

**Pedro Fauth Manhães Miranda**  
(Organizador)



○ **DIREITO**  
nas **INTERSEÇÕES**  
entre o **FÁTICO**  
e o **NORMATIVO**

Vol. V



**AYA EDITORA**  
2024

**Pedro Fauth Manhães Miranda**  
(Organizador)

# **O Direito nas interseções entre o fático e o normativo**

## **Vol. 5**

**Ponta Grossa**  
**2024**

---

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Organizador**

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

## **Capa**

AYA Editora©

## **Revisão**

Os Autores

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora©

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

---

## **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

---

**Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho**

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

**Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues**

*Universidade Norte do Paraná*

**Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa**

*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

**Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes**

*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

**Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch**

*Faculdade Sagrada Família*

**Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda**

*Universidade Estadual de Ponta Grossa*

**Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes**

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas*

**Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani**

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

**Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira**

*Instituto Federal do Acre*

**Prof.ª Dr.ª Rosângela de França Bail**

*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

**Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens**

*Faculdade Sagrada Família*

**Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares**

*Universidade Federal do Piauí*

**Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros  
Rodrigues**

*Faculdade Sagrada Família*

**Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia**

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira  
Miranda Santos**

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

**Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues**

*Instituto Federal de Santa Catarina*

---

© 2024 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva dos autores. Os autores detêm total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente aos autores.

---

D59896 O Direito nas interseções entre o fático e o normativo [recurso eletrônico]. Pedro Fauth Manhães Miranda (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2024. 315 p.

v.5

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-500-6

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310

1. Direito. 2. Câmaras legislativas - Brasil - Privilégios e imunidades. 3. Direito penal – Brasil. 4. Insignificância (Direito) – Brasil. 5. Crimes contra a administração pública – Brasil. 6. Fraude. 7. Usinas hidrelétricas - Cuiabá, Rio (MT) - Projetos e construção . 8. Direito antitruste – Brasil. 9. Direito à moradia – Brasil . 10. Animais - Proteção -Legislação – Brasil. 11. Direitos dos animais – Brasil. 12. Crime de ódio - Legislação - Brasil. 13. Homofobia - Legislação – Brasil. 14. Homossexuais - Crimes contra - Brasil - Prevenção 15. Sexo e direito Direitos dos homossexuais. 16. Tráfico humano. 17. Tráfico humano – Brasil. 18. Crime internacional. I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. II. Título

CDD: 340.07

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

---

## **International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA**

### **AYA Editora©**

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

# SUMÁRIO

Apresentação..... 12

## 01

**Imunidade parlamentar: uma análise da ação penal nº 1.044 do Supremo Tribunal Federal e os limites da imunidade parlamentar ..... 13**

Israel Gino de Medeiros  
Arthur Braga de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.1

## 02

**A construção de hidrelétricas no rio Cuiabá à luz do princípio constitucional da proteção ambiental e o controle externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso ..... 30**

Carlos Alexandre Pereira  
Vitor Gonçalves Pinho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.2

## 03

**Hermenêutica, texto legal e segurança jurídica: a polêmica tríade da regularidade fiscal nas licitações brasileiras ..... 40**

Joir Monteiro Neves

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.3

# 04

**Influências da filosofia da linguagem no juspositivismo–  
e os desafios deixados para a prática judicial ..... 64**

Ana Marcia Simoes Etienne Arreguy

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.4

# 05

**A privacidade dos dados frente a inovação da Lei Geral  
de Proteção de Dados Pessoais: os novos desafios e  
soluções propostas no meio digital ..... 78**

Cliciano Vieira da Silva

Janildes de Moura Lino

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.5

# 06

**Direito dos animais: proteção legislativa dos animais no  
ordenamento jurídico brasileiro ..... 95**

Cliciano Vieira da Silva

Janildes de Moura Lino

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.6

# 07

**Criminalização da homofobia: perspectivas teóricas da  
evolução legislativa ..... 112**

Cliciano Vieira da Silva

Janildes de Moura Lino

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.7

# 08

**Os Direitos da Natureza: uma revolução jurídica e socioecológica ..... 128**

Reinaldo Dias

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.8

# 09

**A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública ..... 138**

Reydnée Lima de Souza

Arthur Braga de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.9

# 10

**Estudo do estelionato religioso no direito brasileiro.... 157**

Isaura Antônia Torres de Souza

Arthur Braga de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.10

# 11

**A graça concedida pelo presidente da república .... 176**

Fátima Beatriz de Barros Cassaro

Arthur Braga de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.11



# 12

**A criminalização da pobreza por meio do tráfico de drogas ilícitas no Brasil ..... 194**

Mariana Santos de Oliveira  
Gabriela Valadares Motta da Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.12

# 13

**A teoria do etiquetamento social nas sentenças do crime de tráfico de drogas no Brasil ..... 201**

Mariana Santos de Oliveira  
Gabriela Valadares Motta da Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.13

# 14

**Ineficácia da pena restritiva de liberdade ..... 209**

Cliciano Vieira da Silva  
Janildes de Moura Lino

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.14

# 15

**A (in)eficácia legislativa brasileira diante do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual ..... 221**

Jhonathan César Alves Figueiredo  
Lara Gonçalves Rabelo  
Alícia Cária da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.15

# 16

**Perfil das pessoas privadas de liberdade que cometeram crimes contra a vida e o patrimônio ..... 231**

Lucineide Clemente Amâncio

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.16

# 17

**Ensaio jurídico sobre a viabilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas em sede dos juizados especiais cíveis ..... 243**

Pâmela Cristina de Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.17

# 18

**O *Gun Jumping* em operações de combinação de negócios submetidas ao controle prévio de estruturas das autoridades concorrenciais ..... 256**

