, inadmissibility of illegal evidence.

### **1.INTRODUÇÃO**

O presente estudo visa a não só apresentar o instituto da cadeia de custódia, inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, mas já há muito debatido pela doutrina, como também destacar a salutar importância da sua estrita observância e as consequências causadas pela sua quebra.

Para tanto, será feita uma análise dos conceitos dados pela doutrina e pela lei de cadeia de custódia, um apanhado de cada fase prevista legalmente e uma análise das

decisões e fundamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça acerca das consequências causadas pela quebra da cadeia de custódia.

Na análise, serão considerados os direitos e garantias fundamentais relacionados diretamente ao tema aqui abordado, especialmente o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inadmissibilidade de utilização das provas ilícitas.

## **2.Noções introdutórias acerca da cadeia de custódia**

A cadeia de custódia, nas palavras de Renato Brasileiro, deve ser entendida como “um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória” (LIMA, 2019, p. 625)

Nesse sentir, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 77.836/PA, afirmou que a cadeia de custódia “consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência indevida durante esse trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade”.

Pretende-se, com a cadeia de custódia, preservar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, evitando-se qualquer dúvida a respeito da sua origem e do caminho percorrido durante a persecução penal. Por consequência, deve a acusação, em juízo, ao apresentar evidências físicas, a exemplo de arma do crime, demonstrar que o objeto apresentado é o mesmo que foi apreendido na data dos fatos (LIMA, 2019, p. 625-626).

Foi nesse contexto de substancial proteção das provas colhidas que o legislador, por meio da Lei nº 13.964/2019 (Pacote anticrime), incluiu no Código de Processo Penal os arts. 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F, abordando, detalhadamente, o caminho a ser observado desde o reconhecimento de um elemento como de potencial interesse para a produção da prova, até a liberação do vestígio.

O art. 158-A, em harmonia com os ensinamentos doutrinários que tratavam sobre o tema, definiu a cadeia de custódia “como o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse a manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Seguidamente, o art. 158-B discrimina, etapa por etapa, o rastreamento da cadeia de custódia, conceituando cada fase pormenorizadamente.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - **reconhecimento**: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - **isolamento**: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - **fixação**: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - **coleta**: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - **acondicionamento**: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - **transporte**: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - **recebimento**: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio,

protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - **processamento**: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - **armazenamento**: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - **descarte**: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

### **(grifo nosso)**

O Código de Processo Penal dispõe ainda acerca da necessidade de a coleta de vestígios ocorrer, preferencialmente, por perito oficial, bem como a necessidade de todos os vestígios coletados serem tratados como descrito na lei.

Não consta, entretanto, na lei processual penal, quais seriam as consequências processuais nas hipóteses de quebra da cadeia de custódia. Sendo assim, ficou a cargo dos Tribunais Superiores, analisando as disposições constitucionais e legais vigentes, decidir quais seriam as consequências do desrespeito a cadeia de custódia no processo penal.

### **3. Consequências processuais da quebra da cadeia de custódia (break in the chain of custody)**

Antes de ser editada a Lei nº 13.964/2019, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamentos reconhecendo o instituto da cadeia de custódia e a inadmissibilidade da prova em caso de sua quebra, consoante verifica-se nos julgamentos do HC 160.662/RJ.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO

TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. **AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.**

(...)

VII - A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público.

VIII - O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

IX - A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa - cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático - encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até

então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96).

X - Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, **parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado**, havendo **descontinuidade nas conversas** e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

**XI - A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.**

XII - Mostra-se **lesiva ao direito à prova**, corolário da **ampla defesa e do contraditório** - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.



XIII - É certo que **todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária**, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV - Decorre da **garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia**, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

(...)

**XVII - Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.**

**(grifo nosso)**

Não obstante o entendimento acima transcrito, após a edição do Pacote Anticrime o Superior Tribunal de Justiça preferiu decisão afirmando que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, de acordo com o entendimento da Corte Cidadã, a quebra da cadeia de custódia não leva, obrigatoriamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, devendo ser analisado o caso concreto.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. **QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA.** AUSÊNCIA DE LACRE. FRAGILIDADE DO MATERIAL PROBATÓRIO RESIDUAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. HIGIDEZ DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A superveniência de sentença condenatória não tem o condão de prejudicar a análise da tese defensiva de que teria havido quebra da cadeia de custódia da prova, em razão de a substância entorpecente haver sido entregue para perícia sem o necessário lacre. Isso porque, ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, por exemplo - que tem natureza rebus sic standibus, isto é, que se caracteriza pelo dinamismo existente na situação de fato que justifica a medida constritiva, a qual deve submeter-se sempre a constante avaliação do magistrado -, o caso dos autos traz hipótese em que houve uma desconformidade entre o procedimento usado na coleta e no acondicionamento de determinadas substâncias supostamente apreendidas com o paciente e o modelo previsto no Código de Processo Penal, fenômeno processual, esse, produzido ainda na fase inquisitorial, que se tornou estático e não modificável e, mais do que isso, que subsidiou a própria comprovação da materialidade e da autoria delitivas.

2. Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, "Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".

3. A autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de **princípio da mesmidade**.

4. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, "de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio".

5. Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, **quedou-se silente em relação aos critérios objetivos**

**para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais.**

No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas.

6. Na hipótese dos autos, pelos depoimentos prestados pelos agentes estatais em juízo, não é possível identificar, com precisão, se as substâncias apreendidas realmente estavam com o paciente já desde o início e, no momento da chegada dos policiais, elas foram por ele dispensadas no chão, ou se as sacolas com as substâncias simplesmente estavam próximas a ele e poderiam eventualmente pertencer a outro traficante que estava no local dos fatos.

**7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável.** Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

9. O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP).

9. Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma, prejudicada. Mais do que isso, sopesados todos os elementos

produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssonos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia. 10. Conforme defluiu da sentença condenatória, não houve outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de tráfico de drogas que foi imputado ao acusado. Não é por demais lembrar que a atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar quaisquer dúvidas sobre a existência do crime e a autoria responsável, o que não ocorreu no caso dos autos. Deveria a acusação, diante do descumprimento do disposto no art. 158-D, § 3º, do CPP, haver suprido as irregularidades por meio de outros elementos probatórios, de maneira que, ao não o fazer, não há como subsistir a condenação do paciente no tocante ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

**11. Em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes não de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*).**

12. Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado. **A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.**

13. Permanece hígida a condenação do paciente no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), porque, além de ele próprio haver admitido, em juízo, que atuava como olheiro do tráfico de drogas e, assim, confirmando que o local dos fatos era dominado pela facção criminosa denominada Comando Vermelho, esta Corte Superior de Justiça entende que, para

a configuração do referido delito, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente.

14. Porque proclamada a absolvição do paciente em relação ao crime de tráfico de drogas, deve ser a ele assegurado o direito de aguardar no regime aberto o julgamento da apelação criminal. Isso porque era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e, em relação a esse ilícito, foi condenado à reprimenda de 3 anos de reclusão (fl. 173). Caso não haja recurso do Ministério Público contra a sentença condenatória (ou, se houver e ele for improvido) e a sanção permaneça nesse patamar, fica definitivo o regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

15. Ordem concedida, a fim de absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0219295-36.2020.8.19.0001. Ainda, fica assegurado ao réu o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do recurso de apelação.

### **(grifo nosso)**

A corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça tem respaldo doutrinário. Eis os ensinamentos de Leonardo Barreto Moreira Alves

É dizer, a quebra da cadeia de custódia não resulta, necessariamente, em prova ilícita ou ilegítima, interferindo apenas na valoração dessa prova pelo julgador. A irregularidade na cadeia de custódia reduzirá a credibilidade da prova, diminuirá o seu valor, passando-se a ser exigido do

juiz um reforço justificativo caso entenda ser possível confiar na integridade e na autenticidade da prova e resolva utilizá-la na formação do seu convencimento. Enfim, “a quebra da cadeia de custódia não significa, de forma absoluta, a inutilidade da prova colhida. É preciso não se esquecer que a cadeia de custódia existe não para provar algo, mas para garantir uma maior segurança – dentro do possível – à colheita, ao armazenamento e à análise pericial da prova [...]. Desta forma, a análise do elemento coletado e periciado, se houver quebra dos procedimentos de cadeia de

custódia, interferirá apenas e tão somente na valoração dessa prova pelo julgador. (Alves, 2021, p. 754)

Desprestigiou-se o entendimento de parte da doutrina que defendia como consequência imediata da quebra da cadeia de custódia a ilicitude da prova, com a sua exclusão, assim como das demais provas derivadas dela.

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça parece-me estar em desarmonia com arcabouço principiológico trazido pela Constituição Federal de 1988, bem como pelas próprias disposições do Código de Processo Penal.

Isso porque a CF/1988, em seu art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, garante a todos o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, e afirma a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são **inadmissíveis**, no processo, as **provas obtidas por meios ilícitos**;

Em linha idêntica ao disposto constitucionalmente, o Código de Processo Penal, precisamente em seu art. 157, afirma ser inadmissível as provas ilícitas, devendo elas serem desentranhadas do processo.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

À vista do fundamento constitucional acima apresentado, somado as disposições do Código de Processo Penal acerca da cadeia de custódia e da inadmissibilidade das provas ilícitas, mostra-se muito mais acertado o entendimento de que a quebra da cadeia de custódia, por si só, deve gerar a nulidade processual.

Isso porque “surgirá inevitável dúvida quanto ao grau de confiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reu*, daí porque tal evidência deve ser excluída dos autos” (LIMA, 2019, p. 626).

O próprio Superior Tribunal de Justiça afirma que “em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes não de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*)”.

De mais a mais, a garantia do devido processo legal certamente não abarca a existência de ocorrências em desrespeito à lei, especialmente considerando o alto grau de detalhamento dado pelo legislador no procedimento de preservação das provas produzidas.

Outrossim, mesmo inexistindo na lei qual seria a consequência da quebra da cadeia de custódia, o entendimento de que a não observância do procedimento legal viola o princípio constitucional da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário, malgrado a indicação pelo legislador de todas as etapas a serem observadas, está afirmando a possibilidade de não se respeitar o caminho indicado pelo Poder Legislativo no exercício de sua função típica de legislar.

Não se deve esquecer, ademais, a condição de vulnerável do réu no processo penal, especialmente por estar diante do Estado, que possui forte aparato, devidamente aparelhado, para promover a acusação. Nesse sentir, a relativização de garantias constitucionais e legais garantidas ao réu agrava ainda mais a sua condição de vulnerável, devendo, portanto, serem repudiadas.

Frise-se, por fim, que não se está exigindo dos órgãos de acusação qualquer ônus desproporcional, mas, unicamente, o respeito aos procedimentos estabelecidos pelo legislador, para que, desse modo, o acusado possa exercer o seu direito de defesa.

## **CONCLUSÕES**

Da exposição feita anteriormente, verifica-se a inexistência de afinidade entre a corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e as garantias constitucionais previstas no art. 5º da Constituição Federal, em especial o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito.

Outrossim, há igual afronta às disposições do Código de Processo Penal, especialmente com relação as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, que esmiuçam o procedimento a ser adotado para respeito a cadeia de custódia.

No contexto das disposições constitucionais e legais vigentes, o respeito à cadeia de custódia deve ser visto direito subjetivo do réu no processo penal, não mero procedimento a ser observado, de modo a ser admissível, a depender do caso concreto, as provas produzidas em seu desrespeito.

Deve-se priorizar a defesa do vulnerável no processo penal, o réu, mormente perante as condições abastadas que o Estado possui para acusação.

## REFERÊNCIAS

Alves, Leonardo Barreto Moreira, Teresa. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 08 de junho 2022.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 08 de junho 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 653515-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 23/11/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22653515%22%29+ou+%28HC+adj+%22653515%22%29.suce>. Acesso em 09 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160.662/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/03/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1335748>. Acesso em: 09 de junho de 2022.

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



## **VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E SUAS INVISIBILIDADES\***

**ALINE APARECIDA FRANCISCO DURVAL:**

Graduanda em Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC

**RESUMO:** Todas as formas de violência proferidas contra a mulher vêm, cotidiana e progressivamente se tornando algo habitual e rotineiro. Entretanto, algumas destas, são ímprobos de serem identificadas, uma vez que, além do silêncio da vítima, é bastante complexo conseguir evidenciar provas destes crimes. Tais violências resignadas pelas mulheres, são classificadas pela Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha, a qual dá providências a uma série de ações ao enfrentamento às mesmas. Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizada revisão de literatura, a qual apresenta-se com perfil qualitativo descritivo, de cunho exploratório, uma vez que parte de referenciais teóricos idôneos que abordam os temas: Violência contra as mulheres, invisibilidade, litígios, Lei Maria da Penha. Dessa forma, o presente trabalho vem ao encontro dessas premissas, objetivando elucidar o direito, as invisibilidades desditosas pelas mulheres, apresentando formas de enfrentamento, para contê-las, em algumas das formas de violência contra às mulheres, tais como: Violência Psicológica, Violência Moral e Violência Patrimonial. Vale ressaltar que este estudo vem para instigar profissionais da área do Direito que desejam aprofundar a pesquisa com a finalidade de se obter maiores resultados que comprovem ainda mais a invisibilidade, perante as Leis Brasileiras, sofridas pelas mulheres e quem sabe assim, minimizar este tipo de problema.

**Palavras- chave:** Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Violência doméstica. Violência Psicológica e Moral. Violência Patrimonial.

**ABSTRACT:** All forms of violence against women are, daily and progressively, becoming something habitual and routine. However, some of these are unlikely to be identified, since, in addition to the victim's silence, it is quite complex to be able to evidence evidence of these crimes. Such violence resigned by women is classified by Law nº 11.340/06 - Maria da Penha Law, which provides for a series of actions to face them. For the development of this work, a literature review was used, which presents itself with a descriptive qualitative profile, of an exploratory nature, since it starts from suitable theoretical references that address the themes: Violence against women, invisibility, litigation, Maria da Penha. In this

---

\* Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP

\*\*Graduanda em Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC,  
a.line.francisco@hotmail.com

way, the present work meets these premises, aiming to elucidate the law, the unfortunate invisibilities by women, presenting ways of coping, to contain them, in some of the forms of violence against women, such as: Psychological Violence, Violence Morals and Patrimonial Violence. It is worth mentioning that this study comes to instigate professionals in the field of Law who wish to deepen the research in order to obtain greater results that prove even more the invisibility, before the Brazilian Laws, suffered by women and who knows, to minimize this type of problem.

**Keywords:** Violence against women. Maria da Penha Law. Domestic violence. Psychological and Moral Violence. Property Violence.

## 1 INTRODUÇÃO

O problema da violência acometida contra a mulher expõe o cerne de uma cultura machista e autoritária, sendo praticada de várias formas ao longo da história mundial. No Brasil o enfrentamento das mais variadas formas de violência manifestada às mulheres vem evoluindo sendo até elaborada uma lei específica para conter tais violências, é a lei no 11.340/06 nominada "Lei Maria da Penha".

A Lei Maria da Penha especifica as várias formas de violência contra a mulher. Em sua maioria ocorre dentro no próprio domicílio da vítima. Conhecida também como violência doméstica. Esta pode ser caracterizada como: física, psicológica, moral, sexual e/ou patrimonial.

Dessa forma, o presente trabalho vem ao encontro dessas premissas, com o objetivo de elucidar o direito, as invisibilidades desditosas pelas mulheres, apresentando formas de enfrentamento, para contê-las, em algumas das formas de violência contra às mulheres, tais como: Violência Psicológica, Violência Moral e Violência Patrimonial. Para tanto, foi utilizada revisão de literatura para o desenvolvimento deste trabalho, a qual apresenta-se com perfil qualitativo descritivo, de cunho exploratório, uma vez que parte de referenciais teóricos idôneos que abordam os temas: Violência contra as mulheres, invisibilidade, litígios, Lei Maria da Penha.

Deste modo, esta pesquisa, inicialmente procura apresentar algumas informações estatísticas a respeito da violência contra a mulher brasileira. Dando continuidade, ressalta acerca da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha elucidando sobre suas atribuições na proteção às mulheres e as formas de agressões contra estas. Apresenta argumento em relação as violências psicológica, moral e patrimonial da mulher e, desta forma chegar ao âmago deste trabalho explanando sobre a invisibilidade da mulher perante a justiça brasileira. Por fim, salienta sobre o princípio autóctone que há sobre o confronto à violência expressa contra a mulher brasileira. Mas, não pretende, de maneira alguma findar o assunto no presente trabalho, e sim instigar que outros pesquisadores aprofundem sobre o tema,

trazendo à luz do esclarecimento cada vez mais argumentos sobre as formas de proteção e apoio à mulheres vítimas de violências no Brasil.

## **2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL DADOS ESTATÍSTICOS**

Todas as formas de violência proferidas contra a mulher dentro do país é um assunto que sempre esteve nos meios de comunicação e nas páginas policiais, e isso não mudou com a pandemia, pelo contrário, houve um crescimento notável com o confinamento das pessoas em seus lares.

Foi realizada uma pesquisa, a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ao Data Folha, que obteve um levantamento de dados indicando que houve um declínio nos casos de violência cometida contra as mulheres, na rua. Enquanto dentro de casa, ocorreu uma forte avultação, em que se deu a constatação que os agressores, são, essencialmente membros da família ou mesmo do convívio familiar. Com o episódio da Pandemia COVID – 19, foi constatado que uma mulher a cada quatro brasileiras sofreu com alguma forma de violência, aponta a pesquisa (Paulo, 2021).

Desta forma é possível afirmar que a pandemia e o convívio mais próximos de várias pessoas no mesmo ambiente, fez com que a violência contra as mulheres sofresse um aumento, elevando também a insegurança e por vezes a impunidade.

Para Paulo (2021), tais dados representam um número grande de mulheres vitimadas pela violência, chegando ao percentual de 24,4%, ou seja, praticamente 17 milhões de cidadãos. Tais violências, cometidas contra as mulheres possuem o perfil de cunho físico, de maneira psicológica, ou ainda de caráter sexual, tudo isso no decorrer do último ano (PAULO, 2021)

A pesquisa relatada abordou apenas algumas formas de violência manifestada em oposição à mulher, o que acarretou a obscuridade de outras, tais como a violência contra o patrimônio que é tão pouco divulgada.

“Visível e invisível” é uma pesquisa, que já se encontra na terceira edição. No período de 10 à 16 de maio do ano vigente, esta escutou 2.079 pessoas do sexo feminino com idade acima de 16 anos. Abrangeu 130 municípios brasileiros. Tal pesquisa evidenciou números alarmantes sobre a ocorrência de violência contra as mulheres. A parcela de 18,6% das entrevistadas relatou ter sofrido opressões verbais, enquanto 6,3% já passaram por situações de agressões físicas, nos quais houve chutes, tapas ou mesmo empurrões. Já no que diz respeito à violência sexual ou tentativas de relação forçosa, a pesquisa indicou 5,4% das entrevistadas como vítimas destas agressões. Entre ameaças à mão armada, 3,1% das

vítimas relataram suas opressões, enquanto 2,4% chegaram a ser espancadas. Da população feminina entrevistada, 73,5% creem que ao longo do último ano, devido à Pandemia que obrigou o isolamento social, mantendo-se em casa, a violência contra as mulheres tenha dado um salto grandioso quanto aos números de ocorrências, e, nos últimos 12 meses, 51,5% dos brasileiros afirmam ter presenciado algum tipo de atitude violenta contra a mulher (PAULO, 2021).

Frente ao exposto, é elucidado que os agressores fazem parte do convívio familiar, vitimando as mulheres dentro de suas próprias casas, lugar este que deveria ser abrigo seguro, mas, que já não garante tal segurança a muitas dessas brasileiras.

### **3 A LEI N º 11.340/2006 - LEI MARIA DA PENHA**

A Lei no 11.340/06 foi aprovada na data de 07 de agosto do ano de 2006 estabelece ferramentas capazes de contribuir na coibição da violência doméstica bem como à familiar que ocorre, comumente contra a mulher nos termos do §8º do art. 226 da CF (BRASIL, 2006).

A Lei explicitada acima, é resultante de diversos grupos e organizações regidas pelo então, movimento feminista brasileiro. Este, por sua vez, desde a década de 70, manifestava repúdio às violências efetuadas negativamente às mulheres e, na década seguinte intensificou sua movimentação contra a injustiça que absolvía criminosos que haviam assassinado suas companheiras maritais afirmando que tal ato foi legítima defesa (MPSP, 2021).

A partir daí medidas mais consistentes começaram a ser utilizadas com mais robustez alavancadas pelo caso Maria da Penha, o qual, deu nome à Lei, conseguiu que a lei fosse sancionada em 2006.

Maria da Penha Maia Fernandes é uma cearense que experienciou diversas atitudes violentas por parte de seu esposo, incluindo duas tentativas de assassinato, que a levaram a ficar paraplégica. Ela buscou amparo nas Leis brasileiras sem sucesso, então procurou ajuda internacional.

Com a morosidade do judiciário brasileiro em dar providências ao seu caso e responsabilizar o autor dos crimes, a vítima procurou ajuda na justiça internacional, no ano de 1998, ou seja, após quinze anos de espera e luta por justiça seu caso contou com o auxílio de CEJIL – Centro pela Justiça Internacional, juntamente com o CLADEM – Comitê Americano para a Defesa dos Direitos da Mulher, Maria, conseguiu assim dar andamento ao seu caso, levando-o a ser analisado pela OEA – Comissão Internacional de Direitos Humanos dos Estados Americanos (MPSP, 2021).

Apenas após uma discussão internacional e uma condenação pela Corte Internacional de Direitos Humanos, por omissão e negligência em 2002 o estado brasileiro iniciou a edição da Lei, e, o Brasil atendendo as “recomendações” internacionais sancionou a lei nº 11.340/2006, nomeando-a como Lei “Maria da Penha.

Apesar da conquista da lei, muitas são as dificuldades de coibir e combater a violência contra as mulheres. Por um lado, resquícios de uma sociedade patriarcal, acostumou-se com o ordenamento do homem e por outro lado a desqualificação da mulher, levando a não punibilidade dessas violências.

#### **4 FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

As formas de violências existentes contra a mulher são especificadas no artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, mas o foco desta pesquisa se dá nos tipos de violência que acontecem invisíveis diante da sociedade e da Lei, sendo elas: Violência psicológica, Moral e Patrimonial.

Sabe-se que a violência física e a violência sexual são as mais conhecidas e mais fáceis de serem punidas, uma vez que deixam marcas e atenta contra a vida e a integridade da vítima. Em contrapartida as violências de cunho: psicológico, moral e de patrimônio, são mais difíceis de se evidenciar provas, mesmo porque muitas vezes não são denunciadas. Muitas mulheres agredidas de forma psicológica, moral e patrimonial não possuem esclarecimentos suficientes ou mesmo orientações jurídicas a respeito das Leis que podem vir a ampará-las nestes casos e quando a bestialidade não é de caráter físico cessam suas ações e não chegam a via denunciar seu ofensor.

De acordo com os dizeres da Lei 11.340/06 a violência psicológica e moral dá-se através de ameaças, constrangimento, humilhação, chantagens e outras ações que tendem a causar danos emocionais limitando e controlando suas ações (BRASIL, 2006).

Torna-se ímprobo a identificação desta forma de violência, visto que o dano não é físico ou material, mas sim, psicológico acometendo medo aos pensamentos da mulher, acarretando desta forma diversos malefícios, e, por vezes acaba não sendo denunciada levando assim, a vítima conviver com as marcas desta violência por toda sua vida.

Em seu artigo 7º a Lei no 11.340/06, versa sobre a violência patrimonial, esta, por sua vez é compreendida de modo que se caracterize: contenção, furto, devastação de partes ou do todo de seus pertences, ferramentas de trabalho, pecúnia e direitos para a satisfação de possíveis necessidades (BRASIL, 2006).

Neste sentido nota-se que, as violências de cunho psicológico, moral e patrimonial contra mulher são as formas menos divulgadas, sendo assim, muitas mulheres sofrem psicologicamente, moralmente e perdem seus bens por consequência de não buscarem ajuda forense, por falta de conhecimento da lei que as ampara e protege.

A lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha em seu art. 7º dispõe sobre as formas de Violência contra a mulher.

Art 7º - São formas de Violência doméstica e Familiar contra a mulher entre outras:

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

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

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

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

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

Diante às violências apresentadas e amparadas pela lei no 11.340/2006, há a expectativa de que se possa viver em um país onde as leis serão respeitadas e a justiça será feita. Dentre as violências destacadas no art. 7º da lei 11.340/06 há a necessidade de ser punido e denunciado qualquer que seja o ato de violência que seja manifestado contra a mulher. Porém como evidenciar provas de uma violência não física? Uma pergunta que poderia vir com respostas. Sabe-se que as mulheres sofrem violência psicológica que afetam sua dignidade, sua honra e sua alma.

Após realizar a denúncia, a vítima se vê sozinha, desprotegida e por vezes necessita retornar a conviver com seu opressor. Isso quando a mesma não denuncia, por acontecer diariamente, diversas vezes a mulher se “acostuma” com essas agressões e passam dia após dia, meses, anos e até uma vida inteira convivendo com as pessoas que deveriam proteger, mas, são os que agridem e violentam.

Destarte, mesmo com a realidade da lei vigente, as ações punitivas necessitam de maior eficiência para que se rompa essa cadeia e, desta forma a mulher possa escolher de livre arbítrio e com segurança ficar em um relacionamento, no qual não seja obrigada pelo medo ou pela circunstância.

#### **4.1 A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER**

Como foi observado na maioria dos trabalhos selecionados para este estudo, a violência psicológica ou emocional antecede junto com outras formas de violência. Suas principais características de ocorrência se apresentam em espécie de xingamentos, humilhações ou mesmo o desprezo. O agressor enceta com indícios de violência psicológica contra a mulher antes de partir para algum tipo de agressão física, para que a vítima se sinta acuada e sem forças para buscar ajuda e apoio. Muitas vezes as mulheres acometidas com este tipo de violência, sentem-se inferior, amedrontadas ou esmo acuadas diante do terror psicológico ao qual lhe é imposto, sendo até mesmo mais penoso do que se fossem agredidas fisicamente (CARNEIRO; FRAGA, 2012).

Segundo Guimarães e Pedroza (2015), a violência psicológica contra as mulheres acontece de maneira silenciosa às vistas da sociedade e da justiça, tornando-se crônica e por consequência, acaba comprometendo a saúde psicológica da vítima. Este tipo de violência não acontece em apenas um dia ou em dada circunstância, mas ao longo de muitos anos, martirizando a mulher com forte sofrimento psíquico seja por meio de xingamentos, ofensas, ou a possibilidade de trocar a mulher por outra mais jovem e bonita.

Já para Sardenberg e Tavares (2016) o agressor psicológico age com a intenção de acuar, amedrontar, coagir e denegrir a autoimagem que a mulher vitimada, tem ou faz de

si. Isto faz com que a vítima desenvolva um sentimento de inferioridade, baixa autoestima e insegurança.

De acordo com os estudos de Carneiro e Fraga (2012) as repercussões na vida da mulher vítima de violência psicológica, são apresentadas através do desenvolvimento de patologias de ordem psicossomática, onde em muitos casos estas venham a sofrer com depressão.

Em consonância com os dizeres de Fonseca; Ribeiro e Leal (2012) a depressão é considerada a doença de maior prevalência na população mundial atualmente. Esta é uma patologia silenciosa a qual é considerada a mais incapacitante, pois abala toda a saúde mental e psíquica da vítima, principalmente por a violência acontecer dentro dos lares destas mulheres, onde deveria haver apoio e proteção encontram opressão e ameaças. Para as autoras a violência psicológica implica diretamente na autoestima, que uma vez abalada, faz com que o pensamento seja adulterado comprometendo a formulação adequada da crença moral da vítima, ocasionando pensamentos depreciativos, afetando seu bem-estar e conseqüentemente na saúde psicológica desta.

Nos últimos anos, segundo Bandeira (2014) o Ministério da Saúde estabeleceu diversas políticas e normatizações que prevê ações preventivas à violência contra a mulher, bem como vem oferecendo tratamento aos prejuízos ocasionados pelos maus tratos sofridos pelas mulheres vítimas de violência doméstica. Tais ações decorreram dos altos índices registrados de violência acometida contra as mulheres, e suas conseqüências de cunho físico, psicológico e social, fatores que promovem o desenvolvimento de patologias no público feminino vitimado.

Além das ações proferidas pelo Ministério da Saúde, os legisladores brasileiros, no ano de 2021, foi publicada em 28 de julho, a Lei nº 14.188/2021 a qual define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, sendo esta uma inovação legislativa no enfrentamento à violência contra mulher. Além disso, de acordo com as prescrições estipuladas na referida Lei, prevê o aumento de pena contra os crimes que envolvem agressões físicas e, talvez a principal modificação está na elaboração da tipificação específica penal de violência psicológica contra a mulher, o que antes estava apenas citada na Lei Maria da Penha, agora está inserida no Código Penal como descrito do Artigo 147-B:

*[...] Artigo 147-B — Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do*



*direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação (BRASIL, 2021).*

De acordo com Rosa e Ramos (2021) segundo o tipo penal é compreendida como violência psicológica contra a mulher, qualquer prática que possa ocasionar em dano emocional, ofertando-lhe prejuízos e perturbações em seu desenvolvimento mental, capaz de destruir ou mesmo vir a controlar sua vida individual e social.

Nos estudos de Rosa e Ramos (2021) apresentam dados de uma pesquisa executada pelo “Mapa da Violência” onde apontam que foram registrados 45.485 atendimentos em unidades de saúde para mulheres que sofreram com este tipo de violência doméstica, porém dados de uma pesquisa tendo como fonte e bases domicílios, constatou-se que 1.164.159 mulheres sofreram com a violência psicológica, resultados relevantes que encontram-se acima dos demais tipos de violência.

Este tipo de violência contra as mulheres, era praticamente invisível perante a justiça, uma vez que poucas vítimas buscavam apoio ou mesmo denunciavam seus opressores, mas com a promulgação da nova Lei, a qual tipifica a violência psicológica acredita-se que esta seja mais divulgada e minimizada dentro dos lares.

Para Bandeira (2014) o crime da violência contra a mulher pode vir ou não a ser cumulado com a Lei nº 11.340/2006, já com a Lei específica este tipo de crime não contará com os benefícios penais onde a ação penal será direcionada ao juizado de violência doméstica, este enquadra-se como um avanço de ordem legislativa uma vez que procura adequar-se às Leis internas à Convenção que procura proscrever todo ato criminoso que venha discriminar ou causar danos à saúde psíquica das mulheres.

#### **4.2 A VIOLÊNCIA MORAL CONTRA A MULHER**

Em consonância com estudos de Gomes e Fernandes (2018) a violência moral apresenta-se como a de menor divulgação, portanto, a que vem a ser menos investigada. De acordo com o artigo 7º da Lei 11.340/06, a Lei Maria da Penha este tipo de violência é tipificada da seguinte maneira: “V - A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

De acordo com o Código Penal em seus artigos 138 a 140, violência moral é aquela que está intrinsecamente ligada aos crimes contra a honra, envolvendo calúnias, difamações e injúrias, que segundo Rosa e Ramos (2021) é pertinente que sejam diferenciados entre si. Onde caluniar alguém é o fato em que o opressor passa a atribuir-lhe falsamente crime, já difamar está ligado a conferir à vítima fato negativo que venha

prejudicar a reputação desta, e por fim injuriar é a ação em que o opressor atribui à vítima palavras de baixo calão, dando-lhe qualidades negativas ou mesmo profere xingamentos contra esta.

Para Guimarães e Pedroza (2015) a violência moral leva a vítima sofrer danos relacionados a sua honra perante terceiros considerando as características físicas, intelectuais ou mesmo morais, e em outros casos a vítima transfigura suas próprias opiniões a respeito de si sentindo-se oprimida, incapaz e muitas vezes culpada por algo que não fez ou não é.

Tal tipo de violência, de acordo com Ramos (2019) quando ocorre no âmbito familiar, ou dentro de uma relação afetiva é considerada como violência doméstica. A autora salienta ainda que tal conduta pode enquadrar-se em desacato à autoestima, bem como ao reconhecimento social da vítima, evidenciando ações que desqualifique, inferiorizem ou possa ridicularizar a padecente.

Perante ao exposto é possível compreender que a violência moral está intrinsecamente ligada a violência psicológica e é consumada com o objetivo de prejudicar a reputação, bem como a dignidade da mulher vitimada e, geralmente isso ocorre junto aqueles que conferem laços afetivos, e encontram-se no ceio familiar

#### **4.3 A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL CONTRA A MULHER**

A violência patrimonial contra a mulher encontra-se definida e especificada no Art. 7º, inciso IV, da Lei 11.430/2006, Lei Maria da Penha:

IV- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006).

As condutas elencadas na lei acima configuram a forma de violência contra o patrimônio da mulher, salvaguardando-lhe de não perder seu patrimônio, bens, valores e direitos.

Na atualidade a sociedade apresenta-se com resquícios de um patriarcado e desproporcionalmente minoritária quanto a questão de gênero. Notavelmente, o gênero feminino reputado como o mais fraco, visto que dentro de uma relação, a mulher, perante à visão da sociedade é secundária, contudo o homem é considerado o provedor e detentor de bens, de todo ou da maior parte do dinheiro, salário e benefícios que, enquanto casal, possam possuir. Assim, numa sociedade patriarcal, como a brasileira, o homem se sente é

condicionado a acaudilhar sempre e transparecer ser socialmente bem-sucedido. Ao passo que a mulher, considerada submissa é educada e subordinada a cuidar dos membros de sua família: cônjuge e filhos, bem como também cuidar da casa, e todos seus afazeres ela é instruída à obedecer (SAFFIOT, 2004).

Ante esta situação é perceptível que a própria sociedade condiciona a mulher subjugar-se a não demonstrar ambição ou desejos de crescimento, uma vez que não é considerada a provedora de bens e riquezas e quando é, deixa tudo nas mãos do homem que seria o administrador nato dos bens da família. Neste contexto a violência patrimonial acontece por conta que a própria sociedade acaba por condicionar a mulher a não lutar por seus direitos, acreditando não ser merecedora ou digna.

É corriqueiro que a violência patrimonial seja precedida por outras, principalmente acuações de ordem psicológica, quanto moral e por vezes até a violência física.

A despeito de todas as evidências quanto à violência contra mulher, não há como a justiça intervir, em razão de estar ligada diretamente ao ato de denunciar por parte da vítima, as quais, muitas vezes, não percebem que estão sendo vítimas de violência. Isto posto, pode-se afirmar que toda esta conjuntura torna este tipo de violência invisível aos olhos da Lei, em razão de não serem denunciadas. Acarretando na impunidade de muitos homens que se aproveitam das circunstâncias e continuam perpetrando violência contra o público feminino.

## **5 INVISIBILIDADE DA MULHER**

Mediante à compreensão de que os tipos de violências: psicológica, moral e patrimonial contra a mulher existem, é necessário apresentar a verdade de fatos que comprovem tais violências e engendrar meios para que a mulher vitimada seja ouvida.

Estas formas de violências, são possíveis de serem praticadas de maneiras branda tornando-o invisíveis perante à Lei. Muitas vezes iniciando a violência como se esta fosse forma de "carinho" ou mesmo demonstração de "ciúmes", onde primeiramente o homem afirma que a mulher não precisa trabalhar, pois lhe dará tudo para que ela possa cuidar dos filhos, da casa, ocultando suas verdadeiras intenções, tirando assim sua autonomia e meios de suprir seu próprio sustento. Ou ainda, pode ocorrer de outra forma: quando a mulher possui certa independência financeira, boa colocação funcional e bens, o homem passa a menosprezar as conquistas desta, perjurando suas conquistas, proferindo-lhe calúnias e passando a administrar seus bens, com o falso intuito de cuidar do patrimônio da família, dissolvendo assim o patrimônio que seria da mulher em patrimônio da família ou ainda os valores monetários são gastos no decorrer dos anos e o homem afirma que

foi investido em interesses familiares. Desta forma a mulher fica sem recursos para prover seu sustento, e ainda começa a se sentir incapaz. Destarte, torna-se ímprobo ser provado estes tipos de violências (BRASÍLIA, 2005)

Além do obscurantismo sobre considerar que tais atos constituem-se em ação criminosa, a Legislação brasileira corrobora fundamentos pelos quais fazem que estes tipos de violências sejam desconhecidas, conjecturadas dentro do Código Penal, em seus Artigos 181 e 182 que discorrem acerca dos privilégios tanto de cunho absoluto quanto relativos dos crimes contra o patrimônio, ou seja, são referentes aos casos de crimes patrimoniais entre cônjuges e pessoas ligada por parentesco (CABETTE, 2012).

Isto posto, pode-se afirmar que os artigos 181 e 182 da Constituição Federal, que regem das deliberações gerais em relação à tais crimes, livram de pena aquele que pratica esta forma de violência em prejuízo do consorte na permanência do casamento. Em outras palavras, enquanto houver o contrato da sociedade conjugal tais crimes não logram punições e não há nada que possa ser realizado, senão mediante à casos de extrema ameaças, violências físicas ou mesmo contra idosos acima de sessenta anos. Fora estas conjunturas, enquanto houver o casamento, a mulher estará vulnerável frente aos atos criminosos de seu companheiro.

Nos casos dos cônjuges na constância conjugal e dos adolescentes, a imunidade é absoluta. Já na conjuntura em que o cônjuge em fase de separação judicial, convive com tio, ou ainda, irmão ou sobrinho, a prerrogativa é circunstancial, para tanto a legislação prescreve que a ação penal dependa da representação do lesado (CABETTE, 2012).

Parte da doutrina acredita que os apanágios que há no convívio de consortes e parentes não caberiam a estas mais aplicabilidade, outros ainda acreditam que não tenha revogado tacitamente o dispositivo. Todos esses impasses dificultam a prova e a punição do cerceamento do patrimônio da mulher vitimada.

## **6 POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

A Lei n.º 11.340/06 Lei Maria da Penha versa em seu título III, estabelece ferramentas capazes de contribuir na coibição da violência doméstica bem como à familiar que ocorre às mulheres vítimas de violência.

[...] Art. 8º A política pública que pretende reprimir a violência doméstica e familiar aludida contra a mulher, acontece mediante a diversas ações da União, de maneira articulada com os Estados, o Distrito Federal e os municípios e ações não governamentais (Art. 8º, Caput).

A Lei nº 11.340/06 traz a integração de operações nas seguintes esferas: Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Assistência Social, Saúde, Educação, Trabalho e Habitação. A intenção desta articulação entre as diferentes esferas citadas possui como objetivo prevenir qualquer forma de violência que possa vir a ocorrer contra as mulheres por meios educativos, através de campanhas, bem como atendimento policial adequado em atender estes casos.

Art. 9º já prevê legalmente este tipo de articulação para a assistência à tutela da mulher em situação de violência doméstica e familiar (Art 9º, Caput).

Desta forma toda a assistência será prestada as mulheres, nas mais diferentes esferas sociais e de políticas de proteção.

O atendimento pela autoridade policial também é primordial nos casos de violência, tendo a mulher direito a este tipo de atendimento, sendo ainda passível de serviços periciais especializados, sendo preferencialmente atendida por profissionais do sexo feminino.

Caso haja a possibilidade de perigo hodierno alteroso à vida ou mesmo, à integridade física da mulher, o ofensor deverá ser afastado da residência.

A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres, foi instituída no ano de 2011, com a finalidade de determinar princípios, condutas e demandas que visem o prélio à violência contra as mulheres, de tal modo que haja assessoria e segurança legal, para as mulheres que encontram-se em situação de vulnerabilidade de acordo com as normas e instrumentos internacionais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

A violência patrimonial contra a mulher também é protegido pela Lei 11.340/06, onde em seu artigo 24 fala sobre essa proteção.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Tais medidas podem impossibilitar o agressor de consumir negócios jurídicos que tratem de objetos ou patrimônio do casal assim como os bens que sejam da mulher, os atos praticados contra decisão judicial estarão passíveis de invalidação por nulidade. Desta maneira os bens poderão ser protegidos até o fim do litígio.

## **7 CONCLUSÃO**

Com resquícios de uma sociedade patriarcal e em meio a lutas de minorias, a violência contra a mulher tem crescido em nossa sociedade. Em pleno ano 2021 verifica-se que a violência contra a mulher tem aumentado e, seu lar, o qual deveria ser o lugar que traz segurança e conforto, já não parece assim tão seguro. As mulheres têm perdido sua segurança, seus direitos, a saúde física e mental e por diversas vezes a própria vida.

No decorrer da Pandemia COVID-19, as formas de violências expressas contra a mulher cresceram, a sua própria casa já não tem sido o lugar mais seguro, nem seus familiares mais próximos as pessoas mais confiáveis.

A Lei nº 11.340/06 trouxe para as mulheres um mecanismo a mais para coibir os casos de ações violentas dentro do lar, acometidas contra a mulher da mesma forma que reforçou os direitos e proteções das mulheres perante a lei.

Sabe-se que as violências sofridas todos os dias pelas mulheres são as mais diversas, trazendo males ao corpo e a alma. Algumas dessas violências são quase invisíveis, pois não são fáceis de provar, também o silêncio das vítimas faz com que tais crimes passem impunes.

As violências psicológicas e moral acontecem silenciosamente e acarretam lutos internos ao longo da vida. Após serem desqualificadas, agredidas e humilhadas, as mulheres perdem a confiança em si e não acreditam ser capazes de seguir sem o seu agressor. É uma maneira que os agressores têm de prende-las a um relacionamento. Assim

também acontece na violência patrimonial que passa despercebida, inclusive nos litígios de família, quando as mulheres são desqualificadas e a maioria dos advogados não militam por sua causa

Diante a todas as formas de violência cometidas contra as mulheres, é preciso que as políticas públicas avancem e cheguem a raiz do problema. Acabando de vez com as prerrogativas de que o homem tem o poder e é o detentor de direitos. Dando também suporte a essas mulheres em todos os âmbitos de suas vidas, dando a elas voz com direitos reconhecidos nossa sociedade seja mais justa e que nenhuma mulher precise sofrer agressão alguma.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria; **Violência de Gênero: a construção de um campo teórico e de investigação**. Artigos do Dossiê. 29 Ago. 2014. Disponível em:  
< <https://www.scielo.br/j/se/a/QDj3qKFJdHLjPXmvFZGsrLq/?lang=pt> > Acesso em: 19 de julho de 2021.

BIANCHINI, Alice; BAZZO Mariana Seifert; CHAKIAN Silvia. **Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio**. 2ª ed. Ver, atual. Ampli. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. Disponível em:  
<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/1dd14990e176d709d027c75767452b30.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2021.

BORGES, Izabella. **Violência patrimonial contra a Mulher: uma crítica a imunidade penal do agressor**. 2020. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/escritos-mulher-critica-imunidade-penal-agressor-violencia-patrimonial>. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Secretaria de atenção à saúde. Departamento de ações pragmáticas e estratégicas. **Aspectos Jurídicos do atendimento as vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde**. Brasília:MS.2011

BRASIL. PLANALTO. **Lei 11.340/2006**. 2006. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. PLANALTO. **LEI Nº 14.188, DE 28 DE JULHO DE 2021**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm). Acesso em 08 de novembro de 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A Lei 11.340/06 e os artigos 181 e 182 do Código Penal**. 2012. Disponível em:

<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937210/a-lei-11340-06-e-os-artigos-181-e-182-do-codigo-penal>. Acesso em: 11 jul. 2021.

DELGADO, Mario Luíz. **A violência patrimonial contra a mulher nos litígios de Família**. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/09/violencia-patrimonial-contra-mulher-litigios-de-familia/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

DIAS, Maria . **A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11340/2006 de combate à violência doméstica**. 2.ed.SãoPaulo: RT,2010.p.117

FONSECA, Denire Holanda da, RIBEIRO, Cristiane Galvão e LEAL, Noêmia Soares Barbosa.: **Violência Doméstica Contra a Mulher: Relidades e representações sociais**. Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, Brasil. *Psicologia & Sociedade*; 24 (2), 307-314, 2012 307. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/psoc/a/bJqkynFqC6F8NTVz7BHNt9s/?format=pdf&lang=pt>  
Acesso em: 30 de outubro de 2021.

GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S.: **Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas**. 2015, vl.27, nº 2, 256p. Universidade de Brasília, Brasília/DF, Brasil. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/psoc/a/Dr7bvbkMvcYSTwdHDpdYhfn/?format=pdf&lang=pt>  
Acesso em: 28 de outubro de 2021.

MENDES, K. D. S.; SILVEIRA, R C. C. P.; GALVÃO, C. M. **Revisão Integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem**.

Florianópolis, 2008. vol. 17. n. 4. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-07072008000400018](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072008000400018)>.  
Acesso em: 29 de outubro de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (Brasil). MPSP (org.). **História da Lei Maria da Penha: Como surgiu a lei Maria da Penha**. 2021. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia\\_Domestica/Lei\\_Maria\\_da\\_Penha/vd-imp-mais/Historia\\_da\\_lei](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/Lei_Maria_da_Penha/vd-imp-mais/Historia_da_lei). Acesso em: 11 jul. 2021.

PAULO, Paula Paiva. **Uma em cada quatro mulheres foi vítima de algum tipo de violência na pandemia**. 2021. G1SP. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao->



paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml. Acesso em: 08 jul. 2021.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência Psicológica contra a Mulher: o dano psíquico como crime de lesão corporal**. 2 ed., Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **A criação do tipo de violência psicológica contra a mulher (LEI 14.188/21)**. São Paulo, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821>. Acesso em: 08 de outubro de 2021.

SAFIOTI, Heleutch Iara Bongiovane: **Gênero, patriardado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SARDENBERG, C.M.B., and TAVARES, M.S. comps. **Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento** [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, 335 p. Bahianas collection, vol. 19. ISBN 978-85-232-2016-7. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/q7h4k/pdf/sardenberg-9788523220167.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2021.

TELES, M.A.A; MELO, M.M. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.p.15

Violência Psicológica contra a mulher. TDJFT. 2019. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-2021produtos/direito-facil/edicao-semanal/violencia-psicologica-contra-a-mulher>. Acesso em: 06 jul.

## **EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA OS MENORES APRENDIZES DO CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA – CIEE DA CIDADE DE PALMAS/TO**

**GEYZA ALVES PASCOAL:**

Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Tocantins - Unicatólica.

**RESUMO:** Tendo em vista que a educação previdenciária é primordial para a promoção do desenvolvimento do ser humano e da sociedade, a presente pesquisa trata da importância da educação previdenciária para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE, na cidade de Palmas/TO, a fim de verificar de que forma são repassadas as informações básicas e necessárias no âmbito previdenciário. O estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, com ênfase na educação previdenciária e análise de sua importância. Diante disso, constatou-se que, dado a importância da proteção previdenciária, o tema é pouco discutido entre os menores aprendizes e, do mesmo modo, a educação previdenciária ainda é pouco explanada aos cidadãos brasileiros, de maneira que faz-se necessário a utilização de políticas públicas para maior cobertura de informações a respeito, principalmente, aos menores aprendizes, eis que estão em processo de desenvolvimento como pessoa, bem como, serão os futuros trabalhadores do país.

Palavras-chave: Educação. Educação previdenciária. Previdência Social. Menores aprendizes.

**ABSTRACT:** Considering that social security education is essential for the promotion of the development of the human being and society, this research deals with the importance of social security education for the smallest apprentices of the Company-School Integration Center - CIEE, in the city of Palmas / TO , in order to verify how the basic and necessary information in the social security scope is passed on. The study was carried out through bibliographic research, with emphasis on social security education and analysis of its importance. In view of this, it was found that, given the importance of social security protection, the topic is little discussed among minor apprentices and, in the same way, social security education is still poorly explained to Brazilian citizens, so that it is necessary to use of public policies for greater coverage of information regarding, mainly, the minor apprentices, since they are in the process of development as a person, as well as, they will be the future workers of the country.

Keywords: Education. Pension education. Social Security. Minor apprentices.

## **INTRODUÇÃO**

A educação é parte fundamental no desenvolvimento do ser humano. Em todas as áreas da vida ela é necessária. E, tratando de forma específica, a educação previdenciária faz-se essencial a todos os cidadãos, eis que traz amparo aos contribuintes em momentos de diversidades da vida.

Assim, por ser necessária, destaca-se sua importância àqueles que estão iniciando sua vida laboral/profissional, por meio de estágios ou ingressam no mercado de trabalho como menores aprendizes, de modo que estes serão parte dos futuros trabalhadores do país, sendo necessário estimular, o quanto antes, a compreensão e conscientização de seus direitos e deveres perante a Previdência Social, de modo a garantir direitos previstos em lei.

Diante disso, o presente trabalho de Conclusão de Curso em Direito II, trata da importância da educação previdenciária para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE da cidade de Palmas/TO.

O objetivo é abordar sobre a importância e necessidade do conhecimento atinentes à Previdência Social para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE da cidade de Palmas/TO, bem como conhecer os meios utilizados por este Centro de Integração a fim de repassar tais informações.

Com essa finalidade, o presente estudo foi dividido em dois capítulos, construídos com base em pesquisas bibliográficas, artigos científicos e dados coletados de sites oficiais, utilizados conforme o tema proposto desenvolvido.

O primeiro capítulo iniciou-se com a abordagem histórica da Seguridade Social no Brasil, explanando a respeito dos princípios constitucionais, bem como elucidando a respeito das áreas que a compõe, com enfoque na Previdência Social, desenvolvida em tópico específico, abordando seu surgimento no Brasil e demonstrando as alterações ocorridas na legislação no decorrer das décadas.

No segundo capítulo, será direcionado a respeito do direito à educação no Brasil, apresentando conceitos, bem como sua importância como direito fundamental e social, destacando a educação previdenciária como meio de desenvolvimento do cidadão e da sociedade, sendo que de modo específico será abordado sobre o Programa de Educação Previdenciária – PEP, seus objetivos e atuação.

Do mesmo modo, será exposto sobre inclusão e conhecimento previdenciário e, por fim sobre a educação previdenciária para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola- CIEE da cidade de Palmas.

Nesse sentido, pretende no presente estudo, demonstrar a importância da educação previdenciária para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE da cidade de Palmas/TO, como meio fundamental para a promoção do desenvolvimento e erradicação das desigualdades sociais, em razão de que, por meio do Programa de Aprendizagem, os menores aprendizes estão ingressando ao mercado de trabalho, sendo necessário, não somente repassar a eles a respeito do assunto, mas sim fazer com que conheçam e compreendam do assunto, de modo a incentivar uma “cultura previdenciária”, onde as pessoas contribuem e garantam seus direitos e isso somente ocorrerá por meio da educação previdenciária.

## **1. O ESTADO E A PROTEÇÃO SOCIAL**

A proteção social no Brasil se manifestou de diversas formas até chegar ao conceito de Seguridade Social hoje definido pela Constituição Federal de 1988, sendo que de alguma forma ela sempre se fez presente na vida do cidadão, independente da nomenclatura.

Ainda que a proteção social tenha sua definição caracterizada pela Seguridade Social, “é certo que desde os tempos mais remotos e em qualquer lugar do mundo, as civilizações sempre tiveram em mente a preocupação com a insegurança natural dos seres humanos” (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 59).

Em princípio, as primeiras formas de proteção social no Brasil, se manifestaram por meio de caridade, partindo para movimentos sociais, e, por conseguinte, tomando a forma de seguro social.

Para Fábio Zambitte Ibrahim, a proteção social surgiu por meio do núcleo familiar:

Pode-se afirmar que a proteção social nasceu, verdadeiramente, na família. A concepção da família já foi muito mais forte do que nos dias de hoje, e, no passado, as pessoas comumente vivam em largos aglomerados familiares. O cuidado aos mais idosos e incapacitados era incumbência dos mais jovens aptos para o trabalho. Contudo, nem todas as pessoas eram dotadas de tal proteção familiar e, mesmo quando esta existia, era frequentemente precária. Daí a necessidade de auxílio externo, com natureza eminentemente voluntária de terceiros, muito incentivada pela igreja, ainda que tardiamente (2014, p. 1).

Pelo fato da proteção social, reproduzida pelo núcleo familiar, não abranger a todos, a Igreja teve grande influência para a formação da proteção social, de modo que, com seu estímulo tal proteção foi criando forma.

Desse modo, “a seguridade social, como regime protetivo surgiu a partir da luta dos trabalhadores por melhores condições de vida, iniciando-se com a organização privada, sendo que, aos poucos, o Estado foi apropriando-se do sistema por meio de políticas intervencionistas” (KERTZMAN, 2015, p. 42).

Veja-se o que representa o surgimento da Seguridade Social:

A seguridade social surgiu como integrante de um programa de política social, configurando-se como um dos instrumentos para que o Estado cumpra seus fins nessa área, quais sejam a justiça e o bem-estar sociais (art. 193 da Constituição Federal). Revela-se como uma função essencial do Estado Democrático de Direito, estruturada e instrumentalizada como remédio para a cobertura de situações de necessidade. A finalidade principal das prestações de seguridade é a libertação do estado de necessidade social que acomete o ser humano em uma sociedade de massa, assolada pelas desigualdades advindas, principalmente, do conflito capital-trabalho (LEITÃO; MEIRINHO 2015, p. 33).

A Seguridade Social é caracterizada pela necessidade do cidadão a uma proteção que o amparasse nas situações mais diversas da vida e que muitas das vezes são imprevisíveis, devido às situações de vulnerabilidade que a vida humana impõe, sendo implementada essencialmente pelo Estado, porém com a colaboração de todos.

Em suma, a proteção social passou por diversos processos até vir a se tornar dever do Estado, sendo incentivada por grupos isolados que necessitavam dessa proteção. Inicialmente, manifestada pela caridade praticada pelas igrejas, e do mesmo modo, exercida fortemente pelos trabalhadores e por meio da iniciativa privada, com o fito de proteger sua classe trabalhadora, pelo que, atualmente, faz-se presente na vida dos cidadãos, sendo manifestada e executada pelo Estado por meio da saúde, previdência e assistência.

## **2. O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL**

O artigo 6º da Constituição Federal enumera os direitos sociais, disciplinados pela Ordem Social, que objetivam a redução das desigualdades sociais. Dentre eles está a seguridade social, regulamentada pela Lei no 8.212 de 24 de julho de 1991.

A seguridade social pode ser definida a partir do artigo 195 caput, da Constituição Federal de 1988, que preceitua:

Art. 195. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (BRASIL, 1988)

Fábio Zambitte Ibrahim conceitua a seguridade social como uma rede protetiva:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna (2015, p. 26).

A mencionada rede protetiva é composta pelas áreas da saúde, previdência e assistência, integrando a Seguridade Social, de modo que objetivam assegurar o básico para garantir uma vida digna, sendo manifestada por meio de situações diversas da vida, como exemplos doença, invalidez, desemprego e óbito, assegurando, assim, aos carentes, segurados e/ou dependentes meios de sobrevivência.

Sobre tal proteção, Renata S. Brandão Canella et al afirmam que o modelo brasileiro de Seguridade Social consagrado na Constituição Federal de 1988 é amplo.

Trata-se de um sistema de seguridade social, que atende às necessidades do cidadão nas áreas de saúde, assistência social e previdência social. Os três subsistemas podem ser assim resumidos: a) saúde para todos; b) assistência para quem dela necessitar; e, c) previdência para quem contribuir. O texto constitucional apenas menciona a obrigatoriedade de contribuição no acesso à previdência (art. 201, CF); a assistência social e a saúde só exigem do cidadão que ele comprove necessidade de tais serviços (2019, p. 90).

Cada área da Seguridade Social atua em necessidades diversas da vida do cidadão. Quando o indivíduo for segurado, será concretizada nos momentos de doença, invalidez, óbito e demais situações, sendo manifestada pela previdência. Por outro lado, quando o cidadão não for segurado pela previdência, no entanto, encontra-se em situação que põe em questão sua dignidade e sobrevivência e comprovando tal situação, a seguridade social será efetiva pela assistência e a saúde, na concessão de benefícios assistenciais ou ações promovidas pelo Sistema Único de Saúde.

O objetivo da Seguridade Social é amparar as pessoas em situações de necessidade, por meio das áreas que a integra, ou seja, saúde, previdência e assistência, eis que a

seguridade social é solidária e, além dos pilares, tem como base os princípios constitucionais que a regem.

Os princípios constitucionais da seguridade social dão forma ao sistema de proteção. Os princípios constitucionais são ideias matrizes orientadoras de todo o conjunto de normas e versam, basicamente, sobre a essência e estrutura da proteção social. São normas programáticas que devem orientar o poder legislativo, quando da elaboração das leis que tratam sobre o regime protetivo, assim como o executivo e o judiciário, na aplicação destas. Os dispositivos constitucionais são regras que o constituinte achou por bem inserir no texto constitucional para dar forma à seguridade social brasileira (IVAN KERTZMAN, 2015, p. 50).

Os princípios constitucionais norteiam o legislador quando da elaboração de normas atinentes ao sistema protetivo e, do mesmo modo, orientam o poder judiciário quanto à sua aplicação.

Assim, o principal fundamento da Seguridade Social é a solidariedade, eis que é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante contribuições e recursos orçamentários.

Desse modo, a Seguridade Social, conforme texto constitucional do artigo 194, é compreendida pelas áreas da saúde, previdência e assistência.

### **3. A PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA NORMATIZAÇÃO**

A Previdência é um direito social integrante da Seguridade Social, em conjunto com as áreas da saúde e a da assistência. É importante dispor que o termo “previdência social” foi utilizado pela primeira vez em uma Constituição Brasileira, segundo Lazzari et al (2018).

Em 1988, com a Constituição Federal, instituiu-se o conceito de Seguridade Social, compreendida pelas áreas da saúde, previdência e assistência. Com ênfase na previdência, este direito está previsto nos artigos 201 e 202 da CF, disciplina pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Com base no artigo 201, caput, da CF: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial..”

Diferentemente do direito à saúde e à assistência, o direito à previdência, tem caráter contributivo, ou seja, é necessário a efetivação de contribuições para a percepção dos benefícios. Desse modo, a previdência social é financiada mediante contribuição:

Dentre os três subsistemas da Seguridade Social, a previdência social é o único cuja proteção está condicionada ao pagamento de contribuição direta por parte do beneficiário. Isso não significa que a assistência social e a saúde não sejam financiadas por contribuições sociais. (LEITÃO; MEIRINHO, 2015, p. 49).

É requisito para o acesso ao direito à previdência, o pagamento de contribuições, que tornará o cidadão segurado da previdência social, sendo este, também, um dos requisitos que permitirá o acesso aos benefícios do citado sistema.

O artigo 1º da Lei nº 8.213/91, prevê a finalidade da previdência social e em quais situações o segurado poderá ter acesso aos benefícios:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. (BRASIL, 1991)

Dessa maneira, a previsão supracitada dispõe que mediante contribuição, nos termos da lei, o cidadão terá acesso ao direito à previdência, no entanto, além desse requisito pecuniário, é necessário cumprir com os requisitos específicos do benefício que se pretende requerer.

Cumprido dispor que, a previdência social passou por diversas alterações dos requisitos para a concessão dos benefícios, mediante Emendas Constitucionais, que causaram modificações na legislação previdenciária.

Para André Ramos Tavares as reformas da previdência têm uma pretensão:

As reformas geralmente são apresentadas com a pretensão de organizar e sanear a previdência, estruturando-a em termos mais racionais e mais "igualitários", que nem sempre correspondem à realidade. Para alcançar esse desiderato modificativo, realizam-se uma série de alterações que, para dizer o mínimo, chocam-se frontalmente com legítimas pretensões dos indivíduos e com pautas constitucionais valorativas (TAVARES, 2020, p. 934).



Em conclusão, o contexto histórico da Previdência Social é extenso, dado que ocorreram muitas mudanças no sistema previdenciário, que por sua vez são necessárias, no entanto é importante analisar com qual objetivo tais alterações estão sendo efetuadas.

#### **4. A EDUCAÇÃO COMO PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**

A educação está assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 6º, como um direito social. E, como direito social a educação é o pilar que sustenta a formação do homem para o convívio em sociedade e deve ser garantida a todos, sem restrição.

A educação é, também, garantida pela Constituição como um direito fundamental, sendo necessária e indispensável a todos os indivíduos, como meio de inclusão social e garantia de uma vida digna.

Neste sentido, a educação é um direito de todos e dever do Estado, e, mediante a educação, o cidadão conhece e exerce seus direitos, garantidos por lei, como o direito à Previdência Social, que por sua vez, também, é um direito social, previsto na Constituição Federal.

A educação é um meio de desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, de modo que deve ser prestada a todos, sem restrição, sendo, portanto, um direito social. Na percepção de José Manuel Moran (2013, p. 8), “a educação é um processo complexo, que depende de consciência e ação política e estratégia constante e continuada de todos os governantes e gestores”.

Considerando ser a educação um processo complexo, deve o Estado utilizar-se de meios estratégicos, com o fito de propiciar uma educação de qualidade que promoverá a formação necessária de cada indivíduo e da sociedade.

Sob a ótica de Celso de Mello apud Alexandre de Moraes, a educação é abrangente e tem como objetivo a formação e desenvolvimento necessário do educando.

O conceito de educação, conforme ensina Celso de Mello, “é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução”. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (2018, p. 1152).

A abrangência da educação estende-se ao pleno desenvolvimento do da pessoa humana, preparando-o para o convívio com a sociedade e da mesma forma para o trabalho, de modo a fortalecer sua dignidade.

Como garantia constitucional, “não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais” (TAVARES, 2020, p. 958).