João Marcelo Novaes Risi  
Pedro Alves Lavacchini Ramunno  
Renan Pereira Dias

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.18

# 19

**O estado de exceção e o direito à moradia: reflexões sobre a população em situação de rua ..... 267**

Gabriela Oliveira Freitas  
Selma Ferreira da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.19

# 20

**A garantia da ampla defesa como Direito Humano .. 278**

Josenira Ilze da Silva Nascimento

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.20

# 21

**O sistema interamericano e a ADPF 320: uma proposta de efetivação do direito internacional dos direitos humanos no Brasil a partir da (re)leitura da ADPF 153.....**

..... 291

Célia Dias Rodrigues de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.21

# 22

**Direito processual civil e o recurso especial nº 1.286.273 – SP: uma (re)leitura do instituto da prova a partir de um acórdão do superior tribunal de justiça ..... 297**

Célia Dias Rodrigues de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.310.22

**Organizador..... 309**

**Índice Remissivo..... 310**

---

# Apresentação

---

Este volume da série **“O Direito nas interseções entre o fático e o normativo”** traz uma ampla variedade de estudos sobre como o Direito, em sua normatividade, interage com as realidades sociais, econômicas e ambientais. Com contribuições de especialistas em cada tema, este livro explora áreas essenciais para o entendimento e a aplicação do Direito.

Os capítulos ora apresentados cobrem tópicos variados, desde a imunidade parlamentar até a proteção dos direitos da natureza, passando por debates sobre privacidade de dados e a eficácia das leis em contextos específicos. Sem esgotar as temáticas abordadas no presente volume, também evidenciamos os direitos dos animais e a criminalização da homofobia, além da interação entre práticas judiciais e questões sociais como a pobreza e os direitos humanos.

Neste sentido, este volume é uma relevante ferramenta para estudantes, acadêmicos e profissionais do Direito que buscam uma visão atualizada e reflexiva sobre como as normas jurídicas se adaptam e respondem aos desafios da sociedade contemporânea. Agradecemos aos autores por suas contribuições valiosas e esperamos que esta obra inspire discussões produtivas e promova uma prática jurídica inovadora.

Que o presente livro sirva como um convite à reflexão sobre o papel do Direito em um mundo em constante mudança. E que os debates e as análises contidos nesses capítulos enriqueçam o conhecimento jurídico e contribuam para uma aplicação mais eficaz e justa do Direito.

Boa Leitura!

# Imunidade parlamentar: uma análise da ação penal nº 1.044 do Supremo Tribunal Federal e os limites da imunidade parlamentar

## *Parliamentary immunity: an analysis of criminal case nº 1.044 of the Supreme Federal Court and the limits of parliamentary immunity*

**Israel Gino de Medeiros**

*Discente do 9º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Graduado em Sistemas de Informação pela Universidade Federal do Acre – UFAC. Servidor Público do Estado do Acre*

**Arthur Braga de Souza**

*Docente Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Coordenador-Adjunto e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte*

### RESUMO

A Carta Magna delinea preceitos que instituem imunidades e restrições parlamentares, objetivando garantir que as prerrogativas funcionais proporcionem autonomia e liberdade individual aos membros do Parlamento Brasileiro, no amplo desempenho de sua missão constitucional. Neste estudo, propõe-se um desafio reflexivo acerca do instituto da imunidade parlamentar e suas fronteiras no contexto do Direito Constitucional Brasileiro, desdobrando-se na distinção entre imunidade material e formal, direcionando o enfoque ao caso específico do ex-deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ) durante sua condenação judicial. No decorrer desta pesquisa, será possível identificar que tais imunidades representam um campo fértil e controverso, pela capacidade em obstaculizar o desenvolvimento comum de processos contra membros do Poder Legislativo, que por vezes são classificados como impunidade. Assim, esta abordagem visa suscitar indagações jurídicas relevantes sobre o tema, buscando promover a compreensão quanto ao entendimento jurisprudencial aplicada, no que tange às prerrogativas conferidas aos parlamentares brasileiros



por meio da imunidade parlamentar e seus limites.

**Palavras-chave:** imunidade parlamentar; liberdade; limites.

## ABSTRACT

The Magna Carta outlines principles that establish parliamentary immunities and restrictions, aiming to ensure that functional prerogatives provide autonomy and individual freedom to members of the Brazilian Parliament in the broad performance of their constitutional mission. In this study, a reflective challenge is proposed regarding the institution of parliamentary immunity and its boundaries in the context of Brazilian Constitutional Law, unfolding into the distinction between material and formal immunity, focusing on the specific case of former federal deputy Daniel Silveira (PSL-RJ) during his judicial condemnation. Throughout this research, it will be possible to identify that such immunities represent a fertile and controversial field, with the ability to obstruct the common development of proceedings against members of the Legislative branch, which are sometimes labeled as impunity. Thus, this approach aims to raise relevant legal questions on the topic, seeking to promote understanding of the applied jurisprudential interpretation regarding the prerogatives granted to Brazilian parliamentarians through parliamentary immunity and its limits.

**Keywords:** Parliamentary immunity; freedom; limits.

## INTRODUÇÃO

Precipuamente, vale lembrar que, com o surgimento da pandemia causada pela covid-19, houve a necessidade impositiva quanto ao estabelecimento de distanciamento social, na qual as relações interpessoais foram delimitadas ao máximo, e de forma geral, ficando restrita ao ambiente familiar.

Nesse contexto, houve uma corrida à rede mundial de computadores, para suprir a necessidade do ser humano em se relacionar, falar e ser ouvido. Diante disso, as redes sociais cresceram de forma jamais vista, proporcionando ao indivíduo um local para ver e ser visto.

De igual modo, os serviços públicos se tornaram digitais, e a maior parte dos atendimentos públicos passaram a ser em ambientes virtuais pela rede mundial de computadores. Não obstante, os parlamentares vislumbraram em meio a essa crescente escalada do uso da internet, uma janela de oportunidades, na qual poderiam ampliar o alcance político, quebrando as barreiras geográficas, estabelecendo um novo conceito de palanque político e até mesmo um local onde pudessem difundir as ações realizadas como forma de prestação de contas. Embora utilizado como uma oportunidade para ampliar seu eleitorado divulgando ações e propostas, é notória a crescente difusão de contrainformações, conhecidas popularmente como *fake news*, além de discussões ideológicas gerando conflitos sociais.

Concomitantemente, nota-se um novo paradigma na sociedade contemporânea,

na qual o ambiente virtual, tornou-se o novo e moderno *locus delicti commissi*: (lugar onde o crime é cometido), conforme previsto no art. 6º do código penal (ANO), *in verbis*: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado” (Brasil, 1990).

Nesse diapasão, tem-se a relevância acadêmica desta pesquisa, por ser atual em virtude da grande movimentação jurídica e política em torno do caso em tela. Diante de tal situação político-jurídica, poder-se-ão suscitar algumas indagações, como, por exemplo: O Deputado Daniel Silveira (PSL-RJ) agiu nos limites da imunidade parlamentar? Houve abuso do direito de liberdade de expressão? A prisão decretada fora excessiva? Portanto, são alguns dos possíveis questionamentos pertinentes para o mundo jurídico e acadêmico alvos desta pesquisa, além da possibilidade de suscitar novos posicionamentos e indagações para trabalhos futuros.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, são direitos descendentes dos direitos naturais e desenvolvimento dos direitos propalados na declaração universal dos direitos humanos na ONU de 1948, constantes na constituição de um estado. Salieta-se que os direitos humanos objetivam vigorar em âmbito global, enquanto os direitos fundamentais encontram-se arrolados na constituição de um país, que buscam proteger aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Portanto, é plausível que tais direitos decorrem de uma mescla de direitos humanos e direitos individuais, remetendo ao sentimento nato dos primórdios da civilização humana (*ius naturale*), de onde decorrem naturalmente direitos inerentes à cada pessoa enquanto ser vivo racional e coletivo, além disso, tais prerrogativas inerentes a essa condição de pessoa dotada de direitos e deveres decorre da própria evolução do ser humano, não necessariamente a partir da positivação, contudo sendo importante que ocorra isso para propiciar o convívio em sociedade.

Conforme Bastos, *et al.* (2014) a concepção como direitos fundamentais foi trazida pelo estado moderno, pelo ressurgimento do positivismo jurídico, a partir da segunda metade do século XVIII, nesse contexto histórico, então, surgiram as primeiras declarações de direitos humanos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789.

Segundo Linhares, *et al.* (2016, p. 297) os direitos fundamentais do homem foram inicialmente concebidos como direitos da liberdade, diziam respeito aos direitos civis oponíveis ao Estado, alcançando depois os direitos políticos do indivíduo.

Sabe-se que a carta magna ou constituição de um país é a própria expressão de liberdade de seu povo; aqui no Brasil, temos esta norma suprema, materializada por meio do constituinte originário de 1988. Dentre diversos direitos, garantias e deveres, destaca-se o inciso IV do art. 5º, o qual garante a manifestação de ideias, pensamentos ou demais concepções, a cada brasileiro, de forma livre, desde que, tal exposição material, particular ou pública, não seja anônima. De maneira que ao ampliar esse entendimento, vale pontuar

que tal direito não seja utilizado de forma criminosa ou como pano de fundo para, de alguma forma, invadir direito ou ofender honra de terceiro.

“A constituição cidadã, [...], tornou-se o principal símbolo do processo de redemocratização nacional. Após 21 anos de regime militar, a sociedade brasileira recebia uma constituição que assegurava a liberdade de pensamento”. (Site da câmara dos deputados, 2018).

Em relação aos direitos fundamentais, segundo Farias (1996, p. 67) quanto mais um estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire, [...], ao revés, será considerado menos democrático e legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.

Dessa forma observa-se a atenção dada pelo constituinte, que em um momento histórico, logo após o término da ditadura militar, preocupou-se em resguardar tal princípio, para que, o povo não fosse novamente subjugado por um grupo, quer seja militar, quer seja por um grupo de partido político ou até por força abusiva do judiciário, ou seja, tem-se aqui uma declaração constitucional anticensura.

Indubitavelmente, a garantia desses direitos é indiscutível para resguardar a dignidade da pessoa humana. Não obstante, é dever de todos zelar, efetivamente, pela proteção dos direitos fundamentais, que passou por diversas conquistas, evoluindo ao longo dos anos, garantindo às pessoas de hoje, gozar dignamente desses direitos.

O desenvolvimento de tais direitos ao longo da história é confirmada por Bonavides ao falar que:

Esses direitos passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, acarretando sua remissão à chamada esfera programática, mas que a despeito de uma crise de observância e execução, a aplicabilidade imediata desses direitos teria sido conferida pela Constituição de 1988 (Bonavides, 2015, p. 578).

## Dimensões dos direitos fundamentais

Como já visto, os direitos fundamentais são os direitos humanos postulados no ordenamento jurídico pátrio, corroborando a isso temos o posicionamento de Bastos, *et al.* (2014) que complementa dizendo que são ainda uma forma de orientação e limitação do poder:

O Direito Natural (com a roupagem nova de Direitos do Homem), e sua ideia de que existem postulados supra positivos que orientam e limitam o poder do Estado, foi o veículo que possibilitou o desenvolvimento e a legitimação da teoria revolucionária, e que hoje se desenvolveu até o ponto de pretender limitar não apenas o poder do Estado, mas as mais diversas formas de manifestação de poder (social, cultural, econômico) presentes nas sociedades.