A previsão da educação como direito constitucional, é dada pelo artigo 6º da Constituição Federal, sendo inserida no rol de direitos sociais e “dentre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1040).

Concernente à educação como direito de todos, esta deve alcançar toda a sociedade, sem restrição, “até porque a educação é um fenômeno social e universal, sendo uma atividade humana necessária à existência e funcionamento de todas as sociedades, que por sua vez auxiliam o cidadão no desenvolvimento de suas capacidades física, intelectual e espiritual”. (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 610).

Ou seja, a educação contempla todas as áreas para o desenvolvimento do indivíduo, sendo, portanto, uma atividade necessária à existência, eis que abrange os processos formativos que se desenvolvem em todos os aspectos da vida humana, devendo vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social, fazendo-se presente a todos e toda a forma (MESSA, 2018).

Assim, educação é um fenômeno social e universal, capaz de transformar toda uma sociedade, pois é um meio de evolução intelectual hábil para transpor a desigualdade e ofertar melhorias de condição de vida.

Em suma, o direito à educação é um direito previsto constitucionalmente como um direito social e fundamental, indispensável a todos os indivíduos e ao funcionamento de todas as sociedades, eis que promove o desenvolvimento do indivíduo para o convívio em sociedade, bem como capacita-o para o trabalho, portanto, todos devem ter acesso a esse direito, como meio de inclusão social e garantia de uma vida digna.

## **5. DA EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA OS MENORES APRENDIZES DO CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA – CIEE DA CIDADE DE PALMAS**

A Constituição Federal de 1988, consoante o artigo 227, dispõe como dever da família, da sociedade e do Estado a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Mediante o dispositivo legal, observa-se uma rede protetiva em todos os âmbitos da vida da criança, adolescente e do jovem, que devem ser executadas pela família, sociedade e Estado, sendo este um dever.

Com base no texto constitucional, foi instituída a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, assim:

Tendo como fundamento as diretrizes estabelecidas no texto constitucional e os regramento decorrentes do sistema internacional de proteção da infância e da juventude, o Estatuto veio a substituir toda a legislação anterior que disciplinava a tratativa dos menores, alterando os paradigmas até então vigentes, abandonando os critérios de intervenção apenas em situação de irregularidade (menores em situação irregular) por uma política de ampla proteção (proteção integral) (NEVES; LOYOLA; ROSA, 2019, p. 16).

Essa ampla rede de proteção abrange todos os campos da vida da criança e adolescente, que se estende ao jovem, devendo ser oferecidos meios para o seu pleno desenvolvimento “por isso, o Estatuto deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados para os fins sociais a que se dirige, com observância de que crianças e adolescente são pessoas em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial” (BARROS, 2015, p. 26).

O menor é inserido no mercado de trabalho, não na condição de funcionário, mas sim na condição de aprendiz:

Admite o Estatuto a figura do adolescente aprendiz, permitindo ao adolescente maior de quatorze anos de idade o ingresso no mercado de trabalho na condição não de funcionário, mas de aprendiz. Possibilita, assim, ao adolescente, a integração ao trabalho e o aprendizado de uma profissão, caracterizando-se meio sadio é

integral de desenvolvimento e inserção social. Na condição de aprendiz, é assegurado ao adolescente o recebimento de todas as garantias e benefícios previstos pela legislação trabalhista e previdenciária (NEVES; LOYOLA; ROSA, 2019, P. 122).

Assim, existe a possibilidade do ingresso do menor, a partir dos quatorze anos de idade, no mercado de trabalho na condição de aprendiz, objetivando seu desenvolvimento e profissionalização.

Dessa maneira, a concretização do trabalho mantido por menores na condição de aprendiz, se dá mediante o programa de aprendizagem.

O objetivo do programa de aprendizagem, além de cumprir com o contido no artigo 227 da CF/88, é promover meios para o desenvolvimento social e profissional do menor aprendiz, bem como sua inserção no mercado de trabalho de maneira protegida, valendo destacar que a proteção neste sentido é fiscalizada pelo Ministério Público do Trabalho.

A regulamentação do contrato de aprendizagem é dada Decreto nº 9.579, de 22 de novembro de 2018, bem como está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, nos artigos 428 a 433.

Assim, Ricardo Resende (2015, p. 263) afirma que “o contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, que mescla a prestação de serviços tradicional à aprendizagem profissional do trabalhador, a fim de lhe garantir qualificação e formação profissional metódica”, ou seja, tem-se a união da educação com o trabalho.

Ainda sobre o conceito do contrato de aprendizagem, Luciano Martinez (2015, p. 1.410) define como “um negócio jurídico de emprego de natureza especial tanto no âmbito substancial (por ter destinação exclusiva) quanto no domínio formal (por ter tempo determinado, forma escrita e sujeitos específicos)”.

Para a concretização da aprendizagem, o Decreto 5.452/1943 – Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) determina aos estabelecimentos a contratação de aprendizes, estipulando uma porcentagem mínima e máxima:

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (BRASIL, 1943)

Observa-se que, além de contratar, o empregador deve matricular o aprendiz nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem, com o fito de preencher uma das características do contrato especial de aprendizagem, que é a formação técnico-profissional.

É importante elucidar que a Lei de Aprendizagem estipula que tais entidades devem ter estrutura adequada para o desenvolvimento dos programas de aprendizagem.

A norma em exame não aceita um programa de aprendizagem qualquer, porque tal projeto deve ser desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica. Entre essas entidades, a lei (arts. 429 e 430 da CLT) indica os Serviços Nacionais de Aprendizagem (SENAI, SENAC, SENAR, SENAT e SESCOOP), as Escolas Técnicas de Educação, as entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, ou ainda as entidades de prática desportiva das diversas modalidades filiadas ao Sistema Nacional do Desporto e aos Sistemas de Desporto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essas entidades deverão contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados (MARTINEZ, 2020, p. 536).

Dessa maneira, a Lei de Aprendizagem buscar oferecer meios eficientes para garantir ao aprendiz uma formação e desenvolvimento de qualidade e protegida. A relação do aprendiz com uma dessas entidades "é condição essencial para a validade de sua contratação, uma vez que serão elas as responsáveis pela orientação das atividades teóricas e práticas que caracterizarão o processo de formação técnico-profissional" (MACHADO; ZAINAGHI, 2017, p. 300).

O CIEE atua por meio da aplicação de diversos programas direcionados aos jovens e adolescentes, de maneira a auxiliá-los na preparação e inserção para o mercado de trabalho. O CIEE contribui ativamente para o desenvolvimento do aluno durante o processo de aprendizagem por meio das atividades desenvolvidas.

Concernente à aprendizagem executada na cidade de Palmas/TO, dentre as diversas instituições e associações que atuam neste sentido, o CIEE é um dos agentes de integração

entre o menor aprendiz e o estabelecimento pelo qual é contratado, de forma que auxilia e avalia o seu desenvolvimento junto ao estabelecimento, como também aplicando cursos com conteúdo de aprendizagem.

No que diz respeito ao âmbito previdenciário, no CIEE Unidade Palmas/TO, tais informações se enquadram nos conteúdos de teórica básica, qual seja, noções de direitos trabalhistas e previdenciários, sendo que na prática, são repassadas tais informações por meio de conteúdos programáticos, porém nada de forma específica, eis que essas informações fazem parte da aprendizagem teórica básica, não havendo, portanto, algo específico no âmbito previdenciária.

Assim, tendo em vista que, os menores aprendizes são pessoas em processo de desenvolvimento, o contato com o CIEE possibilita a aplicação da educação previdenciária, elucidando que os menores aprendizes devem obter a educação necessária para se tornarem profissionais qualificados e cidadãos do bem, e nessa educação inclui a previdenciária (NEVES; LOYOLA; ROSA, 2019).

Na percepção de Adriane Bramante, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP, “o direito previdenciário é um direito fundamental social e precisa ser dado a ele a merecida atenção, sendo que é um tema que alcança cenários de discussões em todo o país” (online).

As informações na espera previdenciária têm sua relevância para o cidadão, uma vez que engloba benefícios que irá ampará-lo em situações como doença, incapacidade e velhice, sendo, portanto, essenciais à sua existência e, do mesmo modo, “há um consenso sobre a importância da seguridade social, que inclui a previdência social, para os indivíduos tanto quanto para a economia de um país e seu desenvolvimento” (LAZZARI; CASTRO, 2020).

Similarmente, a educação previdenciária é fundamentalmente necessária, considerando as diversas alterações ocorridas na legislação no decorrer das décadas.

Em se tratando de tema previdenciário e sua grande complexidade, observada em virtude das várias alterações e da quantidade de normas, acompanhar e operacionalizar os benefícios ofertados, torna-se um desafio para os cidadãos em geral e até mesmo para os profissionais que militam na área. Por isso, muitos dos segurados, que nem mesmo conhecem seus direitos, não o buscam, o que promove um enorme prejuízo social e econômico (MAGALHÃES, 2019).

Assim, a educação previdenciária torna-se indispensável, de maneira que o cidadão que conhece seus direitos tem mais possibilidades de exercê-lo, o que evita maiores prejuízos, tanto no âmbito social, quanto no econômico.

Nesse sentido, faz-se necessária a utilização de políticas públicas para expandir o conhecimento e compreensão a respeito de assuntos no âmbito previdenciário, por meio da educação previdenciária, principalmente, àqueles que estão em processo de desenvolvimento como pessoa, o que inclui os menores aprendizes, eis que serão os futuros trabalhadores do país.

E, no sentido de evitar futuros prejuízos sociais na vida do cidadão, faz-se necessária a educação previdenciária desde a adolescência.

É que a infância e a adolescência são os períodos de maiores transformações do ser humano, é o momento em que se forma seu caráter, se dá a educação básica, a alfabetização; é o período em que a saúde é mais frágil (notadamente a da criança). É dizer, esse período inicial da vida é o que permitirá a formação de um adulto saudável, educado e ético, a permitir a estruturação de uma sociedade mais justa e humana (BARROS, 2015, p. 28).

Assim, é importante a promoção da educação previdenciária do menor aprendiz junto ao CIEE, de maneira específica e constante, como forma de auxiliar na sua formação enquanto cidadão, contribuindo, assim, para a construção de uma sociedade.

Portanto, tendo em vista que os menores aprendizes são pessoas que estão em fase de desenvolvimento mental, intelectual, psicológico e físico e, do mesmo modo, levando em consideração que estes serão parte dos futuros trabalhadores do país, faz-se necessário a utilização de políticas públicas para a efetivação e promoção da educação previdenciária para aqueles que serão o futuro da nação.

## **CONCLUSÃO**

A educação previdenciária, como meio de desenvolvimento do indivíduo, é instrumento de aquisição de dignidade. Considerando as especificidades na formação profissional de um aprendiz, sobretudo em idade tenra, apropriar-se das informações relacionadas aos seus direitos previdenciários é de fundamental importância, já que se tratam de aprendizes, mas que exercem atividade laborativa. Neste contexto, destaca-se, como recorte, a educação previdenciária para os menores aprendizes do Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE na cidade de Palmas.

Os menores aprendizes são adolescentes a partir dos quatorze anos de idade, ou seja, ainda estão em formação como pessoa e, do mesmo modo, há um contato direto do adolescente/jovem para com o Centro de Integração por meio da Lei de Aprendizagem, o que facilita a aplicação da educação previdenciária.

São estipulados eixos temáticos pelo Ministério Público do Trabalho, por intermédio da Portaria MTE n. 723 de 23 de abril de 2012, para a aplicação da aprendizagem aos menores aprendizes e um dos assuntos que devem ser abordados são noções básicas de direito previdenciário.

No entanto, mesmo que haja essa normativa, há a estipulação de informações concernentes à Previdência Social de forma muito genérica, integrando a aprendizagem teórica básica, sendo, portanto, repassadas tais informações muito superficialmente, ao passo que os assuntos referentes à Previdência Social são complexos, ou seja, difíceis de ser compreendidos, ainda mais devido às inúmeras alterações ocorridas no decorrer das décadas. E, devido à sua complexidade, tais assuntos devem ser mais aprofundados, dado, também, à sua relevância.

Em razão de sua complexidade e importância, é indispensável que a efetiva educação previdenciária para os menores aprendizes, sejam aplicadas de forma aprofundada e não, somente, repassar as noções referente ao assunto, mas sim fazer com que os menores aprendizes compreendam de fato, pois somente assim haverá uma maior conscientização a respeito do assunto.

Dessa maneira, a educação previdenciária para os menores aprendizes do CIEE da cidade de Palmas se faz necessária diante da complexidade dos assuntos no âmbito previdenciário, bem como aos benefícios que essa educação pode transmitir, como instrumento de cidadania, como também auxílio no desenvolvimento do menor aprendiz como pessoa, dado que estão em processo de formação.

As vantagens da educação previdenciária vão muito além do que se possa imaginar, de forma que não fica somente no campo individual, ela permeia o campo social, eis que promove o desenvolvimento da sociedade, sendo necessário utilizar-se de meios eficazes para surtir efeitos, pois com a efetiva educação previdenciária o país terá adultos mais preparados e conscientizados.

Contudo, observa-se que os meios existentes para transmitir informações atinentes à Previdência Social são diminutos, a citar pelo Programa de Educação Previdenciária – PEP, que por mais que seja um que tenha um ótimo objetivo, ainda não é o suficiente para atender às necessidades dos brasileiros.



Não há uma educação previdenciária para os menores aprendizes da cidade de Palmas/TO, existe somente o repasse de informações a fim para que o menor aprendiz tenha noção a respeito do assunto. Porém, não basta somente essa “noção”, é imperioso uma verdadeira Educação Previdenciária, onde os cidadãos conheçam e compreendam de fato seus direitos e deveres perante o Estado, de modo que exerçam seus deveres como trabalhador e, se no momento de requerer seus direitos não for possível exercê-los por um possível equívoco do Estado, que possa pleiteá-los judicialmente, ressaltando que o cidadão que conhece de seus direitos, tem mais possibilidade de exercê-los e de cobrá-los.

## REFERENCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis**

**Trabalhistas**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL, Decreto n. 9.579, de 22 de novembro de 2018. **Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática do lactente, da criança e do adolescente e do aprendiz, e sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente e os programas federais da criança e do adolescente, e dá outras providências**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm#art126](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9579.htm#art126) Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm). Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10097.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10097.htm). Acesso em: 08 nov. 2021.

**CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA – CIEE.** O que é CIEE. Disponível em: <https://portal.ciee.org.br/institucional/o-que-e-o-ciee/>. Acesso em: 19 out. 2021.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário.** 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

LAZZARI, João Batista et al. **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Fábio Zambitte Ibrahim.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Greco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Costa (org); ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord). **CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 8. cd. - Barueri, SP: Manole, 2017.

MAGALHAES, Guilherme Fernandes; ALVES, Wederson Marcos. **Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária-PEP.** Revista do Direito Público 14.1 (2019): 10-25. Disponível em: [https://scholar.google.com/scholar?hl=ptBR&as\\_sdt=0%2C5&q=Cidadania+E+Pol%C3%ADticas+P%C3%ABlicas+No+Contexto+Do+Programa+De+Educa%C3%A7%C3%A3o+Previdenci%C3%A1ria+-+Pep&btnG=](https://scholar.google.com/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=Cidadania+E+Pol%C3%ADticas+P%C3%ABlicas+No+Contexto+Do+Programa+De+Educa%C3%A7%C3%A3o+Previdenci%C3%A1ria+-+Pep&btnG=). Acesso em: 10 nov. 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana.** 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

MORAN, José Manuel. **A educação que desejamos: novos desafios e como chegar lá.** 1. ed. São Paulo: Papyrus, 2013.

NEVES, Gustavo Bregalda; LOYOLA, Kheyder; ROSA, Emanuel. ECA: **Estatuto da criança e do adolescente: leis especiais comentadas para concuRsos.** 3. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

## **A FALTA DE TRANSPARÊNCIA NA PRÁTICA DO SCORE: UMA ANÁLISE À LUZ DO CDC E DA CR/88**

**DEUZELIA NAZARETH ALVES:**

Acadêmica em direito. Faculdade de Saúde e Ecologia Humana.

PAULO ROBERTO ALVES DE ALMEIDA

(coautor)

**Resumo:** O Score é uma pontuação de crédito calculado com base em relatórios financeiros e que mede fatores como o quão bem uma pessoa lidou com suas finanças e dívidas no passado, ajudando os credores a “preverem” se o indivíduo será um bom pagador. Para obter essa pontuação, são recolhidas e armazenadas informações dos consumidores, tornando necessário analisar essa prática à luz das legislações vigentes, uma vez que a maneira o Score é realizado pode acabar violando a transparência e a clareza de informações previstas no CDC. Desse modo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica tendo como objetivo principal analisar como é a prática do Score, a fim de abordar se pode haver configurações que a caracterizam como um ato ilícito, devido aos transtornos causados. Por sua vez, a hipótese estabelecida é a de que a prática do Score sem a devida transparência de informações ao consumidor, se mostra como prática ilícita, conforme a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

**Palavras- Chave:** Score. Garantias do Consumidor. Princípio da Transparência.

**Abstract:** The Score is a credit score calculated from financial reports that measures factors such as how well a person has handled their finances and debt in the past, helping creditors to “predict” whether the individual will be a good payer. In order to obtain this score, information from consumers is collected and stored, making it necessary to analyze this practice in the light of current legislation, since the way the Score is performed may end up violating the transparency and clarity of information provided for in the CDC. In this way, a bibliographic research was carried out with the main objective of analyzing how the practice of Score is, in order to address whether there may be configurations that characterize it as an illicit act, due to the inconvenience caused. In turn, the established hypothesis is that the practice of Score without due transparency of information to the consumer, is shown to be an illegal practice, according to Law No. 13,709, of August 14, 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

**Keywords:** Score. Consumer Warranties. Principle of Transparency.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante dos novos paradigmas propostos pela Constituição Federal de 1988 (CR/88), no seu rol de princípios constitucionais estão contidos os princípios fundamentais, à saber: dignidade da pessoa humana e a preservação da imagem, da honra e moral, conforme exposto nos artigos 1º ao 4º da CR/88. Esses princípios, além de serem aplicados ao longo do tempo, também têm sido observados na iniciativa privada, uma vez que a CR/88 traz em seu bojo normas, artigos que balizam as condutas de gestores, de atividades empresariais e de interesse social primordiais no âmbito corporativo.

Tendo não só o princípio da publicidade, mas também outras normas que permeiam a Constituição da República, inclusive penais, quando se trata das informações de caráter privado e particular do cidadão, bem como da proteção aos direitos fundamentais de primeira geração, o presente estudo tem como foco a prática de instituições financeiras à restrição de crédito dos consumidores através do sistema denominado Score, criado pela Serasa Experian e que atribui uma pontuação com variações entre 0 (Zero) e 1000 (mil) como um parâmetro de medidas para concessões de créditos. Para tal, são recolhidas e armazenadas informações dos consumidores, seja para negar, reduzir ou ampliar linhas de créditos.

Considerando-se a necessidade de se analisar essa prática à luz das legislações vigentes, para compreender o fenômeno bem como definir os benefícios e/ou malefícios ao cidadão e a economia, buscou-se responder à seguinte questão norteadora: A forma como os fornecedores de serviços e produtos diversos, especialmente as instituições financeiras, estão praticando o Score, sem que os consumidores tenham acesso às informações a seu respeito, principalmente as creditícias, pode estar violando a transparência e a clareza de informações previstas no CDC e atingindo o direito fundamental atrelado à liberdade de escolha, à autonomia privada, a privacidade, intimidade, honra e imagem e, dessa forma, aos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania?

Para responder à esse questionamento, o objetivo geral dessa pesquisa foi analisar como é a prática do Score, a fim de abordar se pode haver configurações que a caracterizam como um ato ilícito, devido aos transtornos causados; enquanto os objetivos específicos incluíram: conceituar Score, apresentando suas particularidades; abordar as garantias do consumidor, destacando o princípio da transparência e da publicidade, bem como os direitos do consumidor por equiparação; e identificar a (in) compatibilidade do Score com o ordenamento jurídico brasileiro.

A hipótese estabelecida é a de que a prática do Score sem a devida transparência de informações ao consumidor, se mostra como prática ilícita, conforme a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), uma vez que essa expressa que somente o titular, (pessoa a quem se referem os dados) pode, quando devidamente questionado/solicitado, permitir que suas informações pessoais sejam utilizadas por uma instituição.

A justificativa para trazer para o centro das discussões a prática do Score e mostrar como ele pode vir a impactar diretamente a maneira como indivíduos e empresas estão se relacionando, podem ser passos decisivos para que a lógica do sistema seja revista. Prova disso é que, se por um lado, o Score se mostra uma ferramenta imprescindível para “segurança” daqueles que dependem de tais informações para disponibilizar créditos para seus clientes, por outro lado, negar a importância das questões relacionadas à falta de transparência pode significar uma aceleração do esgotamento dos recursos e agravar as situações que podem comprometer a própria sobrevivência dos grupos sociais.

Dessa forma, como a produção deste estudo tem a intenção de apropriar-se da realidade para melhor analisá-la e, posteriormente, produzir transformações, a discussão sobre os impactos da prática do Score, em relação à inconstitucionalidade no que tange a Constituição da República e o Código de Defesa do Consumidor, além do aspecto prático e muito relevante, mostra-se de suma importância para o meio acadêmico daqueles que estão concluindo o curso de Bacharel em Direito.

Metodologicamente, a pesquisa foi de cunho qualitativo, sendo desenvolvida por meio da revisão de literatura, buscando traçar, expor e conceituar as questões relacionadas ao tema de forma incisiva, para que se entenda o que isso implica nos métodos convenientes e coerentes. Os elementos utilizados para tal, de fonte primária, foram pesquisas e legislações; e de fontes secundárias foram artigos científicos, doutrinas especializadas e jurisprudências que versam sobre o tema; com norteamento através dos princípios da pesquisa bibliográfica para total domínio do assunto.

## **2 O SCORE E SUAS FUNCIONALIDADES**

A maioria das operações financeiras, segundo Alves (2008), envolvem a avaliação do pedido, que é um processo complexo, envolvendo a avaliação de diversos parâmetros do cliente: a estabilidade de renda do cliente, a capacidade de arcar com determinada parcela mensal e a historicidade (presença de quaisquer relatórios negativos de outras Instituições Financeiras). A cada parâmetro é atribuída uma pontuação denominada Score; e o mais comum é o Score da Serasa, que reflete o comportamento financeiro da pessoa. Essa pontuação facilita o acesso ao crédito em serviços como: empréstimos, financiamentos, compras parceladas, assinatura de Serviços, cartões de Crédito, dentre outros.

## 2.1 Conceito e funcionamento do Score

De acordo com o site do Serasa (2018) o Score é resultado de uma avançada tecnologia em modelagem de dados, com o objetivo de auxiliar a demanda da concedente na análise do risco na decisão de concessão ou não de crédito e/ou de realização ou não de negócios. Os principais elementos utilizados na composição levam em conta informações individuais, financeiras, patrimoniais, de cadastro e de idoneidade que possam influir nos compromissos financeiros e outras circunstâncias relacionadas ao consumidor, sendo baseado em modelos estatísticos de pontuação de crédito.

Por sua vez, Cortazio (2019) afirma que o Score ou Credit scoring é um sistema automatizado adotado por bancos e intermediários financeiros para avaliar solicitações de crédito de clientes (geralmente para concessão de crédito ao consumidor). Baseia-se em sistemas automatizados que preveem a aplicação de métodos ou modelos estatísticos de avaliação do risco de crédito, cujos resultados são expressos sob a forma de julgamentos sintéticos, indicadores numéricos ou pontuações, associados ao interessado, visando fornecer uma representação, em termos preditivos ou probabilísticos, de seu perfil de risco, confiabilidade ou pontualidade nos pagamentos.

Na concepção de Pinto (2014) o Score é uma pontuação calculada através do exame de todos os dados, tanto pessoais quanto relacionados ao passado financeiro do solicitante. Dessa forma, as instituições bancárias e financeiras decidem se um sujeito é confiável, portanto apto a pagar as parcelas do empréstimo obtido e, conseqüentemente, decide se aceita ou rejeita o pedido de empréstimo apresentado. Credit scoring é um procedimento que é realizado no momento da investigação, ou melhor, quando bancos e financeiras aceitam o pedido de empréstimo, empréstimo ou hipoteca apresentado pelo cliente. A pontuação de crédito é equivalente ao percentual de risco associado ao financiamento de um assunto específico.

Enfim, para Albrecht e Savio (2015) o modelo Score compreende diversas informações e cada uma delas direcionando para um determinado perfil de histórico de crédito, fornecendo uma pontuação que representa a probabilidade de um indivíduo se tornar inadimplente no mercado em um período de 12 meses, tendo em vista a adoção deste mecanismo obscuro (Concentre Scoring), cuja sua utilização tem como filtro um banco de dados.

## 2.2 Regulamentação do Score

As regulamentações que abordam o Score abarcam questões relacionadas a sigilo e confidencialidade, por constituírem segredo empresarial, conforme descreve o artigo 5º, IV da Lei 12.414/11 (BRASIL, 2011), onde se destaca que a disciplina, formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito, mas buscando resguardar o segredo empresarial.

Várias empresas e escritórios privados coletam dados sobre o histórico de pagamentos ou a credibilidade de uma pessoa e os refletem nas agências de crédito. No Brasil, as agências de crédito mais utilizadas antes da concessão do crédito são a do SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), que é uma companhia de tecnologia que tem vínculo com a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), e do Serasa, que é uma empresa de análises e informações para decisões de crédito que reúne dados que são enviados por financeiras e bancos. Existem outros portais onde são armazenadas as informações sobre a capacidade creditícia de indivíduos, mas os dois primeiros são os mais relevantes e significativos do mercado.

Na visão de Albrecht e Savio (2015) o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o sistema scoring de crédito é totalmente legal, mas que o mesmo é cabível de indenizações por danos morais caso haja o fornecimento de dados falsos ou a recusa comprovada de crédito em decorrência de uma baixa pontuação.

### **3 GARANTIAS DO CONSUMIDOR**

Dias (2015) informa que todo ser humano possui direitos essenciais e que esses direitos são inerentes à vida, pois têm como foco garantir a liberdade, o valor, a igualdade, a dignidade, a segurança e a natureza da condição humana. Todos esses direitos são chamados de direitos humanos ou direitos fundamentais e sua efetivação “depende” do ordenamento jurídico-constitucional, uma vez que “[...] os direitos fundamentais do ser humano são direitos constitucionalizados sob técnica especial de reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos [...]” (DIAS, 2015, p.86).

Por sua vez, Cruz e Gomes (2009, p. 63) mencionam que

[...] o processo constitucional é indispensável à garantia dos direitos fundamentais e como o respeito destes é necessário à efetividade do próprio processo constitucional. Em outras palavras: não é possível pensar em direitos fundamentais sem que haja um modelo constitucionalmente adequado e efetivo de processo constitucional, e, sem este, não há como garantir os direitos fundamentais.



Nesse sentido, vale aqui ressaltar que o prestígio dado aos direitos fundamentais nos textos constitucionais e nos ordenamentos jurídicos levou a construção do Estado de Direitos Fundamentais e do Estado de Direito Democrático, porém a função jurisdicional do Estado depende não só de mudanças drásticas na formação e na mentalidade dos “[...] operadores, técnicos ou práticos do direito – juízes, advogados públicos e privados, defensores públicos, membros do Ministério Público” (DIAS, 2015, p.95), como também de uma metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais, que pode ser executada por meio do Direito e do processo, que é “[...] o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos [...]” (DIAS, 2015, p.112).

Com base nisso, entende-se que os direitos fundamentais são “[...] elementos imprescindíveis para a construção de ordens legítimas, porquanto sem o seu respeito a ideia de um Estado Democrático passa a ser mera quimera ou discurso vazio de justificação de ordens totalitárias” (CRUZ e GOMES, 2009, p.70). Assim, uma das características dos direitos fundamentais é o fato de dependerem do momento de sua aplicação, uma vez que o direito à liberdade de expressão, por exemplo, mesmo sendo um direito fundamental, enfrenta limites, apesar de ser essencial para a democracia.

Embasado nessa explicação, nota-se que os direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade; sendo que estes levam aos direitos humanos, que se destinam a preservação da dignidade da pessoa humana consagrados no âmbito internacional, sendo que o Estado tem a necessidade de promover e garantir condições suficientes para a aplicação dos direitos humanos.

Isso significa que enquanto os direitos humanos são direitos relacionados diretamente ao indivíduo, em decorrência de sua condição humana e em consonância com a lei natural; os direitos fundamentais do homem são um conjunto de prerrogativas fundamentalmente importantes e iguais para todos os seres humanos, cujo principal objetivo é assegurar uma convivência social livre e condizente com a dignidade humana. Com isso, Doneda (2006) destaca que os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos podem ser fundidos na expressão “direitos humanos fundamentais”, que referem-se a garantia da não intervenção do Estado nas questões individuais, positivadas na constituição do Estado com o objetivo de proteger e resguardar os direitos da pessoa humana, tanto a nível constitucional, infraconstitucional, ou por tratados e convenções Internacionais.

Porém, Gomes (2022) discorda dessa afirmativa ao descrever que apesar dos direitos fundamentais serem sempre direitos humanos, não se pode dizer o inverso, pois

os direitos humanos são inatos aos indivíduos e presentes nas declarações de âmbito internacional, enquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados por uma Constituição e reconhecidos como tal em âmbito nacional. Por esse motivo, a proteção dos grupos minoritários acontece através das chamadas garantias constitucionais, que podem ser compreendidas como formas de assegurar que o texto constitucional seja universalmente aplicado por meio das garantias individuais, que são aquelas que atuam como um escudo contra os desvios de poder do Estado, concretizando os direitos individuais e dando a estes direitos a sanção vinda da lei constitucional (ao assegurar o direito declarado).

Pensando nisso, os princípios constitucionais, com destaque para os princípios fundamentais, que são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, podem ser considerados como os pilares de todo o ordenamento jurídico, pois são eles que orientam que as ações e decisões aconteçam em conformidade com as normas jurídicas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que estabelece, entre outras coisas:

- a) a proteção à saúde;
- b) a segurança e qualidade dos produtos e serviços;
- c) a informação adequada e publicidade correta, ou seja, o exercício de práticas comerciais de acordo com os princípios da boa-fé, equidade e lealdade;
- d) a educação do consumidor;
- e) a correção, transparência e equidade nas relações contratuais;
- f) a promoção e desenvolvimento de associações livres, voluntárias e democráticas entre consumidores e usuários;
- g) e a prestação de serviços de acordo com padrões de qualidade e eficiência.

O CDC pode ser considerado uma lei embasada nos princípios constitucionais, pois estabelece que os fornecedores de serviços e produtos são compelidos a entregar ao consumidor o que ele deseja, estando os mesmos em conformidade com o que for acordado no contrato de fornecimento. Ele reforçou as proteções em favor do consumidor estabelecidas na CF/88, impondo obrigações precisas à pessoa jurídica e ampliando o escopo de aplicação e duração da garantia legal e dos termos de fornecimento e do uso de dados do cliente. Assim, o CDC - Lei 8.078/1990, em seus artigos 18 a 20 responsabiliza o fornecedor pelos produtos e serviços quando ocorrer alguma lesão e violação nas relações de consumo.

Com a Lei de Defesa do Consumidor, surgiram os primeiros SACs (Serviços de Atendimento ao Consumidor) e o call center tornou-se uma necessidade, pois as empresas precisavam atender as exigências legais e às reclamações dos clientes, evitando conflitos com o Procon (Fundação de Proteção ao Consumidor), especialmente no que concerne aos princípios da transparência, da publicidade e aos direitos do consumidor por equiparação.

### **3.1 Princípios da Transparência e da Publicidade**

Gabrigh (2007) informa que o CDC determina em seus artigos que as relações de consumo devem primar pelo princípio da transparência, buscando harmonizar e reorganizar a regulamentação relativa aos processos de compra e consumo, de forma a assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores e utilizadores. Por meio da transparência, os direitos e interesses individuais e coletivos dos consumidores e utilizadores são reconhecidos e garantidos, a sua proteção é promovida a nível nacional e local, também de forma coletiva e associativa, e são favorecidas as iniciativas que visem a prossecução desses fins, também através da regulação das relações entre as associações de consumidores e utentes e as intuições.

O princípio da transparência ante as questões do CDC, no entendimento de Covizzi (2000) tem como foco promover um mercado justo, acessível e sustentável para produtos e serviços de consumo; estabelecer normas e padrões nacionais para garantir a proteção do consumidor; prever padrões aprimorados de informação ao consumidor, para proibir certas práticas comerciais e de marketing desleais; promover o comportamento responsável das instituições; e assegurar um quadro legislativo e de fiscalização consistente, relacionado com transações e acordos de consumo.

Nesse sentido, entende-se que o princípio da transparência impõe às partes o dever de lealdade recíproca antes, durante e depois da negociação, tendo embasamento tanto no Inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que estabelece o Princípio da dignidade da pessoa humana quanto no direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, afiançado pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 21 pelo Código Civil - Lei 10406/02.

Por sua vez, o princípio da publicidade é descrito por Gabrigh (2007) como um princípios cujo intento é despontar a necessidade das instituições públicas ou privadas apresentarem o máximo de transparência imaginável, a fim de que a as pessoas adquiram o conhecimento de suas atuações e decisões, como descrito no artigo 37 da Constituição Federal "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Isso significa que o princípio da publicidade possui aplicabilidade em todos os Poderes e níveis, levando em consideração que os atos praticados não devem ser sigilosos. Contudo, há algumas exceções legalmente estabelecidas ao Princípio da Publicidade, inclusive na Constituição Federal de 1988, quando esta alega no artigo 5º:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado.

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

b) “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

LXXII - conceder-se-á “habeas data”:

a) “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

b) “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativa” (BRASIL, 1988).

Baseado nisso, o que se percebe é que o princípio da publicidade vem do dever de divulgação oficial dos atos administrativos, dando conhecimento do ato administrativo ao público em geral e assegurando a transparência para o controle social dos atos administrativos, mas sem se confundir com a regra que impõe a publicidade oficial. Entretanto, esse dever pode deixar de ser cumprido quando houver algum risco a vida privada ou à segurança da sociedade e do Estado.

Desse modo, entender-se que os princípios constitucionais restringem o poder punitivo do Estado, e que o conjunto dos direitos fundamentais, princípios, garantias e regras disciplinam a proteção e a efetivação de todos os direitos ou interesses humanos, inclusive no âmbito penal. Logo, questões como a divulgação de dados pessoais devem ser analisadas com base na Constituição Federal vigente, visando proteger o indivíduo, respeitando as regras, os princípios constitucionais e as garantias; e vetando abusos e violações aos direitos.

### **3.2 Os direitos do consumidor por equiparação**

O primeiro direito fundamental do consumidor, estabelecido pelo CDC é o direito à igualdade, que é, naturalmente, um objetivo consagrado na Constituição. De acordo com o CDC, certas formas de discriminação são proibidas, ou seja, um fornecedor não pode, entre outros, excluir injustamente pessoas do acesso a quaisquer bens. Também não é permitido fornecer mercadorias/serviços de qualidade diferente, ou com preços desiguais, a determinadas pessoas de forma discriminatória. É claro que, igualmente, não é permitido excluir uma determinada comunidade do fornecimento de bens com base em uma discriminação injusta.

Alves (2008) estabelece que um fornecedor não deve discriminar ao avaliar a capacidade de uma pessoa de pagar o custo de uma transação proposta, ao propor os termos e condições do contrato, ao buscar julgamento em respeito de um acordo, ou decidir relatar qualquer informação pessoal de uma pessoa; mas enumera alguns motivos pelos quais uma diferenciação pode ser justificada.

Assim, para que um fornecedor se recuse a fornecer determinados bens ou serviços, é preciso existir determinadas circunstâncias, sendo importante lembrar que não é uma violação do CDC que um fornecedor comercialize quaisquer bens de uma maneira que implique uma preferência por um determinado grupo de consumidores que se diferencie da população em geral com base em um motivo de discriminação estabelecido na Constituição, se os bens específicos forem razoavelmente destinados a satisfazer quaisquer necessidades específicas que sejam comuns ou características exclusivas desse grupo específico de consumidores.

No geral, Alves (2008) menciona que é preciso avaliar a razoabilidade de qualquer conduta e determina que qualquer conduta não razoavelmente justificada constitui discriminação injusta dentro da Constituição ou da CDC. É claro que a imparcialidade dependeria das circunstâncias de uma transação específica e, em particular, de sua natureza. Contudo, é possível instaurar processos perante um tribunal de igualdade; ou

apresentar queixa junto do Procon, que deve remeter a reclamação para o tribunal de direitos do consumidor por equiparação, se a reclamação parecer procedente, envolvendo direitos fundamentais do consumidor como o direito à privacidade, direito de escolha, direito à divulgação e informação, direito ao marketing justo e responsável, direito a negociação justa e honesta, etc.

#### **4 A INCOMPATIBILIDADE DO SCORE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A pontuação de crédito por meio do Score é vista por Pinto (2014) como uma ferramenta de imenso potencial para ajudar no crescimento econômico da economia mundial, pois tem como intuito melhorar: a inclusão financeira; o acesso a crédito para pessoas físicas e micro, pequenas e médias empreendimentos; e eficiência. Seu uso e a variedade na pontuação aumentou significativamente nos últimos anos devido ao melhor acesso a uma maior variedade de dados, maior poder de coleta de informações, maior demanda por melhorias na eficiência e crescimento econômico.

Além disso, a aplicação do Score evoluiu a partir da tomada de decisão tradicional de aceitar ou rejeitar um pedido de crédito para inclusão de outras facetas do processo de crédito, como o preço dos serviços financeiros para refletir o perfil de risco do consumidor ou empresa e o estabelecimento de limites de crédito. Portanto, o Score também é usado para determinar os níveis mínimos de regulamentação e capital econômico, suporte ao relacionamento com o cliente, gestão de riscos e, em certos países, fazer ofertas a potenciais consumidores e empresas.

De modo geral, Padua (2016) alega que os métodos usados no Score aumentaram em sofisticação nos últimos anos. Eles ultrapassaram as técnicas estatísticas tradicionais e passaram a envolver métodos inovadores, como inteligência artificial, incluindo algoritmos de aprendizado de máquina. Em alguns casos, a adoção de soluções inovadoras e técnicas também ampliou a gama de dados que podem ser considerados relevantes para pontuação de crédito, modelos e decisões. Com isso, as oportunidades de usar métodos inovadores para o Score incluem maior inclusão financeira e acesso ao crédito, melhoria na precisão dos modelos subjacentes, ganhos de eficiência na automatização de processos e, potencialmente, uma melhor experiência do cliente.

Contudo, o uso de métodos inovadores no Score também levanta preocupações sobre privacidade de dados, justiça e potencial de discriminação contra minorias, interpretabilidade dos modelos e potencial para consequências não intencionais, uma vez que, na opinião de Bezerra (2014) os modelos desenvolvidos na coleta dos dados podem abranger e perpetuar o preconceito. Dito isso, há também riscos para consumidores e empresas do Score dificultar melhorias na inclusão financeira de um público que pode vir a ser fidelizado e preocupações sobre a eficácia dos métodos e tecnologias utilizados na

coleta de informações. Essas preocupações aplicam-se especialmente em mercados com fraco ou sem supervisão regulatória adequada dos prestadores de serviços de crédito.

Para complicar ainda mais a situação, no que tange à Lei 12.414/11 (BRASIL, 2011), entende-se que o Score vai contra os artigos 43 e 44, do CDC sobre cadastros de consumidores, principalmente quanto ao que é pertinente em relação aos bancos de dados e cadastros relativos aos consumidores, e sobre os serviços de proteção ao crédito; violando a intimidade/dignidade dos consumidores. O artigo 72 do CDC também é ferido quando o Score dificulta o acesso às informações de interesse dos consumidores, bem como o artigo 73 do CDC, que fala que os erros de avaliação podem causar prejuízos irreparáveis aos consumidores.

Há de mencionar também o artigo 170, inc. V da CR/88 que direciona que a Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho humano e que tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social e destaca-se a defesa do consumidor. Neste sentido, cabe explicar os apontamentos realizados pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, uma vez que, ao expor sua posição, o ministro relator disse que após a afetação do primeiro recurso especial como representativo de controvérsia (**REsp 1.419.697**), passou a receber os advogados e constatou que havia uma grande movimentação sobre o tema, novo no cenário jurídico.

O sistema *scoring* – pontuação usada por empresas para decidir sobre a concessão de crédito a clientes – foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) como um método legal de avaliação de risco, **desde que tratado com transparência e boa-fé na relação com os consumidores**. Seguindo o voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Segunda Seção definiu que a simples existência de nota desfavorável ao consumidor não dá margem a indenização por dano moral. No entanto, havendo utilização de informações sensíveis e excessivas, ou no caso de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados, é cabível a indenização ao consumidor [...]. Por todas as características expostas, o ministro Sanseverino entende que o sistema *scoring* não representa em si uma ilegalidade. Ele destacou, no entanto, que o consumidor tem o direito de conhecer os dados que embasaram sua pontuação. “O método é lícito, mas deve respeito à privacidade e à transparência. Além disso, devem ser respeitadas as limitações temporais, de cinco anos para o cadastro negativo e de 15 anos para o histórico de crédito”, afirmou (BRASIL, 2013).

Analisando a afirmativa apresentada, subentende-se que as empresas usuárias do Score devem ser capazes de explicar tanto aos consumidores as decisões tomadas com base na pontuação de crédito quanto aos órgãos reguladores a forma como o Score foi incorporado em seus processos decisórios e a lógica envolvida em seu funcionamento. Os dados utilizados e as decisões tomadas com base no Score também devem operar em igualdade de oportunidades ou embasadas em leis antidiscriminação (por exemplo, não usar características consideradas protegidas, como raça e religião).

Também há a necessidade de os consumidores receberem informações suficientes sobre os dados usados e as decisões tomadas com base no Score. O foco deve, no entanto, não estar na divulgação direta ou indireta do algoritmo, mas sim na lógica por trás da decisão de risco de crédito, pois conforme Bessa (2003) a divulgação do algoritmo pode infringir direitos de propriedade, pode comprometer a precisão e também pode não ser significativo para o consumidor. Por isso, as organizações devem considerar fornecer aos titulares dos dados uma revisão das decisões que foram totalmente automatizadas e uma correção de dados imprecisos (se isso resultou em sua pontuação de crédito sendo impactado).

Nesse sentido, Albrecht e Savio (2015, p.04) alertam que

A legalidade do sistema “credit scoring” parte do conceito de que o sistema não se trata de cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de um método de cálculo que avalia os riscos da concessão de um crédito, utilizando, para tanto, de modelos estatísticos, e extraindo dados via “internet”. Diante todas estas informações, adquiridas na aludida audiência pública, o STJ, no REsp 1.419.697 RS, confirmou a legalidade do sistema scoring de crédito. No entanto, é preciso respeitar os princípios brasileiros de proteção ao consumidor, sistema esse desenvolvido para ter máxima transparência e privacidade nas relações de consumo, partindo das normas do Código Civil, passando pelo Código de Defesa do consumidor e chegando a Lei 12.414/2011 do Cadastro Positivo.

Entretanto, realizar tudo isso, segundo Covizzi (2000) é muito difícil, principalmente ante a necessidade de ser transparente para os consumidores sobre o processo de coleta de dados, tendo em vista que os mecanismos devem fornecer aos consumidores os principais fatos sobre origem dos dados, os potenciais usuários e usos, qualquer disputa e mecanismos de resolução e o uso legal de dados pessoais. Se os dados forem utilizados para uma finalidade diferente do que o especificado durante a coleta de dados, dentro dos limites da legislação específicas, a coleta legal de dados se faz necessária, pois os



consumidores e reguladores tem o direito de saber a fonte de onde os dados foram extraídos. E essa orientação também aplica-se aos fluxos de dados transfronteiriços.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo buscou examinar/analisar as decisões dos tribunais já existentes acerca do assunto abordado, uma vez que a prática de instituições financeiras e das empresas que pontuam o score está atingindo diretamente direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tais como o da transparência e da dignidade humana.

Isto posto, percebeu-se que são bem amplos os problemas que dizem a respeito à essa prática do Score, já que muitas pessoas, mesmo não estando com seu nome negativado pelo serviço de proteção ao crédito, acabam tendo restrições, tanto de aquisição de bens e serviços ou para empréstimos e linhas de crédito pessoal. Outro ponto que precisa de atenção é o fato que tal prática é desconhecido por diversos indivíduos, sendo ainda maior a probabilidade de que haja qualquer ato ilícito, podendo, tal prática afrontar a dignidade da pessoa humana, sua moral e sua honra.

Assim, conclui-se que se o Score cria limitações de crédito no mercado, o qual fornece meios de sobrevivência e qualidade de vida; limita as possibilidades de subsistência e até de sobrevivência quando o indivíduo precisar do score para tal; ou utiliza informações sem o prévio consentimento do cliente, o mesmo está ferindo o que é preconizado na CF/88 e no CDC, já que os usuários do Score devem ser capazes de quantificar, explicar e adotar medidas adequadas para mitigar os efeitos não intencionais e riscos potencialmente amplificados associados ao uso de métodos de pontuação de crédito quando apropriado e não proporcionalmente à magnitude dos riscos.

E, como em relação à pessoa física como no todo, o crédito assumiu posição de grande importância, o que não há que se falar em vida digna dentro da realidade socioeconômica brasileira sem recorrer ao crédito, a citar como exemplo, a aquisição de moradia, direito social explícito no artigo 6º da Constituição da República, é essencial analisar mais a fundo a legalidade do Score, afinal, as estradas dos dados algoritmos não são facilmente explicáveis (ainda que são parcimoniosos e justificáveis), principalmente devido aos riscos crescentes da segurança cibernética, privacidade de dados e violações de proteção ao consumidor, devido à digitalização.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBRECHT, Tiago Dalla Barba; e SAVIO, Thaynã Davilla Savio. A (i)legalidade do sistema scoring: A (im)possibilidade de concessão de dano moral diante da decisão do Superior

Tribunal de Justiça. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. n. 30, outubro-dezembro de 2015. Disponível em:  
<<http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/04/scoring.html>> Acesso em: 20 maio 2022.

ALVES, Mauro Correia. **Estratégias para o desenvolvimento de modelos de credit score com inferência de rejeitados**. Tese de Mestrado apresentada à Universidade São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em:  
<<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/45/45133/tde-14102008-204609/en.php>>  
Acesso em: 20 maio 2022.

BESSA, Leonardo Roscoe. Abrangência da disciplina conferida pelo Código de Defesa do Consumidor aos bancos de dados de proteção ao Crédito. **Revista de direito do consumidor**, v. 11, n. 42, p. 149 -172. 2002. Disponível em:  
<<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2002;1000629513>>. Acesso em: 20 maio 2022.

\_\_\_\_\_. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 1, 2003.

BEZERRA, Juliana Guedes da Costa. **Banco de Dados de Proteção ao Crédito e o Sistema de Scoring**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014. 69f. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br>>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/leis/L8078.htm)> Acesso em: 20 maio 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.414**, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm)> Acesso em: 20 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)> Acesso em: 20 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial. REsp1419697 (2013/0386285-0)**. Segunda Turma. Recorrente: Boa Vista Serviços S/A. Recorrida: Anderson Guilherme Prado Soares. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 de novembro de 2013. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?component=MON&sequencia=32656892&num\\_registro=201303862850&data=20131126&format=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?component=MON&sequencia=32656892&num_registro=201303862850&data=20131126&format=PDF)>. Acesso em: 20 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Notas Taquigráficas. **Audiência Pública sobre o sistema Scoring**. Coordenadoria de Taquigrafia. Segunda Seção. Brasília. 25 ago. 2014. Nota Taquigráfica sem revisão do orador.

CORTAZIO, Renan Soares. Bancos de dados no Brasil: uma análise do sistema credit scoring à luz da LEI N. 13.709/2018 (LGPD). **Revista Eletrônica Da PGE-RJ**, [S. l.], v. 2, n. 3, 2019. DOI: 10.46818/pge.v2i3.99. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/99>. Acesso em: 20 maio 2022.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas abusivas da Serasa e do SPC: Doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Edipro. 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado e Minas Gerais**. Abril | maio | junho 2009 | v. 71 — n. 2 — ano XXVII.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2015.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GABRICH, Frederico de Andrade. O Caráter Normativo dos Princípios. **Revista Forense**, v.393. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Tadeu Alves Sena. **A atividade empresarial após a sentença da recuperação judicial: a concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores**. Editora Dialética, 2022.

PEREIRA, Laudelina Leonardo. **Data Brokers: reflexões sobre os impactos da classificação e do score de crédito na sociedade.** Trabalho de Conclusão de Curso do Departamento de Relações Públicas, Propaganda e Turismo. Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2018. Disponível em: <<https://bityli.com/OOajM>> Acesso em: 20 maio 2022.

PINTO, Luiz Ricardo Souza. **Consumidor e o tal "Score" ou "Scoring"**, 13 de Nov. 2014. Disponível em: <<https://luizricardosp.jusbrasil.com.br/artigos/151342239/consumidor-e-o-talscore-ou-scoring>> Acesso em: 20 maio 2022.

PADUA, Cleusa, **O Sistema Scoring e a Dignidade da Pessoa Humana.** 25 de Ago de 2015. Disponível em: <<https://cleusanect.jusbrasil.com.br/artigos/223769925/o-sistema-scoring-e-a-dignidade-da-pessoa-humana?ref=serp>> Acesso em: 20 maio 2022.

SERASA EXPERIAN, **Entenda o Score de Crédito.** São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.serasaconsumidor.com.br/score/>>. Acesso em: 20 maio 2022.

## **AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO SISTEMA TRIPARTITE DE PODERES: UMA ANÁLISE ACERCA DA CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DAS NORMAS**

**ISADORA LEÃO REZENDE:**  
bacharelanda em Direito pela  
Universidade Federal de Tocantins

LUCIMARA ANDRÉIA MOREIRA RADDATZ  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho parte de uma perspectiva histórica das Medidas Provisórias, a fim de compreender os aspectos políticos e históricos que permeiam seu uso. O estudo objetiva abordar os fatores que levam à deturpação no uso do instituto, bem como, almeja a compreensão acerca da validade ou não deste instituto. Em um primeiro momento, será feita essa digressão histórica, ao passo que em análise próxima serão observadas as dinâmicas políticas e a forma como as Medidas Provisórias foram utilizadas como extensão do poderio do Executivo. Após, analisar-se-á os Estados de Exceção aos quais o Brasil esteve submetido desde a República Velha, e por fim, serão comparados os mecanismos de aprovação das Medidas Provisórias e das Leis Ordinárias. A finalidade deste artigo é observar a forma com a qual as Medidas Provisórias têm sido utilizadas no contexto atual, e se, diante desse uso incorreto o mecanismo perdeu sua validade ou não dentro do ordenamento jurídico. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, e se classifica quanto ao gênero como empírico, de finalidade básica. A abordagem realizada foi qualitativa e o método utilizado foi o indutivo.

**Palavras-chaves:** Medidas Provisórias. EC 32/2001. Presidencialismo de Coalizão. Estado de Exceção.

**ABSTRACT:** The present work starts from a historical perspective of the Medidas Provisórias, in order to understand the political and historical aspects that permeate their use. The study aims to address the factors that lead to misrepresentation in the use of the institute, as well, aims to understand the validity or not of this institute. At first, this historical digression will be carried out, while in a close analysis the political dynamics and the way in which the Medidas Provisórias were used as an extension of the Executive's power will be observed. Afterwards, the States of Exception to which Brazil has been subjected since the Old Republic will be analyzed, and finally, the approval mechanisms of Medidas Provisórias, and Leis Ordinárias will be compared. The purpose of this article is to observe the way in which the Provisional Measures have been used in the current context, and if, in the face of this incorrect use, the mechanism has lost its validity or not within the

legal system. The work was developed through bibliographic research, and it is classified as empirical, with basic purpose. The approach performed was qualitative and the method used was inductive.

**Key-words:** Medidas Provisórias. EC 32/2001. Coalition presidentialism. State of Exception.

## 1. INTRODUÇÃO

Historicamente a sociedade se organizou de maneira plural na política, levando em consideração as necessidades e especificidades de cada momento. Todavia, existia um acontecimento recorrente: o abuso de poder, fosse nos governos imperialistas, nas oligarquias ou em governos despóticos. Em razão disso, diversos estudiosos se debruçaram sobre o tema, com a expectativa de que pudessem, racionalmente, desenvolver um sistema capaz de se autorregular e evitar esses desvios de poder.

Nesse contexto, Montesquieu, acabou por desenvolver uma teoria que foi amplamente aceita ao redor do mundo: a tripartição dos poderes. A partir dessa ideia as sociedades foram se organizando de forma a dividir as atribuições de cada poder, a fim de evitar abusos por parte de um governante, tradicionalmente se dividindo em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Dessa tripartição, tentando uma prestação constitucional eficaz, que de fato seja capaz de reduzir as ocorrências do abuso de poder, é necessário que haja harmonia entre os poderes:

São os poderes do Estado, com efeito, um sistema de vasos comunicantes e quanto mais houver essa comunicação e essa ajuda mútua, de forma compreensiva e harmônica, melhormente funcionará o mecanismo estatal, com consequências positivas na vida da Nação. (OMMATI, 1997 apud CLEVER, 2017, p. 60).

A fim de evitar abusos por parte desses representantes, pactuou-se que haveria entre os três poderes uma forma de se regular, de sorte que cada um pudesse limitar e ser limitado pelo outro poder. Com isso, uma das teorias mais importantes da democracia contemporânea surgiu, o Sistema de Freios e Contrapesos.

Originalmente, o legislativo é responsável por elaborar leis, o executivo é representado por um governante e administra a coisa pública, sempre no limite da legalidade, e o judiciário tem o poder de julgar, aplicando as leis criadas pelo legislativo e administradas pelo executivo. A partir da concepção do Sistema de Freios e Contrapesos, são dadas atribuições aos poderes que se afastam de sua função precípua, dentre elas, a atribuição de legislar dada de maneira extraordinária ao executivo.

Tão profunda é a correlação entre os poderes, que há julgados do Poder Judiciário nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão -por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 595595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-09 PP-01651)"

Por sua vez, o desequilíbrio na atuação de um dos poderes que seja, afeta o exercício dos demais. E é justamente esse desequilíbrio que o presente trabalho busca analisar, em especial, no que diz respeito ao exercício do poder executivo e a edição exacerbada de medidas provisórias para assuntos diversos, fugindo do caráter excepcional de seu poder legiferante.

Este trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, e se classifica quanto ao gênero como empírico, de finalidade básica. A abordagem realizada foi qualitativa e o método utilizado foi o indutivo.

No primeiro capítulo, o trabalho aborda a criação e a separação dos poderes, ressaltando as competências de cada um, a partir de uma perspectiva histórica. No segundo capítulo, discorre-se acerca das Medidas Provisórias e sua origem para além da Constituição Federal de 1988, bem como, sobre as alterações que sofreu no ordenamento jurídico brasileiro desde seu surgimento.

No terceiro capítulo, foram abordados os fatores de tensão que permeiam a política, e a forma como essas pressões são capazes de alterar o fluxo de edição das MPs diante dos interesses particulares de cada governante. Por fim, no quarto e último capítulo, o artigo objetiva discorrer acerca das distinções entre as leis ordinárias e as Medidas Provisórias.

## **2. DA CRIAÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES**

A história da humanidade se constrói, em boa parte, pela busca do homem pelo poder, segundo Ives Gandra da Silva Martins (1985, p. 68, *apud* José Augusto Dias de Castro, 2010, p.9), sobrevivência e a procriação são dois instintos que justificam esse interesse pelo poder. A partir desse comportamento primitivo, o poder evoluiu e passou a compor a vida em sociedade, obrigando o homem a abrir mão de seus instintos animais em troca da segurança que a vida em comunidade oferece.

Nesse sentido, os filósofos contratualistas, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, explicam que o ser humano sai desse estado natural a fim de assinar o contrato social que lhe garantirá segurança em troca de parte de sua liberdade.

Ainda que para alguns desses pensadores o ser humano não seja um indivíduo intrinsecamente bom, é capaz de abrir mão de seus interesses naturais. E a partir desse contrato, o poder central vai se sofisticando e institucionalizando como um ente central, de onde nasce a figura do Estado. Ocorre que, por sua vez, o Estado hipertrofiado também é capaz de oprimir tal qual o homem primitivo.

Disso decorre a política, pois “exprime-se pela necessidade de os sujeitos discutirem e definirem como deve o Estado agir para melhor defender e institucionalizar seus interesses” (CASTRO, 2010, p. 9). E é dessa aparente ironia, de criar um poder para limitar o homem e da necessidade de governá-lo que emanam novas teorias empenhadas em criar um mecanismo apto para tal.

### **2.1. Das competências e exceções**

A partir dessa necessidade de administrar a vida em comum, surgiram diversas vertentes e teorias que prelecionavam acerca da maneira adequada de se organizar. Uma delas, porém, foi amplamente aceita e hoje é fortemente aplicada ao redor do mundo, e em especial, no Brasil.

A teoria em questão é a da tripartição dos poderes. Inicialmente, é preciso compreender qual força orientou a construção de seu texto. Para tanto, é necessária uma digressão ao barão de La Brède e de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat. Filósofo,



político e escritor francês, ficou conhecido, principalmente, por essa teoria, descrita em sua obra "O Espírito das Leis".

Na obra, Montesquieu analisa a diversidade das formas de governo, sendo essa a expressão final de seu livro (KRITSCH, 2011, p. 25). Ademais, em sua obra, se preocupa em mostrar como se sustentam as formas de governo, observando um aspecto comum entre os sistemas favoráveis à liberdade: a moderação.

Para ele, "o espírito de moderação deve ser o do legislador. O bem político, assim como o bem moral, se acha entre dois limites" (MONTESQUIEU apud KRITSCH, 2011, p.25). Tal constatação culminaria na criação do sistema de freios e contrapesos. Esse ideal, por sua vez, perpassa por toda sua obra.

Dessa detida análise, Secondat percebe que de maneira geral os Estados têm três espécies de poder: o legislativo, o executivo "das coisas que dependem do direito das gentes", e o executivo das "[coisas] que dependem do direito civil" (MONTESQUIEU, 2000, p. 148). A partir da concepção embrionária do autor francês tais ideias se desenvolveram e foram nomeadas como se conhece hoje.

[...] Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dós principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168)

Vale ressaltar, que em sua obra, Montesquieu não empregou as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", mas tão somente se referiu a necessidade do "equilíbrio entre os Poderes", do que resultou o sistema de freios e contrapesos (MARQUES E BERWIG, 2016, p. 2).

A divisão à que se refere possui caráter essencialmente organizacional, a fim de impedir que se concentrem em uma única figura todas as funções estatais. Porém, são faculdade e obrigação de cada Poder, que estejam sempre em harmonia e atentos para limitar de modo adequado quaisquer excessos nos demais Poderes.

Então ao Legislativo cabe, tipicamente, a função de produzir leis, criar a norma jurídica e inovar originariamente a ordem jurídica, lembrando que esta deve ser a manifestação da vontade do povo através de seus representantes; ao Judiciário cabe a função de dizer o direito ao caso concreto, resolvendo conflitos com caráter definitivo através da coisa julgada sempre que provocado; e ao Executivo cabe à atividade administrativa do Estado, a implementação do que determina a norma jurídica para atender às necessidades do povo, ou seja, a função típica do Executivo é a administrativa, que nada mais é do que a defesa dos interesses públicos atuando sempre dentro da legalidade. (MARQUES E BERWIG, 2016, p. 2).

## 2.2. Da tripartição dos poderes no Brasil

“Independência ou morte!”, e assim surgiu o Império do Brasil. Uma Carta Magna imperialista, pautada no “carácter unitário do Estado, o municipalismo, e uma separação dos poderes mitigada pelo quarto poder, o poder moderador, inspirada nas teorizações de Benjamin Constant” (CUNHA, 2007, p. 265).

Assim, surge em 1824 a primeira Constituição brasileira, uma formação apressada e urgente, motivada pelas pressões populares, como um prelúdio do que viria a acontecer nos séculos seguintes à independência.

Desde a formação do Brasil enquanto país até a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 foram criados sete textos constitucionais.

Impressiona constatar o volume e a curta duração de tantos momentos constitucionais, apresentando a média de um novo contrato a cada 19 anos, em um interregno de pouco mais de um século. Inquieta refletir sobre quais condições históricas permitiram firmar tantos pactos políticos em tão pouco tempo. Mais intrigante torna-se o quadro quando verificamos a gama de vertentes ideológicas e de engenharia política que emergiu durante o século republicano [...] (CEPÊDA, 2013, p.289)

Um século e meio depois da primeira constituição do país, em 1988, foi promulgada a nova Carta, que perdura até hoje, sendo a de mais longínquo exercício.

O constituinte, em muito influenciado pelos ideais de Montesquieu, dispôs tão logo em seu artigo 2º, acerca dos poderes da União, determinando que fossem “independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ainda, tratou de regular as relações entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no seu Título IV (Da Organização dos Poderes), criando “normas constitucionais que estruturam cada um dos Poderes, estabelecendo as respectivas atribuições, bem como aquelas que regulam o relacionamento entre os órgãos de Poder, dispondo, ainda, sobre os direitos e obrigações de seus membros” (MEDEIROS, 2008, p. 201).