Os direitos fundamentais nem sempre foram como está posto hoje, de sorte que sofreram evolução no decurso de tempo, e para compreender melhor foram classificados em dimensões, pois a cada novo incremento de concepção de direitos fundamentais, a nova dimensão não anulava os direitos inseridos na dimensão anterior, pelo contrário, acontecia uma ampliação.



Os direitos humanos de 1ª dimensão para Lenza (2023, p. 558) marcam a transição de um estado autoritário para um estado de direito, o respeito às liberdades individuais, numa concepção de ausência estatal. Portanto, esses direitos referem-se aos direitos políticos e liberdades públicas, exprimindo o valor liberdade.

Os direitos classificados como de 2ª dimensão, ocorreu a partir da Revolução Industrial, no qual se desenvolveram os direitos sociais, conforme Filho (2015, p. 44) com o intervencionismo estatal típico do Estado-providência, veio suscitar a declaração, como fundamental, de novos direitos. Visam assegurar a todos uma vida digna e a igualdade de oportunidades. São os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, ao lazer, etc.

Os direitos humanos de 3ª dimensão surgem após a percepção da necessidade de preservação do planeta no qual o indivíduo está inserido, assim, são direitos transindividuais, que de acordo com Filho (2022, p. 256) seriam direitos de solidariedade, na medida em que têm em mira, mais que os indivíduos, a própria comunidade humana. Por isso seriam direitos difusos compartilhados por todos em favor de todos, sendo o mais reconhecido o direito ao meio ambiente.

Embora a existência de direitos de 4ª dimensão não seja unanimidade, ela é definida por Bonavides, (2017, p. 586) como sendo, o resultado da globalização envolvendo os direitos fundamentais, provocando a universalização no plano institucional, estabelecendo a institucionalização do Estado social. Nesse contexto, os direitos incluídos seriam: direitos à democracia (direta), ao pluralismo e à informação.

Existe ainda, embora também não consolidada, reflexão acerca da 5ª dimensão dos direitos humanos. Tal dimensão merece destaque, uma vez que, de acordo com Bonavides (2017, p. 598) seu âmago seria a paz como condicionante para a democracia e o desenvolvimento social; sendo, portanto, pressuposto para a efetividade dos direitos fundamentais.

Em virtude disso, é importante salientar que os direitos humanos/fundamentais evoluem à medida que a sociedade evolui, conforme diz Barbosa a seguir:

Logo, na concepção histórica dos direitos humanos, quando surgiram os direitos de segunda geração, sequer podiam ser imaginados os de terceira geração, *verbi gratia*, porque os direitos do homem surgem conforme as exigências do período histórico-filosófico em que se vive, dadas pelas suas necessidades social (Barbosa, 2014, p. 170).

## **Liberdade de expressão e pensamento**

A Constituição assegura a livre manifestação do pensamento, todavia veda-se o anonimato (art. 5º, IV), e assegura também a independência da liberdade de expressão, de autorização ou censura (art. 5º, IX). Desse modo, além do aspecto individual, a liberdade de expressão apresenta uma dimensão coletiva protegida pela constituição, a saber: os meios de comunicação social e a imprensa de forma ampla, visando impedir a monopolização do setor (art. 220).

Temos, portanto, uma definição ampla do que seja a liberdade de expressão nos incisos IV, V, IX e XIV do artigo 5º da Constituição, que demonstra a manifestação do pensamento livre, desde que essa manifestação não seja feita sob anonimato.

Segundo Castilho (2021, p. 7) tais incisos são uma espécie de declaração contra a censura, complementa dizendo que a compensação a eventuais excessos é assegurada no direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Corroborando a isso, temos o posicionamento de Bentivegna (2019, p. 83) em que pese de enorme amplitude, a liberdade de expressão encontra anteparo no mesmo dispositivo constitucional que é na vedação do anonimato, na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Tal afirmação está posta no art. 5, IV, V e X, CF.

Vale frisar que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada numa época que inexistia internet, tampouco redes sociais, logo, há de se convir que a liberdade conferida pelo constituinte originário fora a de garantir a liberdade de expressão para a informação transmitida por todos os meios de comunicação tradicionais existentes (rádio, jornal escrito, televisão).

Segundo Bentivegna (2019, p. 93) com o advento da internet houve incremento no exercício da liberdade de expressão e que tal facilitação propiciou conflitos entre tal exercício e a preservação dos direitos como a honra, imagem e a privacidade.

Para Barcellos (2023, p. 191) os meios de comunicação dos quais a constituição cogita: veículos impressos, rádio e televisão (via radiodifusão ou outras tecnologias) são apenas algumas das possibilidades hoje existentes; afirma ainda, ao dizer que o desenvolvimento da vida digital e de suas ferramentas aproximou os fenômenos da dimensão coletiva e individual da liberdade de expressão.

Depreende-se, portanto, que o conceito foi ampliado de modo a alcançar as redes sociais e demais formas de comunicação que utilizam a internet para divulgar informações.

De acordo com Tavares (2023, p. 193) a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual.

Conforme Moraes (2021, p. 156) a liberdade de expressão não traduz concessão do Estado, representa direito fundamental dos cidadãos, é condição inerente e indispensável à caracterização e à preservação de sociedades livres, organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático.

Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados: liberdade de manifestação de pensamento; comunicação; informação; acesso à informação; opinião; imprensa, mídia, divulgação e radiodifusão. (Tavares 2023, p. 193)

Por fim, para Lenza (2023b, p. 55) os valores constitucionalizados poderão entrar em choque, seja de modo específico (a liberdade de informação e de expressão e a intimidade, honra e vida privada), seja de modo geral, no que, diz respeito “ao próprio papel da Constituição”.

Não obstante o dever de salvaguardar o direito à liberdade de expressão, é imprescindível haver o contraponto, conforme analisa Filho (2022, p. 262):

A manifestação mais comum do pensamento é a palavra falada, pela qual alguém se dirige à pessoa ou pessoas presentes para expor o que pensa. Essa liberdade é consagrada pelo art. 5º, IV e V. Na verdade, é ela uma das principais de todas as liberdades humanas, por ser a palavra uma das características fundamentais do homem, o meio pelo qual este transmite e recebe as lições da civilização. A liberdade de palavra, todavia, não exclui a responsabilidade pelos abusos sob sua capa cometidos.

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARLAMENTAR

É importante frisar que a liberdade de expressão, em sentido lato, é uma garantia genérica dada pela Carta Magna que se destina à toda população, contribuindo para o desenvolvimento e estabilidade do estado democrático de direito.

Nesse prisma, destaca-se a visão de Alexandre de Moraes (2021, p. 132):

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

A Constituição Federal, via emenda constitucional n.º 35 de 2001, trouxe uma nova redação ao art. 53, cingindo os parlamentares com uma liberdade de expressão com maior amplitude, no que diz respeito à sua inviolabilidade civil e penal por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

É importante ressaltar que, o constituinte originário (texto original) e o congresso nacional (emenda constitucional n.º 35/2001) foram felizes ao outorgar e manter essa couraça aos parlamentares, visto que a principal ferramenta de trabalho, por assim dizer, do congressista para exercício de seu mister, é propriamente o ato de falar.

Conforme significado contido no Dicionário Aurélio, a palavra: “Parla: S.f. conversa, falatório e “parlar” sendo sincopada de parolar que significa falar muito. Portanto, evidencia-se a importância de tal anteparo jurídico, como salvaguarda para aqueles que necessitam se expressar verbalmente de maneira contínua para o bom exercício da função para a qual foram eleitos.

Desse modo, afirma Filho (2022, p. 156) a necessidade de se assegurar ampla liberdade de ação ao parlamentar para o exercício do mandato, inspira-lhe a outorga de certas prerrogativas, decorrentes não de seu interesse pessoal, mas do interesse público no bom exercício do mandato.

### Imunidade parlamentar

As garantias de imunidade parlamentar, surgiram com a *Bill of Rights* de 1688 (declaração de direitos), conforme visto a seguir:

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento (Moraes, 2023, p. 530).

Aos parlamentares, desde a diplomação, são outorgadas, dentre outras prerrogativas, à prevista no art. 53, CF. A imunidade tratada nesse artigo objetiva garantir ao parlamentar, em razão de sua condição política, liberdade e independência para cumprir com o mister do cargo eletivo ao qual fora empossado. Não se trata aqui de um salvo-conduto para deleite próprio, mas em proveito do interesse da coletividade, sendo, portanto, uma liberdade de expressão com viés funcional.

Desse modo, verifica-se que, “Tais garantias e imunidades, não devem ser vistas como regalias ou privilégios, uma vez que se referem à instituição “Poder Legislativo” e, não, à pessoa, somente são aplicáveis para se proteger a função parlamentar”. (Canotilho *et al.*, 2018, p. 1150). Não obstante, vale destacar a seguinte análise:

A imunidade parlamentar não é absoluta, assim como nenhum direito fundamental é absoluto. Em nosso entender, portanto, em situações excepcionalíssimas, determinadas opiniões, palavras e votos proferidos podem até caracterizar a prática de crime, já que o direito brasileiro não tolera o denominado *hate speech* (Lenza, 2023, p. 271).

Nesse sentido, consta expresso no texto constitucional, em seu art. 55, II, § 1º, CF, a possibilidade do congressista perder seu mandato em razão de comportamento e ações incompatíveis com o decoro parlamentar, sendo incompatível, dentre outros, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional. Verifica-se que a própria Constituição Federal já impõe limites às prerrogativas por ela concedida, o que leva a entender que devem ser utilizadas e aplicadas à pessoa quando esta estiver atuando em razão do cargo.

Segundo Tavares (2023, p. 416), a inviolabilidade alcança projeção nas redes sociais, assim o STF reconheceu a imunidade de Deputada por manifestação na rede social *Twitter*. (Pet 5875/DF, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, j. 17-6-2016, DJe de 21-6-2016).

Desse modo, é importante analisar o pensamento de Moraes que expõe o posicionamento do STF acerca da questão:

A liberdade de manifestação do pensamento traduz prerrogativa político-jurídica que representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade, por que razão, inclusive a autoridade judiciária, pode prescrever (ou impor), segundo suas próprias convicções, o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. – O exercício regular do direito de crítica, que configura direta emanção da liberdade constitucional de manifestação do pensamento, ainda que exteriorizado em entrevista jornalística, não importando o conteúdo ácido das opiniões nela externadas, não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão, qualificando-se, ao contrário, como verdadeira excludente anímica, que atua, em tal contexto, como fator de descaracterização do intuito doloso de ofender. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol)” (STF – 1ª T. – Ag. Reg no AI 675276/RJ – Rel. Min. Celso de Mello; Moraes, 2021, p. 156).

Em razão disso, as litigâncias internacionais submetidas à Comissão Interamericana, apresentaram alguns avanços, corroborando para edição da emenda constitucional n.º 35/2001 que restringiu o alcance da imunidade parlamentar (Piovesan, 2022, p. 146).

De acordo com Luz (2022, p. 226) existem duas espécies da imunidade parlamentar que são: imunidade material: assegura aos parlamentares inviolabilidade civil e penal decorrente de opiniões, palavras e votos; e, imunidade formal: refere-se à garantia de não serem presos, salvo em flagrante de crime inafiançável.

Nesse sentido, Canotilho *et al.* (2018, p. 1150), afirma que: “as imunidades materiais e formais apenas alcançam os parlamentares quando estes estejam exercendo o mandato legislativo (prática *in officio*) ou quando atuarem em razão do mandato (prática *propter officium*).”