Assim, orientada pela teoria dos pesos e contrapesos, a CF/88 apresentou quais seriam as funções típicas e atípicas de cada poder. O poder originário, ao determinar as funções de cada ente, atribuiu, de modo resumido: ao legislativo, a função de legislar; ao judiciário, o dever de garantir o cumprimento das leis e à Constituição; e por fim, ao executivo, determinou que administrasse o governo do país.

A este último, inseriu, com caráter atípico, a possibilidade de legislar através dos Projetos de Lei e das Medidas Provisórias. Estas, objeto do presente trabalho.

### **3. DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Para uma análise eficaz das MPs é preciso analisar com atenção quais foram os processos que culminaram com a sua criação, observando suas funções precípua e analisando de maneira crítica quais fenômenos inspiraram seu desenvolvimento.

#### **3.1. Dos decretos-lei às medidas provisórias**

Inspirada pela Carta Italiana, a Constituição brasileira de 1937 trouxe pela primeira vez a figura dos decretos-lei. O sistema parlamentarista italiano, à época, possuía a figura dos *decreto-legge*, os quais permitiam que em caso de necessidade e urgência, sob a responsabilidade do Governo, fossem editados decretos com valor de lei ordinária (BARROS, 2000, p. 78).

O golpe de Estado de 1937, no governo de Getúlio Vargas, consumado com o fechamento do Congresso Nacional foi o cenário ideal para a hipertrofia do poder executivo. Com a instauração do Estado Novo foi desenvolvida a Constituição Polaca, baseada nas de países onde o regime vigente à época era dotado de forte caráter autoritário, como Alemanha, Itália, Portugal, Polônia, Lituânia e Áustria (TUCCI, 1990, p. 32).

Apesar de nunca ter sido aplicada na sua totalidade, a Constituição de 37 foi inspirada na *Carta del Lavoro*, italiana, que incorporava toda legislação social depois de 1930; proibia greves e *lockouts*, considerados como ‘recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital’. (TUCCI, 1990, P. 32)

Não surpreende, portanto, que a figura dos decretos-lei tenha sido incorporada ao ordenamento estadonovista. Em um cenário onde não havia um poder legislativo no exercício de suas funções típicas, era de se esperar que essas atribuições fossem assumidas por outros, no caso em questão, tomadas pelo presidente.

Com o fim de seu governo e a restauração do regime democrático o constituinte de 1946 extinguiu os decretos-lei. Na realidade, tamanha a preocupação em não hipertrofiar o executivo, que na CF/46 não havia, inicialmente, sequer a possibilidade de delegar leis ao chefe da nação.

[...] a reação liberal ao autoritarismo não só banuiu o decreto-lei, mas até mesmo impediu a adoção da lei delegada, o que foi lastimado por muitos. Por exemplo, pelo jovem Miguel Reale, para quem *um dos grandes equívocos da Constituição brasileira de 1946 foi proibir a delegação legislativa, cuja necessidade se reconhece até mesmo nos países presidencialistas.* (BARROS, 2000, p. 77)

Posteriormente, com a instauração do regime militar, em 1967, os decretos-lei reapareceram no ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale destacar que a redação que previa esse instrumento aos governantes dispunha acerca das matérias e dos aspectos formais:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1967, EC 1/69)

Mais uma vez, com a redemocratização em 1988 surgiram as Medidas Provisórias como uma alternativa para os Decretos-Lei. Durante a transição, a preocupação dos

constituintes, nas palavras de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (1998, p. 131), era encontrar um sucedâneo para o decreto-lei que mantivesse a prerrogativa do executivo sem permitir seu uso abusivo.

Na prática, após a edição da constituinte e especificamente no seu artigo 62, que disciplinou a existência das MPs, o que houve foi um grande desvio da finalidade para a qual foram instituídas. Esse desvio ocorreu pelos mais variados motivos, mas o fato é que, desde a sua instituição, tal dispositivo não atingiu a finalidade desejada pelo constituinte originário, o que se evidencia pelas numerosas alterações pelas quais esse instituto tem passado.

### **3.2. As medidas provisórias e suas alterações**

A fim de uma melhor compreensão do instituto, é necessário analisar com maior atenção suas alterações e os fatores sócio-políticos que culminaram nessas mudanças, e para tanto, iniciaremos a análise no período pós Constituição de 1988.

#### **3.2.1 Da Resolução do Congresso nº 1/1989-CN**

No período imediatamente posterior à instituição da nova Carta, o artigo 62 que havia determinado quais seriam os moldes para a edição de Medidas Provisórias se mostrou muito abstrato, de modo que três aspectos principais ficaram obscuros: quais eram os temas de urgência e relevância; a possibilidade de emenda pelo Congresso; e a possibilidade de reedição pelo presidente (FIGUEIREDO E LIMONGI, 1999).

Inicialmente, segundo Bedritichuk (2021), a prática do Congresso era leniente não observando os pressupostos de relevância e urgência. O problema surgido nessa época foi, na verdade, fruto da maneira com a qual o então presidente se utilizava do instituto.

A nova Constituição começou a vigorar no último terço do mandato de José Sarney, o qual já havia governado por mais da metade de sua presidência lançando mão prodigamente dos decretos-lei. Vale ressaltar que, ao assumir a presidência, Sarney havia prometido não fazer uso decretos, alinhado com o espírito democrático da época (BEDRITICHUK, 2017, p. 34).

Ocorre que, em fevereiro de 1986, lançou o Plano Cruzado por meio de um decreto-lei que na época foi capaz de reduzir a inflação e impulsionar a sua popularidade. Porém, quando, a inflação voltou a crescer, Sarney se tornou um presidente impopular e minoritário, de modo tal que se tornou dependente dos decretos-lei (POWER, 1998).

Apoiado em suas prerrogativas, o então presidente editou nove MPs durante o recesso legislativo. Entretanto, em razão do prazo exíguo, o Congresso não se manifestou acerca da MP nº 29, que perdeu eficácia. Sarney, então editou a MP nº 39, com o mesmo teor.

Diante dessa prática, foi constituída comissão mista especial para emissão de parecer sobre a possibilidade de reedição, o que foi aceito conforme parecer publicado em 1º de março de 1989. Todavia, pairavam outras dúvidas sobre o processo de conversão das medidas provisórias em lei. Em razão disso, a Resolução do Congresso nº 1/1989-CN surgiu para, dentre outros pontos, regulamentar a tramitação do instituto.

Entretanto, a Resolução não foi suficiente para dirimir todos os problemas que se agigantavam diante dos parlamentares.

### **3.2.2 Da Emenda Constitucional 32/2001**

Seguindo a proposta iniciada por seu antecessor Sarney, Fernando Collor se apoiou no mesmo estilo de governança, tendo editado no primeiro dia de governo 22 medidas provisórias com o Plano Collor. As propostas do então presidente foram muito mais polêmicas que as do governante anterior, incluindo sequestro da poupança e criação de novos tipos penais.

Ao contrário de José Sarney, Collor tinha popularidade e legitimidade de voto e com isso, segundo Bedritichuk (2017), tinha mais espaço para fazer uso de suas prerrogativas. Com tamanha liberdade e apoio pôde direcionar o Congresso para ratificar seus interesses e designações.

Em segundo lugar, ao tomar ciência que o Congresso não conseguiria aprovar as MPs do plano econômico em trinta dias, Power (1998) afirma que Collor deu instruções expressas para que toda medida provisória não convertida em lei pelo parlamento fosse automaticamente reeditada. (BEDRITICHUK, 2017, p. 35)

Em 1990, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-D pacificou o entendimento de que era vedada a reedição de medidas provisórias que houvessem sido rejeitadas. Porém, para que uma MP fosse derrubada era necessário que o Congresso se manifestasse de forma expressa. Caso contrário, o Executivo poderia reeditá-la continuamente.

Com a numerosa quantidade de MPs editadas, o Supremo Tribunal Federal começou a ser instado frequentemente, bem como o Legislativo se mostrou insatisfeito

com a atuação do presidente. Assim, conforme observou Power (1998), Collor reduziu a edição de medidas provisórias a partir de 1991.

Em 1992, com o *impeachment* de Collor e com Itamar Franco assumindo a Presidência interinamente, o contexto político e social foi fortemente afetado, tendo interferido na quantidade de medidas provisórias editadas e nas leis ordinárias de iniciativa do executivo (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1997, p. 144).

Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso continuaram com a prática de seus antecessores. O que mudou, todavia, foi o comportamento do Congresso. Figueiredo e Limongi (1997) notaram que, desde 1993, o parlamento deixou de apreciar as MPs, de sorte tal que as reedições se tornaram mais frequentes.

Objetivando regulamentar a atuação legiferante do Executivo, os congressistas editaram a Resolução nº 1/89. Contudo, a eles foi relegada a incapacidade de emendarem as MPs, ao passo que o Presidente era livre para reeditá-las. Por isso, instaurou-se uma nova sistemática na relação Congresso e Executivo.

A possibilidade de reeditar colocava de imediato uma vantagem estratégica nas mãos do executivo, que não precisava de maioria para aprovar, bastando-lhe negar quorum e reeditar. Portanto, a Resolução nº 1 se mostrava um instrumento ineficaz para inibir o uso de MPs. Tornava-se muito atraente para o executivo prescindir do mais moroso e complexo processo legislativo ordinário. (FIGUEIREDO E LIMONGI, 1997, p. 149)

Tamanho era o descompasso entre os poderes que entre 1988 e 2000 foram editadas 5533 medidas provisórias. Desse total, segundo os dados de Amorim Neto e Tafner (2002), 568 (10,3%) eram originais e 4965 (89,7%) reedições. (MACHIARELLI, 2009, p. 29).

O desequilíbrio nessas relações foi sentido diretamente por Fernando Henrique Cardoso, uma vez que segundo Machiavelli (2009), o jogo político estava sendo travado em três áreas distintas: parlamentar, partidária e judicial. Com propostas de emendas à Constituição (PECs) elaboradas em 1995 e que até então não haviam sido apreciadas, o parlamento estava em polvorosa.

O presidente FHC, ao perceber os avanços do texto que limitariam seu poder, interveio para colocar na discussão das PECs os decretos autônomos para que pudesse

“empreender reformas administrativas e assim conseguir maior margem para negociar o texto das MPs”. (BEDRITICHUK, 2017, p. 36).

No âmbito partidário, as bases de apoio ao governo se encontravam em guerra, pois o comando das Casas legislativas se encontrava na mão da oposição. A perda do comando das Casas, segundo Bedritichuk (2017), levou o partido a ameaçar votar a PEC das medidas provisórias e abriu espaço para a oposição conseguir avanços no texto da PEC.

Por fim, quanto ao judiciário, o STF, que até então não tinha se manifestado de maneira expressiva, passou a ter importância no jogo devido às mudanças jurisprudenciais e ao fortalecimento da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Mais do que uma ação do Legislativo contra o Executivo, a aprovação da matéria é consequência da disputa partidária no interior da coalizão. A capacidade do governo de mobilizar apoio partidário no Congresso evitou uma mudança mais drástica nas regras de tramitação das MPs. Por meio de seus recursos institucionais, o Presidente conseguiu conduzir o processo e manter a base unida em momentos decisivos. Quando os custos da estratégia de protelação excederam os benefícios, o presidente cedeu. Naquela altura, insistir não significava apenas enfrentar a oposição no Congresso, mas também o Judiciário e atores da sociedade civil. (MACHIARELLI, 2007, p. 71)

Assim, em 12 de setembro de 2001 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 32. Suas inovações alteraram profundamente o artigo 62 da Constituição e trouxeram: aumento do prazo de vigência de trinta para sessenta dias, prorrogável por uma única vez; limitações materiais; apreciação prévia por uma comissão mista; apreciação em casas separadas; juízo prévio de admissibilidade e trancamento de pauta.

Entretanto, ao contrário do que ansiava o Congresso, a EC 32/2001 não teve o efeito esperado. Conforme observa Machiarelli (2017, p. 96) “A média de MPs editadas passou de 40,3 no primeiro mandato de Fernando Henrique, para 50 no segundo mandato, alcançando 59,8 MPs anuais no primeiro mandato de Lula.”

A possibilidade de trancar a pauta e a previsibilidade de que a matéria fosse votada em 120 dias constituíram um incentivo institucional ao presidente, de modo a interferir na pauta do parlamento sem a necessidade de negociar com seus líderes (BEDRITICHUK, 2017).



Com isso, houve um aumento expressivo no número de medidas provisórias, o oposto do que se esperava. Desse modo, foi necessário mais uma vez repensar a forma com a qual se organizavam as MPs.

### **3.2.3 Da Resolução nº 1/2002-CN e a ADI nº 4.029**

Após a aprovação da Emenda nº 32/2001, foi necessário atualizar a Resolução nº 1/1989-CN, pois com o novo procedimento constitucional, o antigo documento que regulamentava a tramitação estava defasado.

A nova resolução estabelecia que a comissão mista teria quatorze dias para aprovar o parecer, e após esse prazo seria enviada à Câmara dos Deputados, com um deputado como relator. Em seguida, o mesmo aconteceria no Senado.

Porém, mais uma vez, o que se observou na prática não foi o que prelecionava a norma. As comissões não estavam analisando a constitucionalidade das medidas nem o mérito das matérias, chegando nas casas legislativas para serem votadas sem nenhum critério de admissibilidade anterior.

As comissões mistas que deveriam analisar a constitucionalidade e mérito da matéria, por exemplo, raramente emitiram parecer. De acordo com a Subsecretaria de Apoio às Comissões Mistas do Senado, foram instaladas comissões apenas para a análise de três medidas provisórias editadas após a emenda: MP 6 de 2001, MP 182 de 2004 e MP 232 de 2004. (MACHIAVELLI, 2007, p. 102)

Somente em março de 2012, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.029, o STF julgou a inconstitucionalidade dos artigos da Resolução nº 1, de 2002-CN que previam a dispensa do parecer da comissão mista após o prazo de catorze dias.

Assim, após 2012, o processo de aprovação das Medidas Provisórias passou a ser respeitado e seguido como demandava a Resolução nº1 do Congresso Nacional. Como se demonstrou, desde a instituição das MPs na CF88, foi usada fora dos limites legais, não observando sequer as formalidades que o instrumento demanda.

Ainda hoje, a prática dissona do que demanda a lei, demonstrando a interferência do poder executivo sobre os demais poderes e os desvios ante os quais as Medidas Provisórias estão submetidas.

## **4. FATORES DE TENSÃO NA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

Historicamente, a divisão dos poderes no Brasil é fortemente influenciada por disputas políticas que envolvem legislativo, judiciário e executivo. Por conseguinte, o exercício governista está permeado por essas tensões que resvalam em suas atribuições constitucionais e são capazes de direcioná-lo. Nesse sentido, é preciso observar em especial o presidencialismo e seus fatores de disputa, bem como, o Estado de Exceção mencionado por Giorgio Agambem.

### **4.1. O presidencialismo e os fatores de poder**

Para pensar a política brasileira, em primeiro plano é necessário compreender a sistemática governista, segundo define Batista (2016, p. 127)

O sistema político brasileiro é atualmente definido como um presidencialismo de coalizão (Abranches 1988). Esse sistema tem por base um presidente eleito diretamente e com mandato próprio, mas que para governar conta com o apoio de uma coalizão multipartidária.

Afim de que possa governar com plenitude, conforme estuda a ciência política, o presidente precisa barganhar no Congresso, no Judiciário, entes subnacionais e dentro da própria estrutura do Executivo, de sorte que seu sucesso depende de suas qualidades pessoais (BATISTA, 2016).

Segundo Freitas (2013), “o aparente desequilíbrio entre os Poderes em prol do Executivo no tocante à produção legal não pode ser explicado apenas pelas garantias constitucionais e regimentais cedidas a este poder”. Isto é, para que se entenda a sistemática aplicada, é imperioso compreender que os presidentes eleitos, sistematicamente, compõem coalizões governamentais dividindo as pastas ministeriais entre os partidos a fim de compor maioria legislativa.

Essa análise foi feita inicialmente em 1988, ocasião na qual Sérgio Abranches publicou o livro “Presidencialismo de coalizão” onde observava justamente essa sistemática. Na ocasião afirmou que os presidentes para garantir sua governabilidade, necessitam ter no Congresso, uma coalizão majoritária (ABRANCHES, 2019).

Já em 2018, Abranches publicou um novo livro chamado “Presidencialismo de coalizão: raízes e trajetória do modelo político brasileiro” no qual, observou as alterações que levaram ainda mais à um desequilíbrio interno entre os poderes.

Os estados e municípios ficaram demasiadamente dependentes do Governo Federal para financiar até mesmo ações que estão entre suas atribuições constitucionais exclusivas. Os parlamentares passaram a ter como uma de suas funções centrais atuar como intermediários políticos para extrair recursos fiscais da União em benefício de seus redutos eleitorais. Essa situação de dupla dependência — do presidente a uma coalizão parlamentar multipartidária extensa e das unidades da federação ao orçamento da União controlado discricionariamente pelo presidente — gerou um poderoso sistema de incentivos ao clientelismo, ao toma-lá-dá-cá e à competição por postos ministeriais e na burocracia federal com poder sobre o orçamento ou capacidade regulatória. (ABRANCHES, 2019)

Como evidenciado pela obra, foi necessário um gradativo e reiterado envolvimento do STF em conflitos políticos e institucionais que levaram à uma politização do judiciário, bem como, à uma judicialização da política. Essas situações por sua vez, contribuíram para um aguçamento dos desequilíbrios entre os poderes, cujos reflexos podem ser sentidos na relação executivo e legislativo e na numerosa edição de MPs.

## **4.2. O Estado de Exceção como prática recorrente**

### **4.2.1 O Estado de Exceção entre a República Velha e o Regime Militar**

Segundo Giorgio Agamben, a concepção da democracia hoje está dominada pelo paradigma do Estado de Direito, que sob a premissa de prevenção da desordem, trabalha para a produção de emergências (ABDALLA, 2013, p. 25).

[...] administra a desordem justamente para que sejam eliminados quaisquer adversários políticos que não sejam integráveis ao sistema. Uma vestidura que é hoje o paradigma dominante de governo: O que era uma suspensão temporária da lei se tornou gradualmente uma técnica usual de governo; o extraordinário que se torna padrão. Abre-se espaço, assim, para o advento de um estado de exceção permanente e muitas vezes voluntário: um estado de exceção que não é imposto por vias subversivas, golpistas ou revolucionárias, mas que, muito rasteiramente, insere-se no coração da democracia, do Estado de Direito e *a fortiori* da própria economia. (ABDALLA, 2013, p.26)

No Brasil, essa prática foi comum ao longo dos anos, adquirindo novas roupagens conforme demandava a situação.

Durante a República Velha (1889-1930), com a primeira Constituição republicana brasileira, havia em seu bojo a possibilidade de declarar estado de sítio, fortemente inspirado pelo ordenamento espanhol e francês. O estado de sítio na Carta de 1891 impunha mais restrições às liberdades e garantias individuais.

Segundo pesquisa realizada pelo Senado Federal, entre 1889-1930, oito dos dez governos declararam estado de sítio em algum momento, somando 2365 dias nessa situação. Nessa época, a principal intenção era a consolidação do capitalismo como sistema econômico (GOMES e MATOS, 2017, p. 1766).

Já no Governo Vargas, marcado por intensas mudanças na atuação presidencial de Getúlio, houve também uso do instituto. Entre 1930 e 1934, seu governo era marcado pelo uso indiscriminado de decretos, que à época podiam versar sobre qualquer matéria.

Além disso, durante a primeira metade da década de 30 havia um embate entre partidos de direita e esquerda, que culminaram em duas insurreições. Apesar de terem acontecido somente em dois estados, os acontecimentos foram o suficiente para que o Congresso autorizasse a declaração de estado de sítio em todo o território nacional.

Através de uma manobra política de Vargas, em 18 de dezembro de 1935, o CN aprovou uma emenda que permitiu ao presidente “declarar comoção intestina grave com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parte do território nacional”.

Com isso, entre o final de 1935 até o golpe de Estado em 10 de novembro de 1937, o Brasil foi governado em estado de sítio ou em equiparação ao estado de guerra. Mais uma vez, o inimigo era a ameaça comunista (GOMES E MATOS, 2017, p. 1770).

Em 1946, com a nova Carta democrática foi criada mais uma figura: o estado de sítio preventivo (arts. 209 a 215) que poderia ser decretado em caso de risco iminente de comoção interna, tendo substituído a figura da urgência nos últimos institutos. Na época, havia então a figura do estado de sítio para casos de guerra externa e comoção intestina grave, e o estado de sítio preventivo.

Antes da posse de Juscelino Kubitschek, em 1955, ocorreu uma crise política diante da qual, em razão da oposição da UDN à posse de JK e da inércia do vice-presidente Carlos Luz, Nereu Ramos, que era vice-presidente do Senado solicitou ao Congresso a decretação do estado de sítio preventivo.

Mais uma vez, o estado de exceção foi utilizado como uma maneira de silenciar a oposição política e inibir movimentos de reivindicação trabalhista “permitindo ao governo, mais uma vez, de forma não democrática, atuar com muito mais liberdade no cenário econômico, de forma a defender interesses específicos” (CASELA, 2011, p. 55 apud GOMES E MATOS, 2017, p. 1771).

Durante o governo de João Goulart, sem apoio no legislativo e visando reformar diversas áreas nasceu uma crise política de grave separação entre esses dois poderes. Somado à inflação e a crise econômica do país, bem como às frequentes greves, em 1963, o então presidente propôs estado de sítio, porém, sem apoio da mídia, que temia um golpe comunista, e sem apoio das Casas Legislativas acabou desistindo do pedido.

Por fim, durante o regime militar o que se vivenciava era um regime de exceção, uma vez que ainda que não tenha sido utilizado o instituto propriamente dito, mesmo que previsto na Carta Constitucional de 1967, o governo se apoiava na decretação de Atos Institucionais (GOMES E MATOS, 2017, p. 1775).

Com a publicação do AI-5 de 1968, que vigorou por 10 anos, o Poder Legislativo foi colocado em recesso, e o resultado “foi a paralisação quase completa dos movimentos sociais e o afastamento absoluto da participação popular nos governos” (GOMES E MATOS, 2017, p. 1776).

Assim, é possível compreender a forma como a dinâmica de poderes se alterou ao longo dos anos, sempre objetivando atender os desígnios de uma coalisão. Um mesmo dispositivo pode ser utilizado de modos diferentes para garantir determinados interesses, de modo similar ao que se percebe com o uso das Medidas Provisórias no decorrer dos governos.

#### **4.2.2 O estado de exceção no Brasil pós 1988**

Na vigência da atual constituição, foram inseridos a figura do estado de sítio e do estado de defesa, que dependem da aprovação do Congresso e de decreto do presidente da república, além de preverem instrumentos de controle para as medidas tomadas durante esses períodos.

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas

por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Desde a promulgação da Constituição Cidadã o instituto do Estado de Sítio não foi utilizado, porém em razão da pandemia do Covid-19 que assolou o mundo especialmente nos anos de 2020 e 2021, algumas medidas precisaram ser tomadas e assim, foi formalizado um quadro de calamidade pública e estado de emergência.

De maneira similar ao que a história mostrou ao longo dos anos, as situações de emergência foram um cenário propício para ampliar os poderes conferidos aos gestores da federação, desde os prefeitos ao presidente, o que ocorreu também durante a pandemia.

A eles fora permitido por exemplo, que caso decretassem estado de calamidade ou emergência em saúde pública, haveria maior liberdade fiscal, nos termos do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com esse retrospecto buscou-se esclarecer as distintas formas com as quais o Estado de Exceção se apresenta. Algumas vezes apenas com o fito de garantir os interesses particulares dos governistas, outras como a *ultima ratio* na defesa do coletivo.

E é justamente nesse contexto de grave comoção social, onde se constata uma situação de urgência e emergência, que a figura das Medidas Provisórias se faz necessária. O que têm se visto em retrospecto, porém, é uma desvirtuação desse caráter emergencial, de sorte que as MPs tem sido mais uma ferramenta para as manobras políticas dos governantes.

## **5. DA DISTINÇÃO ENTRE A LEI ORDINÁRIA E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Conforme dispõe a Constituição Federal, o processo legislativo pode tomar variadas formas. Tipicamente, compete ao Poder Legislativo essa função, entretanto, em caráter excepcional, é facultado aos demais poderes legislar.

Entretanto, é atribuição determinada pela própria CF88, em seu artigo 61, que a iniciativa das leis complementares e ordinárias caberá, para além dos membros do legislativo “ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos”. Além disso, dispõe também que alguns temas serão de iniciativa privativa do Presidente da República, o que ressalta o poder imbuído ao representante do país.

No artigo 62, a Constituição menciona a possibilidade de que o Presidente adote as Medidas Provisórias em caso de relevância e urgência, porém, no artigo 64, acrescenta que nos casos de lei que forem de sua iniciativa poderá solicitar urgência em sua aprovação.

Com isso, cria-se uma sensação de que é facultado ao líder do executivo escolher o que lhe mais aprouver como forma de iniciar o processo legislativo. Entretanto, há uma grande diferença entre os dois casos: os projetos de lei não são de eficácia imediata, carecendo de aprovação legislativa.

### **5.1. Dos projetos de lei de iniciativa do presidente**

Para esclarecer a diferença entre os dois processos, observemos como se dá o processo legislativo de uma lei de iniciativa do presidente. Após a proposição do PL, sua tramitação começará na Câmara dos Deputados, depois será distribuído para até três comissões temáticas que tratem de assuntos correlatos a ele, ou para uma comissão especial.

Nessas comissões o projeto será analisado por um relator que observará as emendas feitas pelos deputados, podendo ou não as alterar. Após, o parecer do relator será votado, de onde passará para as comissões de Finanças e Tributação (CFT), nos casos de se referirem a finanças, e obrigatoriamente passarão para a comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), a fim de avaliar se estão de acordo com a Constituição. Essas duas comissões têm o poder de arquivar o projeto de lei em razão de sua inadequação.

Posteriormente, regra geral, os projetos de lei irão para o Plenário, de onde o projeto irá para o Senado, se for alterado, volta para a Câmara que poderá ou não manter as alterações, indo em seguida para a sanção ou veto do presidente da República. O presidente por sua vez, poderá sancionar o projeto ou vetá-lo todo ou em parte. Caso decida vetar alguns trechos, a parte sancionada se torna lei e os vetos irão para a análise conjunta do Congresso Nacional que poderá derrubar os vetos do presidente.

Quanto ao quórum necessário para aprovação do projeto de lei, dependerá do que se refere o PL, se for sobre um tema de lei ordinária o quórum será o mesmo necessário para sua aprovação, e de igual modo os projetos de lei cujo objeto for de lei complementar.

Caso o presidente solicite urgência, de maneira expressa, na aprovação do projeto de lei, o Congresso terá 100 dias para aprovar ou não o projeto de lei, o chamado processo legislativo sumário. Nessa modalidade cada Casa terá o prazo de 45 dias para se manifestar, sob o risco de trancamento da pauta.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

## **5.2. Das medidas provisórias**

As medidas provisórias, por sua vez, têm força de lei desde a sua edição e valem por até 120 dias, devendo ser aprovadas pelo Congresso nesse período, sob pena de perderem a validade.

A MP é analisada por uma comissão mista de deputados e senadores, que apresentarão emendas. Essa comissão aprovará um parecer que será submetido aos Plenários das duas casas. Caso o Senado altere o texto da Câmara, a MP volta para Casa dos Deputados que analisarão as mudanças, podendo ou não recuperar seu texto antes de enviar para a sanção presidencial.

De modo similar ao que ocorre com o processo legislativo sumário, depois de 45 dias a MP tranca a pauta do Plenário da Câmara caso já tenha sido aprovada na comissão mista, e já chegará no Senado trancando pauta.

O quórum necessário para sua votação é o mesmo dos projetos de lei ordinária, sendo necessário, portanto, maioria simples dos votos em um único turno.



Quando o texto da MP é alterado, passa a se chamar projeto de lei de conversão e precisará ser enviado ao presidente para sanção ou veto cujas regras serão iguais para os projetos de lei. Se não houver alteração no bojo da MP, esta será promulgada pelo Congresso.

### **5.3. Da inversão da sistemática legislativa**

Com isso, o que se constata é uma inversão na ordem legislativa, de sorte que o presidente, desde a edição da MP, seu “projeto de lei” já passa a ter valor. Superando o próprio poder atribuído ao legislativo, que em todos os seus projetos de lei precisa aguardar o trâmite legal.

Ademais, quando se observa os ritos das medidas provisórias e do processo legislativo sumário o que se percebe é uma nítida preocupação do constituinte em observar com rapidez as proposições trazidas à baila pelo presidente.

Com isso, havendo a possibilidade de se criar projetos de lei que seriam observados com rapidez pelo congresso em casos de relevância social, não há porque disciplinar assuntos que poderiam se utilizar desse meio através de medidas provisórias, o que por sua vez causa um forte desequilíbrio no exercício democrático e constitucional.

A perversão da faculdade atribuída constitucionalmente para situações excepcionais é uma afronta ao exercício da democracia.

Porque então essa é uma prática tão recorrente? Como se vê dos dados do Palácio do Planalto, entre 2001 e 2020 foram editadas 1009 MPs, das quais somente 742 foram convertidas em lei. Para Pereira, Power e Rennó (2005, p. 192), esse uso excessivo e incorreto das medidas provisórias faz parte de um processo político que visa à promoção do presidente em exercício através de leis.

Em resumo, uma coalizão maior em números, cria incentivos para os presidentes confiarem mais frequentemente em meios extraordinários de governo. Isso apoia a ideia proposta pela teoria da delegação de que presidentes politicamente mais seguros ganham mais liberdade para usar a autoridade do decreto. No entanto, a taxa de coalescência impõe algumas restrições à liberdade de ação presidencial.

A partir dessa análise é possível compreender de que modo os presidentes têm manipulado seu exercício legislativo de maneira a favorecer seus interesses pessoais e sua

imagem pública, se utilizando de um mecanismo cujo caráter é excepcional, como uma simples ferramenta para alcançar seus interesses particulares.

Em outra obra publicada em 2005, Pereira, Power e Rennó observaram que:

“O feedback recíproco entre escolha presidencial de instrumento de elaboração de políticas e popularidade do presidente tem o seguinte formato: quando os presidentes implementam políticas por meios extraordinários, que têm um efeito imediato, há respostas positivas imediatas do público, na forma de aumento da popularidade” (PEREIRA, POWER E RENNÓ, 2005, p. 416)

Assim sendo, não há como se olvidar dos benefícios trazidos ao Poder Executivo pelo elevado número de medidas provisórias editadas, porém, não se podem esquecer os riscos impostos à democracia com essa inversão na ordem legislativa.

Durante a pandemia do Covid-19 foram editadas algumas medidas provisórias a fim de regulamentar um período tão tenso e de fato emergencial. Seus benefícios e a sua conversão em lei, como se observam, por exemplo, nas MPS 1057/2021, convertida na Lei 14257/21; a MP 1059/2021, lei 14259/21; e a MP 1027/2021, lei 14160/21, se mostraram adequadas e urgentes, se amoldando ao disposto no art. 62 da CF88.

A existência das MPs por si só não ocasiona nenhum tipo de prejuízo social, oportunizando na verdade uma efetiva e rápida tomada de decisão, necessária para situações ocasionais e de extrema relevância. Porém, a maneira como vêm sendo usada altera seus propósitos, utilizando-a como barganha, e de maneira inapropriada para as situações.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do que foi discorrido no presente trabalho restou evidenciado que as Medidas Provisórias são originárias de um passado autoritário e por ocasião de sua natureza, possuíam resquícios desse desvio de poder. A organização político-social brasileira por sua vez, instada por interesses pessoais e demandas coletivas criou mecanismos aptos a alterar e minorar o autoritarismo remanescente no instituto, como se viu após a Emenda Constitucional 32/2001.

Além do caráter autoritário intrínseco às MPs, os desvios de poder aos quais são submetidos perpassam por interesses econômicos e políticos, que usam desse instituto como ferramenta para materializar seus desígnios. As dinâmicas usadas, porém, se alteram conforme cada exercício governamental, se valendo das peculiaridades de cada época e de cada líder.

Como se experienciou durante o governo Collor, o presidente se valia desse mecanismo de modo exacerbado, tendo editado 22 medidas provisórias em seu primeiro dia de exercício com o Plano Collor, e ainda, realizado o sequestro da poupança e criado novos tipos penais. Em razão desse comportamento, o Supremo Tribunal Federal foi instado muitas vezes a se manifestar, bem como, o Congresso se viu obrigado a tentar adequar esse comportamento presidencial.

Nesse contexto, o legislativo editou a Resolução nº 1/89, porém, não teve o efeito esperado, uma vez que as dinâmicas de poder se alteram conforme o momento e a situação política. Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, munido de apoio do Congresso, se aproveitou das brechas na Resolução para criar e reeditar as MPs pela simples manipulação do quórum necessário, de modo que entre os anos de 1988 e 2000 o número de reedições superava o número de medidas provisórias editadas.

Por sua vez, essa dinâmica levou a outra alteração constitucional, a Emenda Constitucional 32, que visou limitar o poder presidencial para a edição de normas, bem como, desestimular sua edição. Todavia, seu objetivo não foi concretizado como o esperado pois o número de MPs continuou elevado, com limitação nos temas que podia abordar, e além disso, necessitou da Resolução nº 1/2002-CN e a ADI nº 4.029 para finalmente regulamentar de modo eficaz o trâmite dessas medidas.

Ao observar o histórico político brasileiro e o mal uso desse instituto fica evidenciado o desvio em sua função precípua, qual seja resolver de modo rápido e eficiente situações urgentes e relevantes. Ocorre, porém, que a desvirtuação em seu uso, permeia também o interesse dos governantes em fazer do instituto um mecanismo de validação política.

Como foi abordado no trabalho, a população recebe de modo positivo os efeitos imediatos das MPs, valorando a ação como um sinal de força e capacidade do presidente. Usar esse instituto como uma ferramenta para elevar sua popularidade é mais um dos desvios aos quais está submetida.

Não se pode esquecer, todavia, que a existência das MPs, se faz imprescindível para disciplinar situações que sejam de fato urgentes, como previu a Constituição. Nesse sentido, durante a pandemia do Covid-19, o presidente foi capaz de atuar de modo pontual e rápido, prevenindo maiores danos à sociedade.

Assim, fica evidente que a existência das Medidas Provisórias, por si só, não é algo negativo, haja vista a capacidade inerente a esse mecanismo de agir de modo expressivo

e pontual como deveria ser, todavia, a maneira como tem sido utilizado historicamente denota os desvios realizados.

Assim, se torna imprescindível repensar e discutir seu uso, pois, apesar das mudanças legislativas aplicadas, a simples alteração da norma vigente não tem condão para promover as transformações necessárias ao exercício adequado destas. Quais seriam essas medidas, porém, não foram objetos do presente trabalho.

## REFERÊNCIAS

ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. **O estado de exceção em Giorgio Agamben: contribuições ao estudo da relação direito e poder**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ABRANCHES, Sérgio. Trinta anos de presidencialismo de coalizão. *In: Dados*. [S. l.], 31 maio 2019. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/trinta-anos-de-presidencialismo-de-coalizao/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. Editora Companhia das Letras, 2018.

ALBUQUERQUE, Ana Cristina Braga; RIBEIRO, Juscelino Luiz; CHAVES, Wallace Oliveira. O poder de agenda do Poder Executivo no processo legislativo: uma abordagem à Luz do Devido Processo Legislativo. **Monografia (Especialização em Poder Legislativo) - Belo Horizonte, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Escola do Legislativo**, 2006.

ARNAUD, Amanda Raquel Sousa. **O princípio da separação dos poderes e o limite na edição de medidas provisórias**. 2016. 49fl. – Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande. – Sousa/PB – Brasil, 2016. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/15976>. Acesso em: 10 abr. de 2022.

AZEVEDO, Ursula Eustórgio Oliveira de. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELA TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS COMO ALICERCE DA SOBERANIA POPULAR. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 1047–1058, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i1.3934. Disponível em: <https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/3934>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BATISTA, Mariana. O Poder no Executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão. **Revista de Sociologia e Política**, v. 24, p. 127-155, 2016.

BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. Medidas Provisórias e seu papel no presidencialismo de coalizão. **Revista de Estudos Legislativos e Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, ed. 1, p. 32-43, 2021. Disponível em: [https://www.ielp.org.br/wp-content/uploads/2021/02/BOOK\\_REVISTA\\_IELP.pdf](https://www.ielp.org.br/wp-content/uploads/2021/02/BOOK_REVISTA_IELP.pdf). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 Jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 1 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 1 abr. 2022.

CASTRO, José Augusto Dias de. Separação de poderes e exercício da função política no Brasil. Brasília, 2010. 164f. **-Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.**

CEPÊDA, Vera Alves. As Constituições de 1934 e 1988—trajetória histórica e inflexão política. **Cadernos do Desenvolvimento**, v. 8, n. 12, p. 269-283, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; MARTINS, Alessandra Ferreira. A Constituição e os requisitos para a investidura do chefe do Ministério Público nos Estados. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 19, p. 55-71, 2007.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). **História Constitucional**, n. 8, p. 263-271, 2007.

DE BARROS, Sérgio Resende. Medidas, Provisórias?. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, p. 67, 2000.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação? **Novos Estudos Cebrap**, v. 47, p. 127-154, 1997.

FREITAS, Andréa Marcondes de. **O presidencialismo da coalizão**. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, University of São

Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.8.2013.tde-08112013-102939. Acesso em: 2022-05-24.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1760-1787, 2017.

KRITSCH, Raquel. Elementos da política e da teoria do Estado em De o espírito das leis de Montesquieu. **Revista espaço acadêmico**, v. 10, n. 117, p. 23-31, 2011.

LEITE SAMPAIO, J. A.; DE MOURA GUERRA ALMEIDA, L.; MATHIAS SOUTO, L. CRISE SANITÁRIA E ESTADO DE EXCEÇÃO: uma reflexão quanto aos subprodutos insurgentes da pandemia do novo coronavírus. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 96, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4397>. Acesso em: 1 maio. 2022.

MACHIAVELI, Fernanda. **Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo**. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES, Dieison Felipe Zanfra; BERWIG, Aldemir. OS PODERES DO ESTADO: TRÊS PODERES E QUATRO FUNÇÕES? **Salão do Conhecimento**, 2016.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de Poderes. **De doutrina liberal a princípio**. Brasília.2008 Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 4, p. 13-44, 25 ago. 2008.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J.; RENNÓ, Lucio. Under what conditions do presidents resort to decree power? Theory and evidence from the Brazilian case. **The Journal of Politics**, v. 67, n. 1, p. 178-200, 2005.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy; RENNÓ, Lúcio. Opinião pública, estratégia presidencial e ação do congresso no Brasil: "quem manda?". **Opinião Pública**, v. 11, n. 2, p. 401-421, 2005.

SIQUEIRA, Marcos Ludher Araújo. **Limites e possibilidades do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre os pressupostos de relevância e urgência de medidas provisórias à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2020. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

TUCCI CARNEIRO, M. L. Sob a máscara do nacionalismo. Autoritarismo e antissemitismo na Era Vargas (1930-1945). **Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe**, v. 1, n. 1, p. 23-40, 13 jan. 1990.

VALLE, Juliana. Medidas provisórias e usurpação da função legislativa. **Cadernos da Escola do Legislativo - e-ISSN: 2595-4539**, [S.l.], v. 9, n. 14, p. 165 – 192, nov. 2019. ISSN 2595-4539. Disponível em:

<<https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/view/317>>. Acesso em: 3 abr. 2022.

## JULGANDO A LIBERDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES EM *HABEAS CORPUS* DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

**AYLA DE SOUZA CAMPOS:**

Bacharelada em Direito pela  
Universidade Federal do Amazonas.

**Resumo:** O presente trabalho se propõe a discutir a prisão preventiva, a partir de uma análise de decisões em *Habeas Corpus* proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Nos capítulos introdutórios, discute-se, em primeiro lugar, o instituto jurídico da prisão preventiva. Para alcançar o objetivo visado, foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, pela reunião de referencial teórico atinente ao tema, com a posterior análise das decisões judiciais. Posteriormente, realizou-se a análise do discurso judicial nas decisões que concedem e denegam o *habeas corpus*. Desse estudo, concluiu-se que, ainda que a prisão preventiva seja caracterizada como medida excepcional pelo direito penal, na prática, o que se enxerga é uma verdadeira desconsideração aos direitos e princípios constitucionais, a exemplo da presunção da inocência, justificados pelo caráter punitivista da técnica penal.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. *Habeas Corpus*. Decisões judiciais.

**Abstract:** The present work proposes to discuss preventive detention, based on an analysis of decisions in Habeas Corpus handed down by the Court of Justice of the State of Amazonas. In the introductory chapters, the legal institute of preventive detention is discussed first. To reach the objective, the deductive method of research was used, by the meeting of the theoretical reference related to the theme, with the subsequent analysis of the judicial decisions. Subsequently, the analysis of the judicial discourse was carried out in the decisions that grant and deny habeas corpus. From this study, it was concluded that, although preventive detention is characterized as an exceptional measure by criminal law, in practice, what is seen is a true disregard for constitutional rights and principles, such as the presumption of innocence, justified by the punitive character of penal technique.

**Keywords:** Preventive detention. *Habeas corpus*. Court decisions.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Da prisão cautelar; 2.1. Os fundamentos da prisão preventiva – 3. O julgamento de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Amazonas: 3.1. Sistematização dos indicadores coletados; 3.2 - O discurso judicial na decisão denegatória de liberdade; 3.3. O discurso judicial na decisão que concede a liberdade; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas. 6. Relação das decisões pesquisadas.

### 1 INTRODUÇÃO



As discussões sobre Processo Penal são sempre atidoras das mais intensas controvérsias, tanto aos estudiosos da academia quanto aos expectadores dos jornais televisivos. É interessante observar como cada indivíduo reage à notícia de um crime e ao seu respectivo processamento, o ímpeto de vingança faz cada sujeito clamar pela prisão imediata, exposição, difamação, e até a morte do outro.

O que se pode perceber é que a população em geral considera que a prisão dos suspeitos e dos acusados ao longo da investigação e do processo penal deve ser a regra, caso contrário a impunidade continuará reinando solta no país. Além disso, entende-se que o Poder Judiciário solta mais do que manda prender, sob o argumento de que no Brasil há um "*excesso de garantismo*", razão pela qual fala-se que "*a polícia prende e a justiça solta*".

Apesar do senso comum acreditar que no Brasil se prende pouco, é notório que o Brasil é um dos países cujo sistema penal transmite as mais deletérias informações. Mais de setecentos mil presos, segundo a contagem que remonta ao ano de 2016, a terceira maior população prisional do mundo em números absolutos, além de um conjunto nada equilibrado, predominantemente jovem, da cor preta ou parda e de baixíssima instrução.

Enquanto o senso comum exige a vingança e resposta imediata, a Constituição Federal vincula o sistema processual a direitos e garantias fundamentais. Entretanto, não é difícil visualizar uma resistência, inclusive do judiciário, no reconhecimento desses direitos como estruturas legítimas e indissociáveis do sistema.

A partir desse cenário que se insere a justificativa da presente pesquisa, na medida em que se busca analisar decisões prolatadas em sede de *Habeas Corpus*, a fim de revelar os discursos judiciais presentes nas decisões que negam ou concedem a liberdade do acusado. Dessa forma, busca-se contrapor o imaginário popular com a *práxis* judicial.

A pesquisa não se restringe apenas ao método quantitativo ou ao método qualitativo, tendo em vista que entendemos que a aplicação de ambos os métodos nos permitiria ter uma série de resultados que se completariam entre si e nos ajudaria a compreender melhor o problema. O trabalho não se pretende puramente descritivo. Ao contrário, o conhecimento tem aqui, um sentido de transformação.

## **2 DA PRISÃO CAUTELAR**

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal, além de ser considerado um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que

para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

No entanto, a presunção de inocência não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares. O que permite a coexistência, além do requisito e fundamento cautelar, são os princípios que regem as medidas cautelares.

É importante compreender desde logo que se pode prender alguém, em qualquer fase ou momento do processo ou da investigação preliminar, inclusive em grau recursal, desde que exista uma necessidade cautelar, isto é, o preenchimento do requisito e fundamento cautelar previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva e a prisão temporária são as prisões cautelares que foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Após a reforma de 2011, não existem mais a prisão decorrente da pronúncia e a prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Elas agora, como determinam os respectivos arts. 413, §3º, e 387, §1º, do CPP, passam a ser tratadas como prisão preventiva.

Após o trânsito em julgado, o que temos é uma prisão-pena, ou seja, a execução definitiva da sentença e o cumprimento da pena privativa de liberdade.

No presente estudo, o foco é a prisão preventiva e é no sentido de que se possa compreender quais são as previsões legais para que a prisão preventiva possa ser decretada que este capítulo está estruturado.

## **2.1 OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva é um instituto cautelar destinado à tutela do regular andamento do processo e de seu fim útil, podendo ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva.

A prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Não se pode esquecer do disposto no art. 313, I, ou seja, do não cabimento de prisão preventiva quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. Portanto, incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada (nos quais o apenamento é inferior ao exigido pelo art. 313, I).

Partindo do art. 312, verifica-se que o *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.

Como explica o professor Aury Lopes Jr.<sup>24</sup>, o *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Além do *fumus commissi delicti*, a prisão preventiva exige uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada pelo *periculum libertatis*. Pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o risco processual decorrente da liberdade do indivíduo. Assim, no processo penal brasileiro, falar em *periculum libertatis* invoca as quatro expressões legais do art. 312: conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, ordem pública e ordem econômica.

Um risco à conveniência da instrução criminal pressupõe a necessidade de tutela da prova, ou seja, o imputado deve estar ameaçando a regularidade da instrução probatória. A garantia da aplicação da lei penal remonta o risco de fuga do imputado, ou seja, devem ser demonstrados indícios concretos de frustração de uma futura aplicação de pena.

É possível observar que os dois fundamentos de prisão preventiva supramencionadas possuem uma finalidade eminente cautelar – buscam a tutela do regular andamento do processo e do seu resultado útil. Entretanto, o fundamento da ordem econômica e de ordem pública podem ser considerados fundamentos com efeitos extraprocessuais, ou seja, almejam efeitos para fora dos autos (extra-autos).

A ordem econômica é um fundamento com efeitos “extraprocessuais”. Segundo Aury Lopes Jr.,

[...] tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por

---

24 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 633-635.

colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores<sup>25</sup>.

A expressão “garantia da ordem pública” é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado. A ordem pública pode ser considerado verdadeiro instrumento de encarceramento cautelar do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Segundo Alexandre Morais da Rosa,

O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável, afinal de contas qual a conduta criminalizada que não alterou a dita “ordem social”? Assim, o art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ [...] para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP [...]. Entretanto, a maioria dos Tribunais manipula retoricamente as premissas para fazer prevalecer a mentalidade autoritária, com ampla utilização de prisões cautelares. [...]. Mesmo assim, com muito contorcionismo, decisões são baseadas em compreensões que simplesmente ignoram o disposto no art. 282, I, do CPP e o art. 5º da CR/88, decretando-se, sem fundamento legal, a prisão cautelar pela ordem pública<sup>26</sup>.

A literatura especializada, em parte, manifesta-se pela inconstitucionalidade do fundamento da prisão “para garantia da ordem pública”, mormente em face do amplíssimo caráter normativo que o circunda, eis que, nesse aspecto, cabe ao julgador a definição de ordem pública em dentro dessa definição, identificar o perigo que a liberdade individual pode significar para ela.

### **3 O JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS* PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS**

A pesquisa em Direito é alvo de frequentes críticas que põe em questão sua própria cientificidade. Conhecer os fenômenos jurídicos através das lentes da dogmática, em que pese sua relevância, é insuficiente para compreender a realidade. Para o conhecimento do sistema penal e também para a compreensão dos mecanismos de encarceramento, é claramente insuficiente que a análise se restrinja ao estudo no âmbito legal.

---

<sup>25</sup> LOPES, JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 638;

<sup>26</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 585-587.

Daí a importância da presente pesquisa, que pretende ir além do estudo do conteúdo de material bibliográfico, por meio da análise crítica e sistemática das decisões proferidas em habeas corpus pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Considerando os números de presos provisórios no Brasil, a afirmação de Zaffaroni<sup>27</sup> (2011, p. 70) de que o poder punitivo na América Latina fez uma opção por "*medidas de contenção provisória*", este trabalho analisou um grupo de decisões proferidas em *habeas corpus* no âmbito do Tribunal de Justiça do Amazonas através de suas câmaras criminais.

A finalidade da pesquisa é compreender se as decisões judiciais têm observado a natureza, a finalidade, os princípios e os fundamentos da prisão preventiva. Diante do expressivo número de presos provisórios no Brasil, propõe-se, por meio do presente trabalho, compreender se as razões que têm sido invocadas em decisões judiciais harmonizam-se com a natureza, a finalidade, os princípios e os fundamentos da medida delineados no plano teórico.

### 3.1 SISTEMATIZAÇÃO DOS INDICADORES COLETADOS

Concluída a exposição sobre a prisão preventiva, passa-se, agora, à exposição dos resultados obtidos através de pesquisas realizadas no campo de jurisprudência do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

O Tribunal de Justiça do Amazonas é formado por 26 (vinte e seis) desembargadores e possui 2 (duas) câmaras criminais, formadas estas por 4 (quatro) desembargadores.

Cumprido ressaltar que neste trabalho foi utilizado o critério da seleção dos acórdãos através da pesquisa dos acórdãos publicados entre 01 de março de 2021 e 01 de abril de 2021, tendo sido obtidos pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. O recorte temporal implementado justifica-se pela escassez de tempo para a realização do presente artigo científico, além da praticidade, de forma a selecionar um número não excessivo de decisões judiciais, que culminasse por prejudicar o bom andamento da pesquisa.

A seleção dos acórdãos através do critério da data de publicação possibilitou que fossem encontrados acórdãos dos quais o objeto da decisão não era acerca da prisão preventiva. Sendo assim, mediante a leitura dos acórdãos, foi feita uma seleção dos *habeas*

---

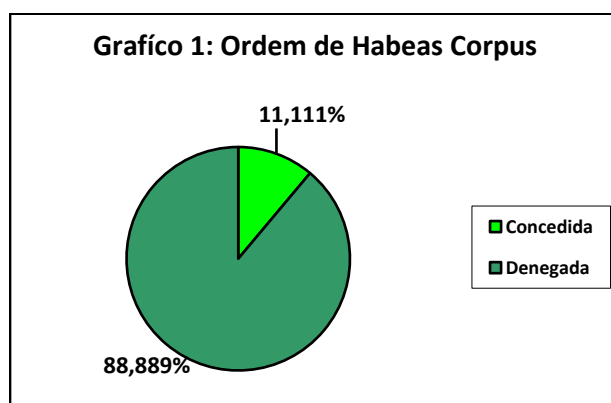
<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 70.

*corpus* impetrados perante a 1ª Câmara Criminal e a 2ª Câmara Criminal do TJAM, de forma que apenas os que tinham como objeto a prisão preventiva foram selecionados.

Após a leitura de todos os acórdãos, encontrou-se 90 decisões que apreciavam *habeas corpus* cujo objeto da impetração era a alegação de constrangimento ilegal em razão da prisão cautelar imposta ao acusado.

O Gráfico 1 apresenta uma informação muito relevante para o presente estudo, pois consolida as 90 decisões colegiadas tomadas nos autos dos *habeas corpus* impetrados perante as Câmaras Criminais do TJAM.

Dos 90 *habeas corpus*, o Tribunal denegou em 88,89% (80 decisões) e concedeu a ordem para determinar a soltura em 11,11% (10 decisões).



Já se percebe que a quantidade de ordem concedida é ínfima, razão pela qual é possível afastar a ideia de que os juízes sejam, de alguma forma, lenientes para com a punição e prisão de indivíduos, ou seja, a polícia prende e os juízes também.

De acordo com dados do Infopen, em dezembro de 2019, observa-se que o Brasil contabilizava 748.009 pessoas privadas de liberdade, interligadas ao sistema penitenciário. Destes, 30,4% são presos provisórios<sup>28</sup>.

Com base nas informações obtidas, apurou-se que 76 dos pacientes tinham advogado constituído e apenas 14 eram assistidos pela Defensoria Pública.

Dos 90 *habeas corpus* analisados, 57 foram originários da capital (Manaus) e 33 de comarcas do interior do Amazonas. Dos 14 pacientes que eram assistidos pela Defensoria

<sup>28</sup> INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>.

Pública, 9 foram *habeas corpus* originários da capital e 5 originários de comarcas do interior do Amazonas (Maraã, Manacapuru, Humaitá, Barreirinha e Coari).

Neste ponto, importante destacar que de acordo com o II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil em 2019-2020 (Pesquisa produzida pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP – em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea<sup>29</sup>), o Amazonas teve um movimento positivo de expansão de cargos de defensor público no período analisado (2013 e 2019).

Entretanto, apesar da expansão da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, ainda se trata de número aquém das demandas para promover um efetivo acesso a direitos e à justiça, especialmente em municípios de pequeno porte<sup>30</sup>.

Na região Norte, destacavam-se os déficits de defensores(as) nos estados do Pará e Amazonas, em grande parte concentrados em municípios de pequeno porte. De acordo com o relatório, em 2019/2020, das 61 comarcas existentes no Estado do Amazonas, apenas 33 eram atendidas pela Defensoria Pública.

Por fim, para a amostra, mapeamos a relação entre tipos penais e resultado. Das 90 decisões da amostra que continham informações sobre o tipo penal, os mais prevalentes são tráfico de drogas, homicídio e roubo.

Tabela 1: Relação de crimes que justificaram a prisão preventiva dentre os *habeas corpus* analisados e a quantidade de ordens concedidas e denegadas.

<b>Tipo penal</b>	<b>Incidência</b>	<b>Concedida</b>	<b>Denegada</b>
Tráfico de drogas e/ou associação para o tráfico de drogas ilícitas	41	3	38

<sup>29</sup> Disponível em: <[https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/49336/MAPA\\_RELATORIO\\_DIGITAL\\_.pdf](https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/49336/MAPA_RELATORIO_DIGITAL_.pdf)>.

<sup>30</sup> É importante ressaltar que os dados para o II Mapa foram coletados em 2019/2020. Nas tabelas e gráficos que são apresentados no relatório o número de defensoras e defensores públicos apontado é de 6027 cargos providos e 5913 cargos em atuação-fim. Atualmente, em razão de concursos públicos e nomeações ocorridas entre maio de 2020 a maio de 2021, o Brasil já alcançou o número de 6235 defensoras e defensores estaduais e distrital.

Roubo, latrocínio, furto, receptação e estelionato	18	2	16
Homicídio	20	1	19
Posse ou porte ilegais de arma de fogo	3	1	2
Crimes contra a dignidade sexual	4	0	4
Outros <sup>31</sup>	4	3	3

A tabela em si revela um grupo pequeno de crimes dos quais resultaram prisões. Observa-se que os crimes relacionados ao tráfico de drogas somado aos crimes contra o patrimônio foram responsáveis por 65,5% dos casos de *habeas corpus* analisados.

Os crimes relacionados às drogas ilícitas são responsáveis por 20,28% da população prisional brasileira, os quais ajudam a superlotar o já precário e abandonado sistema penitenciário, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies. Os crimes relacionados às drogas ilícitas juntamente com os crimes contra o patrimônio são responsáveis por 71,24% da população prisional do Brasil<sup>32</sup>.

O discurso declarado do sistema penal de proteção é no sentido de proteção de uma quantidade muitíssimo maior de bens jurídicos, mas o que se observa é uma seletividade do sistema penal.

### 3.2 O DISCURSO JUDICIAL NA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIBERDADE

Em relação às denegações, analisou-se os principais critérios utilizados para motivar as denegações. Daí, notou-se critérios como a garantia da ordem pública e a aplicação dos enunciados das Súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça.

No pedido de liberdade por excesso de prazo não se questiona a prisão em si ou os motivos que a ensejaram, mas sim o tempo da prisão. Quando se trata, porém, de ausência de motivos para a prisão cautelar, o questionamento se dá sobre as razões fáticas, mas também legais que autorizam ou não a prisão.

<sup>31</sup> Neste item constam crimes com número menos expressivo: embriaguez ao volante, descumprimento de medidas protetivas de urgência, pesca em local proibido, dano.

<sup>32</sup> INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>.



No que se refere ao excesso de prazo e as súmulas 21 e 52 do STJ, os tribunais superiores não seguem um prazo fixo para verificação acerca do excesso de prazo da prisão preventiva, portanto a contagem dos prazos pura e simplesmente não pode ser critério para auferir a ilegalidade da prisão, o contexto do processo de um modo geral, seus sujeitos e a demora necessária, são fatores que aliados à proporcionalidade e razoabilidade, são parâmetros a serem observados ao analisar a ilegalidade da prisão por excesso de prazo.

A súmula 21 tem a seguinte redação: "*Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*", portanto a súmula foi elaborada com o objetivo de que no procedimento do tribunal do júri, após a sentença de pronúncia a defesa não poderia mais alegar a existência de excesso de prazo na formação da culpa. Já no que se refere à sumula 52, que tem a seguinte redação: "*Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*". De acordo com Luiz Regis Prado:

De mais a mais, tais enunciados sumulares criam uma restrição do texto constitucional para algo como razoável duração da primeira fase do procedimento bifásico de crime doloso contra a vida e razoável duração da fase instrutória, situações não aceitas sequer em sua corte criadora. É bastante claro que a ideia dessas três súmulas vem a ser a de facilitar a vida do julgador e evitar que a defesa exercite seu *munus* ampla ou plenamente, pois embaraça a atuação do advogado a possibilidade de ver sofrer seu cliente por uma prova que foi requerida por ele. Logo, são súmulas que nada têm a ver com o respeito a direitos fundamentais, portanto, eivadas de inconstitucionalidade<sup>33</sup>.

Um último recorte de fundamento foi realizado, considerando apenas os denegados sob o fundamento de que a prisão era legal ante a necessidade de garantia da ordem pública. Vejamos os excertos de algumas das decisões judiciais dos *habeas corpus* analisados:

[...] In casu, a prisão cautelar não declina em face de condições favoráveis ao Paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, pois neste caso deve ser levado em consideração a

---

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão Preventiva: a contramão da modernidade*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 163.

natureza do delito, qual seja, crime de Tráfico de Drogas, tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

III A ordem pública, neste momento processual, deve ser resguardada, motivo que torna necessária a repressão.

[...]

Em obediência ao art. 315 do CPP, cabe consignar que o crime imputado ao paciente é de natureza gravíssima, com notória repercussão negativa na coletividade, tornando manifesta, portanto, a periculosidade do segregado e a consequente necessidade de adequada e pronta resposta do Estado, o que perfaz mais uma vez a manutenção da medida cautelar, em atendimento não somente à ordem pública (art. 312 do CPP), mas também à conveniência da instrução criminal. [...] (HC-12).

[...] Dessa feita, extrai-se dos Autos que o Paciente encontra-se preso preventivamente, considerando a prática do delito de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei n.º 11.343/06), cuja prisão fora decretada como garantia da ordem pública, essencial no caso dos Autos, posto que o delito cometido pelo Paciente é concretamente grave e justifica a manutenção de sua prisão até o presente momento, não sendo o caso, portanto, de fixação de medidas cautelares, ante o risco concreto à manutenção da ordem pública, encontrando-se presentes os requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 312, do CPP, o que denota o perigo em concreto em sua liberdade. [...] Imprescindível à defesa da incolumidade pública, não podendo a sociedade permanecer à mercê de pessoas que se revelam perigosas e predispostas à prática de atos de violência. [...] (HC-32).

[...] A despeito das alegações do Impetrante, verifico, da detida análise do feito, a presença dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, quais sejam: o *fumus comissi delicti*, consubstanciado nos indícios de autoria e na prova da materialidade e o *periculum libertatis*, fundamentado na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade do delito, consubstanciado na infração ao art. 14, da Lei n.º 10.826/03. [...] (HC-62).

O fato de o conceito da ordem pública ser vago e impreciso possibilita uma vasta construção argumentativa para justificação da prisão. Alguns tipos penais sensibilizam os julgadores de forma mais acentuada para manter a supressão da liberdade do indivíduo,

como é o caso do delito de tráfico de drogas. O alarde e a consideração de que a sociedade está em risco são frequentes:

Os crimes praticados pelo paciente - tráfico de drogas e associação para o tráfico-, são daqueles considerados vis e ignóbeis, causadores de enorme repulsa social, sobretudo por alimentarem toda uma cadeia de infrações penais. As enigmáticas questões que envolvem esses delitos se avultaram com incrível velocidade no meio social. Os informes televisivos, a grande mídia escrita e mais atualmente as notícias digitais, em formato podcast, revelam, nitidamente, que os quatro cantos deste imenso Brasil têm tido um indevido incremento na criminalidade, tendo como eixo comum entre eles a perpetração do crime de tráfico de drogas como causa hegemônica de sua ocorrência. (HC-69).

O julgador incorpora os traços do pânico moral para tratar o tráfico, genericamente, como o destruidor de lares, da moralidade, da família e de qualquer norma de convivência que possa manter a sociedade de pé.

É possível apurar os fundamentos aduzidos para manter a prisão cautelar e perceber que o que está em julgamento, antes do réu, é o próprio crime de tráfico de drogas. A dinâmica dos processos que julgam tráfico de drogas é prender primeiro, perguntar depois. Tanto há excesso na decretação e manutenção de prisões que não resultarão em penas, como há nítido esvaziamento do sentido de cautelaridade.