## Imunidade material

De acordo com Tavares (2023, p. 416) a inviolabilidade é denominada imunidade material que exclui o crime. A norma constitucional aqui, portanto, afasta a incidência da norma penal incriminadora da conduta dos congressistas.

Define Luz e Souza (2015, p. 451) que a imunidade material assegura aos parlamentares a inviolabilidade civil e penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Nesse contexto, o STF entende que: “imunidade parlamentar em sentido material protege o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa (Moraes, 2023, p. 522)”

Conforme Tavares (2023, p. 416) a imunidade parlamentar material é de duas ordens: civil e penal. Impede-se, pois, qualquer ação indenizatória ou de criminalização quando baseada exclusivamente em opiniões, palavras ou votos proferidos pelo parlamentar federal.

É importante trazer à baila o entendimento do eminente Ministro Celso de Mello, *ipsis litteris*:

O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. [...]. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. [...] A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressional. São passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática seja imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito, parlamentar ou extraparlamentar, dessa atuação, desde que exercida *ratione muneris*. (Inq 510, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-2-1991, Plenário, DJ de 19-4-1991).

Para Tavares (2023, p. 416): aplica-se esse instituto ainda que as opiniões, palavras ou votos sejam manifestados fora das funções ligadas aos deveres parlamentares, representando ampliação à Carta anterior, com objetivo de garantir a independência.

No mesmo sentido, Moraes (2023, p. 522) diz que a imunidade parlamentar material só protege o congressista no exercício do ofício congressional, inclusive se praticados na rede social, nesse contexto essa tutela jurídico-constitucional aplica-se ao ato quando mantiver relação ao exercício do mandato legislativo.

## Imunidade formal

De acordo com Moraes (2023, p. 525), a redação original do art. 53 da Constituição Federal de 1988 consagrou a dupla imunidade formal, uma em relação à possibilidade de prisão, outra em relação à instauração do processo.

A imunidade formal, de acordo com Tavares (2023, p. 417) relaciona-se com imunidade processual, ou seja, não há exclusão do ilícito. Trata-se da imunidade propriamente dita, concernente à regulamentação da prisão, e do processo em curso contra congressista.

Conforme Padilha (2019, p. 463) tal imunidade é aplicável somente ao processo penal, como deflui dos §§ 2.º e 3.º do art. 53. São prerrogativas inerentes ao cargo parlamentar que dizem respeito à prisão, processo e foro por prerrogativa de função.

De acordo com Moraes (2023, p. 538), em regra, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal ou processual, seja provisória, seja definitiva ou ainda, prisão de natureza civil.

Define Luz e Souza (2015, p. 451) que a imunidade formal é referente ao fato de os membros do Congresso Nacional não poderem ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, a partir da expedição do diploma. É, portanto, uma garantia ao congressista em não sofrer pena restritiva de liberdade.

Todavia, a CF, no § 2º do art. 53, traz a exceção à regra, ocorrendo a possibilidade de prisão de um membro do congresso nacional, nos casos de crimes inafiançáveis, devendo, contudo, ser resolvida a questão por sua respectiva casa dentro de 24h, nesse sentido, para Moraes (2023, p. 528) a imunidade processual parlamentar refere-se, à possibilidade da Casa Legislativa sustar, antes da decisão final do Poder Judiciário, o andamento da ação penal contra parlamentar por crimes praticados após a diplomação.

## ANÁLISE DA AÇÃO PENAL Nº 1.044 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

Preliminarmente vale destacar que um dos motivos que podem ter concorrido para as atitudes do deputado Daniel Silveira, originou-se com a instauração de ofício do INQ/STF n.º 4781 (inquérito das *Fake News*) que teve como base normativa legal para justificar a medida judicial adotada, o art. 43 do Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, que possui o seguinte teor:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente (RISTF do STF).

Utilizando-se do artigo supramencionado, o STF exarou entendimento no sentido de que mesmo quando a prática de infração à lei penal ocorra na rede mundial de computadores, é como se houvesse sido praticado nas dependências físicas do STF, portanto, aplica-se o regimento interno do STF. Desse modo, verifica-se uma ampliação territorial da hermenêutica jurídica aplicada ao RISTF.

Conforme consta no portal oficial do STF, o presidente da república, Jair Bolsonaro, ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 877 em razão da aplicação do art. 43 do RISTF no inquérito/STF n.º 4781, pedindo a suspensão da norma do RISTF e, no mérito, a sua não recepção pela Constituição Federal (STF, 2021).

Todavia, o Ministro Alexandre de Moraes, conforme consta em site oficial do STF, disse: “o RISTF, na parte relativa à matéria processual, foi formalmente recepcionado pela Constituição Federal e tem status de lei ordinária”. (STF, 2020).

Contrariamente, o Ministro Marco Aurélio, embora tenha sido voto vencido, disse que esse artigo não foi recepcionado pela constituição, que se fosse, seria próprio ao sistema inquisitivo, não podendo a vítima instaurar inquérito, sendo inquérito natimorto, (Aurélio, 2020).

Dessa forma, há que analisar a ocorrência de grande desconforto entre os poderes executivo e judiciário, motivo que pode ter fomentado ainda mais atitudes hostis por parte da base governista no congresso, durante o governo Bolsonaro, em relação ao poder judiciário.

## Do afastamento da imunidade parlamentar

De acordo com Barcellos, (2023, p. 353) recentemente, além do nexo de vinculação do discurso com o desempenho das funções parlamentares, sem o qual a imunidade pode ser afastada, o STF tem avançado para realizar um controle do conteúdo da manifestação dos parlamentares.