De acordo com Marcelo Semer:

Há nitidamente uma sensação de que o tráfico de drogas é, efetivamente, um delito de imensa gravidade, mais por seu timbre "equiparado a hediondo", do que propriamente pelas particularidades do caso concreto. E, com ela, uma aposta desmesurada no encarceramento como forma de solução, naquilo que se constitui, a essa altura, uma espécie de triunfo da esperança sobre a experiência. Acossados pelos reflexos não tão passageiros do pânico moral, suportando o silêncio sobre violências para confiar nos propósitos da polícia, seja na repressão, seja na instrução, os juízes,

em grande medida, abonam a tutela da ordem pública que se dá ao crime de tráfico preterindo-se questões sanitárias<sup>34</sup>.

No mesmo sentido é Luís Carlos Valois:

Criam-se varas especializadas em crimes de tráfico de drogas que, assim como varas de combate, dão ao magistrado, conforme indicam os nomes dessas varas, o simbolismo, a função de combatente que, por certo, tem formado a postura do ser humano juiz. Embora seja básico o conceito de que juiz é juiz e não vingador. De que juiz é juiz e não *Batman*, a percepção dos próprios juízes “como agentes garantidores da segurança pública” tem sido proporcional ao descrédito atribuído ao Direito como instrumento de paz social, levando à tendência de se ver a prática jurisdicional como mais um elemento da política de (in)segurança do Estado<sup>35</sup>.

Ainda é possível vislumbrar-se o uso da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de prisão preventiva para reestabelecer a credibilidade das instituições. Trata-se de uma falácia, porque “*nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção*”. Seria, pois, preocupante “*que a crença da população nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas*”<sup>36</sup>. Afinal, se o poder público (punitivo) se vale de prisões para se legitimar, cresce em dimensão o estado de polícia.

A violação reiterada ao estado de inocência produzida pela a prisão preventiva para a garantia da ordem pública remonta, em boa parte, à importação de categorias impróprias do processo civil para o processo penal, a exemplo de tratar prisões processuais como tutelas de urgência do processo civil.

Apesar do crescimento contínuo de encarceramento em relação aos crimes ligados a drogas, e a pesquisa concluir pelo exagero excesso de prisão provisória, ainda assim, o conjunto dos juízes avalia uma certa insuficiência na repressão. Pesquisa institucional

---

34 SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596\\_Tese\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Parcial.pdf)>.

35 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2.ed. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 431.

36 LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114.

realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros<sup>37</sup>, em 2015 apontou que 67,0% eram a favor da proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança, para os mesmos delitos.

Embora já a tenhamos tido, todas as normas que previam alguma espécie de compulsoriedade na prisão provisória estas foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, desde a Lei dos Crimes Hediondos. A obrigatoriedade da cautela, aliás, não seria apenas um retorno ao autoritarismo. Nas lúcidas palavras de Herbert Packer: *"Uma sociedade que tolera secretamente a prisão indiscriminada é hipócrita; mas aquela que aprova sua legalidade está no caminho certo para se tornar um totalitarismo."*<sup>38</sup>

### 3.3 O DISCURSO JUDICIAL NA DECISÃO QUE CONCEDE A LIBERDADE

Os *habeas corpus* que foram providos são aquele grupo de decisões em que se reconhece a procedência do pedido, ou seja, em que resta evidenciada para o tribunal a coação ilegal contra o direito de ir e vir, e por conseguinte, expede-se alvará de soltura.

Dos 90 *habeas corpus* analisados, em apenas 10 houve a concessão da ordem para determinar a soltura do paciente, dentre os quais 6 tinham advogado constituído e 4 eram assistidos da Defensoria Pública.

O excesso de prazo, a decretação de prisão preventiva de ofício, a ausência de proporcionalidade e a manutenção da prisão preventiva tão somente em razão da falta do recolhimento da fiança foram as principais razões veiculadas como justificativa para a existência de manifesta coação ilegal ou abuso de poder nos *habeas corpus* concedidos pelo tribunal.

Entre 3 das ordens concedidas, a tese alegada pelos impetrantes foi o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo para a formação da culpa.

Em um dos casos (HC-3), o acusado havia sido preso em 23 de setembro de 2013 em razão da suposta prática do crime de homicídio e a sentença de pronúncia foi proferida no dia 13/08/2018. A impetração foi realizada pela Defensoria Pública em 18 de janeiro de 2021 e cingiu-se à alegação de excesso de prazo, posto que sequer havia data para

37 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. "Pesquisa AMB 2015 – A AMB quer ouvir você".

**Cadernos de resultados.** Disponível em

<[http://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Revista\\_Resultado\\_Pesquisa\\_AMB\\_2015\\_para\\_site.pdf](http://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site.pdf)>

38 PACKER, Herbert. **The Limits of the Criminal Sanction.** Stanford: SUP, 1968, p. 179.

juízo de julgamento pelo plenário do tribunal do júri, encontrando-se o paciente, então, preso, há mais de 7 anos.

Ao julgar o HC nº 588.172/AM, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o excesso de prazo na prisão do corréu, que havia sido preso na mesma data do paciente. A partir disto, a 1ª Câmara Criminal do TJAM concedeu a ordem, a fim de determinar a liberdade do paciente, tendo sido estendidos os benefícios concedidos ao corréu pelo STJ.

Em um *habeas corpus* (HC-72) impetrado no dia 07 de outubro de 2020, o advogado alegou o excesso de prazo, tendo em vista que o paciente se encontrava preso desde o dia 15 de agosto de 2020, em razão da suposta prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, sem que sequer houvesse sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público. O Tribunal concedeu a ordem, além de ter afirmado no teor da decisão que o réu já cumpriu mais da metade da sanção penal abstratamente cominada ao crime.

Já em um caso de prisão pela prática do crime de roubo (HC-20), a Defensoria Pública alegou o excesso de prazo, tendo em vista que o paciente estava preso há mais de 2 anos, sem que sequer houvesse sido designada data de audiência de instrução e julgamento. A 1ª Câmara Criminal reconheceu que o excesso de prazo para a finalização dos atos instrutórios é manifesto, extenso e injustificável. Diante disso, entendeu-se configurado constrangimento ilegal por ofender o princípio da razoabilidade em razão do excesso de prazo para a conclusão da instrução probatória.

Outra tese alegada pelos impetrantes é a impossibilidade de prisão de ofício. No *habeas corpus*-19, o acusado teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva em razão da suposta prática do delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Naquela ocasião, o juiz converteu a prisão em flagrante dos pacientes em prisão preventiva, apesar do representante do Ministério Público ter se manifestado pela liberdade provisória.

Importante destacar que a Lei nº 13.964/2019 promoveu alterações no Código de Processo Penal, houve a supressão da expressão "*de ofício*" dos arts. 282, §2.º e 4.º, e 311, vedando-se, de forma expressa, a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da Autoridade Policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Com base na alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019 e entendimento do STJ, a 1ª Câmara Criminal concedeu a ordem, tendo em vista a impossibilidade de decretação de prisão de ofício.

Um caso peculiar (HC-33) foi o de uma prisão em razão da suposta prática do delito de pesca proibida que é previsto no art. 34 da Lei nº 9605/98 e do uso de papéis falsificados

ou alterados. O Tribunal entendeu pela concessão da ordem, uma vez que se está diante de delitos praticados sem violência ou grave ameaça.

No caso concreto, o decreto preventivo se mostra desproporcional e, portanto, desprovido de legalidade, pois o paciente se encontrava preso, por mais de 2 (dois) meses, em regime mais rigoroso ao que será submetido caso venha ser condenado, considerando a pena máxima abstrata cominada ao delito em questão.

Por fim, destacaremos um caso (HC-68) no qual houve a decretação da prisão preventiva tão somente em razão do não pagamento da fiança. A Defensoria Pública impetrou o *habeas corpus* em favor de um assistido que teve a liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança de 02 (dois) salários mínimos, em razão da suposta prática do delito de descumprimento de medida protetiva de urgência, além do art. 21 da lei de contravenções penais.

Mostra-se ilegal a preservação da custódia do acusado apenas em razão do não pagamento da fiança, especialmente considerando que a própria autoridade coatora reconheceu não estarem presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. O Superior Tribunal de Justiça assegurou ordem de habeas corpus coletiva, com extensão de efeitos a todo o território nacional, aos pacientes que tiveram liberdade provisória condicionada apenas ao pagamento de fiança.

As concessões de ordem são uma afronta, porque, de fato, vão de encontro a lógica da punição antecipada. O voto concessivo causa estranheza em um Tribunal acostumado a denegar, conforme se percebe durante uma entrevista a um desembargador:

A maioria dos juízes acha mesmo que a prisão é o melhor meio tanto que quando você leva um habeas corpus que denega a ordem o pessoal não está nem preocupado em discutir, a não ser que seja uma coisa muito... é... ou então, quando o advogado vai fazer sustentação oral porque aí você terá que justificar de alguma forma mais cuidadosa o...quando o voto é pela concessão aí é muito difícil que não haja uma discussão, às vezes uma discussão boba, mas sempre há uma discussão. Por que? Porque as concessões de ordem é como se fosse uma afronta ao sistema judiciário (desembargador 9)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Disponível em: <

Desse modo, em meio ao ritmo de denegação de *habeas corpus*, é possível identificar alguns casos que se sobressaem e são olhados mais de perto, considerando-se suas peculiaridades, além do entendimento consolidado nas cortes superiores.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência do processo penal torna viável a aplicação da pena para aqueles que praticaram atos delitivos, na medida em que limita a atividade estatal, no sentido de evitar abusos de poder, além de servir de instrumento efetivo de garantia dos direitos e liberdades individuais.

O exercício do poder punitivo estatal em uma democracia deve ser pautado pela mínima intervenção na vida das pessoas. A restrição da liberdade individual deveria ser exercida com a máxima cautela e apenas excepcionalmente. Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra e todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva.

O estudo das 90 decisões judiciais em *habeas corpus* proferidas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas possibilitou identificar o volume das concessões e denegações, analisar os argumentos utilizados pelos julgadores, identificar a incidência dos tipos penais.

Como se demonstrou, 88,89% dos *habeas corpus* analisados foram denegados. Vimos, também, que a gravidade do crime e a credibilidade das instituições são responsáveis por grande parte das justificativas do discurso jurídico-penal nas decisões denegatórias. A pesquisa demonstrou não existir um critério válido para se precisar o abalo à ordem pública ao constar que somente determinados crimes são selecionados, em especial o crime de tráfico de drogas.

A caótica e dramática situação que se vivencia no Brasil, com os exorbitantes números de encarceramento provisório se deve, em grande parte, à possibilidade de se determinar a o aprisionamento cautelar com fundamento no vago, impreciso e lacunoso conceito da ordem pública. Dessa forma, se institucionaliza uma prática antidemocrática de punir sem culpa formada, o que faz com que quase metade do sistema prisional seja ocupado por presos provisórios.

Nessa pesquisa, os resultados evidenciaram que o sistema criminal brasileiro produz e convive com vários tipos de excesso quando se trata da realidade da prisão, em especial da prisão anterior ao julgamento. Diante disso, o projeto de implementação de um Estado

---

[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10433/1/ManuelaAbath\\_Julgando%20a%20liberdade%20e%20linha%20de%20montagem.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10433/1/ManuelaAbath_Julgando%20a%20liberdade%20e%20linha%20de%20montagem.pdf)>.



Democrático de Direito no Brasil encontra um obstáculo considerável no modo de funcionamento do sistema penal.

Surge, então, a necessidade urgente dos julgadores de decidir a partir da Constituição Federal e dos direitos fundamentais. Isso significa realizar um constante crivo de constitucionalidade, afastando proposições jurídicas contrárias a esses marcos hermenêuticos, independentemente das contingências sociais, políticas ou econômicas.

Por fim, sem o respeito aos direitos e garantias fundamentais, conquistados com muita luta e sacrifício para gozarmos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, todos estamos sujeitos a arbitrariedades e ao abuso de poder, ao estado de exceção, que está, aos poucos, se tornando permanente.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. "Pesquisa AMB 2015 – A AMB quer ouvir você". **Cadernos de resultados**. Disponível em <[http://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Revista\\_Resultado\\_Pesquisa\\_AMB\\_2015\\_para\\_site.pdf](http://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site.pdf)>, acesso em 10 jan. 2022, às 10h13.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil em 2019/2020**. Brasília/Rio de Janeiro, agosto de 2021. Disponível em <[https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/49336/MAPA\\_RELATORIO\\_DIGITAL\\_.pdf](https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/49336/MAPA_RELATORIO_DIGITAL_.pdf)>, acesso em 03 jan. 2022, às 15h14.
- INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- PACKER, Herbert. **The Limits of the Criminal Sanction**. Stanford: SUP, 1968.
- PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596\\_Tese\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Parcial.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2022.

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE.

Disponível em:

<[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10433/1/ManuelaAbath\\_Julgando%20a%20liberdade%20em%20linha%20de%20montagem.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10433/1/ManuelaAbath_Julgando%20a%20liberdade%20em%20linha%20de%20montagem.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2.ed. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

## 6 RELAÇÃO DAS DECISÕES PESQUISADAS

- 001-) 4001014-31.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 002-) 4000897-40.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 003-) 4000235-76.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 004-) 4000980-56.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 005-) 4008852-59.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 006-) 4008826-61.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 007-) 4000265-14.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 008-) 4008730-46.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 009-) 4008483-65.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 010-) 4000829-90.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 011-) 4008638-68.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 012-) 4000325-84.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 013-) 4000219-25.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 014-) 4008862-06.2020.8.04.0000 (TJAM) 015-) 4000821-16.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 016-) 4000549-22.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 017-) 4000504-18.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 018-) 4001352-05.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 019-) 4000143-98.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 020-) 4000378-65.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 021-) 4001117-38.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 022-) 4000986-63.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 023-) 4000990-03.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 024-) 4000350-97.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 025-) 4000540-60.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 026-) 4000662-73.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 027-) 4000276-43.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 028-) 4000327-54.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 029-) 4008620-47.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 030-) 4000360-44.2021.8.04.0000 (TJAM)

031-) 4000544-97.2021.8.04.0000 (TJAM) 032-) 4000977-04.2021.8.04.0000 (TJAM)  
033-) 4000080-73.2021.8.04.0000 (TJAM)  
034-) 4008902-85.2020.8.04.0000 (TJAM)  
035-) 4000320-62.2021.8.04.0000 (TJAM) 036-) 4000069-44.2021.8.04.0000 (TJAM)  
037-) 4008999-85.2020.8.04.0000 (TJAM) 038-) 4000558-81.2021.8.04.0000 (TJAM)  
039-) 4000447-97.2021.8.04.0000 (TJAM) 040-) 4000034-84.2021.8.04.0000 (TJAM)  
041-) 4008366-74.2020.8.04.0000 (TJAM) 042-) 4007774-30.2020.8.04.0000 (TJAM)  
043-) 4000083-28.2021.8.04.0000 (TJAM)  
044-) 4000106-71.2021.8.04.0000 (TJAM)  
045-) 4000051-23.2021.8.04.0000 (TJAM)  
046-) 4000063-37.2021.8.04.0000 (TJAM)  
047-) 4007608-95.2020.8.04.0000 (TJAM)  
048-) 4000178-58.2021.8.04.0000 (TJAM)  
049-) 4000100-64.2021.8.04.0000 (TJAM)  
050-) 4008488-87.2020.8.04.0000 (TJAM)  
051-) 4000734-60.2021.8.04.0000 (TJAM)  
052-) 4007968-30.2020.8.04.0000 (TJAM)  
053-) 4008998-03.2020.8.04.0000 (TJAM)  
054-) 4000526-76.2021.8.04.0000 (TJAM)  
055-) 4000132-69.2021.8.04.0000 (TJAM)  
056-) 4008692-34.2020.8.04.0000 (TJAM)  
057-) 4008649-97.2020.8.04.0000 (TJAM)  
058-) 4007768-23.2020.8.04.0000 (TJAM)  
059-) 4007506-73.2020.8.04.0000 (TJAM)  
060-) 4008484-50.2020.8.04.0000 (TJAM)  
061-) 4000175-06.2021.8.04.0000 (TJAM)  
062-) 4008773-80.2020.8.04.0000 (TJAM)  
063-) 4008558-07.2020.8.04.0000 (TJAM)  
064-) 4008550-30.2020.8.04.0000 (TJAM)  
065-) 4000333-61.2021.8.04.0000 (TJAM)  
066-) 4000303-26.2021.8.04.0000 (TJAM)  
067-) 4008864-73.2020.8.04.0000 (TJAM)  
068-) 4000379-50.2021.8.04.0000 (TJAM)  
069-) 4000326-69.2021.8.04.0000 (TJAM)  
070-) 4000410-70.2021.8.04.0000 (TJAM)  
071-) 4008816-17.2020.8.04.0000 (TJAM)  
072-) 4006819-96.2020.8.04.0000 (TJAM)  
073-) 4000138-76.2021.8.04.0000 (TJAM)

- 074-) 4000418-47.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 075-) 4008947-89.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 076-) 4000324-02.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 077-) 4000409-85.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 078-) 4008453-30.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 079-) 4008846-52.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 080-) 4008897-63.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 081-) 4000262-59.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 082-) 4000150-90.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 083-) 4008629-09.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 084-) 4008107-79.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 085-) 4000256-52.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 086-) 4008519-10.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 087-) 4000090-20.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 088-) 4007442-63.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 089-) 4000078-06.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 090-) 4000161-22.2021.8.04.0000 (TJAM)

## **A NÃO OBSERVÂNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTANCIA**

**MICHEL SAINT CLAIR ARAUJO DOS SANTOS:**  
Bacharelando do Curso de Direito pela Faculdade Serra  
do Carmo-FASEC

ISRAEL ANDRADE ALVES<sup>40</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Este trabalho traz ao debate as diversas razões sob diferentes prismas sobre a prisão na segunda instância e a violação ao Princípio da Presunção de Inocência, visto que este é um legitimado que há muito vigora em nosso ordenamento jurídico e nossa Constituição Federal a inclui como um dos princípios que garantam a efetivação da legalidade, de fazer aquilo que é justo. A sua não observância com certeza traria prejuízos irreparáveis para o sistema democrático de justiça que toda sociedade justa almeja. A presunção de inocência é um direito que é considerado sagrado, a aplicação da prisão já na segunda instância é uma afronta a legalidade e ao estado de direito democrático. Este artigo tem como objetivo trazer uma reflexão mais detalhada e proporcionar ao leitor para que este venha a ter uma opinião mais próxima daquilo que deve ser praticado, e ao mesmo tempo incentivando a todos a pesquisas e as buscas de visões que venham a ajudar a se formar uma melhor decisão sobre o referido tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da Presunção de Inocência. Prisão em segunda instância. Legalidade.

### **INTRODUÇÃO**

A aplicação da prisão em segunda instância e a não observância do princípio da presunção de inocência afetou diretamente a execução penal no país. É muito importante salientar o que pode acontecer ao estado caso seja aplicada a pena após condenação em segundo grau, ignorando a presunção de inocência no sistema prisional, que já se encontra em situação de superlotação.

---

40 Professor de Direito Penal, Processo Penal e Ciência Política e Teoria Geral do Estado no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins. Email: prof.israelalves@fasec.edu.br.

Apesar de estar expressa na Constituição Federal a presunção de inocência como uma cláusula pétrea, onde entende-se que ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, temos que nos atentar também para os casos em que isso possa comprometer a instrução do processo ou oferecer risco a sociedade.

Este trabalho tem como objetivos investigar e especificar os possíveis impactos sobre a execução penal com essas aplicações da pena em segundo grau antes do trânsito em julgado, assim como investigar os casos ignorados da presunção de inocência, comparando a massa carcerária antes e depois das decisões tomadas pelas prisões em segunda instância e de forma mais detalhada explicitar quais os delitos que mais se aplicam a pena de segundo grau.

Iremos obter os dados necessários para a construção deste trabalho através de uma pesquisa bibliográfica, onde serão levantados referenciais teóricos já analisados e publicados por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites relacionados ao meio jurídico onde mostrem o verdadeiro impacto no sistema prisional, ocorrido a partir da aplicação da prisão em segunda instância.

## **1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

As garantias constitucionais foram elaboradas para frear o abuso estatal ou ilegalidade cometida pelo coator, isto é, foram construídas e positivadas com a intenção de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. São ações constitucionais que visam sanar ou impedir lesão ou coação que atinjam os direitos individuais ou coletivos, a depender da situação, denominadas pelo Direito com remédios constitucionais, no qual o impetrante é denominado como paciente.

Como bem diz o artigo 5º, incisos LV e LVII da nossa carta magna, sobre esses direitos fundamentais garantidos, reconhecidos e positivados dentro de uma sociedade administrada pelo poder de um estado, que todos sem a mínima exceção têm os direitos a sua disposição assim que solicitados a qualquer momento e situação que ignore ou viole o que lhe é devido.

Vejamos aqui alguns direitos fundamentais como destaque que diversas vezes estão escondidos daqueles que por algum motivo praticou algum delito e ainda que estando errado tem o direito que lhe é devido, todavia descobrem quando um operador do direito seja público ou privado lhe abrem os olhos a cerca de tal direito respaldado em nossa constituição federal.

Direito ao devido processo legal Art. 5º, LIV, da CF/88, nada mais é o direito a um processo garantindo todas etapas previstas em lei e com todas as garantias constitucionais. Sem as quais o processo se torna nulo.

Direito ao contraditório e ampla defesa Art. 5º, LV, da CF/88, são consideradas bases do devido processo legal e não podem ser ignoradas, no contraditório o réu busca mostrar a inverdade da acusação e na ampla defesa tende a mostrar e sustentar a sua verdade recheadas de elementos.

E não menos importante a que nos assegura que ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória evitando assim qualquer tipo de prejuízo ao réu naquilo que lhe foi imputado que por muitas das vezes pode lhe causar danos irreparável antes da sentença final obedecendo todo o devido processo legal fixado em nossa constituição.

## **2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Sendo a presunção de inocência, cláusula pétrea, que nem por emenda constitucional pode ser suprimida ou alterada.

Vejamos um breve histórico sobre o princípio da presunção de inocência, para conhecer um instituto jurídico é necessário pesquisar sobre seu surgimento, pois sendo o direito um ramo das ciências sociais, por certo, suas bases emanam de fatos sociais, que vão mudando com o passar do tempo, demonstrando, assim, sua historicidade. Desse modo, antes de falar do princípio da presunção de inocência tal qual ela se apresenta na atualidade, importante conhecer seus antecedentes históricos, ainda que brevemente. Não há um consenso doutrinário acerca do surgimento da presunção de inocência, para Jesus e Bragança (2017) o seu nascimento se deu no Direito Romano, podendo-se extrair suas premissas dos Digestos e do Corpus Juris Civilis.

A presunção de inocência em curtas palavras significa que nenhum indivíduo deve ser condenado sem provas e que lhe sejam garantidos todos os recursos para que este possa provar a sua inocência, em conformidade com o Art. 5º, LVII, CF - "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Sendo assim, o inciso LVII consagra o princípio da presunção de inocência, também conhecido por "princípio da não culpabilidade, também temos o Art. 5º, LIV, CF – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, afinal todos tem o direito a ampla defesa e o contraditório.

Trata-se dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório e da ampla defesa, do favor libertatis, do in dubio pró réu, dentre outros (BULOS, 2014, p. 353).

O inciso LV do artigo 5º, previsto na Constituição Federal de 1988, define que:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Assim como também está disposto no CPP em seu Art. 283, caput:

Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. ”

Vejam que o dispositivo do Art. 283 do CPP não comporta questionamentos, o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão, pois se não tem esses requisitos, então não se pode falar em prisão, uma vez que se exige tal condição para aplicação de prisão.

A presunção da inocência é um direito sagrado, o ser humano já nasce com ele, e este não pode ser dispensado, tirado. Todo ser humano já traz este de berço e em nenhuma situação será obrigado a se auto incriminar.

Senão, ainda vejamos que a própria Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, cita em seu texto, sobre a presunção de inocência, precisamente em seu Art. XI, que dispõe:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa. ”

Como se vê, uma técnica legislativa inadequada porque faz uma "mistura" entre a prisão processual, garantia do processo ou da sua efetividade, e execução provisória da pena, a prisão como modalidade de pena. Na verdade, contraria o que decidiu o supremo tribunal federal a respeito do assunto em tela.

Vejamos a importância do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos integrantes do ordenamento jurídico nacional, respectivamente, dos Decretos Executivos nº 592, de 6 de julho de 1992, e nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Diz o art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, “que toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não



for legalmente comprovada sua culpa. “Seguindo a mesma vertente, temos o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San Jose da Costa Rica.

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha ou de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido em lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para o juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido da sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. ”

Vejam a importância do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, onde se demonstra o direito materializado não somente em nossa constituição federal, mas em uma convenção internacional onde se mostra o tamanho da importância para que seja colocada em prática o princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, como frisa Nucci (2012, p. 264), no processo penal, em virtude da presunção de inocência, “a inocência é a regra; a culpa, a exceção”. Noutro vértice, MORAES (2010) entende que a presunção de inocência compreende três acepções, sendo elas: a) norma de tratamento; b) norma probatória e c) norma do juízo. Esta última, segundo o autor, constitui a forma como o juízo aprecia a prova, sem interferência, e verifica a sua “suficiência” para fins de condenação criminal. Lopes Jr. e Badaró (2016) chamam essa característica de “regra de julgamento”, e associam-na a aplicação do *in dubio pro reo*.

### **3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O TRÂNSITO EM JULGADO NA ESFERA CRIMINAL**

O duplo grau de jurisdição é a possibilidade que a decisão judicial deva ser reexaminada por um órgão jurisdicional superior, isso é a decisão do juiz deve haver a condição de reexame, pois o mesmo não consta expressamente na constituição, por isso não é um princípio constitucional, diz a primeira corrente. Porém temos a segunda corrente no qual diz que é sim um princípio constitucional implícito, porque a constituição o prevê implicitamente na estrutura do poder judiciária os tribunais, sendo que as decisões devem ser motivadas, fundamentadas no que diz respeito ao Art. 93, IX da constituição federal de 1988, para recorrer a ampla recorribilidade. Segundo o supremo tribunal federal é o princípio supralegal que está acima das leis, mas abaixo da constituição, e está no pacto de San José da Costa Rica no Art. 8º, 2, h, por se tratar de direitos humanos, o tratado de direitos humanos aprovado tem força de constituição por ter quórum de emenda constitucional aprovada.

Veamos um cidadão que venha a cometer tal delito, no qual a ação segue todo rito processual legalmente, sai a decisão desfavorável tanto no primeiro grau e no segundo grau, mas ainda há possibilidades de recursos diante de tal decisão, o duplo grau de jurisdição vem para isso e será aplicado diante da decisão do magistrado ser recorrível, para que o jurisdicionado possa se utilizar de todos os recursos mediante o devido processo legal que é um direito fundamental, garantido na constituição federal de 1988, Art. 5º, LIV. Caso que esta segurança jurídica lhe resguarda de uma prisão inconstitucional, pois somente após o transitado em julgado de sentença penal condenatória. Lhe caberá a aplicação do pedido de prisão. Art. 5º, LVII, Constituição federal.

Com todos os recursos esgotados e considerado culpado, se aplica o pedido de prisão após o chamado trânsito em julgado.

Vejam os o direito internacional, reconhece a existência do duplo grau de jurisdição no direito processual, mas tem se limitado a exigir sua aplicação, como garantia fundamental, tão somente na seara penal. Entende-se que ao acusado, como direito resultante de sua condição de ser humano, deve ser dada a condição de recorrer para um tribunal superior, com competência para reanalisar o caso e reformar a sentença recorrida. Falaremos sobre três tratados internacionais que tratam do assunto. O primeiro deles é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O referido tratado é composto pelo texto da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, assinado em Roma, e que dá o nome oficial ao acordo multilateral, e pelos protocolos assinados e ratificados posteriormente. No texto da Convenção de 1950, o artigo 13 estabelece o “direito a um recurso efetivo”, afirmando que qualquer pessoa que tenha sofrido violação em seus direitos tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais. Os direitos aos quais o dispositivo se refere compreendem o direito à vida, à liberdade e à segurança, a proibição da tortura, da escravidão e do trabalho forçado, bem como o direito a um processo equitativo, entre outros, isso é o direito ao devido processo legal e suas garantias fundamentais.

O segundo tratado importante para esse debate é o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, que compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos, aprovado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 12 de dezembro de 1991 pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 226, com o depósito da Carta de Adesão em 24 de janeiro de 1992, e internalizado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Em seu artigo 14, que dispõe sobre as garantias processuais de modo geral, há o item 5 que garante o duplo grau de jurisdição – também – na seara penal. O trecho, *in verbis*, sustenta que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”<sup>48</sup>, ao contrário do que dispõe a Convenção Europeia, o referido tratado não especifica limites ou menciona condições ao exercício do direito. Simplesmente preceitua que ao acusado é garantido recorrer da condenação e da pena que lhe foi imposta para um órgão superior, seguindo a legislação pertinente. Novamente, a legislação internacional limita a essencialidade do duplo grau ao processo penal e à ideia de condenação, ponto em que o acusado se encontra em sua posição mais vulnerável o que não deve acontecer.

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, com o depósito da Carta de Adesão pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, e internalizada através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, não se distancia muito do que os demais tratados dispõem sobre o assunto. Seu artigo 8º elenca as garantias judiciais compreendidas como direitos humanos a serem respeitados por todos os Estados sob sua jurisdição na esfera penal e, dentre elas, especifica o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Assim, verifica-se que a ideia central da norma se manteve, exigindo a garantia do direito de recurso a uma instância superior quando se tratar de ação de cunho criminal. Embora os tratados internacionais sejam claros ao restringir o duplo grau de jurisdição como garantia tão somente do processo penal.

#### **4 ESPÉCIES DE “PRISÃO” SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL**

No Brasil temos os tipos de prisão que estão em nosso ordenamento jurídico, há previsão de prisão sendo relevante que se faça breves comentários acerca dos referidos tipos.

Nucci (2009, p. 573), destaca que a regra para prisão no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessitar decorrer do flagrante delito, nesse caso cabendo qualquer do povo sua concretização como descreve o artigo 5º em seus incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, que através deste regulam a maneira pelo qual a prisão deve ser formalizada.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XV - É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; ”

Dessa forma, preceitua o art. 5º LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A prisão de qualquer modo deverá ser com base do devido processo legal como aduz o artigo 5º LIV em que cita que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

Como pode-se observar a regra constitucional, querer privar qualquer pessoa de um direito fundamental no caso o de ir e vir, a liberdade, não pode decorrer de um ato

arbitrário, suas imposições devem ser fundamentadas nos princípios constitucionais respeitando o devido processo legal.

Em nosso ordenamento jurídico, há previsão de prisão sendo importante fazer breves esclarecimentos acerca dos referidos tipos.

Prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel de compelir alguém ao cumprimento de um dever civil.

De acordo com a Constituição Federal, a decretação dessa prisão civil seria possível em duas hipóteses: art. 5<sup>a</sup> inc. LVXII, não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Contudo a convenção Americana sobre Direitos Humanos Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento pátrio por meio de Decreto nº 678, de 06/11/92, estabelece em seu artigo 7º § 7º, que ninguém deve ser detido por dívida.

O plenário do Superior Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 25, “É ilícita a prisão do depositário infiel, em qualquer que seja a modalidade de depósito”. Na mesma vertente, o STJ editou a Súmula nº 419, que dispõe: descabe a prisão civil do depositário infiel”

Por fim não prevalece mais em nosso ordenamento a prisão civil do depositário infiel, com base na súmula nº 25 do STF

Vejamos que a decretação da prisão civil do devedor de alimentos, é permitida pela art. 5º da CF, inc. LXVII, como um meio coercitivo para a obriga-lo a admitir a obrigação. Será legítima a decretação da prisão civil por dívidas de alimentos se o responsável inadimplir voluntária a obrigação.

A prisão administrativa decretada por autoridade administrativa tem como objetivo de compelir alguém a cumprir um dever de direito público.

Deve se observar que nas hipóteses de Estado de Defesa art. 136, § 3º) e de Estado de Sítio art. 139, inc. I e II, autoridades não judiciárias poderão decretar restrições à liberdade de locomoção independentemente de prévia autorização judicial.

A nova redação sobre a Prisão Administrativa é medida cautelares diversas da prisão:

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - Monitoração eletrônica.

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. " (NR)

Sobre a prisão disciplinar, expressa no artigo 5º inciso LXI, da Constituição Federal, é aplicada apenas no âmbito militar. É válido nesse sentido trazer o entendimento de Pacelli (2000, p. 328), de que para ele atualmente no Brasil não há qualquer prisão administrativa, a não ser no Direito Militar.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes.

LXI "Ninguém será preso senão em flagrante e delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei

Prisão Penal e Prisão Processual, ao analisar a prisão na esfera penal onde estão previstas a prisão penal e as prisões provisórias, processuais ou ainda cautelares.

A prisão penal se aplica em decorrência da sentença penal condenatória transitada e julgada após o devido processo legal, já a prisão processual, como induz o próprio nome, ocorre durante o processo possui natureza cautelar que se faz necessário a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora* para que seja decretada. São espécies de prisão processual.

Prisão em Flagrante trata-se prisão cautelar que restringe a liberdade de alguém, quando flagrado cometendo crime, ou logo após fazê-lo. Tem por objetivo a trazer segurança imediata para a sociedade e pode ser realizada por qualquer pessoa, independentemente de se tratar de autoridade policial ou não, considerada ainda um ato administrativo, pois independe de manifestação judiciária encontra-se prevista nos artigos do CPP.

Art. 301 Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Em relação às situações de cabimento da prisão em flagrante, vale frisar o disposto no artigo 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I- Está cometendo a infração penal;

II- Acaba de cometê-la;

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

IV- é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Existe espécie de flagrantes admissíveis

Próprio ou real, previsto no artigo 302, incisos I e II do CPP, quando a pessoa é realmente flagrada, ou seja, durante o cometimento do delito.

Impróprio, previsto no artigo 302, inciso III do CPP, quando o indivíduo é perseguido logo após o cometimento do delito.

Presumido, previsto no artigo 302, inciso IV do CPP, ocorrerá quando o indivíduo for surpreendido logo depois.

A prisão temporária tem previsão na Lei nº 7.960/1989, seu decreto apenas será possível no prazo de cinco dias, prorrogáveis por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, Lei nº 7.960/1989). Nos crimes hediondos ou equiparados, o prazo será de trinta dias prorrogáveis por mais trinta dias (art. 2º, §3º, da Lei nº 8.072/1990).

A prisão em flagrante pode ser perpetrada por qualquer cidadão (art. 301 do CPP), sendo que a autoridade policial tem dever de formalizar este procedimento, comunicando imediatamente ao magistrado.

A prisão temporária possui prazo determinado e somente poderá ser decretado na fase do Inquérito Policial, é vedada sua decretação de ofício, sendo permitida apenas em caso de requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Policial, ao fim do prazo. Em casos de comprovada necessidade, poderá haver prorrogação por igual período, em não sendo o caso, findo o período determinado, cessará a constrição da liberdade do acusado, a não ser que sejam suficientes os indícios para que sua prisão temporária seja convertida em prisão preventiva. A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89

Prisão Preventiva é uma medida cautelar, nascida da privação de liberdade ao autor do delito e decretada pelo magistrado durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para assegurar os interesses e segurança.

A prisão preventiva é um ato processual de natureza cautelar. Tem o escopo de prevenir a sociedade de um indivíduo que transmita certo perigo, que possa vir a cometer outros delitos antes que seja aplicada a pena definitiva, as vezes para garantir a instrução processual e assegurar a aplicabilidade da lei penal será preciso o cerceamento da liberdade do indivíduo para que se garanta a instrução processual ou se assegure a aplicação da lei penal.



A Prisão processual de natureza processual de natureza cautelar decretada pelo magistrado em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes sempre que estiver preenchido os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

## **5 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA**

Antes de discorrer sobre importante tema, precisamos lembrar o que está expressa em nossa constituição federal de 1988, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, art. 5º, LVII, em breves palavras, se ainda não foi comprovado a culpa sobre o réu, não há do que se falar em prisão, a não ser se tratar de prisão por inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia expressa no art. 5º inc. LVXII.

Alguns casos midiáticos tem dado destaque e voltado os olhos da sociedade em relação ao princípio da presunção de inocência frente a aplicação da pena em segundo grau, deve se destacar que ocorre muitos casos isolados nesses parâmetros, mas como podemos observar um julgamento de relevância por ser do ex-presidente Lula, que seguiu todo o devido processo legal, foi julgado e condenado em três instâncias no caso deste último foi o superior tribunal de justiça, após isso lhe foi expedido o mandado de prisão sem o transitado em julgado da sentença penal condenatória, porém ele recorreu ao supremo tribunal federal que o absolveu, vejamos o constrangimento que causou a este cidadão ou a qualquer outro que possa passar por caso similar, além do que o réu pode pedir ressarcimento ao estado por todos os danos que lhe foram causados por tal execução provisória da pena sem antes do transitado em julgado, isso tem que ser observado e não burlando o devido processo legal e a presunção de inocência.

Ao falar da execução provisória da pena ou prisão em segundo grau, temos que observar que a aplicabilidade de tal sanção, se não observado está violando um direito fundamental positivado em nossa constituição, o princípio da presunção de inocência, redigido no art. 5º, LVII, o qual assegura que "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, vejamos, ao aplicar a pena em segundo grau sem observar o devido processo legal a quem qualquer cidadão tem direito, infringe se a lei e fere diretamente o princípio da presunção de inocência, no qual precisamos entender que tal princípio não deixa dúvidas em relação ao aspecto formal de sua fundamentalidade.

Vejam que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que pela primeira vez expressamente assegurou o princípio da presunção de inocência, o fez de

uma posição que não deixa dúvidas. E não apenas seu conteúdo do princípio em si, que assegura o direito de liberdade, colocando limites ao poder Estatal, uma vez que tal poder do estado contra qualquer cidadão que tenha seus direitos violados trará certo dano para ambos.

## **6 ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Ao analisar a decisão do supremo tribunal federal sobre a aplicação da prisão em segunda instância, isso nos faz lembrar do Art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 - "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. "

Que de fato trouxe uma repercussão geral e no entendimento de alguns dos ministros que mudaram seu entendimento em relação a aplicabilidade da prisão após decisão em segundo grau, fazendo com que grande parte da comunidade jurídica divergisse sobre o Art. 5º, LVII, CF, O Art. 283 do CPP.

Uma vez que de 1988 até 2009, o supremo tribunal federal mantinha o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não impedia a execução da pena após sentença condenatória confirmada em segunda instância, ainda que pendentes de julgamento recursos extraordinário e especial, em virtude da ausência de efeito suspensivo destes. Porém a partir de 2009, com o julgamento do Habeas Corpus nº 84078-MG, decidiu-se por uma compreensão do art. 5º, LVII, em sua literalidade, negando a possibilidade de executar provisoriamente a pena. Nesse contexto, entendeu-se que é possível que haja prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, desde que se tratassem de prisões cautelares previstas Código de Processo Penal, não servindo estas prisões, pois, como uma antecipação de pena.

Em síntese, a presunção de inocência configura-se como garantia fundamental e inclusive como cláusula pétrea, sendo protegida pelo princípio da vedação ao retrocesso, inviabilizando que o réu seja tratado, durante o trâmite processual, como culpado, até que sobrevenha trânsito em julgado da sentença, cabendo à acusação o ônus de provar a sua culpa, portanto, regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo (MORAES, 2010, p. 467).

O tema voltou a ser rediscutido em 2019, com as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Em outubro de 2019, o tema entrou novamente em pauta no Supremo para julgamento das ADCs 43, 44 e 54, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que versavam acerca da constitucionalidade do artigo 283 do CPP. As ADCs tinham por objeto a discussão acerca da possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância, jurisprudência esta adotada desde 2016, quando o STF, ao julgar o HC

126.292/SP, também por maioria, entendeu acerca da possibilidade de início da execução provisória da pena logo após a confirmação da condenação em segunda instância, sem declarar a inconstitucionalidade do artigo em referência. Cumpre destacar que as ADCs tiveram pedidos de medidas cautelares, buscando fosse assentada a harmonia do artigo 283 do CPP com a Constituição de 1988.

A constituição federal de 1988 não pode ser violada, e em 2019 os ministros do supremo tribunal federal decidiram que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância, fazendo valer o Art. 5º, LVII, CF.

## 7 CONCLUSÃO

Levando-se em considerações esses aspectos, o que vimos no decorrer do presente Artigo, é que muitas das vezes estamos isolados de informações que são de grande valor para esclarecimentos numa sociedade de modo geral, no qual muitas das vezes desconhecemos algumas garantias constitucionais e isso é de suma importância conhecer um pouco sobre a não observância da presunção de inocência na aplicação da prisão em segunda instancia, um tema que trouxe grande repercussão em julgamentos nos tribunais superiores e trazendo um esclarecimento sobre um princípio tão importante para a sociedade passar a observar e conhecer mais de perto, pois como diz uma referência bíblica que o povo perece por causa de conhecimento.

Em virtude dos fatos mencionados conseguimos absorver informações importantíssimas que nos faz refletir o que é um cidadão com direitos e garantias expressas em nossa carta magna sendo muitas das vezes violados em seus direitos e garantias, todavia o referido artigo nos faz olhar o mundo diferente quando o conhecimento nos alcança e compreendemos que a nossa constituição foi elaborada para todos os cidadãos, pois somos todos iguais perante a lei e principalmente no direito penal.

Dado o exposto nesse artigo é de grande valia que sejam feitas novas abordagens de pesquisas nessa linha de pensamento para enriquecer e engrandecer um princípio tão importante para a sociedade de um modo geral, pois o conhecimento traz liberdade e nos faz refletir sobre nossas condutas.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em 12 de abril de 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. Presunção de inocência: **do conceito de trânsito em trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.2016. Disponível [https://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](https://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf) . Acesso em: 06 maio 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3.ed. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Zegarra Marín Vs. Perú**: Sentencia de 15 de maio de 2017a. Disponível em: <<95 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_331\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf) >>. Acesso em: 19 maio 2022.

JESUS, Thiago Allison Cardoso de; BRAGANÇA, Pedro Augusto Gomes de Oliveira. **O princípio do estado de inocência e a atuação do Supremo Tribunal Federal**: historicidade e (des) continuidades em suspense na contemporaneidade. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, Maranhão, v.3, n. 3, p. 63-84, jul/dez. 2017.

MORAES, Marício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Extra, extra: disponível em: <http://www.Extra> , **Lenio Streck é a favor da prisão em segunda instância**. (conjur.com.br) Acesso em 19 de nov.2021;

ZANOIDE, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## **DIREITO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. OS DESAFIOS DIANTE DE PLEITOS COLETIVOS DE TRABALHADORES POR APLICATIVOS.**

**GUSTAVO JONASSON DE CONTI MEDEIROS:**

Advogado. Sócio de Iokoi Advogados. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Especialista em Direito Sindical pela FGV/SP. Especialista em Direito material e processual do Trabalho pela Fundação FIEO. Graduado em Direito pela FIEO. Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP Subsecção Pinheiros.

PAULO SERGIO JOÃO<sup>41</sup>

(coautor/orientador)

**RESUMO:** Trata-se de análise histórica da industrialização na Europa e das origens dos movimentos de agrupamento de trabalhadores. Analisa os motivos do tardio processo de industrialização no Brasil e estuda o modelo adotado de organização sindical no país. Aborda as especificidades da atividade dos trabalhadores em empresas de aplicativo e os movimentos grevistas que estes profissionais deflagraram. Destaca a importância das assembleias de trabalhadores e aponta o desafio imposto aos trabalhadores em aplicativos frente aos critérios de organização sindical vigente. Busca apontar soluções, visando assegurar que os profissionais (motoristas e entregadores) exerçam o direito fundamental de negociação coletiva e, cujo negócio jurídico assegure, ao mesmo tempo, segurança jurídica às empresas.

**Palavras-chave:** revolução industrial, sindicato, negociação coletiva, tecnologia, aplicativos de entrega.

**CONTENTS:** Introduction. 1 – Historican Evolution of Industrializacion and Unionization in Europe. 2 - A Industrialization in Brazil. 3 – Union Organization in Brazil. 4. The reality of workers in Brazil. 5. From the striker movement: The “Breque dos Apps”. 6 – The Labor reform: the agente able of collective bargaining. 7 – The dichotomy between the

---

41 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo - PUCSP

professional union and the employer. 8. Collective bargaining as na instrument to establish better working conditions. Conclusion. Bibliographic References.

**ABSTRACT:** This is a historical analysis of industrialization in Europe and the origins of movements for grouping workers. It analyzes the reasons for the late industrialization process in Brazil and studies the model adopted for union organization in the country. It addresses the specifics of the activity of workers in application companies and the strike movements that these professionals triggered. It highlights the importance of workers' assemblies and points out the challenge imposed on workers in applications against the current union organization criteria. It seeks to point out solutions, aiming to ensure that professionals (drivers and deliverymen) exercise the fundamental right of collective bargaining and, whose legal business, at the same time ensures legal security for companies.

**Keywords:** industrial revolution, union, collective bargaining, technology, delivery applications.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 - Evolução Histórica da Industrialização e da Sindicalização na Europa. 2 - A Industrialização no Brasil. 3 - Organização sindical no Brasil. 4. Da Realidade dos Trabalhadores em Aplicativos. 5. Do Movimento Grevista: O "Breque dos Apps". 6 - A Reforma Trabalhista: o agente capaz para negociar coletivamente. 7 - A dicotomia entre o sindicato profissional e o patronal. 8. Da Negociação coletiva como instrumento do estabelecimento de melhores condições de trabalho. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Vivemos em um tempo de mudanças tecnológicas constantes. Não há relato histórico que narre que o mundo tenha impresso transformações na mesma velocidade que se viu nas últimas décadas.

Fazemos uso recorrente de expressões restritas, até então, aos núcleos de pesquisas ou que foram cunhadas há pouco tempo ou ainda cujos sentidos eram absolutamente diversos das aplicações atuais. Referimo-nos a termos como: "aplicativo", "algoritmo", "unicórnio", "redes sociais", "internet das coisas", "inteligência artificial", "tecnologia com potencial disruptivo", "Revolução 4.0", "*machine learning*", "*blockchain*", "*streaming*", entre tantas outras.

As novas tecnologias motivaram a mudança de comportamento da sociedade e dos hábitos de consumo<sup>42</sup>, cujo movimento se intensificou fortemente com a pandemia de Covid-19.

Essas mudanças também repercutiram diretamente no mercado de trabalho: se antes eram criadas novas formas de trabalho a exemplo dos "youtubers" e "streamers", após a pestilência, a adoção do *home office* passou a ser rotina e foi um dos instrumentos que as empresas imediatamente serviram-se para manter em curso suas operações.

Entretanto, ao largo das mudanças vivenciadas por profissionais em escritório, outros trabalhadores mantiveram, e continuam mantendo, rotinas bem diferentes. É o caso dos trabalhadores em aplicativos (entregadores e motoristas) que, durante todo esse período, estiveram na linha de frente e se submeteram ao risco evidente da doença.

Esses profissionais, cujo contingente chega a 1,4 milhão<sup>43</sup> de pessoas, foram relegados à própria sorte. Em sua franca maioria não são considerados empregados e, portanto, não têm acesso às garantias mínimas previstas no Direito do Trabalho e, pior, encontram desafios na formação e no reconhecimento de grupos representativos que possam por eles interceder junto às empresas e fazer valer seus interesses coletivos.

Referindo-se aos desafios dos trabalhadores na chamada Revolução 4.0, Paulo Sergio João (2021, p. 108) leciona que:

A nova economia da chamada Quarta Revolução Industrial obrigou as empresas e empregados a novos modelos de trabalho prestado a distância, dificultando mais uma vez a identificação de grupos. A revolução tecnológica, somada à competição de mercado e à pandemia, gerou a individualização do direito do trabalho e fragilizou o interesse coletivo de classe do ponto de vista fático e real e

---

42 Disponível em:

[https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt\\_br/topics/future-consumer-now/fci-vf.pdf](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt_br/topics/future-consumer-now/fci-vf.pdf). Acesso em: 25 out. 2021.

43 **1,4 milhão de entregadores e motoristas no Brasil estão na Gig Economy**. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=38565&catid=3&Itemid=3](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38565&catid=3&Itemid=3). Acesso em: 25 out. 2021.

deslocou para o ambiente da empresa as preocupações mais adequadas à sustentabilidade de empregos e do negócio.

Aí está, pois, a necessidade de o Direito do Trabalho, mais uma vez, se reinventar e exercer o seu papel histórico: proteger os trabalhadores contra situações indignas e evitar o retrocesso social.

## **1. Evolução Histórica da Industrialização e da Sindicalização na Europa**

A origem do agrupamento dos trabalhadores em classes remonta aos séculos XVIII e XIX, em especial ao tempo da Revolução Industrial, na Europa, marcada pela proliferação do uso das máquinas – inicialmente o tear mecânico e a máquina à vapor – no lugar do trabalho manufatureiro.

A vida e as relações de trabalho que até então se davam, a rigor, no âmbito familiar, ganharam outro significado. Os trabalhadores, outrora artesãos, impossibilitados de concorrer com a eficiência trazida pela tecnologia, tornaram-se operários e migraram em grande número para os locais onde as indústrias eram instaladas e ali se concentravam, dando origem aos centros urbanos.

O verdadeiro êxodo para as cidades – despreparadas para abrigar o novo contingente populacional – acabou por obrigar que os trabalhadores passassem a residir amontoados em habitações precárias. No interior das fábricas, a situação não destoava.

Cintia Sasse (2014, s.p), ao narrar sobre as jornadas praticadas no interior das fábricas, assim pontua:

A história mostra que, no final do século 18, com duração frequente de 18 horas diárias, eram comuns mutilações e mortes de operários que desmaivavam ou dormiam sobre as máquinas. É difícil imaginar que na Inglaterra medieval o tempo de trabalho fosse menor do que nos primórdios do capitalismo. No entanto, foi o que ocorreu. O primeiro documento que disciplinou a jornada data de 1349, quando a peste negra dizimou quase 25% da população europeia. Os artesãos e os trabalhadores agrícolas ingleses iniciavam o trabalho às 5h da manhã e encerravam entre 19h e 20h na época mais quente, de março a setembro. No inverno, terminavam no início da noite. Eram jornadas de 12 a 13 horas.



A Carta Encíclica *Rerum Novarum*<sup>44</sup>, de 15 de maio de 1891, do Sumo Pontífice Leão XIII, reconhece as mazelas às quais os trabalhadores eram submetidos:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços.

Foi nesse contexto que surgiu a classe proletária, formada – de maneira clandestina – por trabalhadores nas fábricas. Tratou-se do agrupamento voluntário daqueles insatisfeitos com as amarguras e péssimas condições às quais eram submetidos, movidos por sentimento de solidariedade e que tinham como propósito a autoproteção contra os abusos praticados pelos donos dos meios de produção.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2006, p. 2) refletem: “Indivíduos colocados em condições de vida semelhante tendem sempre ao associacionismo, e com tanto mais força atrativa quanto mais precária sejam suas condições de existência”.

Luciano Martinez (2021, p. 51) complementa: “O raciocínio formador dos grupos sociais impõe uma troca: vai a liberdade civil em sentido lato, o descompromisso, a solidão e a desproteção; vem a liberdade condicional em sentido estrito, o compromisso de classe, a solidariedade e a proteção dos iguais”.

Como maneira de frear os desmandos do patronato, os movimentos organizados passaram a fazer uso dos instrumentos de pressão que dispunham de: boicotes, sabotagens, greves etc.

Eric J. Hobsbawn (1961, p. 143) enumera que as chances na vida do proletariado:

---

44 Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 25 out. 2021.

Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar.

Qualquer ato de rebeldia, porém, era punido com rigor. As mobilizações dos trabalhadores ocorriam de maneira contrária à lei então vigente.

Na Inglaterra, pelo *Combination Act* de 1799 e 180045, punia-se com prisão ou trabalho forçado qualquer tipo de greve. Do mesmo modo, o Código Penal francês de 181046 punia com prisão a coalização entre trabalhadores.

A esse respeito, Evaristo de Moraes Filho (1956, p. 2) assevera que: “Numa sociedade assim embriagada pela produção em massa e pelos lucros limitados, tudo que representasse estorvo e manietação precisava ser destruído.

Aos poucos, houve uma certa acomodação entre os conflitos e aqueles movimentos que evoluíam a margem da lei, ganharam relevo, tornaram-se um fenômeno irretorquível e foram erigidos ao patamar de direito. Ou seja, foi nesse cenário de sofrimento que passam ser estabelecidos alguns limites à exploração do trabalho humano e aí está o embrião do Direito do Trabalho contemporâneo.

## **2. A Industrialização no Brasil.**

Tardou muito o processo de industrialização no Brasil. Somente após a chegada da corte portuguesa, em 1808, é que se iniciou timidamente a implantação das fábricas. Antes desse período, vigorava a proibição da indústria, como forma de perpetuar a dependência da colônia à metrópole.

---

45 Disponível em: [https://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle\\_democracy/trade\\_unionism.htm](https://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle_democracy/trade_unionism.htm). Acesso em: 27 out. 2021.

46 “Article 414. Toute coalition entre ceux qui font travailler des ouvriers, tendant à forcer injustement et abusivement l'abaissement des salaires, suivie d'une tentative ou d'un commencement d'exécution, sera punie d'un emprisonnement de six jours à un mois, et d'une amende de deux cents francs à trois mille francs”. Disponível em: [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_3.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm). Acesso em: 27 out. 2021.

A partir de 1844, com a chamada “Tarifa Alves Branco<sup>47</sup>”, as mercadorias estrangeiras passaram a ser tributadas. Para aqueles itens que já poderiam ser produzidos por aqui, as alíquotas foram as mais elevadas, chegavam a 60%. A medida forçava a criação de fábricas para suprir a necessidade do mercado interno. A principal atividade econômica ainda era a cafeicultura.

O cenário das cidades começou a ser alterado a partir das primeiras décadas do século XX, com a chegada dos imigrantes europeus. Os relatos históricos<sup>48</sup> registram os primeiros movimentos paredistas operários em 1919.

Contudo, o grande impulso industrial ocorreu após a crise de 1929, pois os Estados Unidos eram o principal importador do grão<sup>49</sup>. É a partir desse momento, em pleno Estado Novo, que o país, enfim, inicia sua revolução industrial.

O governo de Getúlio Vargas (1930-1945) é o responsável pelo forte investimento industrial no país. O período foi marcado pela criação de diversas empresas públicas e implantação da indústria pesada (CSN, Vale do Rio Doce, entre outras).

Com traços marcantes do intervencionismo estatal, é nesse governo, também, que foram estabelecidas as bases da organização sindical no país, cuja herança remanesce até a atualidade.

### **3. Organização sindical no Brasil.**

Dispunha o art. 138, da Carta Constitucional de 1937<sup>50</sup>:

A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção

---

<sup>47</sup> Decreto nº 376, de 12 de agosto de 1844. Manda executar o Regulamento e Tarifa para as Alfandegas do Império. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/387319/publicacao/15741473>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>48</sup> Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39740614>. Acesso em: 28 out. 2021.

<sup>49</sup> Disponível em: <https://www.abic.com.br/tudo-de-cafe/a-crise-de-1929/>. Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>50</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Referido dispositivo trouxe a necessidade do reconhecimento da entidade sindical pelo Estado, que, na prática, implicava a obrigatoriedade de expedição da carta sindical pelo Ministério do Trabalho, cujo instrumento assegurava o custeio advindo das contribuições pelos trabalhadores.

Foi implementado também o regime do sindicalismo por categoria, por meio do enquadramento sindical, em observância ao “Quadro de Atividades e Profissões” previsto no art. 577, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>51</sup> (CLT).

O direito de greve veio a ser reconhecido somente na Carta de 1946<sup>52</sup> e descomprimido em 1988<sup>53</sup>. Entretanto, os incisos I e III, do art. 8º da Carta de 1988, mantiveram até a atualidade o sindicalismo por categoria, o dever de registro das entidades perante o Ministério do Trabalho e a vedação da criação de mais de um sindicato por município, o chamado princípio da unicidade sindical.

Vigora no Brasil, portanto, o regime pelo qual os trabalhadores e os empregadores são identificados por categorias. Assim dispõem os artigos 511 e 512, ambos da CLT, respectivamente:

É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

---

51 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

52 “Art. 158 É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

53 “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 07 set. 2021.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constituem o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Somente as associações profissionais constituídas para os fins e na forma do artigo anterior e registradas de acordo com o art. 558 poderão ser reconhecidas como Sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta Lei.

Neste contexto, a legislação atribui personalidade jurídica de sindicato apenas àquelas associações profissionais que levem os seus estatutos ao Ministério do Trabalho, e após validada a inexistência de risco ao princípio de unicidade. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento neste sentido<sup>54</sup>.

---

54 "Súmula 677 - Até que lei venha dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade". Seção Plenária do STF de 24/09/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula677/false>. Acesso em: 07 set. 2021.

Diante dessas amarras, parece-nos impossível, à luz das disposições da Convenção nº 8755 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conceber o exercício pleno da liberdade sindical no Brasil.

É o magistério de Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 157) elucidando que:

A Constituição de 1988 manteve defeitos, advindos do corporativismo, introduziu conceitos indeterminados e sobrepôs uma nova ordem legal à CLT, nem sempre clara, permitindo divergências de interpretação.

Não há como situá-la no plano da liberdade sindical: veda mais de um sindicato, da mesma categoria, na mesma base territorial. Seria um marco no sentido da autonomia coletiva se não cometesse esse pecado. A autonomia coletiva pressupõe o espaço de liberdade que a Constituição de 1988 não permite totalmente.

Não fosse o bastante, o inciso VI do art. 8º da Constituição de 1988 impõe a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas. É, pois, altamente desafiador o cenário no qual aos trabalhadores são estabelecidos limites à sindicalização e, paradoxalmente, se atribui aos sindicatos o monopólio na negociação coletiva de trabalho.

Esse desafio se realça para os trabalhadores em aplicativos, tanto pela controvérsia que paira acerca da existência de vínculo empregatício nas relações de trabalho, como pela dificuldade de agrupamento e enquadramento sindical em categoria profissional.

Essa dificuldade, é verdade, não se dá apenas no âmbito da classe trabalhadora. Afora as dificuldades no exercício da liberdade sindical já explanadas, os empresários também reclamam ausência de segurança jurídica nas negociações, que não raro são objeto de intervenção pelo Ministério Público do Trabalho, legitimado pelo disposto no

---

55 Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS\\_239608/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_239608/lang--pt/index.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

inciso IV da Lei Complementar nº 75/9356 e também fator de desconfiança pelo Judiciário, o que motivou a criação de jurisprudência<sup>57</sup> contrária à autonomia da vontade coletiva.

Ocorre que ninguém – nenhum Tribunal, Legislador ou o Ministério Público – conhece tão bem as peculiaridades das relações de trabalho, senão as próprias partes envolvidas.

A propósito, a lição de Otávio Bueno Magano (1993, p. 27) adverte que: “[...] liberdade sindical é o direito dos trabalhadores e empregadores não sofrerem interferências nem dos poderes públicos nem uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou dos grupos a que pertençam”.

Seguir, pois, amarrados aos limites acima, significará, na prática, negar aos trabalhadores em aplicativos o direito fundamental de se agrupar livremente e poder negociar coletivamente.

#### **4. Da Realidade dos Trabalhadores em Aplicativos.**

O cenário das cidades mudou mais uma vez. Atualmente se vê, aos milhares, pessoas carregando mochilas coloridas em bicicletas ou motocicletas ou ainda dirigindo carros particulares para o transporte de passageiros. Tratam-se de trabalhadores atuando por meio de aplicativos.

É uma modalidade de trabalho que se desenvolve mediante o cadastro de trabalhadores, em um sistema eletrônico, que recebe demandas de clientes para entrega

---

56 “Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] IV – propor ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

57 Cita-se a título exemplificativo a Súmula nº 449, do TST, segundo a qual: “A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras”. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em 01 nov. 2021.

de bens ou transporte de passageiros e repassa os pedidos. Os trabalhadores aguardam os chamados e atuam sob demanda.

O sistema audita a prestação dos serviços dos trabalhadores, mediante a atribuição de notas feitas diretamente pelos clientes após a prestação do trabalho. A depender das médias, os trabalhadores podem sofrer a suspensão e até mesmo a exclusão do sistema.

O trabalho de entrega de mercadorias e de transporte de passageiros não é simplesmente uma forma de complementação de renda. A verdade é que um contingente enorme de pessoas recorreu para essas atividades em razão da necessidade de renda mínima e como meio de sobrevivência.

A persistente situação de altos níveis de desemprego<sup>58</sup>, no Brasil, contribuiu para a majoração do número de trabalhadores que, longe de qualquer tentativa de planejar o futuro, forçosamente se cadastraram nos sistemas das empresas de aplicativos e, dali, passam a obter sua fonte de sustento.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os trabalhadores em aplicativos ocupam até 31% das posições no setor de transporte no Brasil<sup>59</sup>.

A oferta de trabalho, porém, não é mais apresentada como contratação de serviço, mas como uma nova forma de empreendedorismo. Há um raciocínio neoliberal no sentido de que o indivíduo é dono de si e que acaba chancelando este cenário. Segundo Pierre Dardot e Christian Laval (2006, p. 31):

O que está em jogo nesses exemplos é a construção de uma nova subjetividade, o que chamamos de “subjetivação contábil e financeira”, que nada mais é do que a forma mais bem-acabada da subjetivação capitalista. Trata-se, na verdade, de produzir uma relação do sujeito individual com ele mesmo que seja homóloga à relação do capital com ele mesmo ou, mais precisamente, uma relação do sujeito com ele mesmo como um “capital humano” que

---

<sup>58</sup> Brasil tem 4ª maior taxa de desemprego do mundo em ranking da Austin Rating. **Portal Poder 360**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-tem-4a-maior-taxa-de-desemprego-do-mundo-em-ranking-da-austin-rating/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>59</sup> Ibid.



deve crescer indefinidamente, isto é, um valor que deve valorizar-se cada vez mais.

A ilusão que é transmitida é que esses trabalhadores seriam os donos de seus negócios, mas, a verdade é que são antes de tudo típicos trabalhadores, cuja dificuldade de negociar, coletivamente, acaba afastando-os até mesmo do direito à cidadania, pois o trabalho passa a ter apenas um fim em si. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 17):

[...] cada vez mais o trabalho vai deixando de servir de suporte à cidadania, e vice-versa, ou seja, cada vez mais a cidadania vai deixando de servir de suporte ao trabalho. Ao perder o estatuto político que detinha enquanto produto e produtor de cidadania, o trabalho fica reduzido à dor da existência, quer quando o há – sob a forma de trabalho desgastante –, quer quando o não há – sob a forma de desemprego, e não menos desgastante. É por isso que o trabalho, apesar de dominar cada vez mais as vidas das pessoas, está a desaparecer das referências éticas que dão suporte à autonomia e à auto-estima dos sujeitos.

Ademais, como a renda está diretamente ligada à produtividade, as jornadas acabam sendo extenuantes, chegando até 15 horas por dia<sup>60</sup>. O excesso de trabalho, por sua vez, acaba contribuindo também para a elevação nos números de acidentes: em 2020, foram registradas 345 mortes<sup>61</sup> de entregadores.

Para piorar o cenário, os frequentes reajustes nos preços dos combustíveis acabam por retirar parte do ganho dos trabalhadores. Ou seja, a promessa de emancipação empreendedora não se concretiza na prática.

---

<sup>60</sup> Motoristas de aplicativos dirigem até 15 horas por dia; entenda o que é a “uberização” do trabalho. **Diário do Nordeste**, 05/06/2019. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/motoristas-de-aplicativos-dirigem-ate-15-horas-por-dia-entenda-o-que-e-a-uberizacao-do-trabalho-1.2107103>. Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>61</sup> Prefeitura de SP quer menos acidentes e mortes de entregadores de delivery. Disponível em: <https://www.diariozonanorte.com.br/prefeitura-de-sp-quer-menos-acidentes-e-mortes-de-entregadores-de-delivery/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

O trabalho em aplicativos acaba, portanto, distanciando-se do conceito de “trabalho decente”<sup>62</sup>, formalizado pela OIT, em 1999:

O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT:

1. o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil);
2. a promoção do emprego produtivo e de qualidade;
3. a ampliação da proteção social;
4. e o fortalecimento do diálogo social.

Disso, sobressai a clara semelhança entre as críticas que eram feitas à exploração do trabalho, na Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX, e as que são formuladas agora também em relação ao trabalho desempenhado por meio de aplicativos.

Não é exagero falar, portanto, que os trabalhadores se encontram em cenário de retrocesso social. Pode-se dizer, inclusive, que essas pessoas integram a chamada “sociedade civil estranha” (SANTOS, 2003, p. 25), composta por indivíduos cuja inclusão social é atenuada, mas que margeiam a exclusão total e cuja situação ainda é reversível.

## **5. Do Movimento Grevista: O “Breque dos Apps”.**

Conquanto seja possível chamá-los de “inorganizados” como categoria profissional nos moldes da lei, o fato é que esses trabalhadores conseguiram se agrupar voluntariamente por meio de redes sociais e grupos de aplicativos de mensagem.

Já são inúmeras as associações profissionais criadas por trabalhadores em aplicativos, como a Associação dos Motoristas de Aplicativo de São Paulo (AMASP) ou a Associação Intermunicipal de Motoristas por Aplicativo (AIMAP), além de sindicatos, como

---

<sup>62</sup> Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 27 nov. 2021.

o Sindicato dos Trabalhadores com Aplicativos de Transporte Terrestre Intermunicipal do Estado de São Paulo – STATTESP.

Essas mobilizações já deram azo até mesmo à elaboração de Projeto de Lei na Câmara (PL 3.968/2063), cujo objetivo é a criação de fundo de apoio aos trabalhadores, no qual os recursos seriam utilizados na atenuação dos riscos assumidos no trabalho.

Os movimentos se identificam nas redes sociais pelo uso da expressão “#brequedosapps”, tendo sido registrado, em 11 de setembro de 2021, um evento de dimensão nacional, no qual trabalhadores puderam denunciar os problemas que vivenciam no dia a dia. Não se tratam mais, portanto, de atos isolados com baixa adesão.

Além das reivindicações por melhor remuneração, os trabalhadores queixam-se também sobre a existência da chamada coleta dupla (trabalho supostamente não remunerado); há ainda pedidos de entrega de equipamentos de segurança diante da exposição frequente ao risco de contaminação pela Covid-19. A reclamação mais comum, porém, é sobre o bloqueio ou exclusão sumária do sistema, sem qualquer justificativa, decisões estas tomadas por algoritmo.

Sobre essas decisões automatizadas, há, no âmbito no Poder Judiciário, discussões travadas em torno da ausência de transparência. Busca-se a perícia no algoritmo, com o objetivo de tornar claros quais são os critérios utilizados na alteração frequente da remuneração e nas suspensões e exclusão dos aplicativos.

Em uma dessas ações, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão monocrática<sup>64</sup>, decidiu cassar a ordem de perícia sob o fundamento de que a diligência poderia revelar segredo industrial e a prova seria inócua para dirimir questões relacionadas à existência de vínculo de emprego.

---

63 Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01h159rz5nb77e1lp3y5782zsq8710284.node0?codteor=1917121&filename=PL+3968/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01h159rz5nb77e1lp3y5782zsq8710284.node0?codteor=1917121&filename=PL+3968/2020). Acesso em: 02 dez. 2021.

64 Decisão liminar tomada pelo Ministro Douglas Alencar em 28/05/2021. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000825-67.2021.5.00.0000>. Acesso em: 28 maio 2021.

Uma das grandes dificuldades é que diferentemente das greves de trabalhadores empregados, aos trabalhadores em aplicativos há um desafio maior: inexistente proteção ao desemprego em razão da greve. A repressão, portanto, pode ser imediata e silenciosa, bastando outro trabalhador resolver aceitar o trabalho em detrimento do colega que aderiu ao movimento, como revela Eduardo J. R. Pereira (2021, s.p):

Realizar uma greve, reconhecendo que ela impacta na renda da família ao final do dia, e que pode custar, inclusive, o desligamento da plataforma – pois os trabalhadores facilmente têm a tarefa substituída por outros que estejam disponíveis – é uma ação que pode ser movida por inúmeros fatores. Todavia, mesmo com uma análise superficial do discurso que é proferido pelos trabalhadores, é possível apontar um motivo comum: a indignação.

Efetivamente não há mais como simplesmente ignorar esses trabalhadores, deve-se buscar meios de lhes assegurar o direito fundamental de negociar coletivamente, cujo fruto da negociação deverá advir de um instrumento dotado de necessária segurança jurídica.

## **6. A Reforma Trabalhista: o agente capaz para negociar coletivamente**

Sobreveio a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada Reforma Trabalhista, que introduziu o parágrafo 3º, ao artigo 8º, da CLT e cuja redação é a seguinte:

No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Uma leitura perfunctória do referido dispositivo legal conduzirá à conclusão que o texto apenas faz referência aos elementos clássicos de validade jurídica dos negócios jurídicos em geral, quais sejam: “agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa”.

---

65 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

E para as negociações coletivas, por força do disposto no inciso VI, art. 8º, da Constituição Federal de 1988, o agente capaz é o sindicato.

Sucedee, porém, que a Reforma Trabalhista também impôs o fim da contribuição sindical compulsória e, assim, tornou obrigatória a autorização expressa dos trabalhadores para os descontos salariais e custeio das entidades sindicais. A constitucionalidade da alteração legislativa foi reconhecida pelo STF, no julgamento da ADI 5.79466.

O resultado do fim da contribuição sindical compulsória expôs um problema crônico no sindicalismo brasileiro: a ausência de engajamento da classe trabalhadora e também a crise de representatividade das entidades sindicais, cujas lideranças distanciaram-se das bases.

Valemo-nos das lições de Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 128):

Os sindicatos são os entes sindicais mais próximos dos trabalhadores que têm maior possibilidade de prestar diretamente serviços eles, o que nem sempre tem acontecido e, ao contrário, em alguns casos, há, até mesmo posições opostas entre as bases e as lideranças sindicais que não compreenderam que a sua função é meramente executiva das deliberações das assembleias de trabalhadores e não impositiva da vontade dos diretores dos sindicatos aos trabalhadores que representam.

O Jornal *O Estado de S. Paulo*<sup>67</sup> noticiou que no 1º ano após a Reforma Trabalhista, os sindicatos perderam 90% da contribuição sindical e uma das alternativas para fazer frente à crise financeira foi a fusão de entidades, cuja hipótese foi regulamentada pela Portaria nº 17.593, de 24 de julho de 2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia<sup>68</sup>.

---

66 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>. Acesso em: 02 nov. 2021.

67 Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/03/05/sindicatos-perdem-90-da-contribuicao-sindical-no-1-ano-da-reforma-trabalhista.htm>. Acesso em: 02 nov. 2021.

68 Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-17.593-de-24-de-julho-de-2020-268684112>. Acesso em: 31 out. 2021.

Vê-se, portanto, que a fusão de entidades sindicais é uma realidade. É também o sinal que o princípio de unicidade sindical foi colocado em xeque e que o registro das entidades no Ministério do Trabalho, ao revés de atribuir personalidade sindical às associações de trabalhadores, se prestava, na prática, para conferir um código que permitia a arrecadação das contribuições sindicais.

Disso sobressai a conclusão de que efetivamente não é (e nunca foi) atributo do Estado o reconhecimento e a identificação da entidade capaz de representar os interesses dos trabalhadores. A verdade é que a capacidade do agente advém da assembleia, ou seja, da deliberação coletiva dos trabalhadores que legitimam as lideranças a lhes representar.

Com a capacidade de síntese que lhe é marcante, Paulo Sérgio João (2018, sp.) ensina:

[...] sindicato sempre foi o agente capaz na forma do artigo 104 do Código Civil. Essa capacidade, em se tratando de direito coletivo, não é adquirida pelo monopólio da representação formal que é imposta pela Constituição Federal (art. 8º, VI), mas pela assembleia dos interessados que autoriza a materialização da vontade coletiva em acordo ou convenção coletiva. Pode-se dizer que o sindicato não age de forma autônoma, mas por meio dos representados e com eles se confunde na expressão dos interesses.

No mesmo sentido é o verbete da Orientação Jurisprudencial nº 19 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho<sup>69</sup>:

**DISSÍDIO COLETIVO CONTRA EMPRESA. LEGITIMAÇÃO DA ENTIDADE SINDICAL. AUTORIZAÇÃO DOS TRABALHADORES DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NO CONFLITO. (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010.** A legitimidade da entidade sindical para a instauração da instância contra determinada empresa está condicionada à prévia autorização dos trabalhadores da suscitada diretamente envolvidos no conflito. (grifo do original)

---

<sup>69</sup> Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDC/n\\_bol\\_01.html#TEMA19](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA19). Acesso em: 02 nov. 2021.

É, pois, o agente capaz de negociar coletivamente, o sindicato que tenha sido autorizado por assembleia a representar os interesses dos trabalhadores. Superado, pois, esse obstáculo, os demais requisitos de validade da negociação coletiva seguem a reboco, cabendo necessária observância à boa-fé dos contratantes.

## **7. A dicotomia entre o sindicato profissional e o patronal**

A herança corporativista presente na legislação infraconstitucional, que dividiu os trabalhadores em classes e lhes impôs o dever de negociar com o sindicato correspondente dos empregadores, criou um vício, segundo o qual, somente trabalhadores empregados são representados por entidades profissionais<sup>70</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 125) assim trata a questão:

A compreensão do sistema de leis sindicais no nosso país desafia o intérprete porque há uma contradição, se é que se poderia assim dizer, entre a lei infraconstitucional inspirada nos princípios do intervencionismo e a lei constitucional que se funda em uma ideia mais aberta do sindicalismo do que a CLT, e uma tarefa ainda não foi feita: a harmonização da CLT com a Constituição de 1988, o que gera um problema de clareza para o entendimento do sistema.

Parece-nos, porém, equivocado defender que apenas aos trabalhadores empregados é dado o direito de se organizar em classes e negociar coletivamente, afinal, o conceito de sindicato não exclui as demais modalidades de trabalhadores.

José Carlos Arouca (2019, p. 101) assim conceitua o sindicato: "Trata-se de organismo classista que significa a unidade dos trabalhadores assalariados, autônomos ou profissionais liberais para atuar frente aos empregadores e ao Estado como entidade de resistência".

---

<sup>70</sup> Vide Art. 561 da CLT.

Na mesma linha é o enunciado da Súmula nº 23571 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT:

235. Com base nos princípios da liberdade sindical, todos os trabalhadores – com a única exceção dos membros das forças armadas e da polícia – devem ter o direito de constituir organizações que considerem convenientes, assim como de a elas se filiarem. O critério para definir as pessoas amparadas por esse direito não se funda, portanto na existência de vínculo de trabalho com um empregador, que em geral não existe, por exemplo, no caso dos trabalhadores na agricultura, dos trabalhadores autônomos em geral ou dos que desempenham profissões liberais, que devem porém, gozar do direito de se organizarem.

Negar, pois, o direito de os trabalhadores de aplicativos de negociar coletivamente em razão da controvérsia acerca da natureza jurídica do vínculo que eles mantêm com as empresas é um obstáculo a ser superado.

E já houve, inclusive, algum progresso neste sentido. Veja, a propósito, a decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 1000405-68.202072, que tramitou perante a MM. 56ª Vara do Trabalho de São Paulo, no qual a empresa Rappi, sem discutir direitos trabalhistas, se comprometeu em pôr em prática medidas de prevenção ao risco de contágio por coronavírus e ainda a assistir financeiramente os trabalhadores diagnosticados com COVID-19. O acordo, de um lado, atendeu aos anseios da empresa da continuidade das atividades e, por outro lado, atribuiu mínima proteção aos trabalhadores, sem ingressar em discussões acerca da existência ou não de vínculo de emprego.

## **8. Da Negociação coletiva como instrumento do estabelecimento de melhores condições de trabalho**

A legislação vigente impõe a obrigatoriedade de participação dos sindicatos na negociação coletiva, cujo objetivo final é a elaboração de convenções coletivas de trabalho, as quais repercutirão nos contratos individuais de trabalho.

---

71 Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms\\_231054.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_231054.pdf). Acesso em: 01 nov. 2021.

72 Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000405-68.2020.5.02.0056/1>. Acesso em: 01 nov. 2021.



A primeira impressão, portanto, é que aos trabalhadores em aplicativos, necessariamente, haverá o debate acerca da existência de vínculo empregatício com as empresas de tecnologia. Este, porém, jamais poderá ser um óbice intransponível, já que boa parte das demandas dos trabalhadores – direito à saúde, por exemplo – tem natureza de direito fundamental e transcende a questão sobre o vínculo empregatício.

A Convenção nº 154 da OIT73, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 22, de 1992, dispõe em seu art. 2º, que:

Para efeito da presente Convenção a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores, ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes de uma só vez.

A alínea “a” do dispositivo legal transcrito, ao diferenciar condições de trabalho das condições de emprego, deixou caminho aberto, portanto, para a negociação das condições de trabalho, independentemente da existência de relação de emprego.

Com efeito, a análise da existência de requisitos à caracterização relação de emprego é campo para o direito individual do trabalho e não coletivo. Isso significa, portanto, que as empresas de aplicativos podem estabelecer negociações coletivas sem ingressar, necessariamente, no âmbito da discussão sobre o vínculo empregatício com os trabalhadores.

---

73 Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236162/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm). Acesso em: 02 dez. 2021.

Neste caso, o que deve ser objetivado na negociação coletiva, portanto, é a preservação da liberdade de agir coletivamente, mediante a entabulação de um negócio jurídico que represente os reais interesses dos contraentes, nada além disso.

São sempre valiosas, a este respeito, as lições de Miguel Reali, eternizadas no anteprojeto ao Código Civil de 200274: “Não se compreende, nem se admite, em nossos dias atuais, legislação que em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos como os de boa-fé e equidade”.

Entendemos que esse é um bom caminho.

### **Considerações finais**

O Direito do Trabalho é fruto da associação de trabalhadores que, ao se agruparem, uniam esforços para buscar melhores condições de vida e de trabalho e, assim, reagir e resistir aos abusos dos patrões.

Tem, pois, origem no exercício da solidariedade e na agregação social, direitos fundamentais resultantes de décadas de conflitos, que não podem ser limitados ou tratados como concessão do Estado. Encontram-se, hoje, positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>75</sup>, da qual o Brasil é signatário.

Por aqui, porém, a organização dos trabalhadores sofreu forte intervenção estatal, que estabeleceu as bases para a agregação, cujas regras ainda criam restrições, a despeito da evolução tecnológica, das relações de trabalho, e das liberdades asseguradas pela Constituição de 1988.

É mister, pois, reinterpretar as normas trabalhistas, visando atender aos anseios dos trabalhadores, observando a economia de mercado e as novas tecnologias. Faz-se necessário, assim, compreender o Direito do Trabalho numa visão global, desprendida de conceitos que limitem a adequação da realidade e suas transformações..

---

74 Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Acesso em: 07 set. 2021.

75 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 02 nov. 2021.

A sociedade deve se guiar, pois, pelos princípios de liberdade, de solidariedade e de boa-fé, sem os quais a segurança jurídica poderia estar comprometida..

## Referências Bibliográficas

ABIC. Associação Brasileira da Indústria e Café. **A crise de 1929**. Publicado em 28/06/2021. Disponível em: <https://www.abic.com.br/tudo-de-cafe/a-crise-de-1929/>. Acesso em: 29 out. 2021.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**: da CLT à reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467). 6. ed. São Paulo: LTr, 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto nº 376, de 12 de agosto de 1844**. Manda executar o Regulamento e Tarifa para as Alfandegas do Império. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/387319/publicacao/15741473> Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000405-68.2020.5.02.0056/1>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 19, da Seção Especializada em Dissídios Coletivos**. DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDC/n\\_bol\\_01.html#TEMA19](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA19). Acesso em: 02.11.2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 449, do TST**. Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-449](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-449)>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 677**. Seção Plenária do STF de 24/09/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula677/false>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm) . Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) . Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Portaria nº 17.593, de 24 de julho de 2020.** Dispõe sobre os procedimentos administrativos para o registro de entidades sindicais pelo Ministério da Economia. (Processo nº 19964.103497/2020-17). Publicado em 27/07/2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-17.593-de-24-de-julho-de-2020-268684112>. Acesso em: 31 out. 2021.

COSTA, Camilla. 1ª greve geral do país, há 100 anos, foi iniciada por mulheres e durou 30 dias. **BBC News.** Publicado em 28/04/2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39740614> . Acesso em: 28 out. 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo:** ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalat. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUARTE, Miguel. EY-Parthenon. **EY Future Consumer Index Brasil highlights**, 2020. Disponível em: [https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt\\_br/topics/future-consumer-now/fci-vf.pdf](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt_br/topics/future-consumer-now/fci-vf.pdf). Acesso em: 25 out. 2021.

FRANÇA. **Código Penal de 1810**. Disponível em: <https://ledroitcriminel.fr/la-legislation-criminelle/anciens-textes/code-penal-1810/code-penal-1810-3.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HOBSBAWN, Eric J. **A Era das Revoluções**, 1961. Disponível em: <http://lutasocialista.com.br/livros/V%C1RIOS/HOBSBAWM%2C%20E.%20A%20era%20das%20revolu%27%F5es.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **1,4 milhão de entregadores e motoristas no Brasil estão na Gig Economy**. Publicado em 07/10/2021. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=38565&catid=3&Itemid=3](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38565&catid=3&Itemid=3). Acesso em: 25 out. 2021.

JOÃO, Paulo Sergio. A intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva. **Conjur**. Reflexões Trabalhistas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/reflexoes-trabalhistas-intervencao-minima-judiciario-autonomia-vontade-coletiva>. Acesso em: 07 set. 2021.

JOÃO, Paulo Sérgio. Democracia, Pluralidade e Representatividade Sindical: Qual é o Modelo Organizacional Sindical que Mais se Adequa aos Fundamentos Constitucionais Brasileiros? In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; NAHAS, Thereza. (Coord.). **Liberdade Sindical: Uma Proposta para o Brasil**. 1. ed. Campinas: Lacier Editora, 2021.

LEÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica Rerum Novarum** (Sobre a condição dos operários), de 15 de maio de 1891. Disponível em: Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 25 out. 2021.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho: Direito Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES FILHO, Evaristo. **Do Delito ao Direito de Greve. Um quarto de Século na Vida Italiana.** Serviço de Documentação do M.T.I.C Rio de Janeiro: 1956.

MOTORISTAS de aplicativos dirigem até 15 horas por dia: entenda o que é a “uberização” do trabalho. **Diário do Nordeste.** 05/06/2019. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/motoristas-de-aplicativos-dirigem-ate-15-horas-por-dia-entenda-o-que-e-a-uberizacao-do-trabalho-1.2107103>. Acesso em: 27 nov. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 02 nov. 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **A liberdade sindical:** Recompilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Genebra, 1997. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms\\_231054.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_231054.pdf). Acesso em: 01 nov. 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 87** – Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Genebra. 09/07/1948. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilvia/temas/normas/WCMS\\_239608/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilvia/temas/normas/WCMS_239608/lang--pt/index.htm). Acesso em: 07 set. 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 154** – Fomento à Negociação Coletiva. Genebra. 11.08.1983. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilvia/convencoes/WCMS\\_236162/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilvia/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm). Acesso em: 02 dez. 2021.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Decente.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilvia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 27 nov. 2021.

PEREIRA, Eduardo J. R. Boicote, breque e apagão: as formas de resistência dos trabalhadores por aplicativo. **Portal Brasil de Fato.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/09/13/artigo-boicote-breque-e-apagao-as-formas-de-resistencia-dos-trabalhadores-por-aplicativo>. Acesso em: 28 nov. 2021.

REINO UNIDO. **Combination Act de 1799 e 1800.** Disponível em: [https://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle\\_democracy/trade\\_unionism.htm](https://www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/struggle_democracy/trade_unionism.htm). Acesso em: 27 out. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais,** n. 65, maio, 2003.

SASSE, Cintia. Luta dos trabalhadores resultou em menor duração da jornada. **Agência Senado**. Publicado em 25/02/2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/02/25/luta-dos-trabalhadores-resultou-em-menor-duracao-da-jornada>. Acesso em: 26 out. 2021.

SILVA, Cleide. Sindicatos perdem 90% da contribuição Sindical no 1º ano após reforma. **O Estado de São Paulo**. Estadão conteúdo. Publicado em 05/03/2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/03/05/sindicatos-perdem-90-da-contribuicao-sindical-no-1-ano-da-reforma-trabalhista.htm>. Acesso em: 02 nov. 2021.

## DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**ROVAM LOPES DOS SANTOS:**  
Graduando(a) do Curso de Direito do  
Centro Universitário Luterano de Manaus –  
CEULM/ULBRA/Manaus, AM.<sup>76</sup>

JOÃO CHAVES BOAVENTURA<sup>77</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto fazer um estudo acerca da Lei nº 13.129/15 desencadeou a possibilidade da utilização da arbitragem em conflitos que envolvem a administração pública, determinando a possibilidade de observância ao princípio da publicidade. Visa o trabalho fazer uma análise se há incompatibilidade na utilização da arbitragem na administração pública sob a ótica da confidencialidade dos procedimentos arbitrais. Sendo assim, não havendo incompatibilidade, busca-se verificar seu alcance e como o princípio da publicidade é observado nos conflitos que envolvem arbitragem na administração pública. No que tange a metodologia foram trazidos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como a análise da legislação sobre o tema.

**Palavras-chave:** Arbitragem; Administração Pública; Resolução de Conflitos.

### 1. INTRODUÇÃO

O atual judiciário brasileiro apresenta hoje em dia traz sinais de morosidade nos mais diversos processos, esta é a morosidade e ineficiência na prestação jurisdicional. Diante dessa realidade, a utilização de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, como a arbitragem, será o foco deste trabalho. Diante de um fenômeno social globalizado, a resolução de conflitos complexos de grande valia exige soluções ágeis, rápidas e eficientes, o que o judiciário brasileiro não consegue fazer, acabando por longa espera.

No entanto, quando a administração pública se encontra em um extremo de um conflito que requer resolução extrajudicial, surgem alguns questionamentos sobre a

---

<sup>76</sup> E-mail: rovam@rede.ulbra.br

<sup>77</sup> Advogado e Economista com Formação em Ciências Econômicas - Universidade Federal do Amazonas - Direito - ULBRA, Universidade Luterana de Manaus.



viabilidade do uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias na administração pública.

Sendo assim, a Lei nº 9.307/1996, conhecida como Lei da Arbitragem, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro uma tendência mundial de resolução extrajudicial de conflitos. No entanto, quando foi editado, ficou de fora a possibilidade de que as administrações públicas pudessem tirar proveito dessa nova ferramenta. Como será demonstrado ao longo deste trabalho, embora não esteja diretamente regulamentado nas leis supracitadas, o uso da arbitragem pela administração pública é, por vezes, regulamentado em legislação esparsa e específica, o que tem resultado em diversos posicionamentos jurisprudenciais e teóricos sobre a adoção da arbitragem pela administração pública.

Desta forma, em linha com essa tendência e para sanar as dúvidas sobre a possibilidade de os Estados optarem pela arbitragem, em 26 de maio de 2015, o vice-presidente Michel Temer aprovou a Lei nº 1.996, que introduziu uma disposição clara de que a administração pública pode recorrer à arbitragem para resolver conflitos relacionados a direitos de propriedade disponíveis em contratos com ela.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é identificar algumas dessas limitações, bem como definir como a arbitragem pode se tornar parte da realidade da administração pública, e como os métodos arbitrais podem ser adotados para solucionar os litígios que a envolvem.

Para tanto, serão utilizados posicionamentos teóricos e jurídicos. Para melhor compreender esse tema, primeiramente é realizada uma análise da linha geral da arbitragem. Em seguida, serão discutidos aspectos relevantes do regime jurídico especial de que goza a administração pública, bem como os princípios que regem sua atuação e as novas visões do direito administrativo. Por fim, serão feitos comentários sobre a utilização da arbitragem pela administração pública.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. Princípios da administração pública importantes para a adoção da arbitragem**

A administração pública desempenha as chamadas funções públicas em estados democráticos e de direito, que, de acordo (MELO, 2015, p. 29), são atividades realizadas com o objetivo de cumprir uma obrigação de atingir o interesse público, por meio do uso do poder público, que são instrumentos conferidos pela ordem jurídica com os poderes necessários. Para desempenhar essa função com assiduidade, o ordenamento jurídico

garante certos privilégios às pessoas jurídicas que compõem o poder executivo e impõe certas restrições à sua atuação, a fim de implementar os princípios de gestão da atuação estatal.

Sob outra perspectiva a ser mencionado na utilização da arbitragem pelas administrações públicas são as características dos contratos administrativos que celebram, levando em consideração a natureza contratual da cláusula compromissória.

### *2.1.1. Princípio da supremacia do interesse público*

O princípio de que o interesse público é superior ao interesse privado é um dos princípios básicos que norteiam o trabalho da administração pública. Segundo Di Pietro (2014, p. 61), esse princípio existe tanto quando a lei é elaborada quanto quando é colocada em prática pela administração pública. Motiva o legislador e vincula o executivo em todas as suas atividades.

Segundo Mello salienta que:

[...] De fato, os interesses públicos, os interesses do todo, os interesses da sociedade como um todo, nada mais são do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, os interesses de cada indivíduo como participante social (previsto pela lei nacional), que também são protegidos. Esses mesmos interesses são Depósitos intertemporais, ou seja, aliás, enfrentam sua continuidade histórica dadas as sucessivas gerações de seus nacionais (Mello, 2015, p. 32).

O princípio do interesse público sobre o interesse privado surgiu no século XIX, visto a lei deixou de ser apenas um instrumento de salvaguarda dos direitos individuais, como passou a materializar a realização da justiça social e do interesse público. Os interesses representados pela administração pública estão definidos no artigo 37 da Constituição Federal e aplica-se à implementação do princípio da supremacia do interesse público.

De acordo com esse princípio, quando o interesse público individual entra em conflito com o interesse público coletivo, o interesse público deve prevalecer. Se trata de uma das atribuições concebidas à administração pública por atuar com base nesse interesse, ou seja, o legislador deve se pautar por esse princípio ao elaborar leis ou normas, levando em consideração a posição coletiva acima do nível da administração pública.

No entanto, a realidade é um pouco dura, pois muitas vezes esse princípio não é respeitado, e tudo o que vemos são normas ou leis que se aplicam apenas a indivíduos, ou pessoas com mais acesso à informação, ou até mesmo em melhores condições financeiras.

Para enriquecer o debate e deixar claro que há uma ideia contrária à noção fixa de colocar o interesse público em primeiro lugar a todo custo, Humberto Ávila defende que o princípio do interesse público não deve ser visto como um entendimento normativo. A norma é baseada na teoria jurídica geral, devido ao seu princípio de descrição abstrata. A implementação passo a passo não é permitida, acrescentando os seguintes argumentos ao princípio declarado:

- a) A Constituição federal do Brasil (Constituição - Cidadania) em vários parágrafos, a começar pela dignidade da pessoa humana, protege a esfera pessoal (1º, 5º) em prol do interesse público;
- b) a incerteza abstrata e objetiva do "interesse público", o que é consistente com determinação legal. A premissa de que surge a ideia de sexualidade é contraditória;
- c) o interesse público é indissociável do interesse privado, pois ambos estão consagrados na constituição, e o elemento privado será incorporado à finalidade do Estado, conforme pode ser visto, por exemplo, no preâmbulo e direitos fundamentais; e
- d) A primazia do interesse público é incompatível com os pressupostos normativos consagrados nos textos constitucionais, em particular o pressuposto da proporcionalidade e o pressuposto do efetivo de acordo com (ÁVILA, 2016).

No entanto, é importante mencionar o conceito supremacia de interesse público de acordo com Aristóteles, que o chamou de padrão mais alto de bem público: "Digno, de ser amado também por um único indivíduo, porém mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades". (BARRETO, 2017).

### *2.1.2. Princípio da Indisponibilidade*

O princípio do interesse público e da indisponibilidade de bens está inerentemente conectado ao princípio da supremacia do interesse público discutido acima, e ambos são considerados princípios fundamentais do direito administrativo.

De acordo com Mello (2015, p. 76) afirma que "a indisponibilidade de interesses públicos significa que, como interesses pertencentes à coletividade - dentro do setor público - não podem ser administrados livremente por ninguém, por mais inadequados que sejam". Note-se também que mesmo o órgão executivo que representa esse interesse

não tem poder para dispô-lo, seu dever é apenas saná-lo na medida em que atenda à intenção legislativa.

Assim, é notável que, em contraponto ao princípio da supremacia do interesse público, que traz prerrogativas à administração pública, colocando-a em um ponto hierarquicamente superior ao particular, o princípio da indisponibilidade limita a atuação do agente público no exercício dessas prerrogativas, impedindo que sejam praticados atos com possíveis excessos, já que a administração não é a titular do interesse público.

O princípio da indisponibilidade do interesse público estabelece que o executivo deve sempre se preocupar, mas nunca possuir, os interesses da sociedade, pois os administradores não gozam da liberdade de dispor dos bens que administram porque os titulares desses bens são pessoas. Isso significa que a administração pública não tem poder para dispor do patrimônio público, nem pode fugir à sua titularidade da guarda e proteção do patrimônio. A Administração não pode delegar a terceiros a sua responsabilidade pela guarda, proteção e vigilância dos bens. Além disso, a disponibilidade de interesse público só pode ser determinada pelo legislador (VIEGAS, 2011).

Esse princípio deve ser interpretado sob uma nova perspectiva, pois o atual ordenamento jurídico busca a celeridade dos procedimentos, mas sempre esquece que as leis devem ser aplicadas em tempo hábil para que se sintam seus efeitos sancionadores, aumentando sua repressão sobre outros indivíduos do sexo.

Sendo assim, a indisponibilidade do interesse público é um cobertor curto, no qual geralmente significa que algo não é renunciado em primeiro lugar para se resolver o mais rápido possível, isto é, a proibição de mediações, acordos ou transações, conforme o texto da lei diz, mas ao final, a administração pública fica exposta pois passar por um processo judicial tão demorado, a sanção final pode ser desproporcional ao dano causado ao poder executivo na data do acontecimento.

### *2.1.3. Princípio da Legalidade Administrativa e Princípio da Publicidade*

Sucedem que os princípios da legalidade e bem como o princípio da publicidade são alguns dos chamados princípios explícitos da administração pública, ambos prescritos no âmbito do art. 37 da Constituição Federal brasileira.

Quanto ao princípio da legalidade, pode ser entendida como as condições básicas que as ações estatais devem cumprir e devem ser realizadas diretamente de acordo com a lei. Portanto, é dever do agente público agir de acordo com a lei ou ser responsabilizado. É em virtude do princípio da legalidade que a vontade da administração pública advém do ordenamento jurídico brasileiro (BEZERRA, 2016, p. 27).

O princípio da legalidade está claramente presente na arte de nossa constituição federal, em seu artigo 37, de forma proporcional, no qual dispõe que "a administração pública direta e indireta de qualquer governo federal, estadual, distrital e municipal reger-se-á pelos princípios da legalidade, objetividade, moralidade, transparência e eficiência". Também é baseado na arte. 5º, II, da mesma forma na Constituição que afirma: "Ninguém será obrigado a fazer ou não fazer nada, salvo o disposto em lei".

Como ensinou Meirelles (2016) "A legalidade, como princípio de gestão, significa que o administrador público se submete em todas as suas atividades funcionais aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não podendo dela se desviar conforme o caso, será punido por conduta ineficaz e sujeito a responsabilidade disciplinar, civil e criminal".

Portanto, o princípio da legalidade se baseia na ideia do Estado de Direito é inerente, ideia que o torna subordinado à lei, fruto da sua criação, por isso este princípio é tão importante, é um dos pilares da ordem. Todo homem encontra na legalidade a base de seu privilégio e a fonte de seu dever. A administração não tem finalidade própria, mas busca alicerce na lei, pois geralmente não tem liberdade, e é subordinada ao ordenamento jurídico.

Neste mesmo entendimento, o Princípio da Legalidade é uma das maiores garantias para que os gestores enfrentem o poder público. Representa que o poder público está totalmente dependente das disposições da lei, pois os administradores públicos devem sempre agir de acordo com a lei. Portanto, os administradores públicos não podem conceder direitos aos cidadãos, estabelecer obrigações ou proibir os cidadãos apenas por meio de ações administrativas. Por exemplo, a criação de novos impostos dependerá da lei.

No que diz respeito ao princípio da divulgação, vale ressaltar a definição proposta por Carvalho Filho (2014, p. 39) de que o princípio da divulgação estabelece que a conduta do governo deve ser divulgada o mais amplamente possível entre os governados, e por constituir a base para os princípios que regem a probabilidade de legitimidade das ações dos agentes administrativos.

### **3. A ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

A sociedade de modo coletivo anseia de forma ambiciosa resolver os conflitos de modo mais rápida e flexível possível, mesmo sabendo das barreiras processuais e sociais colocadas na função judiciária do Estado.

Desta forma, no entusiasmo por alternativas viáveis de resolução de conflitos, de forma efetivas e com poder legal, vislumbramos a Lei nº 9.307 de 1996. Por meio da Lei nº 9.307 de 1996, viabilizamos uma convenção pela qual as partes contratantes se obrigam a submeter à arbitragem quaisquer controvérsias relativas a uma relação jurídica previamente estabelecida (NATAL, 2019).

Sendo assim, a arbitragem é um procedimento alternativo, extrajudicial e voluntário entre pessoa física e pessoa jurídica capaz de celebrar um contrato, no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, não tutelados pelos órgãos judiciais. As partes na controvérsia elegem na convenção de arbitragem uma ou mais pessoas conhecidas como árbitros ou árbitros em quem as partes confiam para exercer um conflito de interesses neutro ou imparcial e se submeter à decisão final do árbitro. De acordo com isso, uma vez que este novo sistema de resolução de conflitos não tem apelo.

Em contrapartida, com objetivos de obter respostas rápidas e soluções adequadas a cada conflito, a arbitragem se torna essa ferramenta essencial para pessoas físicas e jurídicas em comunidade contemporânea, levando a um novo vínculo entre direito e justiça que prioriza a ética, a transparência e o consenso comum. De acordo com o doutrinador Strenger (1998, p. 17) tenta conceituar a arbitragem de forma mais ampla para permitir que as autoridades públicas usem a arbitragem como forma de resolução de seus conflitos internos, sendo assim:

Arbitragem trata-se de um exemplo judicial implementado ao abrigo de um sistema estabelecido por contrato para resolução de litígios entre pessoas coletivas privadas e/ou públicas, com procedimentos próprios, exigíveis nos tribunais (STRENGER, 1998, p. 17).

No entendimento de Marinoni (2021, p. 69/70):

Os diversos problemas que marcaram a administração da justiça e a consciência de que se tratava de tranquilidade social, e não de acesso, foi importante, levando à re-instauração da arbitragem e da mediação como alternativa à resolução de conflitos. Também, como técnica, o próprio processo passa por uma "formalização", encontrando uma forma menos formal, mais rápida e mais econômica de ajudar aqueles que foram impedidos de acessar a justiça.

Sendo assim, não há dúvidas que com todos os transtornos e lentidão no judiciário, que se ver uma necessidade absurda em de trazer instrumentos que desempenhem um papel de pacificação dos conflitos de uma postura célere. Quando consideramos a arbitragem como a forma canônica e tradicional de resolução de conflitos, vislumbramos

os conceitos-chave de celeridade e pacificação para solução de diversos processos que decorrem anos para serem resolvidos, e acabam por fugir do interesse inicial (NATAL, 2019).

Notadamente, a Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015 modificou a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, deixando claro que as administrações públicas (diretas e indiretas) podem fazer uso da arbitragem para resolver conflitos relacionados aos direitos de propriedade disponíveis. A rigor, mesmo antes dessa lei, várias outras leis previam a possibilidade de arbitragem dentro da administração pública. Na mesma direção, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Federal determinaram a constitucionalidade e a legalidade do uso da arbitragem pelo Estado.

A arbitragem aplica-se na resolução de conflitos e é apenas um dos vários meios existentes de resolução de litígios. A peculiaridade é que o processo arbitral difere de um modelo puramente voluntário, e a decisão que pode encerrar o conflito não advém de um ajuste entre as partes conflitantes, mas do comportamento normativo de um terceiro, no caso concreto, é a diferença no processo de arbitragem que se chama heterocompositivo.

Vale ressaltar que o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange a arbitragem em sua competência. No qual o STJ replica esse entendimento nos julgamentos sobre conflito de competência, onde o referido tribunal reconhece apenas a competência do tribunal arbitral jurisdicional, senão vejamos:

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTATAL E JUÍZO ARBITRAL.** AJUIZAMENTO DE AÇÃO EXECUTIVA PERANTE O JUÍZO ESTATAL, COM O DEFERIMENTO DE MEDIDAS. CONSTRITIVAS E ANTERIOR PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM PARA, EM OBSERVÂNCIA À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, SEJA DIRIMIDA CONTROVÉRSIA EXISTENTE EM RELAÇÃO AO CRÉDITO REPRESENTADO PELO TÍTULO QUE LASTREIA A EXECUÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. **COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E SOBRESTAMENTO DOS ATOS EXECUTIVOS.** NECESSIDADE. 1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção *desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.* 2. (...). 3. Cabe ao Juízo arbitral, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 que lhe confere a

medida de competência mínima, veiculada no Princípio da kompetenz kompetenz, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia (objetiva e subjetiva) da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo arbitral, a obstar o prosseguimento da execução perante o Juízo estatal, enquanto não definida a discussão lá posta ou não advir deliberação em sentido contrário do Juízo arbitral reputado competente. (...) (Conflito de competência - juízo estatal e juízo arbitral - STJ) STJ – CC 111230-DF, CC 146939-PA; (Cláusula compromissória arbitral - execução - juízo estatal) STJ - REsp 944917-SP, REsp 1373710-MG; (Arbitragem - execução - embargos - mérito - competência juízo arbitral) STJ – Resp 1465535-SP, MC 13274-SP.152.

Sendo assim, é de competência do STJ decidir sobre os conflitos de competências entre o juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal. Desta forma, a Lei 9.307 de 1996, efetivou em seu texto dois principais princípios norteadores da arbitragem, sendo eles: celeridade e o sigilo. No qual será tratado nos tópicos seguintes.

### **3.1. Da celeridade**

No que tange a celeridade do processo arbitral, este trata-se de um procedimento com prazo máximo de seis meses para a resolução de um conflito perante a lei e, se as partes concordarem, podem fixar um prazo para a sentença arbitral. De acordo com o artigo 23 da Lei de Arbitragem alude que:

Art. 23 A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Portanto, o objetivo é resolver o conflito o mais rápido possível. A arbitragem pode ser vista como mais flexível do que o processo judicial, pois muitas vezes as partes utilizam recursos excessivos com o único propósito de retardar a validade de uma sentença.

### **3.2. Do sigilo**



No que tange ao sigilo no processo arbitral, somente as partes e o árbitro têm acesso ao processo, e somente com o consentimento das partes estranhos podem testemunhar a audiência ou examinar documentos, e ao final do processo, quando for proferido julgamento sobre a matéria, é determinado que os documentos são destruídos. De acordo com Oliveira (2016, p. 601) “nesses casos, pode ser incentivada a possibilidade de utilização de tribunais arbitrais para a resolução de disputas envolvendo esses contratos, pois o conhecimento ou divulgação irrestrita de tais informações e dados pode representar um risco para a segurança da sociedade e da nação”.

Verificado o caráter jurisdicional do procedimento arbitral, pode-se concluir que ele poderá conferir aos litigantes uma sentença imperativa com capacidade para produzir coisa julgada, o que constitui objeto de relevância pública, que é a intenção da Administração Pública.

Da mesma forma, a jurisdição, por proporcionar segurança jurídica, potencializa a aplicabilidade da arbitragem na solução de conflitos envolvendo a administração pública. Sendo assim, surge o grande questionamento acerca da possibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública.

#### **4. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A utilização da arbitragem na administração pública tem sido amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência, e há muito tempo é considerada uma questão contenciosa.

Sendo assim a modificação da Lei de Arbitragem, assim a discussão sobre o tema foi intensificada porque não havia na lei que fazia a menção direta de que a administração pública poderia utilizar a arbitragem para resolver quaisquer conflitos em que estivesse envolvida. Ademais, segundo o art. 1º da LArb78, antes da modificação exercida com o surgimento da Lei 13.129/2015, somente desfrutava que seriam capazes utilizar-se da arbitragem para decidir conflitos inerentes a direitos materiais.

A promulgação da Lei nº 13.129/2015, que altera a Lei de Arbitragem, altera o contexto dessas discussões, pois não se discute mais a possibilidade de arbitragem pelo poder público, pois a lei prevê que a arbitragem pode ser utilizada direta e indiretamente pela administração pública para resolver conflitos relacionados aos direitos de propriedade

---

78 LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm).

disponíveis. Portanto, precisamos primeiro entender como funcionam as “arbitralidades subjetiva e objetivas”.

O formato subjetivo da arbitragem se relaciona com o diagnóstico de quais sujeitos poderão favorecer-se do instrumento arbitral, em que a Lei 9.307/1996 concede acesso ao processo de arbitragem apenas àqueles capazes de contratar. Tal disposição mostrou-se consistente com os aspectos comerciais da arbitragem, pois se um tribunal arbitral é estabelecido apenas por acordo, então quem pretende usar a arbitragem deve ter capacidade para concordar. Não se deve esquecer que a convenção de arbitragem é veiculada através da cláusula compromissória, a convenção de arbitragem. Claro, apenas aqueles que podem assinar o contrato podem concordar com o uso da arbitragem. (NATAL, 2019, p. 73).

Assim, no que se refere à aplicabilidade dos contratos, não há óbice à utilização da arbitragem pela administração pública, uma vez que o silogismo termina da seguinte forma: “A entidade que integra a administração pública, direta ou indiretamente, tem capacidade para firmar contratos, e, deste ponto de vista, “A Lei de Arbitragem autoriza a submissão de controvérsias à arbitragem” (PEREIRA, 2007).

Portanto, se um Estado for proibido de usar a arbitragem, ele violará a autonomia contratual a que tem direito (JUSTEN FILHO, 2016. p. 990). De acordo com Justen Filho, alude que:

A rigor, a arbitragem é uma simples manifestação da natureza do contrato. Como se vê, a fixação das condições constitutivas do litígio reflete a autonomia contratual. Assim como as partes regulam o conteúdo das obrigações futuras e determinam o que é proibido, imposto e prescrito em uma relação de reciprocidade, elas também ditam o que constitui uma eventual disputa. (JUSTEN FILHO, 2016. p. 990).

No entanto, embora já exista uma defesa no sentido de que autorizar o uso da arbitragem pela administração pública decorre diretamente da competência contratual (LEMES, 2004), argumenta-se que é necessária uma autoridade legal específica para conceder esse direito ao Estado de possibilidade (BARROSO, 2003). No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União entende a existência de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos (BRASIL, 2013). Esse entendimento baseia-se na ideia de que a administração pública é pautada pela estrita legalidade.

No entanto, essa questão foi resolvida porque, além de diversas leis do regulador e disposições específicas já presentes na Lei de concessões (Lei nº 9.307/1996), depois com o surgimento da nº 13.129/2015, passou a ser utilizada direta e indiretamente pela

administração pública Arbitragem faz previsões amplas (Art. 1º, parágrafo primeiro). Portanto, conclui-se que os obstáculos estatais não existem no que diz respeito ao aspecto subjetivo da arbitragem.

No que tange a arbitralidade objetiva, quando se referir a questões a serem submetidas ao Tribunal de Arbitragem. Segundo o art. 1º Lei da Arbitragem impõe uma limitação objetiva de que somente disputas envolvendo direitos de propriedade disponíveis podem ser objeto de arbitragem. Em conformidade com a Lei nº 13.129/ 2015, mais tarde e mais específico que o Código Penal, ao alterar a Lei de Arbitragem, continua a limitar a arbitragem objetiva em relação à administração pública ao binômio disponibilidade hereditária.

De acordo com Natal (2019, p. 76) um estudo objetivo da arbitragem não deve se basear na disponibilidade e na natureza hereditária dos direitos em si, mas deve verificar se não há reflexos hereditários e exploráveis relacionados a direitos insignificantes em circunstâncias específicas. Nesse caso, essas consequências patrimoniais, por exemplo, decorrentes do descumprimento, também poderão ser submetidas à arbitragem.

Portanto, também do lado objetivo, as administrações públicas não encontraram obstáculos no uso da arbitragem, mas só podem avaliar se um direito ou uma disputa que reflita esse direito seja de natureza hereditária, em um caso específico, em consonância com o papel da autoridade administrativa na administração pública, não de desempenho imperial, do qual tirará sua usabilidade. Onde a negociação é possível, as disputas também podem ser resolvidas por meio de procedimentos de arbitragem (MEDEIROS, 2003. p. 87).

Compreender que a Lei de Gestão da Prática da Administração Pública apoia o uso da arbitragem para resolver conflitos envolvendo Estados sem comprometer os princípios que regem sua atuação. Portanto, é certo que a relação entre administração pública e administrados nem sempre é vertical, ou seja, nem sempre o Estado atua por coação (*ius imperii*) (NATAL, 2019, p. 78).

Confirmando esta concepção, Nogueira (2016, p. 134) explica:

Nessa etapa, a lei permite a possibilidade de utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos, indicando os rumos do desenvolvimento do direito administrativo brasileiro em prol de uma solução rápida e eficaz de conflitos por consenso. Aliás, trata-se de uma flexibilização explícita do rigor do princípio da indisponibilidade do interesse público na versão da doutrina clássica. Isso rompe com

a visão estreita da relação vertical entre a administração pública e o indivíduo para acolher a existência da relação jurídica horizontal.

Portanto, a possibilidade do uso da arbitragem na Administração Pública, deixou de ser somente uma sugestão e passou a ser ação, visando resolução de conflitos de forma rápida e eficiente, seguindo com exatidão os princípios norteadores da administração pública, acolhendo uma relação mais horizontal. Contudo, existem limites que devem ser seguidos, o que veremos no próximo tópico.

#### **4.1. Dos limites da utilização da arbitragem na Administração Pública**

Embora aceito na teoria e na jurisprudência, o uso da arbitragem pelas administrações públicas está sujeito a certas restrições que ajudam a compatibilizar a arbitragem com o ordenamento jurídico das entidades estatais. Vale ressaltar aqui que, quando se trata desse tema, há duas situações que são frequentemente questionadas: julgamento justo e publicidade do processo arbitral.

Quanto ao julgamento justo, a LArb está dentro de seu art. 2, as partes têm o poder de acordar as bases para o julgamento do litígio, podendo a arbitragem ser legal ou equitativa. A opção de julgamento justo capacita os árbitros a renunciar ao sistema legal se a disputa exigir. Destaca-se que a opção do julgamento equitativo não obriga o árbitro a não aplicar o direito positivo, mas apenas dá ao árbitro a possibilidade de optar pela aplicação da norma jurídica, a fim de resolver adequadamente o conflito conforme o esperado. as festas (BEZERRA, 2016).

Todavia, quando a parte envolvida no conflito for a administração pública, não é possível o julgamento em equidade, ou seja, além dos limites estabelecidos no 1º do art. 2º da LArb, no qual se caracteriza por não violar os bons costumes e a ordem pública, devendo a arbitragem envolvendo a administração ser julgada pela lei. A este respeito, também se destacam as limitações impostas pelo princípio da propaganda. Nos procedimentos arbitrais envolvendo particulares, embora não haja previsão expressa na Lei de Arbitragem, não há óbice para que as partes incluam "cláusula de confidencialidade" na convenção de arbitragem, pois ressalta-se novamente a autonomia da vontade, pois a arbitragem é uma instituição clássica de direito privado, fato comprovado pelos regulamentos das mais respeitadas instituições arbitrais do Brasil, que estipulam o sigilo do procedimento (BEZERRA, 2016).

No entanto, a administração pública deve sempre aderir a princípios constitucionais claros disposto no art. 37 da Carta Magna, portanto, a referida cláusula de confidencialidade não pode ser adicionada ao contrato administrativo. Segundo Flausino (2015, p. 126) afirma que o princípio da publicidade não se restringe ao âmbito da administração direta, devendo ser respeitado pelos demais entes administrativos que

compõe a estrutura pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

Portanto, tais limitações estavam previstas antes da promulgação da Lei 13.129/15, mas é em sua versão que estão expressamente previstas, ao acrescentar o art. O artigo 2º, § 3º, da LArb acrescenta que as arbitragens que envolvam a administração pública serão sempre regidas por lei e respeitarão o princípio da publicidade.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar como a arbitragem pode ser uma opção comum e viável para a solução de conflitos em geral, com foco em conflitos envolvendo todas as áreas da administração pública. Devido às mudanças trazidas pela globalização, como o rápido fluxo de informações e a urgência por soluções mais rápidas e eficazes, a escolha de métodos alternativos de resolução de conflitos aumenta a cada dia.

Ao longo do tempo, os países tiveram de se adaptar às mudanças sociais. Assim, passou de um estado liberal para um estado de bem-estar social, culminando no atual estado democrático de direito. No entanto, como surgiu, o Estado sozinho se mostrou insuficiente para satisfazer todas as demandas judiciais.

## **REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, p.159-180, out. 1998.

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>

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

BRASIL. Decreto-Lei 1.312, de 15 de fevereiro de 1974. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1312.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1312.htm)>

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant apud TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. São Paulo: Método, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2014. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-41/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular/>

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O princípio da supremacia do interesse público:** Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9092&revista\\_caderno=4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4)>. Acesso em 11/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 150830/PA. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 10 de outubro de 2019. Diário de Justiça Eletrônico STJ. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750277&num\\_registro=201700249751&data=20181016&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750277&num_registro=201700249751&data=20181016&formato=PDF)>. Acessado em:

## OS ASPECTOS JURÍDICOS E A EFICÁCIA DA LEI EM FACE DOS CRIMES COMETIDOS NA INTERNET

**JOÃO VICTTOR MOTA DE SÁ:**

Acadêmico do curso de Direito da  
FASEC – Faculdade Serra do Carmo.

<sup>79</sup>

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO<sup>80</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** A Sociedade está em processo evolutivo a cada momento e a cada dia e é preciso se adaptar com as necessidades do mundo tecnológico. Novas normas surgem conforme a evolução, e o mundo é obrigado a utilizar o ambiente virtual e suas tecnologias no cotidiano. Como em todo meio existem atos ilícitos, com o surgimento da internet e suas facilidades com ambientes virtuais, sendo assim surgiu a necessidade da criação de leis específicas para regular e proteger a sociedade. Com esse artigo, vou informar a lei para um maior conhecimento das pessoas que não têm acesso a essa informação bem como analisar qual está sendo a efetividade dessas leis, utilizando a metodologia de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, assim como outras matérias já publicadas, para poder fazer a análise dos dados.

**Palavras-chave:** Crimes Cibernéticos, Segurança no Ambiente Virtual, Eficácia das Leis.

**ABSTRACT:** Society is in an evolutionary process every moment and every day and it is necessary to adapt to the needs of the technological world. New norms emerge as evolution evolves, and the world is forced to use the virtual environment and its technologies in everyday life. As in every environment there are illicit acts, with the emergence of the internet and its facilities with virtual environments, thus the need to create specific laws to regulate and protect society arose. With this article, I will inform the law for greater knowledge of people who do not have access to this information, as well as analyze the effectiveness of these laws, using the methodology of bibliographic research and documentary research, as well as other materials already published, to able to analyze the data.

**Keywords:** Cyber Crimes, Security in the Virtual Environment, Effectiveness of Laws.

---

<sup>79</sup> E-mail: [jvmotaadv@gmail.com](mailto:jvmotaadv@gmail.com)

<sup>80</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professor de Direito e Processo Penal, escritor. Delegado da Polícia Civil do Tocantins.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DA DINÂMICA SOCIAL E O DIREITO PENAL. 3 TIPOS DE CRIMES CIBERNÉTICOS E SUAS INCIDÊNCIAS. 4 LEIS DE CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Os crimes cibernéticos são atividades criminosas que têm como alvo ou faz uso de um computador, uma rede de computadores ou um dispositivo conectado à rede, de forma simplória, são aqueles cometidos através da internet. O mundo passa por uma globalização e o principal elemento dessa globalização é o acesso a internet, e como toda novidade, sempre há muitas vantagens e também desvantagens.

De acordo com um relatório da Norton Cyber Security (reports feitos pela empresa de segurança Norton), em 2017, o Brasil passou a ser o segundo país com maior número de casos de crimes cibernéticos, afetando cerca de 62 milhões de pessoas e causando um prejuízo de US\$ 22 bilhões. Diariamente, são registrados pelo menos 366 crimes cibernéticos em todo o País, e as ocorrências cresceram 110% de 2017 para 2018, dados da associação Safernet Brasil, associação esta que atua na defesa dos direitos humanos nas redes sociais e mantém projeto com o Ministério Público Federal.

O Código Penal brasileiro, criado ainda no século passado, necessita de mudanças sempre que há uma alteração na forma de viver da sociedade, portanto, em 2012 houve a criação da Lei 12.737/2012 (conhecida como Lei Carolina Dieckmann), Lei essa que tipifica crimes cometidos através de eletrônicos ou que interferem no uso eletrônico e também foi criado o Marco Civil da internet que estabelece os direitos e deveres dentro desse novo mundo.

Desta maneira questiona-se: Qual a eficácia da Lei 12.737/2012 no intuito de coagir e punir esse tipo de crime? O quão ciente está a sociedade quando se trata dos seus direitos e deveres dentro do mundo digital?

Assim, o objetivo geral do presente estudo pautou-se em investigar a importância e a eficácia das Leis brasileiras referentes aos crimes cibernéticos. Os objetivos específicos são: informar a Lei específica para que haja maior conhecimento social; identificar a incidência dos tipos de crimes cometidos, com intuito de informar e prevenir que sejam cometidos novamente; analisar dados/estatísticas, para verificar a efetividade das Leis vigentes.

A metodologia utilizada compreende pesquisas bibliográficas e documentais nas quais foram consultados artigos científicos, revistas eletrônicas e sites da internet, portanto teremos análise das matérias já publicadas sobre o tema proposto, para que seja possível analisar os dados contidos nela e também para traduzir esse conhecimento.



## 2 DA DINÂMICA SOCIAL E O DIREITO PENAL

A sociedade em si, na sua essência, já é sinônimo de mudança, todo dia estamos expostos a milhares de estímulos e estes refletem em tudo na sociedade. Grande parte desses estímulos se dá ao uso intenso da internet, que é o maior meio de comunicação da era moderna,

[...] a internet foi criada em 1969, nos Estados Unidos, mas o seu uso no Brasil começou por volta de 1989, pelas grandes universidades, o que era algo de difícil acesso e nem todas as classes sociais podiam ter contato com esse novo mundo tecnológico. É definida como uma rede internacional de computadores conectados entre si. É um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente (BARBAGALO, 2013, p. 23).

Após os anos 2000, se vê uma grande popularização da internet e junto a isso vêm um grande valor econômico atrelado a ela, com isso movimentando grandes valores dentro do país, no ano de 2007 por exemplo, o mercado de provimento movimentava 114 bilhões de reais em comércio eletrônico e o país já contava com mais de 18 milhões de internautas.

Em 2015 um levantamento foi feito pela Teleco, principal empresa brasileira de consultoria em telecomunicações, e nesse ano o Brasil já tinha mais da metade da sua população conectada à internet, mais de 100 milhões de pessoas.

É notável a vasta gama em que a internet pode ser utilizada, tanto nos negócios, empresas, serviços domésticos, atividades científicas dentre outras, a nossa Constituição Federal resguarda o direito à vida privada e nos assegura a inviolabilidade de direitos de proteção na internet, em seu artigo 5º X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (LEONARDI, 2014).

Os últimos dados referentes ao ano de 2019, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, e disponíveis no site do Governo Federal, apontam que 87% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet, sem contar a grande parcela da população que tem o acesso da internet na palma da mão através do aparelho celular, mesmo com o volume significativo de usuários, o acesso à internet ainda não está totalmente difundido (MACEDO, 2020).

Portanto, não resta dúvida que a internet está atrelada a vida do brasileiro, é o processo de globalização fazendo o seu trabalho. O advento dessa ferramenta trouxe consigo muitas facilidades para o ser humano, o acesso a informação ficou mais fácil, a comunicação também, novas formas de trabalho surgiram por meio dessa ferramenta, assim como um novo mercado e um grande giro financeiro, porém como é algo novo, também surgiram muitas preocupações acerca dela, e como uma via de mão dupla, também vieram alguns problemas, dentre eles, crimes cometidos utilizando a internet.

Houve então a preocupação dentro do ordenamento jurídico, que antes nunca precisou de uma matéria para legislar sobre esse tema e agora se viu na necessidade de criar leis para limitar o uso, definindo direito e deveres dentro do sítio digital, e também para coibir possíveis crimes. Em 2012 então, foi criada a Lei 12.737/2012, e também foi criado o Marco Civil da internet, delimitando as regras desse novo mundo.

[...] o Marco Civil na Internet ou a Constituição da Internet Brasileira, trouxe uma inovação no ramo empresarial em relação ao meio tecnológico, visando o aumento dessas empresas no meio digital, estabelecendo “regras” ou melhor dizendo, diretrizes no uso da internet no país, pois com o aumento da tecnologia é necessário que haja também um avanço nas normas de proteção existente. Ao tratar de direitos envolvendo a proteção à privacidade e custódia dos registros de conexão, acesso a aplicações e dados pessoais, o Marco Civil estabelece uma série de direitos, dentre eles a obrigação de os provedores manterem em seus contratos informações claras sobre como tratam tais dados. A responsabilidade civil é amparada por um sentimento social, que fundamenta, no plano moral, a sujeição do causador do dano à reparação da lesão e às outras medidas protetivas (SCHREIBER, 2020, p. 345).

Com o Marco Civil da Internet foram estabelecidos princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no Brasil e determinou as diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao uso da internet no Brasil.

### **3 TIPOS DE CRIMES CIBERNÉTICOS E SUAS INCIDÊNCIAS**

Utilizando o conceito de crime cibernético explicado neste artigo, temos que essa atividade criminosa compreende um leque grande de possibilidades. A classificação é ampla e compreende desde ações relacionadas ao *bullying* digital e ataques à reputação em redes sociais, como a divulgação de fotos e vídeos íntimos até crimes que provocam

danos e prejuízos financeiros, como golpes feitos através de aparelhos eletrônicos, links de internet, dentre vários outros.

A Lei 12.737 criada em 2012, dispõe sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos, e nos informa um outro crime, que é o de invasão de dispositivo informático alheio, ou seja, invadir um dispositivo seja ele conectado a internet ou não com intuito de obter, adulterar ou destruir dados e informação do titular do dispositivo, é considerado ato ilícito. Outro crime tipificado na referida Lei, é a interrupção ou perturbação de serviço informático, telefônico ou de informação de utilidade pública.