Portanto, verifica-se que o STF, símbolo maior do Poder Judiciário brasileiro, pacificou o entendimento acerca da ampliação de interpretação de seu próprio regimento, embora o texto regimental seja claro ao dizer: “Ocorrendo infração à lei penal **na sede ou dependência do Tribunal**” (grifo nosso), o STF, ampliou suas fronteiras estruturais do tribunal para a internet. Tal atitude cria um ambiente jurídico temerário, pois a Suprema Corte do Brasil afirma que as dependências de seu tribunal, para essa finalidade específica, englobam praticamente todo o globo terrestre, logo, indiretamente ampliando o território nacional.

Todavia, há que se pontuar que não foi consignado aplicação equânime da hermenêutica jurídica, para estabelecer entendimento análogo em relação ao texto constitucional acerca do preceito estabelecido no art. 53, da CF, para alargar, geograficamente, o espaço físico/estrutural do Congresso Nacional, a fim de conferir imunidade parlamentar, aos congressistas, em atos que sejam realizados para além das paredes da casa legislativa. Pelo contrário, restringiu-se a imunidade para os atos praticados dentro do Congresso Nacional e fora, desde que mantenham nexo de vinculação com as funções legislativas.

Não obstante, é salutar analisar que o uso das redes sociais pelos parlamentares se tornou algo comum, assimilando-se a um palanque ou escritório político, ampliando, portanto, as barreiras físicas da casa legislativa, onde falam acerca dos mais variados assuntos e até prestam conta do trabalho semanal realizado, como meio de aproximação com seu eleitorado e com a população de modo geral.

Embora, a atitude do deputado Daniel Silveira (PSL-RJ), em proferir ofensas e acusações inadequadas aos Ministros de STF, seja reprovável, há que sopesar se essa conduta se originou em razão do acúmulo de dissabores oriundos da sua condição de deputado, estando inserido politicamente em um dos poderes da república. Desse modo, caso fosse possível estabelecer esse nexos, poderia então, numa análise mais profunda, estabelecer o exercício *ratione muneris* e a vinculação ao mandato de forma imprópria, tornando possível o alcance da imunidade parlamentar.

Sendo assim, de acordo com Tavares (2023, p. 416) “se aplica o privilégio ainda que as opiniões, palavras ou votos sejam manifestados fora das funções ligadas aos deveres parlamentares. Isso representa uma ampliação quanto à Carta anterior, e tem como objetivo garantir a independência”.

Destarte, o então Ministro Celso de Mello, na relatoria do agravo regimental no inquérito n.º 2.874, assevera como projeção do exercício das atividades parlamentares, mesmo quando fora limites físicos do parlamento, vejamos:

A cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e (3) as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações, desde que vinculadas ao desempenho do mandato, qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares. (A.R no inquérito n.º 2.874. Relator: Min. Celso de Mello)

Consequentemente, infere-se do texto acima exposto que no entendimento do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello existem três situações na qual deve-se aplicar uma ampliação abstrata do parlamento físico ao parlamentar: entrevistas jornalísticas, transmissão para a imprensa de pronunciamento ou relatórios realizados nas casas legislativas e **declarações feitas aos meios de comunicação social**, (grifo nosso).

## Dos tipos penais aplicados

O Deputado foi denunciado inicialmente por meio do Inquérito n.º 4.828/DF (conexão). De acordo com publicação em página oficial do Ministério Público Federal em seu site na internet no dia 20 de abril de 2022, consta que o Deputado Daniel Silveira, fora condenado pelo crime de coação no curso do processo, art. 344 do Código Penal com dez (10) votos pela procedência e um (1) pela improcedência; e pelo crime de “incitação da prática de tentar impedir ou restringir, com emprego de violência ou grave ameaça, o exercício dos Poderes constitucionais” art. 359-L também do Código Penal, com nove (09) votos pela procedência e dois (02) pela improcedência.

Observa-se que em relação ao crime de coação no curso do processo, previsto no art. 344, CP ocorreu apenas uma divergência, sendo quase unânime a condenação nesse



crime, uma vez que o deputado extrapolou os limites de sua imunidade e realmente proferiu graves ameaças aos Ministros da Suprema Corte, embora não fique claro vislumbrar que o favorecimento de interesse próprio ou alheio seria alcançado ao ameaçar com palavras a honra pessoal e a dignidade da pessoa humana dos ministros que estavam apreciando o inquérito n.º 4.828 no qual estava inserido como investigado.

Nesse prisma, em relação ao outro crime imputado, houve acertadamente a irretroatividade *in pejus*, aplicando o princípio da ultra atividade da lei penal anterior, em razão do fenômeno jurídico da continuidade normativo-típica, uma vez que houve evolução da norma penal, revogando-se o tipo penal pelo qual foi inicialmente denunciado, art. 18 da lei n.º 7.170 de 1983, que tinha pena prevista de reclusão de 2 a 6 anos, passando a ter a pena prevista no art. 359-L do Código Penal de reclusão de 4 a 12 anos.

Contudo, insta frisar que dois ministros votaram pela improcedência da condenação no tipo penal previsto no art. 359-L, CP. Desse modo, importa destacar que não ficou comprovado a eficácia em alcançar o resultado útil do crime, qual seja, tentar, por meio de violência ou grave ameaça, impedir ou restringir o exercício dos poderes, em particular do Judiciário, uma vez que se mostrou totalmente uma fala jogada ao vento sem nenhuma sustentação popular ou institucional das Forças Armadas, que poderiam sugerir sucesso em atingir seu objetivo, demonstrando possivelmente algum desequilíbrio psíquico.

Desse modo, fica evidenciado que realmente houve, por parte do deputado, abuso de sua prerrogativa da imunidade parlamentar, no mesmo sentido obtido pela fala da Excelentíssima Procuradora da República nos autos do processo em análise: “o denunciado não busca proteger a prerrogativa, e sim usar a prerrogativa, a imunidade, para se proteger dos delitos que praticou”, corroborando com a jurisprudência do STF onde o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo, portanto afastada de forma correta uma vez que não houve vinculação à função parlamentar.