A par disso, a responsabilidade civil é amparada por um sentimento social, que fundamenta, no plano moral, a sujeição do causador do dano à reparação da lesão e às outras medidas protetivas. Não obstante a isso, as novas ferramentas tecnológicas, a intensidade da vida e a densidade das populações aproximam cada vez mais as pessoas, intensificando suas relações, o que acarreta um aumento de motivos para a colisão de direitos e os atritos de interesses, do que surge a reação social contra a ação lesiva, levando conseqüentemente a criação de um código de conduta para uso com responsabilidade da Internet (GONÇALVES, 2017).

Cumpramos ressaltar pelo menos 3 categorias relacionadas a esses crimes, no sentido da utilização dos computadores. Primeiro temos os ataques direcionados aos computadores, que é o chamado ataque por hackers, após temos os ataques que buscam acesso a computadores e dispositivos para obtenção ilícita de dados, e por fim, quando o computador não executa a função principal, mas é utilizado como armazenamento, tendo como exemplo a guarda e distribuição de pornografia infantil, dentre outros.

Como já foi dito anteriormente,

[...] o *bullying* digital ou também chamado de *cyberbullying*, é um crime recorrente no meio digital. Conceituando esse crime, o "*bullying*" vem da língua inglesa, que significa tirano, valentão ou brigando, na tradução para o português, portanto o *bullying* digital consiste, segundo a Fundação das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, atos violentos e intencionais repetidos contra uma pessoa que pode causar danos físicos e psicológicos às vítimas. Esses atos ocorrem através das tecnologias digitais, sendo elas as mídias digitais, aplicativos de mensagens digitais bem como as plataformas de celulares e jogos. São exemplos desse crime, o compartilhamento de fotos constrangedoras nas redes sociais, espalhar mentiras acerca

de indivíduos, ameaças através de mensagens, dentre vários outros (TARTUCE, 2020, p. 223).

Diferente do *bullying*, que não tem nenhuma pretensão econômica, há outros crimes bastante utilizados e com apenas essa finalidade, que é caso dos golpes feitos através da internet com uso de links ou aparelhos eletrônicos. Esses golpes tem o intuito de enganar a vítima para conseguir vantagem financeira, como clonagem de cartão de crédito, e outras informações como senhas de bancos e informações confidenciais.

Esse golpe acontece da seguinte maneira,

[...] o criminoso usa de uma isca para atrair suas vítimas, e essa isca pode ser através de sites falsos, links que te direcionam para páginas específicas, sorteios falsos, mensagens falsas direcionadas, e assim por diante. A intenção do criminoso é fazer com que você exponha seus dados para que assim ele possa se apossar de contas bancárias. O termo utilizado para esse ato vem da língua inglesa, que é o "*phishing*", que trazendo para o português, seria algo vindo do termo pescaria, onde a pessoa que sofre esse golpe é "pescada" ao cair nas iscas digitais (SCHREIBER, 2020, p. 178).

Outro crime recorrente, que também tem uma finalidade financeira, são as divulgações de mídias, sejam elas fotos ou vídeos, de conteúdo íntimo. No Brasil, um caso muito famoso antecedeu a criação da lei específica para esses casos, lei essa que inclusive levou o nome da atriz envolvida no caso, que é a Lei nº 12.737/2012 conhecida como Lei Carolina Dieckmann.

Em 2011, a atriz brasileira Carolina Dieckmann, teve seu computador invadido em ações de hackers, e nessa ação criminosa o invasor teve acesso a 36 fotos íntimas da atriz. O mesmo exigiu 10 mil reais para não publicar as fotos na internet, porém a atriz recusou e teve suas fotos expostas na internet. Esse fato teve grande impacto na mídia e isso gerou uma grande discussão popular sobre criminalizar esse tipo de ato (BARBAGALO, 2013).

No ano seguinte, em 2012, foi sancionada a referida Lei que faz uma alteração no Código Penal Brasileiro na parte onde se trata de crimes que acontecem em âmbito virtual. Antes da criação dessa lei, já era crime invadir ambientes virtuais, porém não havia uma lei específica para esse tipo de ação, onde se trata da divulgação de conteúdos advindos da invasão do ambiente virtual, mas com intuito de obter vantagens econômicas.

#### **4 LEIS DE CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL**

Precipualemente, é válido mencionar que a Lei de Crimes Cibernéticos no Brasil tem como direcionamento os elementos jurídicos estabelecidos na Convenção sobre o *Cibercrime* estabelecidos em Budapeste em 2001. As decisões proferidas nesta Convenção embasam a legislação mundial acerca dos crimes cometidos no âmbito virtual.

No Brasil, no ano de 2012, foi sancionada a Lei 12.737/2012 conhecida com a Lei Carolina Dieckmann, posteriormente foi criada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, que tratavam da tipificação penal dos crimes virtuais bem como suas respectivas penalidades.

Contudo, atualmente, há no Brasil a lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como, Lei de Proteção de Dados. Nesta lei está previsto a proteção dos direitos de liberdade e privacidade das pessoas, bem como as penalidades previstas para os crimes cometidos contra esses direitos no âmbito virtual.

Há também a Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021, que alterou o Código Penal. A referida Lei é mais taxativa em relação as punições para os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet.

A outra lei em vigor no Brasil é a Lei 14.132/2021 Lei de *Stalking* que acrescentou ao Código Penal as previsões sobre o crime de perseguição, estabelecendo a tipificação penal para o ato de perseguir, definindo que: “perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade” (BRASIL, 2021).

A título de outros países, um dos primeiros países que criminalizou a perseguição foram os Estados Unidos da América, mais especificamente o estado da Califórnia, em 1990, após a morte de um norte-americano atriz assassinada por um fã e quatro outras mulheres assassinadas por seus ex-maridos ou ex-namorados (BIONI, 2019).

No Brasil, bem como em outros países, tornou-se comum a perseguição no âmbito virtual. E como exemplo de outros países foi instituída esta lei, trazendo em seus dispositivos a especificidade da perseguição e também as penas relacionadas a este crime.

Também, vários países europeus também incluíram *stalking* em seus sistemas jurídicos, tornando-o independente de outros crimes, incluindo o crime de violência doméstica. Em Portugal estas condutas foram criminalizadas em 2015, estando consubstanciadas no artigo 154-A do Código Penal, sob o título “Perseguição” (SCHREIBER, 2015).

Em contraste com a abordagem francesa, caracterizada por um dualismo no que diz respeito aos direitos de imagem, outras civis jurisdições legais parecem ter adotado uma abordagem multifacetada e mais flexível ao direito a uma própria imagem da pessoa, onde a imagem do indivíduo é de natureza dupla e híbrida. As penalidades para a perseguição e a proteção a dignidade de uma pessoa na tradição do direito civil apresenta algumas tendências comuns, mas é longe de ser uniformemente estruturado (COSTA, 2017).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determinou a questão da integridade física e psicológica, capacidade de locomoção, liberdade e privacidade garantindo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em linhas gerais,

[...] o estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica; promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil; promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos; promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade; adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres; publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada; otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa; desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet; promoção da cultura e da cidadania; e prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos (BRASIL, 2014, p. 12).

Nesse tocante, os direitos relacionados à proteção à privacidade, a inviolabilidade no sigilo de informações e da intimidade pessoal do cidadão e a garantia da liberdade de

expressão. Sobre o direito à privacidade, são direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, que protegem valores inatos ou originários da pessoa humana, como a vida, a honra, a identidade, o segredo e a liberdade.

Na tutela jurídica acrescenta-se ainda que, havendo prejuízo à dignidade humana, serão aplicados os princípios da prevenção e da reparação integral, também constantes no art. 20 do Código Civil,

[...] salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2015, p.145).

O art. 20 do Código Civil, ao considerar os direitos da personalidade, prescreve que tais atos poderão ser proibidos, a requerimento do autor e sem prejuízo da indenização que couber, ou seja, assegurar ao lesado, direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Nos termos do art. 20 do Código Civil, a reprodução de imagem para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Em virtude das considerações acima, cabe aqui evidenciar a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça que afirma: "são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano decorrente de publicação pela imprensa tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação". Por conseguinte, para Costa (2017), a responsabilidade dessas mídias será objetiva, uma vez que também serão responsabilizadas pelo dano causado aos seus usuários, em virtude da má prestação de serviços.

É importante também destacar a Súmula 403/STJ que afirma que independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. É possível ainda identificar duas formas de danos passíveis da violação ao direito a imagem: o dano patrimonial e o dano moral. O dano patrimonial surge a violação do direito à imagem física, uma vez que não é possível utilizar sem consentimento a imagem de outrem.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio

segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. IV - O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional (SÚMULA, n. 403, STJ).

Nas leis supracitadas observa-se que buscam ressaltar a proteção dos dados referentes à pessoa humana que atualmente no Brasil, consiste em um dos mais sensíveis desafios decorrentes do extraordinário avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas.

Primordialmente, quando a primeira lei de crimes virtuais foi criada, tinha como premissa punir principalmente quem invadia dispositivo alheio. Contudo, atualmente, principalmente nas redes sócias no contexto brasileiro se observa uma constante perseguição religiosa, a exclusão das minorias, a submissão da mulher, a discriminação contra as pessoas com deficiências de todos os tipos, a autocracia e outras formas de organização do poder e da sociedade ofensivas ao entendimento atual da proteção de direitos humanos.

Dessa forma, os recentes diplomas normativos buscam cuidar principalmente dos direitos individuais das pessoas, pois no Brasil, a mídia traz notícias de que muitas pessoas por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontra-se fora do país de sua nacionalidade ou residência e não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição.

Vislumbra-se atualmente, uma perseguição a grupos ou coletividade que por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de comparações universalmente reconhecidos como inaceitáveis. Paralelamente a estas perseguições evoluiu-se também para ameaças com atos de violência de pessoas físicas.

A violência perpetrada contra determinados grupos, principalmente aqueles considerados como minorias, vem sendo sentida há vários anos até os dias atuais, levando à preocupação da sociedade e dos operadores do direito a proteção dos direitos de tais grupos, bem como dos direitos individuais.



Vale ressaltar que, além de uma questão cultural, ainda presente em vários contextos, de perseguição e violação de direitos exibidas no contexto cibernético aos grupos principalmente minoritários ocorrem por questões políticas que fomentam a violência e a perseguição a esses grupos, em flagrante desrespeito aos princípios e normas do direito contemporâneo.

Em pleno século XXI diante a gama de redes sócias que deveriam disseminar o respeito as diferenças, não foi internalizado o conceito de igualdade no sentido de que ela “advém diretamente da natureza una do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa”, (SILVA, 2012, p. 201). Diante da qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, venha a tratá-lo com privilégio; ou que, por outro lado, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que se reconhecem a quem não se considera incluído em tal situação de inferioridade.

O espaço virtual deveria ser um local para diversos debates em que haja liberdade de todos os cidadãos têm de expressar ideias e opiniões, pontos de vista das mais variadas temáticas, pois, o acesso livre à internet para todos os cidadãos torna-se um dos direitos humanos mais importantes do conjunto de direitos comunicativos da pós-modernidade.

## **CONCLUSÃO**

Este estudo buscou evidenciar a legislação brasileira que trata dos crimes cibernéticos. No que tange as duas últimas legislações brasileiras, a Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021 e a Lei 14.132/2021 a não resta dúvida que dentre outros motivos por causa dos avanços científicos e tecnológicos principalmente com a ascensão da internet a personalidade passa a sofrer certas vulnerabilidades que necessitam de regulamentação jurídica para sua proteção.

Em relação a sua eficácia, é salutar considerar que ainda é recente para constatar se é ou não eficaz. É valido considerar que esta legislação trouxe em seus dispositivos mais acurácia sobre a tipologia e as penalidades relacionadas aos crimes cibernéticos.

A criação de variadas leis para tratar dos crimes cibernéticos se deve ao fato de tanto a tecnologia informatizada quanto as leis penais estarem em constante processo de evolução. Nesse tocante, os atuais dispositivos jurídicos são mais precisos, ou seja, trata com mais exatidão as penalidades relacionadas aos crimes cibernéticos, principalmente no que tange a perseguição, tema não abordado nas outras leis e atualmente é imperioso que se aborde tal tópicos nas legislações específicas de crime cibernético.

## REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Erica Brandini. **Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, Manuel da Cunha. **O conceito de servidor em informática e suas implicações jurídicas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHAVES, Antônio. **Direitos autorais na computação de dados**. São Paulo: LTr, 2015.

COSTA, Matheus Ramsdorf. (2017). **A Responsabilidade Civil pelo uso indevido da imagem na mídia**. Disponível em: <https://matheusramsdorf.jusbrasil.com.br/artigos/517896330/a-responsabilidade-civilpelo-uso-indevido-da-imagem-na-midia>. Acesso em mai. 2022

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GUERRA, Sidney. **O direito à privacidade na internet**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro** (2015). Disponível em: <http://sdls.com.br/assets/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet.pdf>. Acesso em abr. de 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

## **UMA ANÁLISE ANALÍTICA-COMPORTAMENTAL E ECONÔMICA DA PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA**

**LUCIANO LEITE PEREIRA:** Agente de Polícia Legislativa – Câmara dos Deputados do Distrito Federal; Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade de Tecnologia e Ciências do Alto Parnaíba – FATAP; Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá – UNESA;

**RESUMO:** O trabalho visa estudar as campanhas eleitorais a partir das análises econômica e comportamental do direito, enfocando especificamente o instituto da propaganda antecipada prevista no artigo 36-A da Lei das Eleições. A análise comportamental visa identificar quais as premissas relevantes e a meta social decorrente da imposição da vedação à propaganda eleitoral antecipada, bem como quais os resultados favoráveis e desfavoráveis da norma. Com relação à análise econômica, a proposta do artigo é analisar se as eventuais sanções aplicáveis por conta de propaganda antecipada irregular têm ou não o poder de coibir a prática da ilicitude nos contornos legais exigidos.

**Palavras-chave:** propaganda, propaganda antecipada, ética, política, limites, sanção, comportamento, análise econômica.

**ABSTRACT:** The work aims to study electoral campaigns based on economic and behavior-analytic of the law, focusing specifically on the institute of advance advertisement provided for in Article 36-A of the Elections Law. The behavioral analysis aims to identify the relevant premises and the social goal resulting from the imposition of the fence on the anticipated electoral propaganda, as well as the favorable and unfavorable results of the norm. Regarding the economic analysis, the proposal of the article is to analyze if the possible sanctions applicable for the account of irregular advance advertisement have or do not have the power to curb the practice of illegality in the required legal contours.

**Key-words:** propaganda, advance advertisement, ethics, politics, limits, sanction, behavior-analytic, economic analysis.

## INTRODUÇÃO

Em uma sociedade democrática onde se busca a participação política e o debate e onde temos o voto como sendo obrigatório, impõe-se necessariamente um espaço de análise e comercialização de ideias e ideologias próprias da arena política.,

Considerando ainda que no Brasil vigora o pluripartidarismo efetivo, as possibilidades de um mercado de ideias amplo traz a necessidade de um estudo profundo sobre o poder da propaganda eleitoral.

A propaganda é o elemento fundante de uma sociedade participativa, pois, é através dela que vai se permitir a aproximação de correntes e a possibilidade de construção de projetos e teorias. No âmbito eleitoral temos a propaganda eleitoral como principal elemento em um pleito eleitoral, pois é através dela que o eleitor terá contato com os candidatos e assim poderá escolher seus representantes, sendo imposto pela lei um prazo para que se inicie em iguais oportunidades, o diálogo entre potenciais representantes e sociedade. É nesse contexto que entra a figura da propaganda antecipada.

O trabalho visa analisar o instituto da propaganda eleitoral antecipada que configura uma espécie de “queimada de largada”<sup>81</sup> dada por alguns potenciais representantes políticos, que antes da data permitida pela lei, já iniciam seu diálogo com a sociedade e assim afetam não apenas a isonomia, mas também fortalecem o abuso de poder econômico como influenciador do resultado de um pleito.

Veremos a conceituação da propaganda, da propaganda antecipada e o papel que estes institutos possuem na sociedade moderna, conectada em redes sociais e mídias, influenciando o resultado da eleição de maneira quase que determinante. Será aplicado o modelo analítico comportamental da norma de vedação à propaganda eleitoral antecipada, para verificar suas razões antecedentes, meta social mediata e imediata e efeitos, positivos e negativos, bem como vamos analisar do ponto de vista econômico as

---

<sup>81</sup> A utilização dessa expressão justifica-se pela expressão dada para campanhas eleitorais “Horserace” que define a propaganda como uma corrida de cavalos, com todas as táticas utilizadas para vencer a corrida ao fim, sendo que um dos principais elementos dessa corrida é a sua própria duração (IYENGAR; NORPOTH, HAHN, 2004).

vantagens ou desvantagens para a adoção ou não do comportamento de burlar o prazo para início da propaganda eleitoral.

## **1 A PROPAGANDA ELEITORAL**

Até antes da última reforma realizada na legislação eleitoral, existiam três modalidades distintas de propaganda: a partidária, a intrapartidária e a eleitoral. Na reforma ocorrida em 2017 houve a exclusão a partir de 2018 da propaganda partidária, restando tão somente os outros dois tipos, quais sejam, a intrapartidária e a eleitoral, com retorno em 2022 da chamada propaganda partidária, aquela que visa apresentar o partido para a sociedade e angariar novos filiados.

A propaganda intrapartidária consiste em convencimento e mercado de ideias restrito aos filiados de um determinado partido político ou legenda, enquanto a propaganda eleitoral consiste na propaganda propriamente dita voltada ao convencimento do eleitorado sobre quais devem ser os representantes escolhidos no pleito eleitoral. É nesse tipo que concentramos o estudo deste artigo.

O objetivo principal da propaganda eleitoral é convencer o eleitor, direta ou indiretamente, dos motivos que devem levá-lo a votar ou não em determinado candidato (GOMES, 2017), estando a matéria regulada nos artigos 240 a 256 do Código Eleitoral e artigos 36 a 57 da Lei das Eleições.

Na era da comunicação, das redes sociais e da difusão de notícias a propaganda eleitoral ganha contornos complexos diante da regulamentação, dos cuidados e do alcance que possui, não é por outra razão que vem sendo cada vez mais alterada nas reformas eleitorais tentando abraçar as novidades que diariamente surgem no campo da mídia e da internet.

E mais, em uma democracia como a que vivemos, o papel da propaganda se destaca diante da sua função de incentivadora do debate e da informação do eleitorado, sendo assim pautada de garantia fundamental por envolver a necessária liberdade de expressão no mercado de ideias. Ocorre que, como não há nenhum direito absoluto, não seria diferente para a análise da propaganda que deverá obedecer aos limites explícitos e implícitos de seu conteúdo (SALGADO, 2015).

Por limites explícitos temos aquelas que foram expostos diretamente na lei e por limites implícitos temos os princípios constitucionais e princípios do próprio direito eleitoral:

“A liberdade de expressão, um dos princípios fundamentais do Estado de Direito instituído pela Constituição de 1988, no entanto, não se reveste de valor absoluto, devendo ser considerado com a compreensão dos demais valores, princípios e direitos fundamentais. Há, por assim dizer, limites imanentes à liberdade de expressão, alguns de maneira explícita (como a vedação ao anonimato), outros implícitos, como o respeito aos princípios fundamentais pelos partidos políticos.”<sup>82</sup>

Esse papel da propaganda ganha ainda mais força na utilização dos meios de comunicação de massa que são a marca da era global, onde as informações são trabalhadas e transmitidas com rapidez e fluidez sem qualquer limite e atingem centralmente a própria ideia de democracia e formação do voto:

“What should be our response in this era of globalisation to the power of electronic empires to manipulate the social image-world? The mass media of communication, having acquired an increasingly economic, socio-cultural and political character, in the ultimate analysis, pose a challenge to the functioning of democracy.”<sup>83</sup>

No próximo capítulo a análise se dará sobre a importância da propaganda, do uso das mídias como instrumento de influência e controle pelas massas, justamente para ressaltar a necessidade de cuidado sobre o tema.

O sistema democrático baseado na manifestação da vontade da maioria precisa sistematizar e concretizar essa vontade em resultados, por tal razão temos a representação política da sociedade sendo caracterizada através dos votos que são dados

<sup>82</sup> SALGADO, Eneida Desiree; LOPES, Ana. Propaganda partidária e os limites da liberdade de expressão: O ordenamento jurídico brasileiro e o Partido Social Cristão. *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 1 Junho 2015. pp. 202-216. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>]

<sup>83</sup> ZIOLKOWSKI, Januz. DEMOCRACY, PUBLIC OPINION AND THE MEDIA. Disponível em <[www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta6/acta6-ziolkowski.pdf](http://www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta6/acta6-ziolkowski.pdf)>.2001. Acesso em 16 de novembro de 2017.

em um determinado candidato, de acordo com o seu poder de convencimento sobre o eleitorado.

É por essa razão que um dos princípios fundamentais do direito eleitoral é a autenticidade do voto, que envolve todo o processo de formação do convencimento para exercício do voto de um cidadão. O eleitor precisa ser convencido e esse convencimento deve ser trabalhado pelos candidatos de maneira limpa, legal e isonômica.

Importante destacar ainda que essa isonomia é essencial para evitar o desequilíbrio dos candidatos em face dos eleitores. Todos aqueles que se candidatam a um cargo de representante da sociedade devem ter iguais oportunidades no pleito, iguais oportunidades de influenciar os eleitores e assim proporcionar um resultado que seja mais justo e adequado.

O contexto da formação de opinião é essencial em uma democracia e o processo de molde dessa opinião é pautado fundamentalmente pela propaganda eleitoral, sendo a democracia um governo de opinião:

“A democracia, denuncia Sartori (1998, p. 68), é definida frequentemente como “governo de opinião”. Essa definição parece adequada ao aparecimento da videopolítica, fenômeno que faz com que o “povo soberano” fundamente suas opiniões de acordo com o que a televisão os induz a acreditar. Para conduzir a opinião pública (SARTORI, 1998), fabricar (CHOMSKY, 2003) ou engenhar (HABERMAS, 2003) o consenso, o poder da imagem assume papel central na política contemporânea.”<sup>84</sup>

## **1.2 O PAPEL DA CAMPANHA ELEITORAL NA FORMAÇÃO DO VOTO**

Na doutrina do direito eleitoral muito se questiona sobre o papel das campanhas eleitorais na formação da autenticidade do voto e são vários os estudos realizados para tentar medir o alcance da influência da campanha eleitoral sobre o convencimento do eleitor.

---

<sup>84</sup> CADEMARTORI, Daniela; NETO, Elias Jacob. Poder, meios de comunicação de massas e esfera pública na democracia constitucional. Seqüência (Florianópolis), n. 66, p. 187-212, jul. 2013

Em um momento inicial com os estudos de Lazarsfeld em 1944, posteriormente repetidos em 1948, a conclusão era de que antes mesmo da eleição começar, ela já estaria determinada, restando assim nada ou pouco espaço para mudança de voto diante das campanhas eleitorais:

“The Study of Erie Country does not, to be sure, suggest that a party could give up campaigning and win. Propaganda has to reinforce and keep in line the vote intentions of the approximately 50 percent of the voters who have made up their minds before the campaign starts. The campaign is like the chemical bath which develops a photograph. The chemical influence is necessary to bring out the picture, but only the picture prestructured on the plate can come out.” (LAZARSELD, 1944)

Em 1960 com os estudos de Angus Campbell houve a conclusão da influência coletiva do voto, formado através da ligação feita entre eleitores e partidos políticos. Esse estudo baseado nas eleições presidenciais dos Estados Unidos de 1956 detectou a influência a longo prazo da propaganda que acaba formando um vínculo entre a sociedade e os partidos políticos, sujeitos principais das demandas ideológicas e políticas (CAMPBELL, 1976).

Naquele momento histórico e político os partidos políticos eram os portadores de todo discurso ideológico que existia no Estado e era em cima desse protagonismo que os eleitores se vinculavam e se identificavam.

Ocorre que, após a década de 70, iniciou-se o começo do descrédito dos partidos políticos (HILLYGUS; JACKMAN, 2003), situação que perdura até hoje, uma vez que é difícil identificar vertentes ideológicas com contornos bem definidos tal qual era na década de 60 ou ainda é em alguns países, cujos partidos possuem posições bem definidas e que não se perdem diante de acordos e coligações.

Diante do descrédito dos partidos, a campanha eleitoral passa a ter maior influência na formação do voto do eleitor (CANEL, 1998), seja reforçando a opinião do eleitor que já possui uma aproximação ideológica com determinado candidato, seja convencendo o eleitor a assumir um posicionamento diante dos argumentos apresentados. É para essa influência direta que a propaganda possui quatro mecanismos necessários para o debate: a fixação de agenda (agenda-setting), a rotulação (priming), o emolduramento (framing) e a formação de opinião (opinionation) (NEISSER, 2017).



A fixação de agenda é o mecanismo que sabe que as conclusões são tomadas pelo destinatário da comunicação, porém é o emissor quem define quais temas vão receber relevo, que se complementa com a rotulação, que a procura na campanha de fixação dos vieses cognitivos que os eleitores devem fixar, ideias que são apresentadas da forma desejada pelo candidato ou partido, usando assim o mecanismo do emolduramento.

A moldura apresentada afeta a própria decisão a ser tomada pelo eleitor já que sua racionalidade admite essa adaptação e influência que por fim ira gerar o processo de formação de opinião, através da escolha de imagens e palavras adequadas na propaganda.

Assim, não é difícil concluir o poder da campanha eleitoral sobre a formação de voto do eleitoral e sobre o resultado do pleito, fazendo com que o estudo de todos os seus aspectos formais e materiais seja necessário para consecução dos princípios constitucionais e eleitorais.

## **2 A PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA**

A legislação eleitoral ao trabalhar a ideia de propaganda antecipada não conceitua o que seria essa espécie de propaganda, limitando-se a prever quais situações concretas não configurariam a propaganda antecipada em si, basicamente no artigo 36-A e seguintes da Lei das Eleições.<sup>85</sup>

Sendo a propaganda eleitoral permitida, após reforma legal em 2015, a partir do dia 15 de agosto do ano eleitoral, é propaganda antecipada toda o conteúdo de mídia ou discurso que envolva convencimento do eleitorado antes dessa data, não havendo limite de prazo para reconhecimento de qual seria o início ou não de uma propaganda extemporânea, sendo possível ainda que ela ocorra na propaganda partidária (enquanto existir) e na propaganda intrapardária (ZÍLIO, 2010).

É justamente essa atuação fora do prazo que atrai e capta votos de maneira antecipada, ferindo a necessária igualdade entre os candidatos e permitindo uma

---

<sup>85</sup> Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet.

antecipação também da pauta de debates de todo o pleito e desequilibrando a campanha eleitoral (GOMES, 2017).

É certo que o legislador procurou estabelecer na lei quais situações não configurariam situação de propaganda antecipada, bem como listar uma série de impedimentos para evitar esse tipo de conduta.

As sanções previstas para a realização de propaganda antecipada é apenas a de multa e visa punir aqueles que queimaram a largada da corrida pela disputa do voto do eleitorado ferindo a isonomia necessária entre os candidatos e estimulando um abuso do poder econômico (CAMPELLO, 2017).

Em razão da própria dificuldade de configuração da propaganda antecipada na descrição feita pela lei, há um espaço aberto para interpretação do dispositivo pelos Tribunais Eleitorais, sendo certo que a posição majoritária do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, é pela interpretação restritiva do instituto.

Entende o TSE que apenas quando houve pedido explícito de votos antes da data permitida para propaganda eleitoral é que temos situação de propaganda antecipada, ou seja, o enaltecimento de qualidades, projetos realizados ou o pronunciamento de pré candidatos em propaganda política (ainda permitida até final de 2017) não é extemporaneidade, salvo se houver pedido direto e expresso de votos, conforme alguns julgados que peço permissão de colar abaixo, ambos em caráter exemplificativo e exarados no corrente ano:

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 93-65/PE Relator: Ministro Admar Gonzaga Ementa: ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL DO REPRESENTADO. PROVIMENTO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. POSTAGEM EM FACEBOOK. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. De acordo com precedentes do Tribunal Superior Eleitoral (anteriores, inclusive, à Lei nº 13.165/2015), o mero ato de promoção pessoal não é suficiente para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea, para a qual se exige pedido expresso de voto, o que não se verifica na espécie. 2. A aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos objetivamente considerados, e não conforme intenção oculta de quem a promoveu. 3. Com o advento da Lei nº 13.165/2015 e a

consequente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei nº 9.504/1997, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I, da Lei nº 9.504/1997). 4. “A propaganda eleitoral antecipada – por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros candidatos na Internet –, somente resta caracterizada quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado” (REspe 239-79, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 22.10.2015). Agravo regimental a que se nega provimento. DJE de 11.9.2017

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 1112-65/SP

Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

**Ementa: ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA PAGA NA INTERNET. NÃO CARACTERIZADA. PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTOS. AUSÊNCIA. ART. 57-C DA LEI Nº 9.504/1997. VIOLAÇÃO AFASTADA. DESPROVIMENTO.**

1. Na espécie, a Corte Regional expressamente assentou a inexistência de pedido explícito de votos nos vídeos divulgados pela ora agravada, na rede social Facebook, em link patrocinado, antes de 16.8.2016. Ressalvou, ainda, que, “no presente caso, o que demonstra a ilicitude da conduta não é o teor das postagens, que está amparado pela lei, e sim o meio utilizado para dar-lhes maior visibilidade” (fl. 143).

2. De acordo com a moderna interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do art. 36-A da Lei nº 9.504/1997, a publicidade que não contenha expreso pedido de voto não configura propaganda eleitoral. Precedentes.

3. Por conseguinte, as postagens em exame não se subsumem ao previsto no art. 57-C, caput, da Lei nº 9.504/1997, porquanto, não havendo propaganda eleitoral, inexistente publicidade paga na Internet.

#### 4. Agravo regimental desprovido

Verifica-se que o TSE busca limitar o alcance da norma bem como estabelecer que a aferição de propaganda eleitoral antecipada deve ser realizada a partir de dados e elementos objetivamente considerados, e não conforme a subjetividade do teor da propaganda, o que por si só tem o poder de esvaziar a efetividade da norma bem como sua finalidade precípua que seria defender a isonomia entre os candidatos, conforme analisaremos no capítulo a seguir.

Para além da problemática do TSE e sua jurisprudência ainda inefetiva, vemos a cada reforma eleitoral um reforço na diminuição dos próprios fundamentos que levaram a propaganda antecipada a serem vedadas e com reformas que acabam por diminuir o objetivo da propaganda eleitoral em si.

Diversos atos pré-eleitorais antes vedados legalmente pelo risco de configurarem propaganda antecipada, agora são permitidos pela reforma de 2017 que conferiu legalidade a uma série de situações que permitem justamente o início da disputa ideológica de votos.

Um grande debate que envolve a conceituação de propaganda antecipada é justamente a sua duração: se muito curta, gera um déficit de debate e prejudica a formação do voto, se muito longa gera custos em demasia e retira as chances de candidatos mais desconhecidos da mídia ou com pouco poder aquisitivo.

Com relação ao baixo tempo de debate, existem estudos que demonstram que o eleitor precisa de tempo para amadurecimento de sua opinião política sobre temas que estejam em debate (KEY JR, 1966), com enfoque no chamado “eleitorado menos sofisticado”, uma vez que pessoas sem alto ou médio grau de instrução, precisariam de mais tempo para aprender e formar suas opiniões:

“Os autores assumiram como hipótese as premissas de Andrew Gelman e Gary King, segundo os quais as campanhas apenas conseguem transmitir informação ao eleitorado, especialmente sobre as políticas públicas defendidas pelos candidatos e suas posições no campo econômico, quando dois requisitos são observados simultaneamente: um mínimo de igualdade nas condições de disputa, de modo a impedir que um candidato possa veicular informações enviesadas sem contraposição; e penetração suficiente da propaganda no eleitorado.”(NEISSER, 2017)

Considerando a relevância a propaganda eleitoral e o papel no Estado em sua regulamentação, bem como a posição legal e jurisprudencial sobre a propaganda antecipada, cumpre analisar a fundamentação que justificaria a existência da vedação da propaganda extemporânea.

### **3 MÉTODO ANALÍTICO COMPORTAMENTAL DA NORMA DE VEDAÇÃO À PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA**

Tendo visto o conceito e limites da propaganda eleitoral, com enfoque na importância do seu uso e o alcance de sua influência na definição do resultado de uma eleição e na própria formação do poder em nossa arena política, bem como tendo visto o conceito do que consiste a chamada propaganda eleitoral antecipada, passamos ao estudo do porque adota-se a execução dessa propaganda extemporânea diante das contingências da própria norma e diante do comportamento do eleitoral e do Estado diante de tais condutas.

Viu-se que o legislador optou por não descrever o que seria propaganda antecipada de maneira exaustiva e sim, buscou descrever quais condutas não seriam consideradas como extemporâneas, debateu-se também que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é unânime em limitar as hipóteses interpretativas dos casos de propaganda antecipada, reconhecendo-a apenas em situações extremas onde haveria pedido expresso de votos antes do prazo autorizado pela legislação para esse tipo de pedido (a partir de 15 de agosto do ano eleitoral).

Inicialmente temos que o próprio direito é um sistema social funcionalmente especializado no controle coercitivo de comportamentos politicamente considerados

como prejudiciais à reprodução, sobrevivência e bem-estar da sociedade (AGUIAR, 2017). Assim, temos a definição de regras ou contingências que buscam tornar mais provável um comportamento nas pessoas que compõe a sociedade.

Ocorre que a espera ou não desse comportamento tem uma raiz mais profunda, que reside na análise dos objetivos ou metas em termos de bem-estar social, que vão ser atingidas com a colocação de uma norma ou regra, através dos fatos concretos que saem de punições ou recompensas para a prática ou não daquela norma (POSNER, 1999).

Partindo-se do início da análise da própria motivação para a imposição de uma regra que vede a propaganda antecipada temos a sua própria realização como padrão comportamental da norma. Norma que foi motivada para contextos que envolvam a realização de propaganda eleitoral fora da época legalmente permitida diante da motivação para os sujeitos, de um maior alcance de influência na formação do voto do eleitorado e assim a obtenção de vantagens na disputa eleitoral.

A sanção para eventual prática da propaganda extemporânea consiste na multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ou o equivalente ao valor da propaganda se este for maior.

Ao estudarmos as premissas dessa norma, teremos então cinco categorias de análise: a) a probabilidade de ocorrência do comportamento controlado (no caso a propaganda antecipada) em níveis que a sociedade considera prejudicial (no caso, qualquer propaganda antecipada é prejudicial para a sociedade seja no aspecto econômico seja no aspecto de isonomia); b) a eficácia da(s) sanção(ões) propostas nas leis (sanção apenas de multa e em valor baixo); c) nexos causais entre a diminuição da conduta (sanção baixa somada à restrição de interpretação feita pelo TSE) e a obtenção da meta social mediata (no caso, isonomia e diminuição da influência do poder econômico) e d) possíveis efeitos colaterais negativos da aplicação das sanções (diminuição do tempo de propaganda e consequente diminuição do debate entre a sociedade civil e representantes).

A meta social da norma e da sua sanção, de maneira imediata é evitar a realização de propaganda eleitoral antes do período previsto e assim conferir isonomia entre todos os candidatos que vão partir da largada eleitoral juntos, e de maneira mediata é diminuir os custos da propaganda, diminuindo assim a própria influência do poder econômico no resultado do pleito, fortalecendo a democracia e o debate isonômico.

Ocorre que, se analisado do ponto de vista da potencial ocorrência da conduta, vemos na prática que há a opção pelos potenciais candidatos de sua prática. Tem-se como vantagem antecedente a possibilidade de início antecipado da influência no eleitorado que diante do poder conferido em tempos atuais de rede online vinte e quatro horas, a sanção se torna preferível, seja pela sanção baixa seja pela própria dificuldade imposta pela Corte Eleitoral para comprovação do elemento da propaganda, qual seja, pedido explícito de votos.

Verifica-se que entre a meta social mediata e imediata e a conduta sancionada há uma relação direta de própria efetivação dos direitos e princípios estruturantes do direito eleitoral, conduta temos como possibilidades indesejáveis da contingência, a utilização de laranjas como elementos difusores de propaganda antecipada e até um aumento dos custos efetivos da eleição, com aumento igual da influência do poderio econômico no resultado do pleito.

Outra consequência indesejável da regulação da propaganda antecipada é a própria interferência estatal na diminuição do tempo de debate político que é o principal elemento formado do voto e que confere autenticidade à decisão que elege um representante (NEISSER, 2017).

Alguns estudos comprovam inclusive que tempo de propaganda menor gera voto ruim, colocando ainda como patamar mínimo de debate o tempo de 6 semanas:

“O balanço das evidências parece conformar a ideia de que os eleitores aprendem sobre o real estado da economia ao longo do tempo o que comprova que as campanhas podem ajudar a produzir um eleitoral mais ilustrado ou informado, contribuindo para o bem comum. Esse aprendizado contudo não é observado quando as campanhas tem duração abaixo do limite das 6 semanas de efetiva propaganda com penetração do eleitorado, uma vez que se concluiu que os eleitores vão aprender sobre as variáveis politicamente relevantes se lhes forem dados informação e tempos suficientes.”(STEVENSON, VAVRECK in NEISSER, 2017).

Assim, no caso da propaganda antecipada, para uma melhor potencialidade da norma diante da sua própria análise do ponto de vista comportamental, há um papel de importância ao poder Judiciário na busca de uma interpretação menos restritiva que

permita concretizar as premissas implícitas na lei sobre o comportamento esperável dos potenciais candidatos em uma eleição, para além da necessidade legislativa de reforço das punições existentes, principalmente em razão do papel determinante da propaganda eleitoral em uma sociedade democrática e conectada.

#### **4 A ANÁLISE ECONÔMICA: SANÇÕES E ESCOLHAS EM MATÉRIA DE PROPAGANDA ANTECIPADA**

O artigo que trata da sanção pela prática de propaganda antecipada é o parágrafo terceiro do artigo 36 da Lei das Eleições<sup>86</sup> que prevê sanção de multa a quem divulgar a propaganda antecipada e do beneficiário apenas se houver comprovação de que teve prévio conhecimento da propaganda irregular.

A multa fixada deve ser de valor entre R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ou o equivalente ao custo da propaganda, se este for maior, sendo que essa multa deve ser aplicada de forma individual a cada um dos responsáveis<sup>87</sup>

Como analisado anteriormente, o papel da propaganda em um sistema democrático é fundamental e único, uma vez que é através dela que se consegue atingir e convencer o eleitorado acerca do seu voto e assim eleger seus representantes, é ela o principal instrumento de debate e convencimento.

Viu-se também que com a propaganda antecipada, acaba-se queimando a largada da corrida pelo voto, colocando em evidência antes do tempo determinado candidato, que além de já começar a batalha pelo convencimento dos eleitores também torna-se protagonista da pauta de debate, direcionando muito antes o debate que envolverá o pleito.

Diante de tantas vantagens fica o questionamento: vale a pena assumir o risco de sofrer as sanções previstas para a prática da propaganda irregular na modalidade antecipada, diante das vantagens que tal prática proporcionam ao eventual candidato? Analisaremos essa pergunta do ponto de vista da análise econômica, que proporcionará

---

<sup>86</sup> § 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

<sup>87</sup> TSE de 03/10/2006 no Respe nº 26.273.



através dos instrumentos próprios da economia a possibilidade de outro viés para o uso da propaganda antecipada ou não.

Refazendo a pergunta para uma análise econômica, temos: as sanções previstas na norma seriam graves o suficiente em face dos benefícios econômicos ocasionados pela propaganda antecipada para os candidatos? Não seria mais eficiente e isonômico permitir a propaganda em momento prévio do que tentar combater a propaganda antecipada?

Algumas premissas são interessantes de se verificar: 1) o alcance que uma notícia ou informação tem a título de propaganda antecipada, diante do eleitorado, é imensurável, pois não tem como saber o impacto que esse tipo de propaganda tem no resultado final do pleito; 2) Ainda que seja imensurável, é possível verificar, diante da importância da propaganda no pleito eleitoral democrático, os custos da realização da propaganda são menores do que as vantagens que ela proporciona; 3) A sanção da norma pela prática da propaganda antecipada possui valor baixo tanto em seu caráter fixo, quanto em relação ao seu critério de custo da propaganda em razão da premissa 2.

A impossibilidade de mensurar a extensão da influência do voto se dá em razão de várias variáveis:

“Tal desagregação do eleitorado é importante por pelo menos outras duas razões. Ela assume que os eleitores expõem-se aos meios de comunicação de maneiras diferentes. Daí poder se esperar que os efeitos da mídia não ocorram junto a eles da mesma maneira. Além disso, ela está em sintonia com estudos recentes sobre efeitos da mídia (DOBRZYNSKA, BLAIS & NADEAU, 2003; GAVIN & SANDERS, 2003; VREESE & SEMETKO, 2004; LAWSON & McCANN, 2005), pois permitirá o aparecimento de efeitos que não seriam captados caso a variável dependente do modelo fosse as intenções de voto dos candidatos como um todo. Como argumentou Krause, “a agregação do eleitorado pode produzir falsos resultados, já que as respostas de vários segmentos da população podem cancelar uns aos outros” (KRAUSE, 1997, p. 1172), proporcionando, assim, um retrato

impreciso dos fatores que contribuíram para a formação das preferências e da variação das intenções de voto.”<sup>88</sup>

Em uma rápida consulta no site do Tribunal Superior Eleitoral é possível verificar a média de custos de uma campanha eleitoral, tirando de exemplo as campanhas dos candidatos que foram a segundo turno nas eleições gerais de 2014, tivemos uma média de duzentos e oitenta milhões de reais, valor quase doze vezes maior que o teto de sanção pela propaganda antecipada.

Esses gastos representam as últimas eleições gerais, entretanto nas eleições de 2018 já irá vigorar o teto imposto pela reforma eleitoral, que para os presidencialistas terá limite de setenta milhões, valor que mesmo sendo mais baixo que o normal, ainda é infinitamente superior ao valor de sanção imposto pela norma que veda propaganda irregular.

Além das sanções de caráter leve temos, conforme exposto nos capítulos anteriores, grandes obstáculos impostos pela interpretação conferida à norma de vedação da propaganda antecipada pelas cortes eleitorais, que só reconhecem a conduta em casos muito específicos e objetivos.

Ou seja, as vantagens advindas da propaganda antecipada são incalculáveis e determinantes para o resultado do pleito, uma vez que antecipasse o exercício de convencimento do eleitorado. As desvantagens passam por duas análises: em um primeiro momento, diante da dificuldade imposta pelos precedentes da Justiça Eleitoral, já fica de difícil condenação e em um segundo momento temos a penalidade prevista na norma que é economicamente inferior aos ganhos oriundos da propaganda.

Não é difícil concluir que economicamente é mais vantajoso para o candidato assumir o risco de sofrer com a penalidade de multa prevista na legislação eleitoral, uma vez que ainda que seja aceita sua prática como propaganda antecipada, o que por si só já é difícil, a multa a ser imposta eventualmente é de pequena monta diante dos ganhos ocasionados pela propaganda.

## CONCLUSÃO

---

<sup>88</sup> MUNDIM, Pedro Santos. Imprensa e Voto nas eleições presidenciais brasileiras de 2002 e 2006. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 41, 2012.

A partir da aplicação do modelo analítico comportamental foi possível concluir quais os objetivos e quais as metas sociais pensadas para justificar a existência da vedação à propaganda eleitoral antecipada, justamente visando evitar o abuso do poder econômico nas campanhas eleitorais e visando conferir isonomia entre os candidatos na corrida pelo voto do eleitor.

Através do estudo da função da propaganda eleitoral, bem como seu papel fundamental na formação da autenticidade do voto que valida o próprio resultado do pleito, estudamos a conceituação da propaganda eleitoral antecipada e sua interpretação restritiva aplicada pela Corte do Tribunal Superior Eleitoral.

Após a verificação da penalidade prevista para a prática da propaganda em face dos ganhos ocasionados por essa antecipação, foi tranquilo concluir que o risco é economicamente justificável, o que torna a norma prevista frágil e sem eficácia diante das metas sociais previstas para a norma.

As soluções possíveis diante dessa ineficiência da norma analisa do ponto de vista comportamental e econômico seriam: 1) alteração legislativa para endurecimento das sanções com necessária mudança de paradigma na interpretação do instituto pelo TSE ou 2) Extinção da vedação à propaganda eleitoral antecipada.

A primeira solução buscaria tornar economicamente mais vantajoso não realizar a propaganda eleitoral antecipada uma vez que as sanções seriam mais onerosas aos candidatos todavia, tal onerosidade deveria vir acompanhada de uma mudança na interpretação do instituto pelos Tribunais para facilitar o enquadramento das ações como propaganda eleitoral extemporânea, o que tornaria a possibilidade de aplicação das sanções (mais onerosas) mais plausível.

A segunda opção seria a própria extinção da vedação à propaganda eleitoral antecipada, ou ainda o alargamento da permissividade da propaganda a partir de um prazo maior, uma vez que a norma da forma como encontra-se posta é ineficaz e ainda causa desequilíbrio na disputa eleitoral.

Ao se extinguir a norma ou colocar um prazo maior para início da propaganda eleitoral, se colocaria novamente, todos os candidatos em iguais chances e oportunidades de convencimento do eleitorado, uma vez que da forma como encontra-se atualmente a vedação da propaganda, alguns candidatos respeitam a norma e outros

assumem o risco da propaganda antecipada, sendo que esses são ou não sancionados, e tanto em uma hipótese quanto em outra, saem na frente dos que não assumem o risco e assim antecipam a política de conquista de votos.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. "A Indústria Cultural: o iluminismo como mistificação de massas". In: LIMA, Luiz Costa (org.). Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

ALBUQUERQUE, Afonso de (1999). Aqui você vê a verdade na tevê – A propaganda política na televisão. Niterói, RJ, MCII/UFF.

ALDÉ, Alessandra. Telejornal e a formação da opinião política: recepção e processamento de informações. Projeto de tese apresentado ao Programa de Doutorado em Ciência Política/IUPERJ, 1997.

ALONSO, Alejandro Muñoz et alii (1992). Opinión pública y comunicación política. Madrid: Eudema Universidad.

AMARAL, Roberto, BONAVIDES, Paulo e BAETA, Herman. "Democracia, meios de comunicação e eleições". Comunicação & política, volume V, nº 3, nova série, setembro-dezembro de 1998.

ARROW, Kenneth J. (1978): Social Choice and Individual Values, New Haven, Yale University Press.

BARREIRA, Irllys Alencar. "Identificação versus competência: o debate televisivo nas eleições presidenciais". Comunicação & Política, n.s. v. V, nº 3, setembro-dezembro de 1998.

BERELSON, Bernard R, LAZARFELD, Paul F, McPHEE, William. Voting: a study of opinion formation in a presidential campaign. Chicago, The University of Chicago Press, 1954.

BLANCO, Vítor F. Sampedro. "Efectos de los medios de comunicación sobre la opinión pública: los paradigmas sobre el poder del público". Comunicação e Política, n.s. v.VI, nº 1, janeiro-abril 1999.

BLUMLER, J.G.; KATZ, E. (1974) The Uses of Mass Communication: current perspectives in gratification research. Beverly Hills, CA: Sage.

BOUDON, Raymond. A Ideologia ou a origem das idéias recebidas. São Paulo, Ática, 1989.

\_\_\_\_\_ A Desigualdade das Oportunidades: a mobilidade social nas sociedades modernas industriais. Brasília: UNB, 1978.

\_\_\_\_\_ The Art of Self-persuasion. Cambridge, Polity Press & Blackwell Publishers Ltd., 1994.

BOURDIEU, Pierre: A economia das trocas simbólicas, São Paulo, Perspectiva, 1992.

\_\_\_\_\_ Razões Práticas: sobre a teoria da ação, Campinas, Papyrus, 1996.

BRANSFORD, John D., McCARRELL, A Sketch of a Cognitive Approach to Comprehension: Some Thoughts About Understanding What it Means to Comprehend Cognition and the Symbolic Processes. WEIMER, W.B.E. PALERM D.S., Eds., New York, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 1974.

CADEMARTORI, Daniela; NETO, Elias Jacob. Poder, meios de comunicação de massas e esfera pública na democracia constitucional. Seqüência (Florianópolis), n. 66, p. 187-212, jul. 2013.

CAMPBELL, Angus. The american voter. Chicago, The University of Chicago, 1976.

CAMPELLO, Cristiane Cavalcanti Barreto. A propaganda eleitoral antecipada após a Lei nº 13.165/2015 e a ferramenta de impulsionamento de publicações nas redes sociais. Revista de Estudos Eleitorais, número 1, 2017.

CANEL, Maria Jose. Comunicación Política : tecnicas y estrategias para la sociedad de la información. Madrid, Tecnos, 1999.

DADER, José Luis. "La Evolución de las Investigaciones sobre la Influencia de los Medios y su Primera Etapa: teoria del impacto directo". In: ALONSO, Alejandro Muñoz et alii. Opinión Pública y Comunicación Política. Madrid: Eudema Universidad, 1992.

DOWNS, Anthony : An Economic Theory of Democracy. NY, Harper & Row Publishers, 1957.

DUBY, Georges. "História social e ideologias das sociedades". In: História: novos problemas. LE GOFF, Jacques e NORA, Pierre(orgs). Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1979.

ECHEGARAY, Fabian. "Voto Econômico ou Referendum Político? Os determinantes das eleições presidenciais na América Latina", 1982- 1994. *Opinião Pública*, vol. III, nº 2, agosto de 1995.

FIGUEIREDO, Marcus Faria. *Democracia, Comportamento Eleitoral e Racionalidade do Voto*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da USP, São Paulo, 1988.

FREEDMAN, Jonathan, CARLSMITH, J. M., SEARS, David. *Psicologia Social*. São Paulo: Editora Cultrix, 1973.

GADE, Christiane. *Psicologia do Consumidor e Propaganda*. São Paulo: EPU, 1998.

GARRAMONE, Gina et alii. "Effects of Negative Political Advertising on the Political Process". *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, vol.34, nº3, verão de 1990.

GLASER, Barney, STRAUSS, Anselm. *The Discovery of Grounded Theory*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1967.

GLASS, David. "Evaluating presidential candidates: who focuses on their personal attributes?" *Public Opinion Quarterly*, Chicago: American Association for Public Opinion Research/ University of Chicago, n4, 1985, vol.49.

GRABER, Doris. *Processing the News: How People Take the Information*. New York, University Press of American, 1988.

HAGUETTE, Teresa Maria. *Metodologias Qualitativas na Sociologia*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

HILLYSGUS, Dione Sunshine; JACKMAN, Simon. "Voter decision making in election 2000: campaign effects, partisan activation, and the Clinton Legacy". *American journal of political science*, V.47, nº4, outubro 2003, p-583-96.

HOVLAND, C. , JANIS, I.; KELLEY, H. (1953). *Communication and persuasion: psychological studies of opinion change*. New Haven: Yale University Press.

HOVLAND, C.; HARVEY, O; SHERIF, M. (1957). "Assimilation and Contrast Effects in Reaction to Communication and Attitude Change". *Journal of Social Psychology*, nº 55. pp 252-255.

HELLER, Agnes (1970). *O Cotidiano e a História*. São Paulo, Paz e Terra.

JORGE, Vladimyr Lombardo. O Horário Gratuito de Propaganda Eleitoral a Democracia Brasileira, 1997

KATZ, E.; BLUMLER, J.; GUREVITCH, M. (1974). "Uses of Mass Communication by the Individuals". In: DAVISON, F. Yu, Mass Communication Research. Nova York: Praeger Publishers.

KEY JR. Valdimer Orlandi. The responsible electorate: Rationality in presidential voting. New York, Vintage Books, 1966.

KINZO, Maria D'Alva. Representação Política: perspectivas teóricas e um exame da experiência brasileira. Dissertação de mestrado apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1978.

KRAMER, Gerald: "Short-Term Fluctuations in US Voting Behavior: 1896-1964". In: The American Political Science Review. Vol 65, 1971.

KRÜGER, Helmuth. "Estrutura Psicológica do Ato Moral". Revista da Universidade Católica de Petrópolis. nº 13, maio a agosto de 1996.

\_\_\_\_\_ "Características Psicossociais da Era Contemporânea e a Realidade Brasileira". Revista da Universidade Católica de Petrópolis. nº 6, maio a agosto de 1994.

LANE, Robert E. Political Ideology: why the American common man believes what he does. New York, The Free Press of Glencoe, 1962.

LAZARFELD, Paul, BERELSON, Bernard, GAUDET, Hazel: The People's Choice, New York, Columbia University Press, 1948.

LIMA, Sandra Barbosa. Análise das Formas de Participação Social no Cotidiano da População. Participação Social no Cotidiano. São Paulo: Cortez Editora, 1983.

LUPIA, Arthur e McCUBBINS, Mathew. The Democracy Dilemma: can citizens learn what they need to know? Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

MAGALHÃES, Raul F.(2000). Racionalidade e Retórica. Teoria Discursiva da Ação Coletiva. Tese de Doutorado em Ciência Política, IUPERJ.

MARCUSE, Hebert. "A Arte na Sociedade Unidimensional". In: LIMA, Luiz Costa (org.). Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILLS, Theodore. "A Sociologia dos Pequenos Grupos". In: Parsons, Talcott (org.). A Sociologia Americana: perspectivas/ problemas métodos. São Paulo: Cultrix, 1968.

MOISÉS, José Álvaro (1995). Os Brasileiros e a Democracia: bases sociopolíticas da legitimidade democrática. Editora Ática.

McCOMBS, M; SHAW, D. (1972). "The Agenda – Setting Function of the Mass Media". In: Public Opinion Quarterly, nº 36. pp 176-187.

McGUIRE, William J., "Persuasion" In: Communication , Language and Meaning Psychological Perspectives, MILLER, George, New York, Basic Books Publishers, 1973.

McQUAIL D., WINDHAL, S. Modelos para el estudio de la comunicación colectiva. Pamplona, Eunsa, 1981.

MUNDIM, Pedro Santos. Imprensa e Voto nas eleições presidenciais brasileiras de 2002 e 2006. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 41, 2012.

NEISSER, F. G. . Aspectos Regulatórios da Redução do Tempo das Campanhas Eleitorais e seu Efeito na Formação do Voto do Eleitor. In: Lembo, Claudio; Caggiano, Monica Herman S.. (Org.). Reforma Política: um mito inacabado. 1ed.Barueri: Manole, 2017, v. 1, p. 180-221.

OLABUÉNAGA, José Ignacio. Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

POPKIN, Samuel L. The Reasoning Voter. Chicago, The Chicago University Press, 1991.

RIBEIRO, Darcy (1995). O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo; Companhia das Letras.

ROSEMBERG, Shawn, MCCAFFERTY, Patrick. "The Image and the Vote: manipulating voter's preferences". Public Opinion Quarterly. Chicago: American Association for Public Opinion Research/ University of Chicago, n1, 1987, v.51.



SALAZAR, Carlos Eduardo C. "Los grupos de discusión como propuesta metodológica". In: BARBA, Cecília C. e RUIZ, Enrique S. Investigar la Comunicación, Guadalajara, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree; LOPES, Ana. Propaganda partidária e os limites da liberdade de expressão: O ordenamento jurídico brasileiro e o Partido Social Cristão. *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 1 Junho 2015. pp. 202-216. Disponível em: [<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>]

SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1998). Décadas de Espanto e uma Apologia Democrática. Rio de Janeiro: Rocco.

SCHUMPETER, Joseph (1984). Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar.

SCHUTZ, Alfred: Estudios Sobre Teoria Social ,Buenos Aires, Amorrortu, 1974(a).

\_\_\_\_\_ El Problema de la Realidad Social ,Buenos Aires, Amorrortu, 1974(b).

SEEMAN, Melvin. "On the Meaning of Alienation". *American Sociological Review*. Volume 24, nº6, December 1956.

SINGER, André. Esquerda e Direita no Eleitorado Brasileiro. São Paulo: Edusp, 2000.

SILVEIRA, Flávio. A Decisão do Voto no Brasil. Porto Alegre, EDIPUC/RS, 1998.

STOPPINO, Mário: "Ideologia". In: BOBBIO et alii: Dicionário de Política, Brasília, UNB, 1986.

STRAUBHAAR, Joseph, OLSEN, Organ e NUNES, Marcia Cavaliari. "The Brazilian Case: influencing the voter". In: *The Transition to Democracy in Latin America* .

TARDE, Gabriel. A Opinião e as massas. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VEIGA, Luciana F. "Horário Eleitoral, o eleitor e a formação da preferência". *Comunicação & política*, volume V, nº 3, nova série, setembro-dezembro de 1998.

VEIGA, Luciana F. e GONDIM, Sônia. *Revista Opinião Pública*.

VELHO, Gilberto. *Subjetividade e Sociedade: uma experiência de geração*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

WEISS, Robert S. Learning from stranger: the art and method of qualitative interview studies, New York, The Free Press, 1994.

ZALUAR, Alba. "As mulheres e a Direção do Consumo Doméstico: estudo de papéis familiares nas classes populares urbanas". In: ALMEIDA, Maria Suely et alii. Colcha de Retalhos: estudo sobre a família no Brasil. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

ZIOLKOWSKI, Januz. DEMOCRACY, PUBLIC OPINION AND THE MEDIA. Disponível em <[www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta6/acta6-ziolkowski.pdf](http://www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta6/acta6-ziolkowski.pdf)>.2001. Acesso em 16 de novembro de 2017.

## OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DO ANO 2020.

**MARIJANE FERREIRA DE SOUZA SALES:**

graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário Católica do Tocantins

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(orientador)

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo verificar quais os efeitos para a liberdade de expressão e a consequência de eventual abuso a esse direito na seara política a partir da utilização das redes sociais, especificamente *Instagram, Facebook, Whats App e Twitter* durante as campanhas eleitorais municipais do ano de 2020. Trata-se de uma temática desafiadora e contemporânea quando inserida no contexto das disputas eleitorais, tendo em vista que a imposição de limites poderá resultar em eventual censura ao livre debate político. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária. Do estudo realizado, concluiu-se que a utilização das redes sociais para realização da propaganda eleitoral, quando utilizada com o desígnio de gerar dano ou obtenção de vantagem indevida, a liberdade de expressão deverá ser limitada, de forma a preservar a coletividade e a democracia, o que não caracteriza a censura ao livre debate político.

**Palavras Chaves:** Liberdade de expressão, fake news, propaganda eleitoral na internet, limites a liberdade de expressão.

**ABSTRACT:** The article aims to verify the effects on freedom of expression and the consequence of possible abuse of this right in the political field from the use of social networks, specifically Instagram, Facebook, Whats App and Twitter during the municipal election campaigns of the year of 2020. This is a challenging and contemporary theme when inserted in the context of electoral disputes, given that the imposition of limits may result in possible censorship of free political debate. The methodology used was bibliographic, jurisprudential and doctrinal analysis. From the study carried out, it was concluded that the use of social networks to carry out electoral propaganda, when used with the purpose of generating damage or obtaining an undue advantage, freedom of expression must be limited, in order to preserve the collectivity and democracy, which does not characterize the censorship of free political debate.

**Keywords:** Freedom of expression, fake news, electoral propaganda on the internet, limits to freedom of expression.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do projeto de pesquisa é realizar um estudo sobre os efeitos positivos e negativos intrínsecos a liberdade de expressão, e eventual abuso a esse direito, na seara política, a partir da utilização das redes sociais. Limitar-se-á a observar a ocorrência desses fatos, durante o período de campanha eleitoral municipal nas eleições do ano de 2020.

Dentro desse contexto, a sociedade brasileira viu-se embrenhada em um grande debate político, em especial nas redes sociais *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp* e *Twitter*, e também vem sendo testemunha da velocidade com que as notícias são compartilhadas sem critérios, quanto a veracidade dos fatos e sua origem.

Essa nova forma de comunicação disruptiva, ou seja, que alterou as formas e padrões de comunicação, através das redes sociais, entre eleitor e candidato, durante o processo eleitoral, tornou-se um campo fértil para o espalhamento das chamadas *Fake News*, podendo, desta forma manipular a opinião do eleitorado, principalmente, a camada da sociedade sem instrução, podendo deturpar os resultados eleitorais, e, conseqüentemente, numa hipótese catastrófica, colocar em risco a democracia.

O fenômeno das *Fake News*, termo inglês para notícias falsas, ficou popularmente conhecido, a partir das eleições presidenciais do ano de 2016 nos Estados Unidos da América, quando foi divulgado pela imprensa que a vitória do candidato Donald Trump, se deu em parte, pela difusão de *Fake News* atreladas aos seus opositores, resultando na abertura de um raro processo de Impeachment naquele país.

Segundo Faustino (2019, l.2.286), as *Fake News* passaram a ser uma forma efetiva e eficaz de gerar desinformação com a finalidade de atingir o senso comum e modificar e influenciar opinião pública. Ainda, Faustino (2019, l.22) também argumenta que as notícias falsas estão intrinsecamente conectadas à liberdade de expressão que, por seu turno, encontram seu grande local comunicativo nas redes sociais.

Essa discussão se enaltece quando, temos, em contraponto, o direito fundamental à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal Brasileira, que segundo Faustino (2019), representa a exteriorização do pensamento, dos sentidos, das opiniões e relaciona-se com a possibilidade de manifestação, por parte dos seres humanos, do que o seu íntimo representa, garantindo o desenvolvimento completo da personalidade do indivíduo.

Entretanto, nota-se o abuso a esse direito na seara política, durante as campanhas eleitorais, ensejando um grande desafio à Justiça Eleitoral em fiscalizar e punir essa prática, haja vista, a complexidade, maximizada com o advento da utilização em larga escala das

redes sociais, considerando a deficiência de mecanismos de controle em um ambiente virtual em que a liberdade de expressão, em regra, é praticada sem freios.

Os limites ao princípio da liberdade de expressão sempre estiveram presentes em discussões, seja em âmbito político ou social, por ser reconhecido pela sociedade como importante instrumento de democracia. Trata-se de uma temática desafiadora e contemporânea quando inserida no contexto das disputas eleitorais, tendo em vista que a imposição de limites poderá resultar em eventual censura ao livre debate político.

Desse modo, frente a essa discussão, levanta-se o seguinte questionamento: Quais os efeitos para a liberdade de expressão e a consequência de eventual abuso a esse direito na seara política?

Para atingir os objetivos propostos deste artigo, essa pesquisa foi realizada em 03 (três) etapas, e organizada em três capítulos, cada uma com objetivos e produtos bem definidos.

No primeiro capítulo foi realizado um estudo da atuação extrajudicial da Justiça Eleitoral, a fim de verificar as medidas preventivas à prática de *fake news* durante o pleito eleitoral de 2020. No segundo capítulo, foi abordado os conceitos e definições do princípio da liberdade de expressão, bem como seus efeitos positivos e negativos nas eleições.

No terceiro capítulo, foi realizada uma análise normativa e jurisprudencial da propaganda eleitoral na internet, para tanto destacar-se-á a Constituição Federal do Brasil, Código Eleitoral Lei 4.737/1965, Lei das Eleições nº 9.504/97, Lei de Inelegibilidade nº 64/90, Lei 13.165/2015, Lei 13.488/2017, Lei 13.834/2019, Resolução Eleitoral – TSE nº 23.610/2019, a Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet e por fim a Lei nº 13188/2015 que trata sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada.

## **1. ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL FRENTE À PRÁTICA DE FAKE NEWS DURANTE O PROCESSO ELEITORAL NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DO ANO DE 2020**

O papel da Justiça Eleitoral vai muito além de organizar as eleições, é de fundamental importância que os processos eleitorais para escolha dos representantes do povo e para a democracia sejam seguros, transparentes e preserve a isonomia entre os aspirantes a cargos eletivos.

Com a revolução da era digital e a crescente utilização da internet para a realização das campanhas eleitorais, a Justiça Eleitoral viu-se com a incumbência em atuar para que

as eleições ocorram sem intercorrências que afetem a democracia, em razão do aumento da utilização das redes sociais durante nas campanhas eleitorais.

Dá-se o desafio de que esses novos meios de comunicação passaram a serem utilizados não apenas para a realização de campanhas limpas, mas também para o espalhamento das temerosas *Fake News*. Nesse sentido, assevera, Rais ao falar sobre o tema, *in verbis*:

Mas será que cabe ao Direito regular e punir a mentira? O problema e as controvérsias da mentira são bem antigos, mas quando as práticas mais antigas alcançam alta velocidade e produção em massa, novos desafios são criados e, assim, parece ter nascido um dos principais desafios do cotidiano: as fake news como um fenômeno de desinformação (RAIS, 2020, I.72)

Arelado ao desafio em combater as *Fake News* para garantir lisura aos pleitos eleitorais surgiu outra conjuntura, a circulação nas redes sociais de fatos falaciosos, induzindo a população ter dúvidas quanto a retidão de todo o processo eleitoral e ao sistema eletrônico de votação, com a intenção de descredibilizar à Justiça Eleitoral, com grande incidência nas eleições presidenciais do ano de 2018 e nas eleições municipais do ano 2020.

Sobre a missão da Justiça Eleitoral podemos afirmar que:

*É preciso que fique bem sedimentada, no grupo social, a ideia de que o processo eleitoral é a seiva que revitaliza o Estado democrático. Todos têm o dever de zelar pela sua regularidade, retirando dele tudo o que possa contaminá-lo ou leva-lo ao descrédito. A prosperidade, na democracia, tem como base a lisura e a confiabilidade no processo eletivo. Se a corrupção, o abuso, a fraude nele forem tolerados, definitivamente a nação, que o consente, será pobre. Fatalmente, haverá de escolher governantes que sobrepõem seus interesses pessoais e patrimoniais ao interesse coletivo. Demonstrará com sua tolerância seu potencial de imaturidade para a fruição da democracia, que pressupõem eleições insuspeitas para escolha daqueles que, efetivamente, estejam comprometidos com a causa coletiva em todos os níveis de poder (PINTO, 2005, p.17).*

Sendo assim, a missão que norteia a Justiça Eleitoral em cumprir seu papel social e garantir a regularidade do processo eleitoral, faz-se necessário, diante do cenário atual, na prevenção à prática de *fake News* na propaganda eleitoral na internet.

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no enfrentamento da desinformação vem sendo realizado progressivamente desde as eleições presidenciais do ano de 2018 quando chegou ao ápice a prática exacerbada de espalhamento de *fake news*, a partir da utilização em massa das redes sociais, com o objetivo de desinformar o eleitor, descredibilizando a lisura de todo o processo eleitoral e pondo em xeque a confiabilidade da urna eletrônica.

Desde então, diversas ações de natureza educacional vêm sendo efetivadas pelo TSE no combate a desinformação, especificamente na adoção de parcerias com instituições públicas e privadas, dentre as quais destacam-se as parcerias com aplicativos de mensagens, plataformas de mídias sociais como *facebook, twitter, whatsapp e Google*, empresas de telefonia, órgãos de pesquisas, entidades da sociedade civil, agências de checagem de conteúdo e associações de mídia.

Entre as ações desenvolvidas destaca-se o Programa de Enfrentamento à Desinformação, o qual foi criado com o fito de combater os efeitos negativos à imagem e credibilidade da Justiça Eleitoral provocado pela desinformação, com foco especial nas eleições municipais do ano de 2020.

Sendo o objetivo principal, a proteção do voto e a democracia, pois a formação da opinião do eleitor deve ser pautada em informações verídicas sobre o processo eleitoral, de forma a não haver dúvidas sobre a lisura do mesmo.

Em suma, esse programa foi estruturado em seis eixos, com a execução projetada em curto, médio e longo prazo. Sendo eles: organização interna, alfabetização midiática e informacional, contenção da desinformação, identificação e checagem de desinformação, aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e aperfeiçoamento dos recursos tecnológicos.

O plano estratégico foi concentrado em ações não regulatórias e multissetorial, o qual foi centrado em três pilares: primeiro, combater a desinformação com informação, por meio da criação e da disseminação de informação oficial, verdadeira e de qualidade aos cidadãos, para que possam exercer o voto de modo consciente e informado.

Segundo combater a desinformação com capacitação, pelo investimento na qualificação dos servidores da Justiça Eleitoral e dos cidadãos para que possam

compreender o fenômeno da desinformação, ampliar a sua capacidade crítica, reconhecer conteúdos falsos e fraudulentos e acessar fontes de informação confiáveis.

Terceiro, combater a desinformação com foco em controle de comportamento e, excepcionalmente, com controle de conteúdo, especialmente por meio de monitoramento de casos e práticas de desinformação, bem como do direcionamento de recursos tecnológicos e atividades preventivas e repressivas contra comportamentos inautênticos, uso de propaganda computacional e ações coordenadas de propagação de desinformação.

Cabe destacar que o programa foi criado especialmente para combater a desinformação com conteúdo falsos ou fraudulentos direcionada a integridade e a credibilidade do processo eleitoral, o qual abrange todas as fases do processo eleitoral, a título exemplificativo, vai desde o registro da candidatura ao funcionamento da urna.

Ademais, as principais iniciativas do programa foram: a Coalizão para Checagem – Eleições 2020; a criação da página Fato ou Boato no site da Justiça Eleitoral; o desenvolvimento de um *chatbot* (robô) no *whatsapp* para tirar dúvidas sobre o processo eleitoral; a central de notificações nos aplicativos *e-Título*, Mesários e Parda; o uso das *hashtags* #EuVotoSemFake, #NãoTransmitaFakeNews e #PartiuVotar; a campanha “Se For *Fake News*, Não Transmita”; e o cancelamento de contas que promoveram envio em massa de mensagens nas eleições; formalização de parcerias com alguns dos principais provedores de aplicação de internet, por meio de acordos para combater a desinformação; criação de um canal de denúncias de disparo em massa de mensagens, em parceria com o *whatsapp* e criação do comitê de ciberinteligência para facilitar a rápida atuação e comunicação no caso de incidentes de cibersegurança nas eleições.

Das ações desenvolvidas pelo TSE, com foco nas eleições municipais do ano de 2020, obtiveram os seguintes resultados:

#### I - Combate à Desinformação com Informação:

- Coalizão para Checagem – Eleições 2020: 274 matérias com verificação de conteúdos publicados pelo TSE e pelas instituições de checagem parceiras, com a participação de mais de 100 pessoas entre jornalistas e servidores da Justiça Eleitoral.
- *Chatbot* no *WhatsApp*: 18.758.126 mensagens trocadas com 1.050.260 brasileiros.
- Página Fato ou Boato: 13.042.934 de visualizações entre 27 de outubro e 31 de dezembro de 2020 e 400 milhões de impressões do banner no YouTube.



- Notificações pelos aplicativos da Justiça Eleitoral: 300 milhões de notificações informativas enviadas aos mais de 18 milhões de usuários.
- Campanha #EuVotoSemFake: mais de 100 instituições se engajaram na campanha para formar uma rede de difusão de informações confiáveis sobre as eleições, que produziu mais de 23 mil postagens no Twitter.
- Campanha #NãoTransmitaFakeNews: 2.371 tweets publicados por 18 clubes de futebol alcançaram 44.889.817 pessoas.
- Campanha #PartiuVotar: 344 tweets publicados pela CBF e clubes de futebol com 37.202.793 pessoas alcançadas.

## II - Combate à desinformação com capacitação:

- Campanha de TV e rádio Se For Fake News, não Transmita: cerca de 130 milhões de brasileiros alcançados e mais de 10 bilhões de visualizações únicas durante o período de veiculação.
- Programa Minuto da Checagem: 8 episódios veiculados na TV e no YouTube, com 4,5 milhões de visualizações apenas no Youtube
- Série O Caminho do Voto: capacitação de cidadãos sobre o processo de apuração e totalização dos votos com mais de 700 mil visualizações no YouTube.
- Lives para combate à desinformação em parceria com a Google: mais de 150 mil visualizações.
- Curso Direito Eleitoral para Jornalistas com Foco nas Eleições 2020: participação de mais de mil jornalistas em curso que abordou, dentre outros assuntos, a segurança do sistema de votação.

## III - Combate à desinformação com foco em controle de comportamentos inautênticos

- Canal de denúncias de disparo em massa: 5.229 denúncias recebidas e 1.042 contas banidas por envio massivo de mensagens relacionadas às eleições. Em todo o Brasil, o WhatsApp banuiu mais de 360 mil contas por envio massivo ou automatizado (abuso/spam).

- Monitoramento das redes sociais: 752 indicações de desinformação foram analisadas e tratadas de modo a minimizar seus efeitos negativos sobre o Processo Eleitoral

Analisando o resultado do programa, constata-se um significativo avanço da Justiça Eleitoral no combate a desinformação, por outro lado, tem-se a preocupação de que os meios utilizados de enfrentamento a desinformação possam limitar o direito fundamental a liberdade de expressão.

Outro ponto destacado e de grande relevância para o estudo, é que as fakes News não se restringem apenas a imagem da Justiça eleitoral ou a credibilidade da urna de votação, alcança também o candidato a cargo eletivo.

Para tanto, o TSE na editou a Resolução nº 23.610/2019 a qual dispõe sobre a propaganda eleitoral na internet, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas específica para as eleições municipais do ano de 2020 e estabeleceu em seu artigo 9º assim descrito:

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiro, pressupõe que o candidato, o partido ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se os responsáveis no art. 58 da Lei nº 9.504/1997 que trata sobre o direito de resposta, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

Além da vedação de propaganda eleitoral com conteúdo falso, o artigo 28 da respectiva resolução, autoriza os candidatos a fazerem campanha por meio de blogs, redes sociais e sites de mensagens instantâneas cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações.

## **2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS ELEIÇÕES: EFEITOS POSITIVOS E NEGATIVOS**

A liberdade de expressão ocupa lugar privilegiado dentro do rol dos direitos fundamentais, sendo essencial para o pleno desenvolvimento da democracia e da sua própria existência. De modo que, sem a democracia não há direitos fundamentais e sem este não há liberdade de expressão.

A liberdade de expressão consiste na livre manifestação de ideias e opiniões, entretanto, não configura como um direito fundamental absoluto, assim como todo e qualquer direito e garantia, seus limites deverão ser respeitados, para que não atinja de forma negativa outros direitos, acarretando prejuízos ou danos a terceiros.

Nesse sentido, Bucci discorre, sobre a liberdade de expressão política:

Se a liberdade de expressão política pode ter limites na democracia, muitos, inclusive, defendem que deve ter limites – mas, ao mesmo tempo, a própria democracia depende de uma liberdade de expressão robusta, é preciso identificar quais limites à liberdade de expressão política podem ser aceitos sem desfigurar a democracia, e quais limites (se houver) devem ser respeitados para preservá-la. (BUCCI, 2018 I.228).

No Brasil, a liberdade de expressão, foi inserida na primeira Constituição do Império, outorgada no ano de 1824, por Dom Pedro I, e atualmente a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988, nos capítulos dos direitos e garantias individuais, proclama “ser livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” (art.5º, IV).

É importante ressaltar que o texto constitucional, assegura ao cidadão que o direito de se expressar é livre, mas não o permite esconder-se, é incisivo ao vedar o anonimato, e o interlocutor deverá arcar com as consequências caso venha a extrapolar os limites desse direito.

Ademais, a Constituição também se posicionou em quais meios essa informação poderá chegar à sociedade “sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição” (art. 220, caput), vedando em seu § 2º, “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Trazendo essa premissa para o contexto das campanhas eleitorais, sejam elas nacionais ou municipais, os principais meios de realização das campanhas eram, até bem pouco tempo, a TV, o rádio e a imprensa escrita, os quais detinham o monopólio da propaganda eleitoral. Todavia, essa realidade mudou, os veículos de comunicação antes dominantes vêm perdendo espaço paulatinamente, através da realização de campanhas eleitorais na internet através das redes sociais como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e *WhatsApp*.

Analisando sob essa perspectiva, o ambiente virtual, além de sua alta capacidade de compartilhamento e acessibilidade, ele conta com um fator importantíssimo, o baixo custo, possibilitando a qualquer candidato expor seus projetos, prevalecendo assim, a isonomia entre eles.

Em contrapartida, a divisão do tempo de propaganda eleitoral no horário gratuito da tv e rádio para as eleições do ano de 2020, foi definida pela Resolução do TSE nº 23.610/2019, sendo 10% divididos igualmente entre os partidos e coligações e 90% divididos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados. No caso de coligação, leva-se em conta o resultado da soma do número de representantes dos seis maiores partidos.

Por certo, o maior e mais importante meio difusor de propaganda eleitoral considerado outrora, era o televisivo, de outro lado, as eleições presidenciais do ano de 2018 veio quebrar com paradigmas. Conforme demonstra (Bernardi, 2020 apud Borges, 2019):

O atual presidente Jair Bolsonaro (PSL) nas eleições presidenciais do ano de 2018 tinha apenas 8 segundos do horário eleitoral gratuito televisivo e o candidato Geraldo Alkimin (PSDB) contava com 5 minutos e 33 segundos de propaganda eleitoral, acesso a 185,8 milhões do fundo eleitoral e 9 partidos em sua coligação partidária e terminou o primeiro turno na quarta colocação com 4,76 por cento dos votos válidos. Em comparação, o atual presidente eleito, tinha 39 vezes menos exposição na TV e com apenas 8 segundos e 9 milhões de reais do fundo e atingiu a votação de 46,03% dos votos válidos.

O resultado final da apuração dos votos no primeiro turno, evidenciou o enfraquecimento da propaganda eleitoral na TV e ao mesmo tempo mostrou a força e espaço que a propaganda eleitoral na internet vem alcançando.

Várias são as vantagens proporcionadas pela propaganda eleitoral na internet, precipuamente, porque no Brasil, segundo pesquisa TIC Domicílios 2019, realizada pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade (Cetic.br), vinculada ao Comitê Gestor de Internet no Brasil, constatou-se que três a cada 4 brasileiros acessam a internet, o equivalente a 134 milhões de pessoas.

Além disso, quanto ao uso de redes sociais, a pesquisa Global Digital *Overview* 2020, feita pelo site *We Are Social* em parceria com *Hootsuite*, aponta que o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking de populações que passam mais tempo nas redes sociais, com uma média diária de 3 horas e 31 minutos.

Isto posto, a internet proporciona aos candidatos e partidos políticos como anteriormente citado, alta capacidade de compartilhamento, igualdade de participação na exposição de propostas e baixo custo, além de coibir o abuso de poder político e econômico no processo eleitoral. Por outra perspectiva, para o eleitor, viabiliza conhecer e

analisar melhor os candidatos e suas respectivas propostas, tornando todo o processo nas escolhas dos representantes mais democrático.

Consequentemente, faz-se necessário regramentos para sua utilização, pois nesse novo espaço, à liberdade de expressão deve ser preservada, dentro dos seus limites, pois ao mesmo tempo em que viabiliza um rol de pontos positivos, como os elucidados, também é utilizada para proliferação das chamadas *fake news*, com o desígnio de desinformar e consequentemente intervir na formação de opinião do eleitor.

Esse propósito encontra sustentáculo no fenômeno global atualmente conhecido como era pós-verdade, o dicionário da Editora Oxford elegeu esse termo como a palavra do ano de 2016, definindo-a como “o conjunto de circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes do que o apelo à emoção e as crenças pessoais na formação da opinião pública”. (VEJA, 2016, s/p)

No dia-a-dia na ânsia de provar que estamos certos, costumamos nos apoiar em qualquer material que reforce aquilo que já pensamos, e assim, baseada em uma notícia que se quer foi checada, mas que caiu como uma luva para a nossa prévia convicção, compartilhamos ansiosamente esse conteúdo, que pode ser uma desinformação, contribuindo, assim, para poluir ainda mais o cenário político nacional. (Rais, 2018, p107)

Utilizando-se dessa premissa, de que as emoções e as crenças pessoais sobrepõem-se sobre os fatos objetivos e verdadeiros, os candidatos a cargos eletivos encontraram na internet um ambiente ideal para proliferação de *Fake News*, agravado com a crescente polarização política.

O direito não se preocupa, isoladamente, com a mentira, mas sim com o dano efetivo ou potencial; com a culpa ou com a vontade do agente em praticar aquele ato. (RAIS, Diogo. 2020).

Afinal, qual a definição de *Fake News* para o direito? Conforme assevera Rais (2020), o direito não se preocupa, isoladamente com a mentira, mas sim com o dano efetivo ou potencial; com a culpa ou com a vontade do agente em praticar aquele ato. Afirma ainda que “somos mentirosos, em maior ou menor medida, e isso, querendo ou não, está no campo da ética e não do direito e que o conceito mais aproximado do direito, poderia ser identificado como uma mensagem propositalmente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem”.

Assim, quando a liberdade de expressão é utilizada nas campanhas eleitorais com o desígnio de gerar dano ou obtenção de vantagem indevida perante os eleitores e imprescindível que o conteúdo seja avaliado ao lume dos princípios constitucionais atinentes a matéria, mediante uma ponderação de princípios, tendo como limites a razoabilidade e a proporcionalidade (Pires, 2018, p 102).

### **3. ANÁLISE NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL DA PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET**

A fim de minimizar os efeitos da proliferação de desinformações no ambiente virtual foram criadas normas tentando disciplinar este novo fenômeno. Inicialmente é importante descrever o regramento vigente e sanções previstas no ordenamento jurídico sobre a propaganda eleitoral na internet. Para Domenico:

A propaganda na internet propicia um crescente e dinâmico debate público e democrático nas disputas eleitorais, levando à hegemonia política, tendo em vista a possibilidade de discussões amplas, diretas, legítimas e factuais. No entanto, cabe a todos, seja o legislador, o operador do direito, o julgador e fundamentalmente o próprio cidadão consciente e responsável da importância do seu voto combater enfaticamente a propagação de notícias falsas e colaborar significativamente na construção de uma sociedade desenvolvida e justa (DOMENICO, 2018 p.19).

Os regramentos das propagandas eleitorais na internet, dado a sua importância, estão passando por grandes mudanças, destacando-se a reforma eleitoral de 2015 (Lei nº 13.165/2015), e a minirreforma política (Lei nº 13.488/2017) que aprovou legislação própria para publicidade e postagens em redes sociais.

A minirreforma política Lei nº 13.488/2017 que altera a Lei nº 9.054/97 (Lei das Eleições) permitiu expressamente em seu artigo 57-C que os candidatos e partidos políticos façam propaganda eleitoral por meios de posts impulsionados, desde que contratado pelo candidato, pelo partido ou pela coligação devendo ser realizado no próprio aplicativo e deve conter obrigatoriamente o CNPJ do candidato ou partido e a expressão "Propaganda Eleitoral"

Vale destacar o §3º do artigo 57-C, que trata especificamente das regras para contratação do impulsionamento nas redes sociais:

Art. 57-C (...)

§ 3º O impulsionamento de que trata o caput deste artigo deverá ser contratado diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no País, ou de sua filial, sucursal, escritório, estabelecimento ou representante legalmente estabelecido no País e apenas com o fim de promover ou beneficiar candidatos ou suas agremiações.

A parte final do parágrafo merece destaque, pois ressalta que o impulsionamento tem o fim de promover ou beneficiar candidatos ou suas agremiações, ou seja, somente devem ser utilizados para enfatizar aspectos positivos dos candidatos ou partidos. Dessa forma, deve ficar evidenciado que são proibidos posts impulsionados para fazer críticas ou outros comentários negativos a respeito dos candidatos adversários.

Para Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Recurso (Respe 0600079-64) sobre postagem impulsionada no Instagram, do pré-candidato Silvino de Andrade (PTB) ao cargo de prefeito Garanhuns (PE) nas Eleições 2020, não configura propaganda eleitoral antecipada irregular. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes “O impulsionamento de publicação na rede social não é vedado na campanha. Não houve abuso e não houve o exercício arbitrário do direito. Além disso, não houve mácula na igualdade de condições”.

A Lei nº 13.488/2017 também alterou o artigo 58 da Lei 9054/97 prevendo em sua nova redação que em caso de ofensa realizada por meio de post impulsionado de propaganda eleitoral na internet, o ofendido tem direito de resposta. Após deferido o pedido pela Justiça, o ofensor deverá divulgar a resposta do ofendido e deverá empregar nessa divulgação o mesmo impulsionamento de conteúdo eventualmente contratado.

Quanto a questão de suspensão de conteúdo na internet, o artigo 57-I, a Justiça Eleitoral, poderá determinar, no âmbito e nos limites técnicos de cada aplicação de internet a suspensão de acesso a todo conteúdo veiculado que deixar de cumprir as disposições da referida Lei.

Também é imprescindível destacar a inserção do artigo 57-J, o qual prevê que o TSE irá regulamentar a propaganda eleitoral na internet:

Art. 57-J. O Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o disposto nos arts. 57-A a 57-I desta Lei de acordo com o cenário e as ferramentas tecnológicas existentes em cada momento eleitoral e promoverá, para os veículos, partidos e demais entidades interessadas, a formulação e a ampla divulgação de regras de boas práticas relativas a campanhas eleitorais na internet.

Quanto à minirreforma Eleitoral através da Lei 13.165/2015, vale destacar que foi regulamentado que a propaganda na internet apenas será permitida a partir do dia 15 de agosto.

Ademais, na esfera criminal divulgar notícias fraudulentas, as chamadas *fake news*, relacionada à candidatos a cargos políticos até recentemente não havia legislação criminal para trata-las, havia coerção apenas se caracterizasse os delitos de calúnia, difamação e injúria, previstos no código penal.

Contudo, em 04 de junho de 2019, foi sancionada a Lei nº 13.834, que altera a lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral) em seu artigo 326-A, o qual tipifica o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral, para quem acusar falsamente um candidato a cargo político com o objetivo de afetar sua candidatura. A pena de reclusão é de dois a oito anos de prisão e multa para aqueles que a infringirem.

Por outro prisma, também em consonância com a Constituição Federal, a Lei nº 12.965/2014 conhecida como Marco Civil da Internet, legisla sobre o serviço e o uso da internet no Brasil. Essa lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet, além das diretrizes de atuação dos entes públicos.

Em seu artigo 2º diz que “a disciplina do uso de internet tem como fundamento o respeito ao princípio da liberdade de expressão” e no art. 8º estabelece que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

No mesmo sentido, no artigo 19, *caput*, estabelece que com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, os provedores de aplicação de internet somente serão obrigados, sob pena de responsabilização civil, a remover o conteúdo dos seus usuários posteriormente à ordem judicial específica, que reconheça a existência de indícios de ilicitude na conduta do usuário.

Nota-se que, privilegiou-se a liberdade de expressão e manifestação ao prever que os provedores de aplicação de internet somente serão obrigados a removerem conteúdo postado por seus usuários, depois de ordem judicial específica.

O que corrobora com o posicionamento de Giacchetta (2018) ao dizer que “se há hierarquia constitucional *prima facie* entre esses direitos, a superioridade deve ser atribuída, em nosso entendimento, a liberdade de informação, inclusive pela sua relação de interdependência com a noção de Estado Democrático de Direito”.

Os provedores de aplicação de internet ao monitorar o conteúdo elaborado por seus usuários ou até mesmo sua remoção, por enquadrar dentro da sua política de uso, como



conteúdo inapropriado, estariam impedindo a livre manifestação de pensamento e expressão, ou seja, opondo-se aos artigos 5º e 220 da Constituição Federal, o que caracteriza a censura.

Conforme assevera Schirmamnn (2021):

Não existe um limite para quem pode ou não utilizar a liberdade de expressão, nem teria como existir, uma vez que é um Direito Humano, portanto, torna-se irrenunciável e inalienável. Ainda afirma que, baseado na liberdade de expressão, ninguém poderá perder o seu direito de se informar, de receber e de difundir informações.

Para validar essa linha de argumentação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os provedores de aplicação de internet não podem exercer controle prévio do conteúdo dos seus usuários, tampouco removê-los, nesse sentido.

De acordo com o professor Eduardo Mendonça, A regra que se consolidou no STJ, com base no Marco Civil, é que cabe ao Judiciário fazer o exame da alegação de que o conteúdo seria ofensivo. O Judiciário é que tem de mandar remover, caso entenda que há violação efetiva aos direitos da personalidade. Ainda de acordo com Mendonça, não basta a simples insatisfação de quem se diz ofendido. Até porque, como sabemos, as pessoas tendem a se sentir lesadas por qualquer crítica ou comentário que contrarie suas opiniões.

Em agravo no Recurso Especial 917.162/SP, de 1º de setembro de 2016, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, lançou mão do Marco Civil para dizer que ao provedor não compete avaliar eventuais ofensas, em virtude da inescapável subjetividade envolvida na análise de cada caso.

"Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede de modo a impedir a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo. Não se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública", reforçou o ministro.

Sob outra perspectiva, Barroso (2020) traz o que pode ser chamado de meio-termo, em que caberia prioritariamente às próprias mídias sociais fazerem o controle não de conteúdo, mas de comportamentos inaceitáveis, como o uso de robôs, contas e perfis falsos, assim como impulsionamentos ilegais.

Assevera ainda que, as notícias fraudulentas são as criadas com a intenção de obter vantagem e causar danos seja ela política, patrimonial ou moral, a sua propagação através das plataformas digitais, caracterizaria o que pode ser chamado de “falhas do mercado digital” as quais exigem regulação e também autorregulação.

Ainda para Barroso, para que não configure censura privada, os provedores de aplicação de internet ao removerem conteúdo de seus usuários, fazendo valer o seu termo de uso, é imprescindível que seus critérios sejam públicos e transparentes, de forma que não viole à liberdade de expressão e nem de margem à arbitrariedade e à seletividade.

Trazendo a discussão para esfera eleitoral, foco dessa dissertação, a Justiça Eleitoral também deve atuar para que seja assegurada a liberdade de expressão e impedir a censura. Para tanto, o Tribunal Superior Eleitoral - TSE normatizou para as eleições municipais do ano 2020 através da Resolução 26.610/2019 a remoção de conteúdos divulgados na internet, os quais devem ser realizados com a menor interferência possível no debate democrático.

A Justiça Eleitoral deverá atuar para assegurar e impedir a censura, e que as ordens judiciais de remoção de conteúdo serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

Aduz que, a Justiça eleitoral também primou pela liberdade de expressão e informação, ou seja, a sua intervenção para retirada de conteúdo da internet deverá ocorrer apenas em casos excepcionais quando houver abusos e excessos na propaganda eleitoral.

Conforme conclui Giaccheta (2018), “compete exclusivamente ao Poder Judiciário a valoração e, por conseguinte, a imposição de obrigação da sua remoção aos provedores de aplicação de internet, de conteúdo que se caracterize como falso, inverídico ou distorcido.

Sob outra ótica, mas também aplicável na esfera eleitoral, temos a Lei nº 13.188/2015 que regulamenta o chamado direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Conforme, demonstrado a liberdade de expressão é uma garantia constitucional, entretanto, não é um direito absoluto, nesse sentido ela deverá respeitar outros direitos fundamentais. O direito de resposta também é uma garantia fundamental previsto no artigo 5º, V, da Constituição Federal, pois assegura o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido.

No mesmo sentido, a Lei das Eleições nº 9504/97 em seu artigo 58 também assegura do direito de resposta do ofendido ao candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

Para elucidar a aplicação do direito de resposta ao ofendido, temos a sentença proferida pelo magistrado da 004ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro - RJ no processo nº 0600159-45.2020.6.19.0230, com fulcro no artigo 58, §3º, IV da Lei 9504/97. O atual prefeito e candidato à reeleição da cidade do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, no dia 19 de novembro de 2020, após o primeiro turno, utilizou-se das redes sociais Instagram e Facebook para realização de uma live juntamente com o Deputado Federal Ontoni de Paula.

Durante a *live* foi propagada desinformação eleitoral ofensiva, ao dizer que a aliança entre o Psol e o seu então adversário no segundo turno Eduardo Paes, teria uma consequência, afirmando que caso Paes fosse eleito haveria pedofilia nas escolas municipais. O vídeo ganhou grande destaque nas redes sociais devido ao impacto pejorativo e malicioso.

Na sentença o magistrado diz que "o vídeo publicado nas redes sociais causa desinformação e veicula ao público notícia sabidamente inverídica, tentando incutir na mente do eleitor tal informação de pedofilia nas escolas com assunção do PSOL". Crivella foi condenado ao pagamento de multa no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento em cada dia que o vídeo permanecer no ar, além da divulgação do direito de resposta ser exercido no mesmo meio de comunicação que foi veiculado os fatos.

O regramento sobre o tema é levado tão a sério pelo legislador que em seu artigo 22 da lei complementar nº 64/1990, estabelece que "a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social poderá acarretar a abertura de investigação judicial, podendo os responsáveis serem declarados inelegíveis, além de ter cassado o registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado".

Embora não abranja as eleições municipais do ano de 2020, objeto dessa pesquisa é de suma importância que seja exposto o julgado do Recurso Ordinário Eleitoral Nº 0603975-98, pois trata-se na maior penalização ao candidato que utilizar as redes sociais para a propagação de desinformação sobre o processo eleitoral ou seus adversários.

O julgado refere-se à cassação do mandato do deputado estadual Fernando Francischini (PSL-PR) e a decretação de sua inelegibilidade, por agressões infundadas contra a democracia e o sistema eletrônico de votação, em uma live realizada nas redes

socias em seu perfil no FACEBOOK no dia das eleições 2018, 22 minutos antes do encerramento da votação.

Segundo o relator, o ministro Luís Felipe Salomão “o caso constitui tanto abuso de poder político por autoridade como uso indevido dos meios de comunicação social”. Trata-se do primeiro precedente da corte a incluir as redes sociais no conceito de meios de comunicação. O entendimento deve nortear julgamentos futuros, especialmente em tempos de extremismo político e campanhas de desinformação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Por que foi que cegámos, não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, queres que te diga o que penso, diz, penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que, vendo, não veem”.

Embora escrito há quase três décadas, o livro Ensaio sobre a Cegueira do escritor José Saramago é contemporâneo, pois retrata a sociedade da era pós-verdade, em que as emoções e as crenças pessoais sobrepõem-se sobre os fatos objetivos e verdadeiros.

Esse cenário se agrava no contexto das eleições, onde as *fake news* passaram a ser uma forma efetiva e eficaz de gerar desinformação com a finalidade de atingir o senso comum e modificar e influenciar a opinião pública (Faustino, 219, I.22). Mesmo que o ofendido faça jus ao direito de resposta previsto em lei, o alcance da verdade não tem o mesmo público do alcance que a mentira.

O propósito do artigo é verificar quais os efeitos para à liberdade de expressão e a consequência de eventual abuso a esse direito na seara política a partir da utilização das redes sociais, durante as campanhas eleitorais municipais do ano de 2020.

Do estudo realizado, concluiu-se que a utilização das redes sociais para realização da propaganda eleitoral, quando utilizada com o desígnio de gerar dano ou obtenção de vantagem indevida, a liberdade de expressão deverá ser limitada, de forma a preservar a coletividade e a democracia, o que não caracteriza a censura ao livre debate político.

Para tanto, caberia apenas ao Poder Judiciário determinar o que é considerado conteúdo ilícito, conforme conclui Giaccheta (2018):

Compete exclusivamente ao Poder Judiciário a valoração e, por conseguinte, a imposição de obrigação da sua remoção aos provedores de aplicação de internet, de conteúdo que se caracterize como falso, inverídico ou distorcido. A inobservância ao princípio da liberdade de expressão, seria uma afronta direta a constituição, pois

cerceia a livre manifestação de pensamento e expressão, ou seja, opondo-se aos artigos 5º e 220 da Constituição Federal, o que caracteriza a censura.

Por outro lado, conforme assevera Barroso (2020) caberia às mídias sociais fazerem o controle de comportamentos inaceitáveis, como uso de robôs, contas e perfis falso, assim como, impulsionamentos ilegais. Para que não configure censura privada, os provedores de aplicação de internet ao removerem conteúdo de seus usuários, fazendo valer o seu termo de uso, é imprescindível que seus critérios sejam públicos e transparentes, de forma que não viole à liberdade de expressão e nem de margem à arbitrariedade e à seletividade.

Quanto às consequências de eventuais abusos ao princípio da liberdade de expressão dentro do contexto das eleições, especificamente da propaganda eleitoral na internet, embora não tenha nenhum julgado específico para as eleições municipais do ano de 2020 a maior consequência é a cassação do mandado e a inexigibilidade do candidato que utilizar-se dos meios de comunicação social indevidamente, com a propagação de desinformação sobre o processo eleitoral ou seus adversários.

Quanto às ações educacionais desenvolvidas pela Justiça Eleitoral em busca de soluções para a contenção de desinformação quanto a sua credibilidade, da urna eletrônica de votação e da lisura de todo o processo eleitoral durante a campanha eleitoral do ano de 2020, obteve um excelente resultado, mas ainda insuficiente, haja vista a complexidade do tema em reduzir a replicação das notícias falsas no ambiente virtual.

## REFERÊNCIAS

AGENCIA VISIA. **Brasileiro fica 3 horas e 31 minutos por dia nas redes sociais.** Disponível em: <<https://www.agenciavisia.com.br/news/brasileiro-fica-3-horas-e-31-minutos-por-dia-nas-redes-sociais/>> Acesso em 02/04/2022, as 09:45.

BRASIL. **Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.**  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm) acesso 21/02/2022 as 08:41.

BRASIL. **Código Eleitoral de 1965.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm)> Acesso em: 15 ago.2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm)> Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar 64 de 1990.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm) > Acesso em: 11 ago. 2020

BRASIL. **Lei das Eleições de 1997**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm)> Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Direito de Resposta ou Retificação do Ofendido de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm)>. Acesso em: 15 ago.2020.

BRASIL. **Lei Marco Civil na Internet de 2014**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em:

<<https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2020/arquivos/tse-resolucao-no23610-18-12-2019/view>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 23.624, de 13 de agosto de 2020**. Promove ajustes normativos nas resoluções aplicáveis às eleições municipais de 2020, em cumprimento ao estabelecido pela Emenda Constitucional nº 107, de 2 de julho de 2020, promulgada em razão do cenário excepcional decorrente da pandemia da Covid-19. Disponível em:  
<<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2020/resolucao-no-23-624-de-13-de-agosto-de-2020>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: Limites matérias**. São Paulo: Almerinda, 2018. E-book

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estratégia da Justiça Eleitoral para eleições 2020 prevê disseminar notícias verdadeiras**. <<https://www.cnj.jus.br/estrategia-da-justica-eleitoral-para-eleicoes-2020-preve-disseminar-noticias-verdadeiras/>> Acesso em 27/02/2021, as 21:35.

DOMENICO, Jackson Di. **Propaganda eleitoral: A dimensão da liberdade de expressão**. 1. ed. Brasília: Domenico Editora, 2018. E-book.

DIZER O DIREITO. O novo delito de violência política contra a mulher (art. 326-B do Código Eleitoral). <<https://www.dizerodireito.com.br/2021/08/o-novo-delito-de-violencia-politica.html#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.192%2F2021%20acrescentou%20o%20inciso%20X%2C%20afirmando,Art>> Acesso em 28/02/2022, as 22:55.

FAUSTINO, André. **Fake News: A Liberdade de Expressão nas Redes Sociais na Sociedade da Informação**. São Paulo: Lura Editorial, 2019. E-book

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 4.ed. Atlas, 2002.

JUSTIÇA ELEITORAL. **Coalizão para Checagem** - Eleições 2020.  
<<https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/>> Acesso 11/02/22, as 10:17

MIGALHAS. **Eleições 2020: TSE firma acordo com redes sociais para combater fake News.** <<https://www.migalhas.com.br/quentes/334163/eleicoes-2020--tse-firma-acordo-com-redes-sociais-para-combater-fake-news>>. Acesso em 24/02/2022, às 09:00.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal.** 2.ed. Atlas, 2005.

POLITIZE. **Propaganda eleitoral – Conheça as novas regras para as eleições 2020.** <<https://www.politize.com.br/propaganda-eleitoral-conheca-as-novas-regras-para-as-eleicoes-2020/>> Acesso em 28/02/2022, as 21:35.

RAIS, Diogo. **Fake News: A conexão entre a desinformação e o direito.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book

SARAMARGO, José. **Ensaio sobre a cegueira** (Locais do Kindle 4207-4209). Companhia das Letras. Edição do Kindle.

SCHIRMANN, Eduardo. **A relação das fake News com o princípio da liberdade de expressão.** Edição do Kindle. <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/10/comentarios-minirreforma-eleitoral-de.html>> Acesso em 28/02/2022, as 22:11.

STUART-MILL, John. **Sobre a Liberdade** (p. 10). Edições 70. Edição do Kindle.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Conheça a atuação do TSE no enfrentamento da desinformação.** Comunicação, 2020. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/conheca-a-atuacao-do-tse-no-enfrentamento-da-desinformacao>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plenário cassa deputado Francischini por propagar desinformação contra o sistema eletrônico de votação.** <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-o-sistema-eletronico-de-votacao>> Acesso em 01/05/2022, as 22:00.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica.** <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-o-sistema-eletronico-de-votacao>>. Acesso 11/02/2022 as 09:52.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Série Mudanças nas Eleições 2020: confira as ações da Justiça Eleitoral no combate à desinformação.** <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/serie-mudancas-nas-eleicoes-2020-confira-as-acoes-da-justica-eleitoral-no-combate-a-desinformacao>> Acesso 11/02/2022, as 10:02.



www.conteudojuridico.com.br

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV começa nesta sexta.** <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/propaganda-eleitoral-gratuita-no-radio-e-na-tv-comeca-nesta-sexta-9>>. Acesso em 28/02/2022, as 22:15.

VEJA. **'Pós-verdade' é eleita a palavra do ano pelo dicionário Oxford. Revista VEJA**, 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/pos-verdade-e-eleita-a-palavra-do-ano-pelo-dicionario-oxford/>>. Acesso em: 09 nov. 2020.



## A ORIGEM DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO ROMANO

**DIEGO SOUZA CARVALHO MOTA:**  
Pós-Graduado em Direito Público e  
em Direito Processual pelo Instituto  
Elpídio Donizetti<sup>89</sup>.

**RESUMO:** Visa a analisar, o presente trabalho, o instituto chamado “tutelas de urgência”, retomando às suas origens romana. Para tanto, discorrer-se-á acerca do Direito Processual Civil Romano e suas fases, detalhando cada instituto que remete ao tratamento das atuais tutelas provisórias, que desde o seu limiar buscavam uma melhor redistribuição dos ônus causados pelo decurso de grande lapso temporal até a resolução de demandas.

**Palavras-chave:** tutela de urgência, direito romano, origem das tutelas de urgência.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the institute called “urgent guardianship”, returning to its Roman origins. In order to do so, the Roman Civil Procedural Law and its phases will be discussed, detailing each institute that refers to the treatment of the current provisional injunctions, which from its threshold sought a better redistribution of the burdens caused by the long lapse of time until the resolution of demands.

**Keywords:** urgent injunctions, Roman law, origin of urgent injunctions.

### 1. INTRODUÇÃO

A preocupação com os efeitos que o tempo pode causar ao processo é algo que se remete ao estudo do Direito Romano.

De lá se retiram técnicas de urgência que visavam tanto a conceder tutelas de natureza antecipada, como tutelas de cunho cautelar.

É importante ressaltar que essa divisão das técnicas existentes no direito romano entre tutela antecipada e tutela cautelar é feita aos olhos do processo civil atual, pois naquela época não se tinha essa classificação das tutelas de urgência.

Tinham-se, em verdade, mecanismos processuais e administrativos que, observados à luz do processo civil contemporâneo, assemelham-se à técnica antecipatória e à técnica cautelar.

---

89 Contato: diegoscmotaa@gmail.com

O presente estudo visa justamente analisar o limiar das tutelas de urgência.

## 2.A origem romana das tutelas de urgência

De Roma extraem-se as seguintes técnicas: a dos interditos, do *addictus*, do *nexus*, da *operis novi nunciato*, a *legis actio per sacramentum*, a *missio in possessionem* e da *cautio damni infecti*. À luz do direito processual atual, a primeira técnica corresponde a uma técnica antecipatória, enquanto que as demais se assemelham às técnicas de cunho cautelar.

Para que se entenda melhor o que eram, de fato, essas técnicas de urgência, o seu procedimento, natureza jurídica, dentre outros aspectos, é substancial que se tenham algumas breves linhas sobre o processo civil romano, cuja análise será feita em três fases distintas: a da *Legis Actiones*, a *per formulas* e a *Cognitio Extra Ordinem*.

Esta primeira fase, a *legis actiones*, é o sistema processual mais antigo de Roma e disponibilizava meios processuais marcados pela tipicidade, rigidez, oralidade e formalismo.

O pontapé inicial do processo nessa fase era dado através da *in ius vocatio*, que se assemelha à citação da presente época. Todavia, diversamente do ocorrido contemporaneamente, quando é promovida pelo Magistrado por meio do mandado de citação, em Roma a citação deveria ser promovida por quem propõe a ação, o Autor.<sup>90</sup>

Caso o réu se recusasse a comparecer em juízo, deveria o Autor, com fundamento na Lei das XII Tábuas, acompanhado de testemunhas, conduzir o demandado até a presença do magistrado, ainda que usando da força bruta.

Ciente da demanda iniciava-se uma segunda etapa, chamada de *in iure*, na qual as partes, junto a um Magistrado Estatal, o Pretor (*praetor*), delimitavam os termos da controvérsia a ser decidida e solicitavam a nomeação de um Juízo Popular, o *iudex*.

Já perante este Juízo particular (*iudex*) a lide era instruída, sendo concedido a ambas as partes o direito de apresentar seus argumentos e produzir suas provas para que, em seguida, o *iudex* proferir sentença soberana.

O procedimento acima percorrido era traçado exclusivamente pela lei, sendo, portanto, *numerus clausus*, e tinha como uma de suas principais características a dualidade,

---

<sup>90</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205.

uma vez que ocorrida perante dois juízos distintos: um primeiro, o estatal (*praetor*) e o segundo, nomeado pelo Pretor, o *iudex*, que julgava a lide soberanamente.<sup>91</sup>

Seu período de vigência foi, predominantemente, a época denominada pré-clássica ou arcaica do direito romano, porquanto prevaleceu desde a fundação legendária de Roma, ocorrida aproximadamente no ano 754 a.c., até a vigência da *Lex Aebutia*.<sup>92</sup>

A segunda fase do direito romano, a *per formulas*, resulta da reação ao exacerbado formalismo exigido na fase da *legis actiones*, somado a edição da *Lex Aebutia* e, posteriormente, da *Lex Julia iudiciorum privatorum*, que introduziram o processo formulário, resultando na decadência da primeira fase do Direito Processual Romano.

Gustavo Paim, valendo-se das palavras contidas nas Institutas de Gaio, livro 4, 30, demonstra, categoricamente, o porquê dessa transição da *legis actiones* para a fase da *per formulas*:

*Todas essas ações da lei tornaram-se pouco a pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de quem cometesse o menor erro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela Lei Ebécia e pelas Leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavras fixas, i. e., por fórmulas. Admitem-se as ações da lei somente em dois casos: no da ação por dano iminente (damni infecti) e no das ações perante os tribunais dos centúmviros.*<sup>93</sup>

Assim como na *legis actiones*, na *per formulas* o processo ocorria em duas fases distintas, sendo a primeira diante de um Juízo estatal (*praetor*), denominada de fase *in iure*, e a segunda junto a um juízo privado, chamada *apud iudicem*, na qual a lide era apreciada e julgada, sendo sempre proferidas sentenças condenatórias em pecúnia.

---

91 PAIM. Gustavo Bohrer. *Breves notas sobre o Processo Civil Romano*. (s.l.), 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/50-v1-n3-setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>>. Acesso em 05/01/2017.

92 *Idem*.

93 *Ibidem*.

No entanto, difere da fase sucedida por ser menos formal, mais célere, ter uma maior atuação do magistrado, possuir condenação unicamente pecuniária e ter perdido o caráter estritamente oral, já que a fórmula se tratava de um documento escrito.<sup>94</sup>

O procedimento formulário tinha em sua primeira etapa, o *in iure*, cinco momentos distintos: a introdução da causa, a atuação das partes, redação da fórmula, nomeação do juiz e a *litis contestatio*<sup>95</sup>.

Esse processo formulário predominou durante todo o período clássico do Direito Romano, sendo afastado, definitivamente, pela Constituição<sup>96</sup> dos Imperadores Constante e Constâncio (337 a 361 d.c), momento no qual passou a prevalecer no direito Romano a fase denominada *Cognitio Extra Ordinem*.<sup>97</sup>

Esta terceira fase do direito romano tem sua gênese amarrada a resolução de questões administrativas e policiais, coexistindo, no seu início, com o processo formulário.

Todavia, a sua extrema praticidade e celeridade fizeram com que esse novo procedimento passasse a ser utilizado na esfera cível, substituindo gradativamente a *per formulas*.

A predileção paulatina por esse sistema decorre da sua celeridade, porquanto o processo ocorria em apenas uma fase, perante o poder público, passando a existir, em razão disso, a possibilidade de interposição de recurso ao funcionário estatal hierarquicamente superior àquele que julgou à demanda.

Diferentemente das fases processuais sucedidas, nesta, a citação era promovida por ato do Juízo Estatal competente para julgar e processar a demanda, caso o réu fosse domiciliado em sua jurisdição, ou pelo juízo competente da jurisdição onde o réu reside, havendo, para tanto, requerimento realizado pelo Juízo que iria processar e julgar o litígio, assemelhando-se ao processo civil atual.

---

94 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 219.

95 Entendia-se por *litis contestatio* o momento em que as partes, juntamente com o Juízo estatal (pretor), fixavam o tema a ser decidido.

96 Em se tratando do Império Romano, compreenda-se por constituição como um conjunto de regras, princípios e diretrizes exercidos de fato, que não estavam totalmente escritos, ou seja, não estavam compilados em uma Carta, como se vislumbra atualmente, mas eram praticados de fato pelos imperadores romanos, com exercício de poderes e direitos, e transmitidos através de precedentes.

97 MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdital da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 140.

Admitia-se, excepcionalmente, que a citação fosse promovida pelo próprio autor da demanda, entretanto, era imprescindível que houvesse a aquiescência do magistrado.

Ocorrida à citação, as partes deveriam comparecer diante do magistrado para que fosse apresentada pelo autor a sua demanda e pelo réu a sua tese de defesa, acontecendo, posteriormente, a *litis contestatio* e a produção probatória, na qual se admitia todo e qualquer meio de prova, para, em seguida, ser proferida a sentença.<sup>98</sup>

Por fim, é importante destacar que a *cognitio extra ordinem*, como afirma sabiamente Moreira Alves, é o procedimento “que mais se aproxima do processo moderno. Isso, aliás, é perfeitamente aplicável tendo-se em vista que o processo moderno derivou, principalmente, do canônico, que, por sua vez, teve como fonte a *cognitio extraordinária*”.<sup>99</sup>

## 2.1 Os interditos Romanos

Os interditos romanos são uma técnica de urgência que, à luz da sistemática processual atual, assemelha-se à tutela antecipada. Na definição de Alexandre Correia, é “uma ordem que o magistrado, a pedido de um particular, dirige a outra pessoa, impondo-lhe determinado procedimento, i. é, fazer ou não fazer algo”.<sup>100</sup>

Para melhor compreensão dessa técnica interdital, será feita uma análise da sua origem, natureza jurídica, características, procedimento e distinções entre o *interdictum* e as ações.

### 2.1.1 O limiar dos interditos

Apesar de as fontes serem escassas, a doutrina converge no que concerne à época do surgimento dos interditos romanos, afirmando que a sua origem se remete ao período das *legis actiones*.<sup>101</sup>

---

98 PAIM, Gustavo Bohrer. *Breves notas sobre o Processo Civil Romano*. (s.l.), 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/50-v1-n3-setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>>. Acesso em 05/01/2017.

99 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 255.

100 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 88.

101 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 31 e 32.

Todavia, distanciam-se os estudiosos quando se aborda a utilização dos interditos, visto que alguns, sendo a maior referência Alessandro Sacchi, afirmam que eles eram utilizados para suprir as lacunas do vigente *jus civile*, com esteio no poder de império do *praetor*, outros, como Arnaldo Biscardi, aduzem que a sua utilização ultrapassa a mera supressão de lacunas, sendo utilizados na tutela de direitos previstos nas *legis actiones*.<sup>102</sup>

Destaca-se dentre os posicionamentos apresentados o defendido por Vittorio Scialoja, segundo o qual os interditos surgiram na fase final do período das *legis actiones*, sendo uma resposta à extrema formalidade e lentidão do processo naquela época, visando a garantir uma tutela mais célere dos diversos interesses, valendo-se, o magistrado, de uma cognição sumária da demanda.<sup>103</sup>

Mesmo diante de todo esse prognóstico apresentado, Maria Cristina Carmignani afirma, objetivamente, que:

*É na época clássica – no período do processo formulário – que os interditos tiveram maior aplicação e desenvolvimento, em razão do trabalho criador do pretor, que os estendeu a toda e qualquer situação que reclamasse uma “tutela de urgência”, quer se tratasse de interesse público quer privado, tornando-o uma forma processual extra ordinem.* <sup>104</sup>

Destarte, pode-se concluir que o surgimento da técnica interdital, que para a maioria se trata de uma técnica processual *extra ordinem*, remete-se ao período final das *legis actiones*, sendo uma resposta ao exacerbado formalismo e lentidão dessa fase, tendo atingido seu ápice durante à época do processo formulário.

### 2.1.2 *Actio e interdictum*: diferenças

Em boa parte das remotas fontes de estudo acerca desse tema, nota-se que a dicção “*actio*” era utilizada, também, significando *interdictum*, abarcando todas as medidas executadas diante do pretor, do *iudex* ou do tribunal.<sup>105</sup>

---

102 BISCARDI apud CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 32

103 SCIALOJA apud CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 32.

104 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p.33.

105 *Idem*, p. 33.

Entretanto, analisando-se mais a fundo, percebe-se que existem diferenças substanciais entre a *actio* e o *interdictum*.

A primeira delas é a de que nos interditos o pretor, valendo-se do seu poder de império, decidiria a demanda. Na *actio* o pretor apenas a organizava para, juntamente com as partes, nomear o *iudex*, tendo este o dever de apreciar e julgar a lide.

Outra diferença elementar entre os institutos ora abordados é que, como ensina Alexandre Correia, “o processo interdital, em princípio, não permitia o exame da existência ou inexistência de um direito entre as partes, mas procurava apenas manter o estado atual das coisas”. 106

São diferentes, também, as cognições utilizadas pelo Juiz para decidir os interditos e as *actios*. Enquanto naquele o pretor valia-se de uma cognição sumária, sendo a decisão proferida provisória, neste, o *iudex* utilizava-se de uma cognição exauriente, sendo sua decisão soberana.

Sintetizando todas as diferenças acima elencadas, Maria Cristina Carmignani arremata:

*A diferença substancial entre a actio romana e os interditos era procedimental, sendo que na primeira (a) seguia-se o rito comum, ordinário, bifásico, sendo sua decisão definitiva e, no segundo, (b) um rito sumário, mais célere, realizado somente in iure, cuja decisão fundava-se em um juízo de verossimilhança e probabilidade das alegações do autor e, por isso mesmo, era provisória.* 107

Desse modo, vê-se que se está diante de institutos com procedimentos, hipóteses de aplicabilidade e cognições diferentes, não podendo, portanto, serem confundidos.

### 2.1.3 Natureza jurídica dos interditos

---

106 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 88.

107 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 35.

Estudado o surgimento dos interditos e feitas algumas distinções entre ele e a *actio*, passa-se a analisar a sua natureza jurídica.

Esta, possivelmente, é a discussão mais exaltante acerca da técnica interdital, porquanto não há unicidade em sede doutrinária se o *interdictum* possuía natureza administrativa ou jurisdicional, existindo estudiosos com opiniões apontando nas duas direções.

Os que afirmam que os interditos possuem natureza administrativa, esteiam seu posicionamento no fato de que a ordem emitida pelo pretor é fundada no seu poder de império, possuindo caráter jurisdicional somente quando há descumprimento da ordem e posterior ajuizamento da *actio ex interdicto*.<sup>108</sup>

Confluindo com essa primeira linha de pensamento, Arnaldo Biscardi afirma que:

*O interdito é, notadamente, um ato de imperium do magistrado privado, voltado à tutela de relações jurídicas diversas, que se traduzia em um comando específico, hipoteticamente formulado, cujo decreto conclusivo é considerado ato administrativo e não jurisdicional, porque transcende o escopo da jurisdição romana.*<sup>109</sup>

Nesse mesmo toar, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, ao conceituarem os interditos, afirmam que a sua natureza é eminentemente administrativa:

*Os interditos constituem um meio para garantir, com processo rápido, a proteção jurídica; tem caráter administrativo e visam manter as coisas no estado em que se achem tutelando assim a ordem pública e a paz social. O interdictum consta de uma ordem que o magistrado, a pedido dum particular, dirige a outra pessoa, impondo-lhe determinado procedimento, i. é, fazer ou não fazer algo.*<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>109</sup> BISCARDI apud CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo. LTr, 2001, p. 35.

<sup>110</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 88.



Convergindo com esse posicionamento, Mario Bretone afirma que os interditos se tratavam de “ordens pretorianas de natureza administrativa” que determinavam “a exibição de coisas ou de pessoas, ou a restituição de coisas e a destruição de obras, ou a abstenção de determinados atos”. 111

Em sentido diverso, Gian Carlo Messa aduz que “desde o início o procedimento interdital possuía caráter de procedimento judiciário, posto que tinha por objeto controvérsia de índole jurídica entre privados e tratava principalmente de interesses privados”. 112

Harmonizando com o posicionamento de Messa, pode-se destacar a opinião de Giuseppe Gandolfi, para quem os interditos tinham natureza jurisdicional e pública. 113

Abraçando esse segundo posicionamento, incisivos são os argumentos de Gustavo Bohrer Paim ao afirmar que:

*Grande parcela dessa atribuição de natureza administrativa aos interditos decorreu da discricionariedade que o pretor romano exercitava na iurisdictio, seja quando negava, seja quando concedia a tutela jurídica contra ou além do ius civile. No entanto, o poder integrava a iurisdictio do pretor e o seu específico imperium, e não era “alguma coisa emprestada ou concedida a ele por alguma lei”. Assim, “a discricionariedade imanente da iurisdictio não significava arbítrio, senão faculdade de avaliar e medir a conveniência de determinado provimento jurisdicional a determinado fim de tutela jurídica”. Percebesse, pois, que o poder de império do pretor encontrava seu fundamento no ordenamento jurídico, razão pela qual não se devia falar em arbitrariedade, até mesmo*

---

111 BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 109.

112 MESSA apud CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 37.

113 GANDOLFI apud CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 37.

*porque não se podia limitar o poder jurisdicional à mera declaração do texto positivado da lei, pois o ius dicere era mais do que aplicação do direito, era atividade criadora.*<sup>114</sup>

Desfecha o mencionado autor aduzindo que:

*Considerar os interditos como atividade administrativa, tendo em vista que não declaravam direitos, mas sim preveniam danos, traziam ordens, faziam juízos sumários e com base em verossimilhança, não se coaduna com uma visão moderna do direito, em que se percebe um sincretismo processual, permitindo-se cognição e execução em uma mesma relação processual, admitindo-se juízos sumários e com base na verossimilhança, a demonstrar que os interditos romanos, especialmente com os olhos da modernidade, possuíam sim uma natureza jurisdicional, calcada na efetividade e na sumariedade.* <sup>115</sup>

Em que pese os acirrados embates existentes até os dias de hoje acerca da natureza jurídica dos interditos, respeitando-se ambas as linhas de posicionamento, predomina, doutrinariamente, a tese defendida por Biscardi, Alexandre Correia e Gaetano, no sentido de que o *interdictum* possuía natureza administrativa.

Isso porque, como explicitado na parte concernente à sistemática do direito processual civil romano, no sistema da *Ordo iudiciorum privatorum*, que abarcou as duas primeiras fases do Direito Processual Civil Romano, a *legis actiones* e a *per formulas*, a *iurisdictio*<sup>116</sup> romana atribuía ao *praetor* na fase *in iure*, exclusivamente, o poder de organizar o litígio e remeter as partes ao *iudex*.

Dessa maneira, uma ordem interdital proferida pelo pretor que, como dito acima, possuía, apenas, poderes para sistematizar a demanda e nomear o *iudex*, não pode, de modo algum, encaixar-se nos poderes ímpares da *iurisdictio* romana, sobejando, somente,

---

<sup>114</sup> PAIM. Gustavo Bohrer. *Breves notas sobre o Processo Civil Romano*. (s.l.), 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/50-v1-n3-setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>>. Acesso em 05/01/2017.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Entenda-se *iurisdictio* como "jurisdição".

liga-los como resultado do poder de império do pretor, razão pela qual prevalece a ideia de que se trata de uma ordem administrativa.<sup>117</sup>

Por derradeiro, é relevante enaltecer as ponderações feitas por Maria Carmignani, ao afirmar que, chegado o período da *extraordinário cognitio*, que, consoante destacou José Carlos Moreira Alves, “é o que mais se aproxima do processo moderno”<sup>118</sup>, no qual todo processo passava-se diante de um único magistrado, pode-se emoldar os interditos como sendo de natureza jurídica jurisdicional, contudo, anteriormente a esse momento, a natureza jurídica dos interditos é eminentemente administrativa.<sup>119</sup>

#### 2.1.4 O procedimento da *interdictum* e suas características

Antes de dissecar estritamente o procedimento da *interdictum*, é imprescindível que se tenha uma ideia pré-constituída: a ordem interdital, observada à luz da sistemática processual contemporânea, assemelha-se à tutela antecipada, uma vez que o pretor, valendo-se de uma cognição sumária, antecipava o que possivelmente seria concedido na *actio ex causa interdicto*.<sup>120</sup>

Feita esta ressalva, parte-se à análise procedimental da técnica interdital.

O processo interdital tinha início com a *postulatio interdicti*, que nada mais era do que um pedido feito pessoalmente e oralmente pelo autor dirigido ao *praetor* com desiderato de obter a procedência de um interdito.<sup>121</sup>

Discute-se na doutrina a substancialidade da presença de ambas as partes para que o interdito fosse emanado, afirmando, Arnaldo Biscardi, fundamentado em texto de Gaio, “que a pronúncia interdital podia ocorrer mesmo na contumácia do destinatário e resultava

117 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 37.

118 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 255.

119 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 37.

120 *Ibidem*, p. 40-45.

121 PAIM, Gustavo Bohrer. *Breves notas sobre o Processo Civil Romano*. (s.l.), 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/50-v1-n3-setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>>. Acesso em 05/01/2017.

na *missio in bona*<sup>122</sup> a favor do denunciante”<sup>123</sup>. Em outras palavras, a concessão da ordem interdital poderia ocorrer mesmo sem a presença do demandado.

Todavia, caso o réu estivesse presente ele poderia questionar a existência das razões do edital do interdito, valendo-se do instrumento de defesa denominado *exceptio*.

Instalado o processo, o pretor, responsável por apreciar e julgar o interdito, poderia conceder ou não a ordem interdital, valendo-se de um juízo de cognição sumária.

Caso o *praetor* entendesse infundado o conteúdo da *exceptio*, deveria denega-la de imediato. Entendendo de modo diverso, denegaria o *interdictum*. Poderia, na hipótese de a defesa não conseguir atestar o desejado e a pretensão autoral fosse verossímil, conceder a ordem interdital delegando ao *iudex* a realização de um exame probatório mais detalhado.

O pretor tinha a faculdade, ainda, de analisando sumariamente as peculiaridades do caso, conceder um interdito diverso do requerido pelo autor, entretanto, que estivesse previsto no edito<sup>124</sup>.

Sendo observada a ordem interdital por ambas as partes, restaria encerrada a demanda. Contudo, em não existindo obediência ao comando interdital, deveria o interessado, que sempre seria o autor, propor uma *actio ex interdito*.

Esta tratava-se de uma ação que tinha o objetivo de reavaliar a existência dos requisitos do interdito anteriormente concedido, podendo, o seu procedimento, variar de acordo com a natureza dos interditos.

Sendo o interdito de natureza proibitória, que são aqueles em que o pretor determinava que a parte se abstinhasse de algo, agia-se unicamente de maneira *per sponsionem*, ou seja, pela segurança; em se tratando de interditos de natureza restitutória e exhibitória, que são aqueles em que o magistrado ordena a execução de um ato (restituir ou exhibir), agia-se por uma fórmula arbitrária, ou seja, uma fórmula que fosse julgada como

---

<sup>122</sup> É a imissão na posse dos bens do devedor, de maneira a incentivar que o devedor pague a sua dívida.

<sup>123</sup> CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 44 – 46.

<sup>124</sup> Entenda-se por edito como sendo conjunto de normas e princípios criados pelo pretor que deveriam orientar a sua gestão. O edito valeria pelo prazo de um ano, quando haveria a substituição do pretor, entretanto, na prática, havia, via de regra, a manutenção dos editos pelos pretores sucessores, com pontuais alterações.

adequada para o caso concreto, não se excluindo a possibilidade de se agir pela segurança.<sup>125</sup>

Dando seguimento ao procedimento interdital, tendo sido nomeado um árbitro após o descumprimento do *interdictum* emanado pelo pretor, redigia-se uma fórmula que deveria prever uma cláusula arbitrária determinando a restituição ou exibição da coisa e que pusesse a condenação em segundo plano.

Sendo cumprida a nova ordem, dava-se termo ao processo. Havendo novo desatendimento, haveria a condenação ao pagamento de uma quantia em pecúnia que deveria equivaler ao valor da coisa.

Poderia ocorrer a hipótese de o demandado não requerer a fórmula arbitrária, tampouco cumprir a ordem interdital, situação que sujeitava a parte a ser chamada novamente em juízo para que fosse atestado o descumprimento do *interdictum*.

Para concluir, deve-se destacar que a decisão proferida na *actio ex interdictum* era definitiva, porquanto era pronunciada através da realização de um juízo de cognição exauriente. Fazendo um paralelo com o direito processual atual, pode-se entender que a decisão proferida na *actio ex interdictum* seria alcançada pela coisa julgada, sendo, portanto, definitiva.<sup>126</sup>

Do procedimento descrito acima se retiram diversas semelhanças com a tutela antecipada contemporânea, como o fato de o pretor vale-se de um juízo de cognição sumária para conceder a ordem interdital, sua provisoriedade, o fato de que o interdito não acautela outro direito, mas sim concede, de maneira mais célere, à parte interessada o que ela apenas obteria por meio da *actio*, e etc., razão pelo qual se aponta que a tutela antecipada teve sua remota origem nos interditos romanos.

## 2.2 As medidas de urgência de cunho cautelar no direito romano

Além da técnica interdital, que muito se assemelha à tutela antecipada do direito processual moderno, o Direito Processual Civil Romano trazia medidas de urgência que, observadas a partir do direito processual contemporâneo, aproximam-se das medidas cautelares.

---

<sup>125</sup> CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001, p. 47 – 49.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 48.

A primeira delas, que se remete à época da Lei das XII Tábuas (450 a.c), é o *addictus*. Prevista na tábua três, que versava acerca dos devedores que confessaram a dívida, o *addictus* tratava-se de uma medida em que o devedor, por ordem do magistrado, deveria servir como garantia de satisfação do crédito, devendo ficar confinado em prisão privada administrada pelo credor pelo prazo de até sessenta dias.<sup>127</sup>

Caso o inadimplemento persistisse, a medida cautelar convertia-se em executiva, podendo o devedor ser vendido, escravizado, ou até morto.

Não se observa, no processo civil atual, medida de cunho similar ao *addictus*, uma vez que a evolução das legislações afastou esse tipo de responsabilidade dos devedores, respondendo, em situações de inadimplemento, apenas os seus bens e não mais o seu corpo.

Consta, ainda, na Lei das XII Tábuas, o *nexus*. Neste o devedor estendia-se voluntariamente ao credor para, por meio de prestação de serviços, quitar o seu débito, sendo liberado após essa prestação.

Além das medidas acima apontadas, durante o período das *legis actiones* tem-se notícia de outras medidas de urgência: a *legis actio per sacramentum*, a *operis novi nunciatio*, a *cautio damni infecti* e a *missio in possessionem*.

José Eduardo Carreira Alvim afirma que a *legis actio per sacramentum* correspondia a um depósito que ambas as partes faziam em juízo. Aquele que perdesse a demanda perderia também o montante depositado.<sup>128</sup>

Já a *operis novi nunciatio* servia para “impedir que o vizinho, com a construção de uma obra nova, pudesse de alguma maneira evitar o curso natural da água”<sup>129</sup>, acontecendo em dois momentos distintos: um primeiro, extrajudicial, no qual o prejudicado deveria intimar o vizinho para que este interrompesse com a obra que vem lhe causando prejuízos; e uma segunda judicial, na qual o pretor, valendo-se do seu poder de império, de alguma maneira determinasse a interrupção da obra.

---

127 CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A evolução história das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*. (s.l) (s.d). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26238-26240-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

128 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 116.

129 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. (s.l) (s.a). Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22822/aspectos\\_relevantes\\_teorias\\_gerais\\_acao.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22822/aspectos_relevantes_teorias_gerais_acao.pdf)>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

Assemelha-se a abordada medida de urgência à ação de nunciação de obra nova do processual civil atual, que se trata de um mecanismo processual pelo qual o proprietário ou possuidor de um terreno pode acionar judicialmente o titular de um imóvel em reforma que esteja prejudicando o seu prédio.

A *cautio damni infecti*, por sua vez, tratava-se de uma garantia que o proprietário de uma construção em ruínas ou em reforma dava ao possível lesado acaso suas reformas ou ruínas viessem a atingir do imóvel do vizinho.<sup>130</sup>

Sinônimo a essa medida de urgência existe, atualmente, a ação de dano infecto, que se funda nos arts. 1.280 e 1.821 do Código Civil. Por meio desta o autor (proprietário do prédio ameaçado) visa a obter do dono do prédio vizinho a demolição, reparação ou caução pelo dano iminente que o seu prédio está causando.

A *missio in possessionem* se tratava de um sequestro da coisa litigiosa, que seria entregue a terceiro equidistante com deveres e poderes similares a de um depositário enquanto a demanda pendia.<sup>131</sup>

Nota-se que suas remotas origens as tutelas de cunho cautelar tinham sempre o intuito de resguardar questões obrigacionais e atinentes aos direitos reais, sendo que muitas delas possuem similares no processo civil atual.

Todas essas medidas de urgência de cunho cautelar visavam a garantir a atuação da tutela concedida pelo *ius civile*, de modo que o seu surgimento se liga à garantia do direito material.<sup>132</sup>

## CONCLUSÕES

Percebe-se, com o presente estudo, que a preocupação com os ônus que a demora da marcha processual pode acarretar remetem ao estudo do Direito Romano, onde se situa

---

130 ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições do direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 202.

131 BAPTISTA apud CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A evolução história das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*. (s.l) (s.d). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26238-26240-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

132 CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A evolução história das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*. (s.l) (s.d). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26238-26240-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

a origem das tutelas provisórias, ainda que com caráter substancialmente diferente do atual, mas como objetivos em comum.

A melhor distribuição dos ônus pela demora do processo é imprescindível para garantir o princípio constitucional da razoável duração do processo, pois se somente uma parte arcasse com os encargos da marcha processual, se tornaria demasiadamente conveniente a parte adversa protelar o curso da marcha processual a todo custo.

Verifica-se, assim, que a tutela provisória relaciona-se também com o devido processo legal, pois não há de se considerar hígido um processo que acarrete, indevidamente, ônus unicamente a uma parte.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BAPTISTA apud CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A evolução história das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*. (s.l) (s.d). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26238-26240-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A evolução história das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média*. (s.l) (s.d). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26238-26240-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdito da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Breves notas sobre o Processo Civil Romano*. (s.l.), 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/50-v1-n3->



setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>. Acesso em 05/01/2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. (s.l) (s.a). Disponível em:  
<[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22822/aspectos\\_relevantes\\_teorias\\_geral\\_acao.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22822/aspectos_relevantes_teorias_geral_acao.pdf)>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições do direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

## DIREITO INTERNACIONAL: APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

**LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX**<sup>133</sup>

(Autor)

**PAULO RÓBSON MARTA DA SILVA**<sup>134</sup>

(Coautor)

**KÁTIA GOMES DA SILVA**<sup>135</sup>

(Coautora)

**RESUMO:** O presente trabalho tratará de forma sucinta sobre como é dada a aplicação do direito estrangeiro na justiça brasileira. O direito internacional privado e suas normas formadoras são parte integrante da ordem jurídica de um país, desta forma, o embate surge quando se tem dúvidas em como deve ser o procedimento de aplicação das normas jurídicas quando em se tratando de situações internacionais e que engloba não só a ordem jurídica de um estado, mas também outros estados participantes nas lides. Dessa forma, é interessante analisar o que a lei brasileira entende como certo aplicar, o que as cortes superiores já aplicaram, assim como o posicionamento da jurisprudência e doutrinadores sobre o assunto. O trabalho visa explicar, de forma genérica e superficial, devido à complexidade do tema, a aplicação das leis estrangeiras, que por mais que pareçam distantes do cotidiano, se mostram muito mais próximas e corriqueiras do que se possa imaginar.

**Palavras-chave:** Direito internacional privado; Justiça brasileira; ordem jurídica nacional; Conflitos internacionais.

**ABSTRACT:** The present work will briefly address how foreign law is applied in Brazilian justice. Private international law and its formative norms are an integral part of the legal order of a country, in this way, the clash arises when there are doubts about how the procedure for applying the legal norms should be when dealing with international situations and which includes not only the legal order of a state, but also other states

---

133 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

134 Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático. E-mail: robson.0706@hotmail.com

<sup>3</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins. Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas, CEULP/ULBRA. Servidora pública da Universidade Estadual do Tocantins.

participating in the disputes. Thus, it is interesting to analyze what Brazilian law understands as right to apply, what the higher courts have already applied, as well as the positioning of jurisprudence and scholars on the subject. The work aims to explain, in a generic and superficial way, due to the complexity of the subject, the application of foreign laws, which, although they seem distant from everyday life, are much closer and more commonplace than one might imagine.

**Keywords:** Private international law; Brazilian Justice; national legal order; International conflicts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Aplicação da Lei Estrangeira. 3. Conclusão. 4. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando se trata de conflitos de normas jurídicas, deve-se remeter ao surgimento destas. Na antiguidade não se falava em conflito de normas justamente pelo fato de não haver. Ocorria que o estrangeiro, via de regra, não tinha direitos fora do seu estado de origem, portanto, no caso de conflitos de interesses entre este e alguém do país em que estava, seria como se o estrangeiro não tivesse direito a nada, nem mesmo suscitar o questionamento já que seu direito era inexistente. Dessa forma o direito internacional privado sequer existia, já que o seu objeto de estudo e aplicação é justamente a resolução dos conflitos gerados entre estados diferentes.

No decorrer da história, com a necessidade de julgar os eventuais conflitos entre normas de diferentes estados, foram criados tribunais, estes por sua vez chamados de "excepcionais", como exemplo o tribunal de Polemarca em Atenas. Após esses casos deixarem de ser exceções e se tornarem rotineiros, aliado à fixação do homem na terra e à estruturação maior por parte dos feudos, houve com isso o fim da chamada fase de personalidade da lei, aplicando-se então em substituição, o princípio da territorialidade da lei, o que conferia a aplicabilidade exclusiva da lei dos territórios a conflitos existentes, o que de certa forma evitava os conflitos, já que a regra seria somente esta.

A sociedade, porém, não se limitou a constituição de feudos, e com isso começou a ocorrer com mais frequência a circulação de pessoas e coisas no espaço, evidenciando conflitos que a territorialização destes por si só não conseguiria resolver sem deixar pelo menos uma das partes descontente e prejudicando assim a economia e os negócios pela dificuldade de obter o justo. Aliado a isso, muitas ordens jurídicas foram surgindo e com essa pluralidade de ordenamentos para as mesmas situações, a dúvida sobre o direito a ser aplicado foi se tornando um problema bem mais corriqueiro. Como a unificação das legislações existentes não é possível por conta da autonomia jurídica de cada estado, em

negociações internacionais, a dúvida sobre qual o direito a ser aplicado surge, tendo que escolher entre o nacional e o estrangeiro, podendo ser mais de dois direitos envolvidos, o que pode tornar ainda mais complexa a decisão.

As primeiras tentativas de estipular qual o direito a ser aplicado marcam em si o início da ciência do direito internacional privado. Essa ciência, após todo o desenvolvimento a que foi submetida e no seu grau de maturidade integra a chamada ordem jurídica interna de cada estado, e com isso acaba por vincular o juiz a atuar de ofício de acordo com essas normas. Com a aplicação desse ramo do direito, percebeu-se que o grande gargalo é saber quando e qual norma aplicar nos casos em que normas estrangeiras estão presentes no processo.

Um fator importante quando se trata de conflito de normas jurídicas é o “elemento da estraneidade”, que, resumidamente, necessita da aplicação do direito internacional privado pelo fato de que atrai a possível aplicação de uma lei estrangeira. Caso este elemento não esteja presente, não há que se falar em conflito de normas, mas caso esteja, busca-se solucionar a lide resolvendo o conflito de leis no espaço gerado com os princípios do direito internacional privado.

## **2. APLICAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA**

Quando se trata da aplicação do direito estrangeiro cabe, primeiramente, ressaltar sobre qual direito estrangeiro se está tratando. Segundo Basso (2020), ao se discutir a lei estrangeira, deve-se ter em mente que esta lei refere-se ao direito substancial/material estrangeiro, chamado também de privado comum estrangeiro, não devendo-se confundir com o direito privado especial, também chamado de internacional privado estrangeiro, por sua vez proibido pela lei brasileira por ir contra princípios aplicados nacionalmente. Estes princípios, a que se fez referência, nada mais tratam do que da impossibilidade da lei internacional brasileira fazer referência a outra lei internacional estrangeira, o que, de forma simples, não resolveria a lide em questão, não apontando um direito material a ser escolhido para resolver, mas sim passando a decisão para outro estado decidir.

Após essa diferenciação é interessante citarmos uma das principais leis, não sendo descartadas outras que também têm dispositivos auxiliares, que faz referência a aplicação de leis estrangeiras na ordem jurídica brasileira, sendo esta, a lei nº12.376/10, conhecida como Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB). A citada lei é a base para a interpretação de dispositivos estrangeiros e sua recepção no ordenamento pátrio. A lei citada traz uma imperatividade das normas de direito internacional privado, exigindo do juiz do caso em análise uma profunda observância em sua resposta aos conflitos de leis no espaço.

Na obra de Dolinger e Tibúrcio (2020), quando se trata de lei estrangeira, estes são categóricos ao afirmar que após a identificação de que se trata de uma lei e não somente de um fato estrangeiro, a aplicação da lei estrangeira deve ser feita *ex officio*, podendo ser suscitada e aplicada a qualquer momento ou fase do processo, tendo a possibilidade, inclusive, de ser objeto de recurso especial perante o STJ ou de ação rescisória. Em relação a essa aplicação, é importante salientar que foi decidido na Conferência Interamericana Especializada Sobre Direito Internacional Privado de Montevideu em 1979, que em seu art. 2º dispõe que os juízes devem aplicar o direito internacional da mesma forma como este seria aplicado pelos juízes do estado ao qual este direito pertence, ou seja, preservando o direito das partes de pleitear e provar a existência e o conteúdo da lei invocada, seja ela de qual estado pertencer.

De acordo com Basso (2020), a LINDB traz consigo as etapas que devem ser utilizadas para solucionar os conflitos de leis no espaço, mas que devem ser utilizadas de forma a apontar o direito material que será utilizado para solução do problema subjacente, ou seja, não será resolvido o problema em si somente com a aplicação da LINDB, mas se decidirá sobre qual norma será responsável por resolvê-lo. Dentro dessa resolução de conflitos espaciais, é externado o seguinte:

- a) Reconhecer que se trata de fato comum do direito privado com elementos estrangeiros;
- b) Reconhecer o conflito de leis no espaço;
- c) Definir a natureza jurídica do fato analisado, tendo como base a lei brasileira, definindo assim se trata-se de um caso de direito pessoal, de família, das coisas ou outro tipo de direito;
- d) Definição da regra jurídica aplicável ao caso, utilizando a LINDB;
- e) Após encontrar a regra aplicável, encontra-se o elemento de conexão, e com este, é possível identificar o direito aplicável;
- f) Verificação de que o direito indicado resolve o conflito, podendo esse direito indicado ser nacional ou estrangeiro a depender do caso concreto em análise;
- g) Aplicar ao caso o direito substancial/material indicado pela norma em apreço.

A melhor forma de exemplificar uma fórmula é aplicando esta a um caso concreto. O exemplo contido na obra de Novo (2018) traz o caso de um contrato assinado entre um brasileiro de 18 anos de idade domiciliado no Brasil e um escocês de 17 anos de idade domiciliado na Escócia, estando em litígio no Brasil. O brasileiro alega que o contrato deve ser cancelado pelo fato de que o escocês é menor incapaz de acordo com a lei brasileira, este porém alega que na Escócia a maioria atinge-se com 16 anos, o que o torna plenamente capaz. No caso em questão, aplicando o procedimento citado anteriormente: a) Trata-se de um caso de direito privado, com elementos nitidamente estrangeiros; b) Existe o conflito de leis no espaço, pois o brasileiro invoca a lei brasileira e o escocês invoca a lei Escocesa; c) Trata-se de direito contratual; d) Utilizando-se a LINDB chega-se a conclusão de que a capacidade processual é dada pela lei o país em que a pessoa reside, no caso na Escócia; e) O elemento de conexão é simplesmente a maioria escocesa considerada no domicílio do estrangeiro, ou seja, de 16 anos de idade; f) A lei selecionada resolve o caso em questão, dessa forma pode ser aplicada sem ressalvas; g) Aplica-se a norma selecionada, ou seja, o direito a ser aplicado será o direito escocês que prevê a maioria aos 16 anos de idade.

Ainda ao tratar dos elementos de personalidade, Novo (2018) traz a importância dos elementos de conexão como elemento chave para solucionar os conflitos de leis no espaço. Cada país elege os elementos de conexão que opta para solucionar os conflitos entre legislações internacionais, sendo que no Brasil foi eleita a *lex domicilii* (Lei do domicílio) para reger, por exemplo, os limites da personalidade, nome, capacidade e também os direitos de família. Além disso, quando se trata de bens, o elemento de conexão eleito é a *lex rei sitae* (Lugar da coisa).

Quando se aplica o direito estrangeiro, devem haver mecanismos que garantam que a lei está sendo corretamente aplicada na sua essência, ou seja, além de estar traduzida da forma correta, deve-se atestar a sua veracidade e atualidade em relação à vigência. Sobre esse assunto Dolinger e Tibúrcio (2020) apontam em sua obra que ao juiz ou à parte cabe apurar o direito estrangeiro, o que inclui o seu conteúdo, vigência e existência, utilizando-se do direito comparado, quando couber, para sanar possíveis embates. Como não existe uma legislação única ou uma forma de garantir o conhecimento uniforme de toda a comunidade internacional das leis de cada estado, o código de Bustamante é ainda utilizado para sanar esse tipo de dúvida. Neste código, nos arts. 409 a 411 são dadas duas opções para a prova do direito estrangeiro, sendo estas: 1) Certidão atestada por dois advogados em exercício no país do qual a legislação se queira provar; 2) Por meio de informação diplomática fornecida pelo mais alto tribunal, ou pela procuradoria-geral ou mesmo o ministério da justiça do país cujo direito do qual tenha o interesse de se aplicar. Além disso, segundo Basso (2020) a figura do *affidavit* também merece destaque, sendo esta abrangente no ordenamento jurídico brasileiro, configurada como uma forma de parecer jurídico de um profissional do próprio país do qual se deseja aplicar a lei em

questão ou até mesmo por profissional brasileiro com notório saber jurídico sobre o direito estrangeiro que será aplicado ao caso em análise.

Sobre a análise e interpretação da lei estrangeira, Mazzuoli (2015) cita que tudo o que for relativo às leis estrangeiras, o que inclui, por exemplo, sua vigência e revogação deve ser analisado de acordo com as próprias normas de origem, e não de acordo com a *Lex fori* (Lei do foro), no caso, a lei brasileira. Dessa forma, ao se aplicar as normas estrangeiras o juiz deve pensar de forma como se estrangeiro o fosse, mesmo que a norma que esteja aplicando seja estranha ao seu ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo que aplica a norma estrangeira, o juiz deve-se atentar às limitações que essa interpretação da norma estrangeira deve contemplar. Pois de acordo com o art. 5º da LINDB, ao aplicar a norma estrangeira o juiz deve atentar para os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, ou seja, buscar a essência da norma que este está aplicando buscando satisfazer o legislador ao criar aquela norma, mas ao mesmo tempo aplicando filtros que possam detectar as violações não permitidas como a à ordem pública, da moral e dos bons costumes. No Brasil, a última instância sobre as normas de direito internacional privado cabe ao STF, pois este dirá se o juiz ou tribunal aplicou corretamente a norma estrangeira, comprando inclusive com a jurisprudência existente no estado de origem.

### **3. CONCLUSÃO**

Após essa explanação sobre os principais pontos que englobam o tema da aplicação do direito estrangeiro, pode-se concluir que essa aplicação é de extrema importância no que tange sua finalidade principal, sendo esta a de estabelecer, baseado nos elementos de conexão, as regras e os princípios para a extraterritorialidade da lei, qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, a decidir se cabe norma de cunho nacional ou estrangeiro.

Dessa forma, é mister salientar que no caso de se definir que a norma a ser aplicada seja a norma internacional, o juiz deve, à primeira vista, verificar a existência da norma, seu conteúdo e sua vigência. Cabe ressaltar que o juiz pode também determinar que a prova de que a legislação tem as condições citadas seja da parte que requereu sua aplicação. Lembrando que existe um procedimento para prova dessa legislação, sendo o mais comum o da certidão passada pela autoridade consular brasileira ou certidão da autoridade estrangeira autenticada pelo cônsul.

A norma estrangeira apresenta força coativa igual à brasileira, sendo vedado às partes renunciar ao seu império, tendo uma obrigatoriedade tão reconhecida que o juiz tem o dever de aplicar as normas estrangeiras mesmo quando estas não são invocadas

pelas partes. Além disso, a aplicação das normas estrangeiras deve seguir suas próprias normas processuais, não necessitando assim de seguir as normas de direito interno.

Valoroso também aludir que os limites da aplicação do direito estrangeiro se mostram na ordem pública, nas normas imperativas e no princípio da neutralização dos efeitos da fraude à lei. Sendo nesse caso, a ordem pública equivalente aos valores da sociedade local e as normas imperativas da legislação nacional, limitando assim a absorção e aplicação desmedida da lei estrangeira em território nacional.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmem. **Direito internacional privado**. 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional privado**: curso elementar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOVO, Benigno Nuñez. **A aplicação do direito estrangeiro**. 2018.

Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-170/a-aplicacao-do-direito-estrangeiro/>>

Acesso em: 21/03/2021.

Lei nº 12.376/2010. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília. 2010.



## A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA SOCIEDADE JURÍDICA BRASILEIRA

**MATHEUS DIAS FONTANA:**

bacharelado em Direito pela  
Universidade Brasil.

ELOÍSA DA SILVA COSTA

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo visa ressaltar a violência contra a mulher na sociedade jurídica brasileira afim de mostrar a realidade do sistema jurídico brasileiro quando abordamos o tema violência contra a mulher. Mesmo diante da incorporação das demandas femininas pelo Legislativo através da elaboração de leis garantindo maior proteção, as mulheres continuam se deparando com a inacessibilidade ao sistema judicial.

**Palavras-chave:** Violência contra a mulher, acesso ao direito, submissão feminina.

**ABSTRACT:** This article aims to highlight violence against women in Brazilian legal society in order to show the reality of the Brazilian legal system when we address the issue of violence against women. Even in the face of the incorporation of women's demands by the Legislature through the elaboration of laws guaranteeing greater protection, women continue to face inaccessibility to the judicial system.

**Key-words:** Violence against women, access to the right, female submission.

### 1. INTRODUÇÃO

Discorre-se aqui sobre o reflexo que a cultura patriarcal tem no Poder Judiciário, especificamente em relação aos crimes de natureza sexual, perpetuando a violência contra a mulher.

A maioria dos casos de violência é praticada por homens considerados pessoas "comuns" pela sociedade e, em muitas situações, os abusadores são parentes ou amigos próximos da vítima. O levantamento realizado pelo Ipea aponta que 24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos, e 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima. Dados de 2014 registraram a ocorrência de 47,6 mil episódios de

violência sexual contra as mulheres. Isso significa que, a cada 11 minutos, uma mulher é estuprada no país. (Ipea, 2014).

Em 2013 houve 50.320 estupros registrados no Brasil, cerca de 25 casos para cada 100 mil habitantes.

Apenas 7% a 8% dos casos de estupro são denunciados no Brasil. Assim, apesar de os números registrados impressionarem, eles mostram algo ainda mais grave: a subnotificação do estupro. (Ansp, 2013).

A taxa brasileira de estupros é de 31,7 por 100 mil habitantes, acima da taxa de mortes violentas, que ficou em 27,5 em 2018. (g1, 2019).

Com o escopo de comprovar essa premissa, inicialmente, será abordada a cultura do estupro como fator responsável pelo desencadeamento de movimentos feministas norte-americanos em defesa das mulheres, através dos quais se denunciou a subordinação feminina à autoridade do homem em todas as esferas, tanto na vida pública quanto na privada. Os aspectos que demonstram a existência de uma cultura tolerante aos atos de agressão sexual à mulher envolvem a ideia defasada de que o estupro é provocado por impulsos sexuais masculinos incontrolláveis, gerando a culpabilização da vítima por algum comportamento considerado desvirtuado, pelo simples fato de não atender ao estereótipo feminino imposto socialmente. Isso evidencia o controle social sobre o corpo, comportamento e sexualidade da mulher, mesmo quando ela é a vítima em questão.

Apresenta-se como objetivo demonstrar que a cultura que controla o comportamento e sexualidade feminina submete a mulher à autoridade do homem, o que faz com que os abusos sexuais sejam tolerados a partir de justificativas morais, tanto pela sociedade, quanto pelos magistrados, perpetuando a violência praticada. Por isso, a violência de gênero será apresentada como resultado das estruturas de poder e dominação entre os sexos, sendo o fator determinante para os altos índices de violência doméstica, de feminicídio e de estupros no país.

O problema de pesquisa apresentado é que, mesmo diante da incorporação das demandas femininas pelo Legislativo através da elaboração de leis garantindo maior proteção, as mulheres continuam se deparando com a inacessibilidade ao sistema judicial. A hipótese verificada é que, apesar da garantia ao acesso de direito à justiça, as mulheres encontram o conservadorismo do Judiciário, fruto das estruturas de poder entre os sexos, como óbice ao acesso de fato a esse sistema.

## 2.REFERENCIAL TEÓRICO

No pensamento ocidental a regulamentação do controle masculino sobre a vida da mulher teve como fundamentação o Direito Romano referente ao patriarcado. Como fenômeno histórico, o que caracterizamos como família patriarcal não constitui um único modelo de organização familiar, variando no tempo e no espaço, mas apresenta como Lima, L. L. G. - Cultura do Estupro, Representações de Gênero e Direito Language and Law / Linguagem e Direito, Vol. 4(2), 2017, p. 7-18 elemento constante o poder do patriarca sobre os demais membros da família. Esse poder, que inclui a tutela sobre a mulher, extrapola o ambiente doméstico, balizando a organização da sociedade como um todo (Lima e de Souza, 2015: 515-520).

A tradição patriarcal, entendida como um conjunto de representações articuladas em um modelo de relações de poder, legítima e naturaliza a submissão feminina, repetindo-se em todas as esferas sociais e particularmente no campo jurídico, na medida em que se consolidou, no Ocidente, através do Direito Romano. Ao paterfamilias era conferido dispor de todos os bens familiares e exercer o papel de juiz, com direito de vida e morte sobre seus parentes de sangue (cognitivos), por adoção social (agnáticos) e sobre seus escravos. Acumulava ainda a função de sacerdote, o que lhe conferia um caráter sagrado.

Na Roma Antiga, o casamento realizado cum manu implicava na absoluta tutela das paterfamilias sobre sua esposa, equiparada à condição de ilha. Os direitos do paterfamilias se baseavam em quatro poderes: patria potestas, sobre os filhos; dominica potestas, sobre os escravos; manus, sobre a esposa, e mancipium, sobre outras pessoas que, originalmente, tinham sido submetidas a outras paterfamilias.

O casamento sine manu permitia à mulher permanecer integrada à família do pai, devendo-lhe obediência, apesar de casada (Lima e de Souza, 2015:510-515). O Direito brasileiro herdou da Europa, através da colonização portuguesa e da dominação espanhola, durante o período denominado União Ibérica (1580-1640), uma série de leis que conferiam aos maridos poderes absolutos sobre as suas esposas, ao mesmo tempo em que remetiam diferenças consideráveis na forma de tratar a sexualidade feminina e a masculina, revelando a influência de valores cristãos.

O Brasil foi regido pelas Ordenações Manuelinas, promulgadas em 1521, e Filipinas, cuja compilação foi concluída no reinado de Felipe II da Espanha, em 1603.

O Código Filipino foi revalidado em 1640, após a restauração da monarquia portuguesa, e reconhecido no Brasil independente por D. Pedro I, em 1823. Suavigência prolongou-se, com alterações, até a promulgação do Código Criminal de 1830 e do Código Civil de 1916 (Batista et al., 2003: 417).

O Livro V do Código Filipino, que corresponde ao Direito Penal, permite ao marido traído matar a mulher adúltera e também o seu amante, com a condição de esse que fosse de categoria social inferior (Título XXXVIII).

Vale notar que o citado manual de concessão de Azpilcueta Navarro (1552: 199-200) impõe ao marido que souber do adultério da esposa que se afaste dela, sob pena de ser considerado, ele também, pecador. Por outro lado, a mulher não peca em não se afastar do marido adúltero, ainda que esse adultério seja público, porquanto não é seu ofício emendar ao marido, como dele é emendar a ela”.

O Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, pune a mulher casada que cometer adultério com pena de prisão com trabalho por um a três anos (Art. 250). No entanto, como arma o Art.251, essa pena só será aplicada ao marido que tiver “concubina teúda e manteúda”, facultando assim as relações extraconjugais fortuitas para os homens.

O Código de 1890 mantém essa diferença de tratamento. Percebe-se que o que está sendo julgado não é o comportamento sexual masculino, mas seu papel de provedor da família, prejudicado pelo fato dele sustentar outra mulher.

O Livro V do Código Filipino incorpora também a ideia de honestidade feminina, tal como concebida pela Teologia Moral, para tipificar e punir crimes de natureza sexual contra a mulher.

O Título XXIII condena o homem que dormir com mulher virgem ou viúva honesta a casar com ela ou a provê-la de quantia destinada a seu casamento, já que era costume a mulher levar um dote ao se casar.

Se o condenado não tiver bens para isso, Lima, L. L. G. - Cultura do Estupro, Representações de Gênero e Direito Language and Law / Linguagem e Direito, Vol. 4(2), 2017, p. 7-18 e for dalgo, será degredado para a África e, se não for nobre, além de degredado, será “açoitado com barço e pregão”.

O título XVIII condena à morte todo homem, independente do seu estado ou condição, que força qualquer mulher a dormir com ele. Porém no caso de a mulher ser escrava ou prostituta, o rei reservava a si a condenação, advertindo, ainda que “toda esta Lei entendemos em aquelas, que verdadeiramente foram forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntário”.

A questão da credulidade que se deve ou não dar às mulheres que denunciam algum abuso de natureza sexual remete a permanente desconfiança diante da mulher, concebida como “filha e herdeira de Eva, a fonte do Pecado Original e um instrumento do Diabo”, como salienta Jeremy Richards (Richards, 1993: 36).

Nos processos do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição de Lisboa, datados do século XVIII e referentes aos delitos denominados solitação, ocorridos no Brasil, essa questão também pode ser percebida. A solitação consiste no que hoje chamaríamos de assédio sexual, cometido por confessores na ocasião da concessão.

Fazem parte da estrutura do processo, além da inquirição das denunciadas, um inquérito sobre o seu comportamento e outro sobre o comportamento dos acusados. Somente homens são chamados a depor nesses inquéritos e é possível perceber, através dos registros, quais requisitos garantem o crédito das denunciadas.

Essas testemunhas são perguntadas se conheciam as mulheres, que tipo de relação mantinham com elas e se eram pessoas de bom procedimento, reputação e verdade. As respostas sempre condicionam o crédito que se deve dar à palavra das denunciadas à sua “honestidade”, cuja garantia é o fato de viverem sob o domínio de outros homens, como podemos perceber nesse exemplo: “são pessoas de crédito e boa reputação vivendo com boa opinião, uma em casa de seu irmão e outra em casa de seu pai com muita modéstia e honestidade e julga se deve dar crédito inteiro aos seus ditos.” Ou o contrário: “sabe de ciência certa que é de mau viver no seu procedimento, pois vive fora da companhia de seu marido” (Lima, 1999: 158).

Entre os argumentos alegados pelos sacerdotes para minimizar a sua culpa estão, de um lado, a “fragilidade do corpo”, que remete à sua incapacidade, como homens, de resistir à tentação feminina; e, de outro, o comportamento imoral da vítima.

Uma carta datada de 1791 e endereçada ao Comissário do Santo Ofício por um confessor que procurava justificar o delito de que era acusado, constitui um bom exemplo

de como as representações sociais de gênero se articulam para construir o que mais tarde será denominado cultura do estupro. Tendo sido agrado “atracado na moça com tão cega fúria que lhe rasgou a saia”, o sacerdote explica que a vítima era uma mulher casada, “a qual vivia com bastante lassidão dos costumes contra a castidade”.

Assim, “pela fragilidade humana” e “com alguma inadvertência”, ele havia tocado suas “partes pudendas” logo após tê-la ouvido em confissão (Lima, 1999: 159). Essa forma de pensar, em que a falta de honestidade da mulher justifica os crimes sexuais cometidos contra ela, deixou profundas marcas na legislação brasileira, como se pode observar examinando nossos códigos criminais.

O Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, pune quem demorasse mulher virgem menor de 17 anos, ou seduzisse “mulher honesta” menor de 17 anos (Art. 219 e 224) e quem tivesse “cópula carnal” por meio de violência ou ameaça com qualquer “mulher honesta” (Art. 222). Mas, se a violentada fosse prostituta, a pena seria diminuída.

O Código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932 também pune quem estuprar mulher virgem ou não, 13 Lima, L. L. G. - Cultura do Estupro, Representações de Gênero e Direito Language and Law / Linguagem e Direito, Vol. 4(2), 2017, p. 7-18 “mas honesta”, reduzindo a pena no caso da estuprada ser mulher pública ou prostituta.

Analisando o nosso primeiro código republicano Susan Caulfield observa: Assim como no código de 1830, os conceitos tradicionais sobre honra e moralidade ocuparam um lugar central no novo documento, e a defesa da honra da família ganhou ainda mais destaque. (2000: 73)

O código de 1890 trata dos crimes sexuais contra a mulher no Título VIII – Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje ao Pudor. A “violência carnal” está tipificada nos seguintes atos: atentar contra o pudor de um ou de outro sexo por meio de violência (Art. 266); deorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude (Art. 267); estuprar mulher virgem ou não, mas honesta (Art. 268).

As penas determinadas são reclusão de um a seis anos para o atentado ao pudor; de um a quatro anos para o deoramento e de um a seis anos para o estupro, sendo esta aumentada de um quarto caso o crime fosse praticado por duas ou mais pessoas. No entanto, a pena para o estupro é reduzida para seis meses a dois anos, se a vítima fosse “mulher pública ou prostituta”.

Mas, afinal, qual a diferença entre essas duas categorias? Se concebermos a prostituta como a mulher que cobra por seus serviços sexuais, o que definiria a condição da mulher pública? Não viver de acordo com o padrão de moralidade feminina da época? Ter relações sexuais fora do casamento? Viver em concubinato?

O artigo 269 define estupro como “o ato pela qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não”, esclarecendo que “por violência entende-se não só o emprego da força física, como de meios que privarem a mulher de suas faculdades físicas, e assim a possibilidade de resistir e defender-se”.

Entre esses meios são citados: o hipnotismo, o clorofórmio, o éter e os anestésicos e narcóticos. Pode-se perceber nesse artigo um indício da importância que será atribuída, durante os processos, ao fato de a vítima ter resistido ou não ao estupro, como elemento importante para determinar o grau de culpabilidade do acusado.

Afinal, a história do cristianismo está repleta de relatos sobre mulheres que resistiram até a morte diante de uma tentativa de estupro, todas elas santificadas e consideradas modelos de virtude a serem seguidos. Após a denúncia do ocorrido na Delegacia de Polícia, iniciava-se o inquérito, mediante a investigação sobre o caso.

O auto de corpo de delito constitui uma prova necessária para a caracterização do crime, bem como a idade da vítima. Uma vez recolhidas provas e depoimentos na instância policial, o inquérito era encaminhado ao Ministério Público, que oferecia denúncia junto ao juiz. Se este considerasse os indícios suficientes, o processo-crime era instaurado.

O réu era chamado a depor, bem como as testemunhas arroladas, cujos depoimentos abordam não somente o fato em si, mas também o comportamento costumeiro da ofendida, tal como acontecia nos processos inquisitoriais sobre o crime de solicitação, referidos anteriormente.

Como afirmou Foucault: o inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir.

O inquérito é uma forma de saber-poder. (2003: 79) Desde o momento da denúncia na Delegacia de Polícia, começa a ser construída uma verdade, não apenas sobre

o delito praticado, mas também sobre as partes envolvidas, e 14 Lima, L. L. G. - Cultura do Estupro, Representações de Gênero e Direito Language and Law / Linguagem e Direito, Vol. 4(2), 2017, p. 7-18 as representações sociais de gênero tem papel decisivo nessa construção.

O livre convencimentomotivado do juiz, previsto no nosso Direito, abre espaço para a influência de critérios subjetivos nos julgamentos (Mendes, 2012: 478), enquanto a aplicação particularizada das leis, característica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro (Kant de Lima, 1999: 30) permite que os mesmos delitos recebam tratamento jurídico diferente dependendo da qualidade das pessoas envolvidas.

A verdade construída juridicamente vai, assim, favorecer a denunciante ou o acusado, de acordo com os modelos de comportamento feminino e masculino, valorizados na sociedade. Modelos esses influenciados pela hierarquia estabelecida entre os gêneros em uma sociedade patriarcal e misógina.

Nesse contexto, a boa moral atribuída ou não pelo juiz à ofendida tem papel fundamental no julgamento. Se o comportamento dela fosse contra as normas da moral e dos bons costumes vigentes, o ocorrido poderia não ser considerado objeto de intervenção legal. No caso do devoramento, o fato de existirem ou não razões para a ofendida contar que haveria casamento após a cópula carnal também influencia o julgamento e a sentença penal. Se a defesa do réu fosse eficiente para provar, com ajuda de testemunhas, que o comportamento da ofendida era "desqualificado", o juiz poderia optar por uma sentença absolutória (Lima e Winter, 2016: 296).

A defesa do casamento e da família se apresenta como uma grande preocupação dos juízes. Caso o doutoramento tenha sido consumado mediante promessa de casamento, a honestidade da mulher não ficava comprometida e o culpado poderia ser absolvido se viesse a se casar com a vítima.

Por outro lado, percebe-se, durante todo o processo, uma permanente desconfiança em relação à credibilidade da narrativa da mulher, sempre vinculada à sua honra. Os tratados de Medicina Legal dedicavam grande espaço às discussões sobre a caracterização do rompimento do hímen.

Outra questão muito debatida era o grau de resistência apresentado pela vítima. Desconta-se sempre que a mulher não apresentou resistência suficiente ao seu agressor, o que significa ter consentido no ato sexual. As informações colhidas com as testemunhas



sobre seu comportamento costumeiro influem diretamente na forma como essa questão é avaliada (Lima e Winter, 2016: 297-298).

Lima e Winter (2016: 300-301), analisando processos de estupro e deoramento da Comarca de Campos dos Goytacazes, localizada no atual estado do Rio de Janeiro, datados entre 1890 e 1930, indicam que os acusados de estupro eram na maioria conhecidos das vítimas.

Nos casos de doutorado, era comum que as mulheres armassem manter relacionamento afetivo com o réu, o que costumava ser negado por eles. Homens constituíam a maioria das testemunhas e, como acontecia nos processos inquisitoriais referentes ao crime de solitação do século XVIII, atestavam ou não a honestidade das vítimas, que eram geralmente alcançadas por uma tutela masculina sobre elas.

A falta dessa tutela já implicava numa desqualificação a priori de sua acusação. Comumente a denúncia era realizada na Delegacia de Polícia por pais, tios e padrinhos, preocupados em restabelecer a honra da família. Se o domicílio fosse chamado pela mãe, a idoneidade do depoimento das vítimas era mais facilmente posta em questão.

A leitura dos autos permite perceber, ainda que não estejam explícitos, os critérios subjetivos mobilizados nos julgamentos. Nos processos fica clara a presença de dois modelos de comportamento, masculino e feminino, valorizados como padrões a serem seguidos: o homem honesto, isto é, trabalhador e com capacidade de prover uma família; e a mulher honesta, isto é, que apresenta um comportamento recatado sob alguma tutela masculina.

Nesse quadro, 15 Lima, L. L. G. - Cultura do Estupro, Representações de Gênero e Direito Language and Law / Linguagem e Direito, Vol. 4(2), 2017, p. 7-18 o fato de ter tido relações sexuais fora do casamento, ainda que tenham sido supostamente forçadas ou sob falsas promessas, já desqualifica de antemão as mulheres perante a justiça e coloca suas denúncias sob suspeita, como também acontecia com as vítimas de solitação do Brasil setecentistas.

Sobre elas paira sempre a dúvida de que estão mentindo e de que, na verdade, provocaram as agressões sexuais sofridas, com seu comportamento desonesto. Apenas em 25 de dezembro de 2003, como parte das comemorações do Dia Internacional da Não

Violência contra a Mulher, o Código Penal atual (Decreto lei 2.848, de 7.12.1940) livrou-se do termo honesta comocritério para a tipificação dos crimes sexuais contra a mulher.

Mas a retirada do termo não significou que esse critério moral tenha desaparecido das representações sociais dos operadores do Direito envolvidos nos julgamentos desses casos. A honestidade atribuída ou não à vítima continua, ainda hoje inuenciando, de forma perversa, o tratamento jurisdicional oferecido às mulheres vítimas de violência sexual.

### **3.JUSTIFICATIVA**

A violência social, contra a sociedade feminina é um assunto que gera muita polêmica com repercussão na sociedade em geral.

Este trabalho visa mostrar o ponto de vista da justiça brasileira em relação ao tema que aflige principalmente a sociedade feminina.

É preciso um amplo debate, sem paixões, um debate amadurecido, analisando o problema sobre vários aspectos sociais.

Muitas pessoas escolhem ignorar esse fato de que a cultura que controla o comportamento e sexualidade feminina submete a mulher à autoridade do homem, o que faz com que os abusossexuais sejam tolerados a partir de justificativas morais, tanto pela sociedade, quanto pelos magistrados, perpetuando a violência praticada. Além de que os grandes juristas ignoram ou fazem vista grossas sobre esses acontecimentos.

Mesmo diante da incorporação das demandas femininas pelo Legislativo através da elaboração de leis garantindo maior proteção, as mulheres continuam se deparando com a inacessibilidade ao sistema judicial. A hipótese verificada é que, apesar da garantia ao acesso de direito à justiça, as mulheres encontram o conservadorismo do Judiciário, fruto dasestruturas de poder entre os sexos, como óbice ao acesso de fato a esse sistema

Todos esses fatores citados acima nos levam ao entendimento de que muito se tem a discutir em relação a essa cultura.

### **4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Batista, N., Zaffaroni, E. R., Alagia, A. e Slokar, A. **Direito Penal brasileiro**. Primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan. 2003.

Brasil. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. 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: 13 mai. 2022.

CUNHA, Carolina. **Cultura do estupro - Você sabe de que se trata?** Novelo comunicação. UOL atualidades. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/discussao-o-brasil-vive-em-uma-cultura-do-estupro.htm?cmpid>>. Acesso em 15 mai. 2022.

Kant de Lima, R. **Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público.** Revista de Sociologia e Política V.1 nº 13, 1(13), 23–38, 1999.

LIMA, L. L. G. - **Cultura do Estupro, Representações de Gênero e Direito Language and Law / Linguagem e Direito**, Vol. 4(2), 2017. UFF.

Lima, L. L. d. G. e de Souza, S. A. **Verbete Patriarcado.** In A. M. Colling e L. A. Tedeschi, Orgs., Dicionário Crítico de Gênero. Dourados: Ed. UFGD, 2015.

Lima, L. L. d. G. e Winter, M. L. **Representações de gênero e construção da verdade jurídica nos processos de de-oramento e estupro na Comarca de Campos dos Goytacazes (1890-1930).** In A. Rodrigues, G. Monzeli e S. R. d. S. Ferreira, Orgs., A política no corpo. Gêneros e sexualidade em disputa. Vitória: EDUFES, 285–307, 2016.

Mendes, R. L. T. **Do Princípio do livre convencimento motivado:** Legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Richards, J. **Sexo, desvio e danação. As minorias na Idade Média.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1993.

**PABLO JOSÉ DO NASCIMENTO:**

Bacharelado em Direito pela  
Universidade Brasil, campus  
Fernandópolis.

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

**RESUMO:** A adoção é o ato de assumir como filho(a), por meio de um processo legal. Assim, entende-se adoção tardia um processo que se dá com crianças a partir de 2 anos, um indivíduo que já possui certa autonomia com relação ao mundo que o envolve. Existe o desejo de adotar criança ou adolescentes conforme o perfil instigado: pela etnia, gênero, preferencialmente sem doença e sem deficiência, e o principal objeto do nosso estudo, quanto a idade. Conforme o aumento da faixa etária, menor é o número de pretendentes e maior o de crianças disponíveis. Pois existem mitos e histórias fantasiosas que impedem os pretendentes de abrirem os braços aos seus lares, a crianças e adolescentes que são capazes de carregar consigo, traumas, histórias ou doutrinas de suas vidas passadas. No entanto, é possível estabelecer vínculos saudáveis com crianças de qualquer idade tendo muita paciência e dedicação.

**Palavras-chaves:** Adoção. Traumas. Tardia.

**ABSTRACT:** Adoption is the act of assuming as a child, through a legal process. Thus, a late adoption is understood, a process that takes place with children from 2 years old, an individual who already has some autonomy in relation to the world that surrounds him. There is a desire to adopt a child or teenager according to the profile: by ethnicity, gender, preferably without disease or disability, and the main object of our study, in terms of age. As the age group increases, the number of applicants decreases and the number of available children increases. For there are myths and fanciful stories that prevent suitors from opening their arms to their children, to children and adolescents who may carry with them traumas, stories or doctrines from their past lives. However, it is possible to establish healthy bonds with children of any age with a lot of patience and dedication.

**Keywords:** Adoption. Trauma. Late.

## 1. INTRODUÇÃO

O conceito de adoção é um processo legal que consiste no ato de se aceitar espontaneamente como filho de determinada pessoa, desde que respeitadas as condições jurídicas para tal.

Nesse artigo, abordaremos, dentre várias modalidades de adoção existentes, um dos problemas mais comum no Brasil: adoção tardia. Esse termo é utilizado quando a criança adotada já possui um desenvolvimento parcial em relação à interação com o mundo, em geral, após os 2 anos.

Todavia, existem vários motivos que resultam em adoção tardia. Muitas das vezes, os motivos estão nas escolhas por seus pretendentes, que não recaem tão somente sobre a etnia, gênero e saúde. Mas também, principalmente, quanto a idade, do medo de adotar crianças acima de 2 anos, pois elas são capazes de carregar consigo traumas de convívio com familiares no passado, ou então regida de uma doutrina, ensinamentos ou hábitos adquiridos nos lares do governo, ou ainda, que herdaram de suas famílias de origem.

Contudo, o intuito desse artigo é mostrar, através dos dados estatísticos, um dos maiores, se não o maior, desafio na adoção brasileira. Estudos psicológicos e sociais mostrarão que a adoção, no aspecto tardio, não passa de, muito das vezes, um simples preconceito. E a partir disso, começaremos a olhar de outra forma para esse aspecto.

## **2.0 MAIOR DESAFIO DA ADOÇÃO**

Adoção tardia é o termo utilizado para indicar a adoção de crianças que já possuem um desenvolvimento parcial em relação a sua autonomia e interação com o mundo. Não há uma idade mínima formal para designar a adoção tardia: em geral, refere-se a crianças maiores de 2 anos.

Um painel disponível pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, com atualizações constantes em todo território brasileiro, mostra qualquer categoria de estatística sobre adoção no Brasil. Estudando, analisando e colhendo alguns dados, podemos observar as seguintes situações, vejamos a tabela abaixo (SNA, 2022):

Crianças acolhidas:	29.512
Crianças disponíveis para Adoção:	4.074
Crianças em processo de Adoção:	4.777

Crianças adotadas pelo cadastro a partir de 2019:	11.110
Crianças reintegradas a partir de 2020:	25.405
Pretendentes disponíveis:	33.142
Serviço de acolhimento:	5.459

Sendo assim, atualmente, no total, mais de 4 mil abrigados estão disponíveis no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Enquanto existem cerca de 33 mil requerentes na fila de Adoção.

Pela lógica, o número de adotando deveria zerar, pois a quantidade de pretendentes é superior ao de crianças disponíveis para adoção, isso porque existe o desejo de adotar criança ou adolescentes conforme o perfil instigado: pela etnia, gênero, preferencialmente sem doença e sem deficiência, e o principal objeto do nosso estudo é a idade. Vejamos a tabela abaixo o perfil aceito pelos pretendentes:

Pretendentes disponíveis para adoção: 32.989	
Por etnia aceita:	
Qualquer:	40.8%
Branca:	24.6%
Parda:	21%
Amarela:	5.8%
Preta:	4.2%
Indígena:	3.3%
Por gênero aceita:	
Masculino	7.2%
Feminino	24.9%
Qualquer	67.9%
Doença infectocontagiosa aceita:	

Não:	92.5%
Sim:	7.5%
Por pessoa com deficiência aceita:	
Sem deficiência:	95.9%
Deficiência física:	3.2%
Deficiência intelectual:	0.3%
Por doença aceita	
Não:	63.5%
Sim:	36.5%

Agora vejamos as comparações entre os desejos dos pretendentes com as crianças disponíveis para adoção:

Crianças disponíveis para adoção: 4.069	
Por etnia	
Parda	53.9%
Branca	27.6%
Preta	16%
Indígenas	0.6%
Amarela	0.8%
Não informada	1%
Por gênero	
Masculino	53.9%
Feminino	46.1%

Doença infectocontagiosa	
Sem doença	99,2%
Com doença	0,8%
Por pessoa com deficiência	
Sem deficiência	83.7%
Deficiência Intelectual	10.3%
Deficiência física e intelectual	4.5%
Deficiência física	1.4%

Comparando as tabelas, analisamos que possui crianças suficientes para atender a demanda dos pretendentes de acordo com os requisitos aceite por eles. Isso porque, muitos pretendentes escolheram, quanto a etnia e gênero, a opção “qualquer”, abrangendo assim maior sucesso na seleção de adotandos.

Porém, um dos problemas é especificamente proporcional quanto a idade dos adotados, que fica mais difícil quando se vai envelhecendo. A preferência dos pais adotivos é por crianças de até três anos completos.

Vejamos a tabela, as crianças e adolescentes adotados nos últimos 5 anos:

Nos últimos cinco anos: 51% (5.024)	dos adotados são menores de 3 anos;
27% (690)	foram de crianças de 4 até 7 anos;
15% (1.567)	de 8 até 11 anos;
Apenas 6% (646)	desse total são adolescentes.

Vejamos a quantidade de pretendentes disponíveis em adotar, conforme a idade dos adotando:

Idade	Pretendentes disponíveis
Até 2 anos	6.072
De 2 a 4 anos	10.863



De 4 a 8 anos	14.172
De 8 a 11 anos	1.582
12 anos ou mais	328

Agora, vejamos as crianças disponíveis para adoção quanto a idade:

Faixa Etária	Crianças disponíveis
Até 2 anos	298
De 2 a 4 anos	292
De 4 a 8 anos	624
De 8 a 11 anos	841
12 anos ou mais	2.009

Ou seja, conforme o aumento da faixa etária, menor é o número de pretendentes e maior o de crianças disponíveis.

Com isso, quando o perfil de uma criança na seleção de adotando se adequada na faixa etária, o que já é difícil, nem sempre podem atender os outros requisitos como; etnia, gênero, doenças ou deficiência. Aumentando assim, a maior dificuldade de encontrar um adotando.

A pesquisa feita nos mostra o que queremos saber. A discrepância entre a oferta e demanda no Sistema Nacional de Adoção. Uma abundante preferência de adotar em alguns fatores que fazem toda a diferença, principalmente quanto à idade, e a falta de perfis que atenda aos requisitos.

Isso porque há muitos mitos e verdades que influênciam muita das vezes o pretendente de continuar com o desejo de adotar; o fato de crianças maiores de 2 anos de carregar consigo traumas e frustrações de suas vidas passadas, o que não é sempre verdade e pode ser resolvido.

### **3. QUAL O PROBLEMA DA ADOÇÃO TARDIA**

Há grandes mitos e histórias fantasiosas, no respeito ao instituto da Adoção tardia. Entre elas o fato de abrir as portas da casa, não apenas para uma criança ou adolescente carente, mas também para os traumas de convívio com familiares no passado, ou então regida de uma doutrina, ensinamentos ou hábitos adquiridos nos lares do governo, ou ainda, que herdaram de suas famílias de origem.

Para confirmar os fatos, temos o mestrado em psicologia, que em um trecho afirma:

Dentre os muitos medos e mitos que nublam a possibilidade de uma cultura da adoção favorável, estão aqueles construídos pela história e advindos da mitologia e tragédia greco-romana, bem como dos meios de comunicação social (cinema, TV, revistas, jornais, literatura, etc.) que pulverizam e polemizam situações do cotidiano, transformando a possibilidade da adoção num processo marcado por dúvidas, ansiedades, desencontros, desnecessários enfrentamentos com situações isoladamente negativas e, por fim, a construção de uma consciência, senão aversiva, temerária a adoção. (CAMARGO, 2005, p. 60)

Ressaltam-se ainda que o comportamento agressivo da criança, as dificuldades com regras e autoridade, a falta de segurança jurídica, o atraso escolar e problemas quanto à adaptação à rotina familiar, todas estão relacionadas às vivências passadas da criança.

Com isso, muitos pretendentes firmam a teoria de que jamais modificaria a personalidade definida da criança, forçando assim optando pela escolha de bebês, sendo mais fáceis de integrarem a família, se adaptando aos costumes, a educação, ensinamentos e culturas por elas adotadas.

Assim, sobre as crianças recém-nascida, afirma:

É esta a representação social da adoção que se revela presente na opção dos postulantes à adoção de crianças com idade inferior ou igual a dois anos: a de que sua estrutura (de personalidade ou de caráter) ainda pode ser corrigida caso se perceba algo de errado ou caso esta mesma estrutura não condiga com o ideal de filho desejado pelos pais. (CAMARGO, 2005, p. 138)

A criança recém-nascida, é a mais procurada pelas famílias pretendentes à adoção. Tal fato se justifica pelo saneamento das expectativas, porque representam: integralmente o acompanhamento de seu desenvolvimento físico e psicossocial que se manifestam desde os primitivos reconhecimentos das figuras parentais, das primeiras falas e até mesmo dos primeiros passos.

Todavia, isso trata de uma questão preconceituosa, pois a realidade nos mostra que nem sempre é o que imaginamos. E para isso é necessário separar o que é fato (realidade) e do que é mito (simples preconceito), como diz Mário, separar joio do trigo, vejamos:

A metáfora da tradição cristã – o joio e o trigo – está aqui sendo invocada para aludir nosso desejo de contribuir com a transformação da atual cultura da adoção. Não se trata de uma postura meramente maniqueísta, no sentido de dizer “isto é bom” ou “isto é mau”, mas sim de uma tentativa de busca e seleção de argumentos que poderão tornar criteriosa a reflexão acerca dos conteúdos representacionais advindos das famílias candidatas à adoção e das já constituídas adotivas que se materializam sob a forma de obstáculos para a realização das adoções tardias, especificamente. (CAMARGO, 2005, p.85)

Entrevistas ou depoimentos de pais adotivos que tiveram suas experiências na adoção de crianças acima de 2 anos são mais interessantes do que buscar conteúdos científicos para explicar os problemas relacionados à adoção tardia. Pois se verifica que alguns adotantes não querem adotar crianças 2 anos de idade, enquanto outros têm preconceitos mas não os admitem, tentam camuflar esse preconceito atribuindo às crianças disponíveis a adoção fatores como, por exemplo, traumas, histórias ou doutrinas de famílias passadas.

#### **4.CONCLUSÃO**

Enfim, com esse artigo, descobrimos, através de pesquisas e análises, o maior problema da adoção no Brasil: adoção tardia. Pois nem sempre está ligado à seleção de algumas escolhas dos adotantes, quanto à etnia, gênero, doenças ou deficiência, mas o fator principal, a idade. Há, assim, o número de pretendentes muito maior desejando crianças até 3 anos de idade, e sobrando adotandos conforme o aumento da idade.

Nisso, mergulhamos na psicologia do real motivo do problema da adoção tardia. Os mitos e históricas fantasiosas que são o mal do século. Contudo, estudos feitos por especialista mostram o seu posicionamento sobre as famílias que vivenciaram essas experiências, e podemos ver a realidade por trás de tudo, vejamos:

Ainda podemos perceber na fala dos nossos entrevistados a tentativa de demarcar um estado para a criança correspondente ao “antes” e

o “depois” da adoção. Sobre esta relação entre o antes e o depois da adoção é que se encontra ancorada a representação social da adoção enquanto um “bem que se faz a alguém”. Esta representação social se objetiva (torna-se concreta) a partir da discursiva demonstração de que, tanto pra os pais quanto para os filhos adotivos, os problemas anteriores à adoção foram superados (estado de saúde debilitado, sinais que remetem à constatação de que a criança está alegre e feliz, etc.), o que resulta numa realização das boas expectativas e superação dos medos. (CAMARGO, 2005, p. 153)

Assim, o ponto de vista para solução do problema, como explica Sabrina, é necessário:

Paciência, estudo, amor, dedicação, preparo e a certeza de que acontecerá um vínculo entre adotado e adotante, fará muita diferença em se tratando de criação de vínculo afetivo. Na adoção tardia exige ainda mais atenção e dedicação das partes adotantes, durante o período de adaptação. Estes ajustes são bastante evidentes, pois a criança deve se sentir amada e acolhida naquele lar, para que possa se adaptar de forma natural e seja bem-sucedida. (RIBEIRO, 2020)

Contudo, não resta a menor dúvida que a adoção tardia requer cuidados ao tratamento, pois o adotando carrega, traumas, marcas permanentes enquanto hospedados em instituições. E muitas das vezes são acolhidos por famílias despreparadas e sem especialidades, não alcançando resultados e expectativas esperados de uma família.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção tardia: representações sociais de famílias adotivas e postulantes à adoção (mitos, medos e expectativas)**. 2005. 268 p. Dissertação de Mestrado em Psicologia (Faculdade de Ciências e Letras de Assis) – Universidade Estadual Paulista, Campus de Assis, 2005.

RIBEIRO, Sabrina. **A adoção tardia no Brasil e o desafio de criação de vínculo afetivo**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83890/a-adocao-tardia-no-brasil-e-o-desafio-de-criacao-do-vinculo-afetivo> Acesso em: 31 maio 2022

SNA – SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO. **Pretendentes Disponíveis X Crianças Disponíveis para Adoção**. CNJ, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913->

[f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall](https://www.conteudojuridico.com.br/f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall) Acesso em: 28 maio 2022 às 16h30m.