Por outro lado, poder-se-ia analisar o princípio da ineficácia absoluta do meio, utilizado para se atingir o resultado do crime de Abolição violenta do Estado Democrático de Direito, não tendo ocorrido movimentação social ou institucional das Forças Armadas para concretizar o tipo penal. É normal que apenas uma pequena parte da população do seu estado, que o elegeu, estaria em concordância com seu posicionamento durante o período eleitoral, muito embora parte desse eleitorado, se não a sua quase totalidade, reprovou as suas atitudes ofensivas e desconexas do campo moral e político, não tendo, portanto, credibilidade social e política que tornaria possível alcançar o resultado do crime. Desse modo, seria plausível aplicar o manto da imunidade parlamentar, pois suas falas estavam eivadas de legalidade, que pudessem se consubstanciar nos crimes que alardeava, caracterizando, provavelmente, uma possível patologia psíquica com desvio de caráter moral e social.

Nesse sentido, é válido destacar o entendimento do Ministro Revisor Nunes Marques, que analisa que só há crime político quando houver lesão real ou potencial à soberania nacional e ao regime democrático, o que, segundo ele, não ocorreu no caso, sendo acompanhado pelo Ministro André Mendonça nesse aspecto da tentativa de impedir o livre exercício dos Poderes da União. (STF, 2022).

De acordo com Greco, (2021, p. 66) em relação ao crime impossível, existe previsão em nosso ordenamento jurídico da infração penal que o agente pretende praticar. Contudo, por absoluta ineficácia do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

Todavia, o limite da imunidade parlamentar é pacificado, que se deve existir relação com a função, desse modo é o posicionamento do Ministro Luiz Roberto Barroso, nos embargos de declaração no agravo de instrumento n.º 488.819/MG do Recurso Extraordinário n.º 600.063/2015 SP, quanto aos limites da imunidade parlamentar quando ocorrem ofensas pessoais desde que no ambiente adequado para isso.

Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. (Embargos de declaração no agravo de instrumento n.º 488.819-MG em R.E n.º 600.063/2015-SP. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso).

Verifica-se, portanto, que até mesmo ofensas proferidas no âmago do debate político e em razão dele poderão ser admitidas dentro da imunidade parlamentar, visando a proteção da própria democracia e do desenvolvimento desta.

Sendo assim, a liberdade de expressão parlamentar não poderá ser invocada quando ficar caracterizado o abuso ao direito desta prerrogativa liberdade funcional, quando afrontam a dignidade da pessoa humana e/ou quando utilizada para o fim de cometimento de crimes, seja pela internet ou pessoalmente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia atinge seu apogeu primariamente por meio do poder da palavra, sendo esta empregada de modo essencial pelos representantes eleitos, configurando-se como um sistema fundamentado na expressão verbal.

É imprescindível que essa voz articulada seja respeitada por toda a sociedade, em especial pelos detentores de mandatos no Poder Legislativo. Na democracia, não se admite espaço para discursos que contrariem a essência do Estado Democrático de Direito. Entretanto, é imperativo garantir-lhes o direito fundamental da expressão, sendo a imunidade parlamentar essa salvaguarda, a qual não deve compactuar com a prática de atos contrários aos princípios democráticos.

Conforme analisado, observa-se que os direitos fundamentais não podem ser absolutos, estando sujeitos a delimitações. Nesse contexto, a alegação de amparo pela liberdade de expressão perde sua legitimidade, uma vez que sua invocação para distorcer sua finalidade viola dispositivos legais e princípios que orientam o direito.

Dessa forma, diante do aumento do interesse social na política, emerge a denominada polarização política, na qual as paixões se intensificam, resultando em debates acalorados entre políticos, tanto no âmbito legislativo quanto nas mídias sociais. Tal fenômeno evidencia a importância do estudo desse tema sensível, técnico e atual no cenário político brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- AURÉLIO, Marco. **Inteiro Teor do Acórdão – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572**. 2020. Voto às págs. 298, 299 e 302. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407>. Acesso em 22 out. 2023
- BARBOSA, Fabricio Agnelli. **Fundamentos e concepções básicas de direitos humanos e fundamentais**. Revista Jurídica ESMP-SP, V.5, 2014. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/169](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/169) Acesso em 23 set. 2023.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Embargos de declaração no agravo de instrumento nº 488.819/ MG do Recurso Extraordinário nº 600.063/2015 SP**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9575464> Acesso 21 out. 2023.
- BASTOS, Elisio Augusto Veloso; MERLIN, Lise Tupiassu; CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO; Belém: CESUPA, 2014.
- BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. São Paulo: Editora Manole, 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, (Código Penal).
- CASTILHO, Ricardo. **Liberdade: fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **30 Anos da Constituição**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html> Acesso em 04 mai. 2023.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *et al.* **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DO CONSUMIDOR, Código de Defesa. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. **Art. 14º, § 4º**, 201
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: S.A Fabris, 1996. Disponível em <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf>. Acesso em 30 abr. 2023.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023a. E-book.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional. (Coleção esquematizado®)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023b.

LINHARES, Emanuel Andrade. SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. ROCHA NETO, Alcimor. **Democracia e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016.

LUZ, Valdemar P da. **Dicionário jurídico**. Barueri-SP: Manole, 2022.

LUZ, Valdemar P da; SOUZA, Sylvio Capanema de. **Dicionário Enciclopédico de Direito**. Barueri-SP: Manole, 2015.

MELLO, Celso de. **Inq 510**, julgamento em 1º-2-1991, Plenário, DJ de 19-4-1991.) Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=53> Acesso 02 mai. 2023.

MELLO, Celso de. **Relator do AG. REG. NO INQUÉRITO 2.874** Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633> Acesso em: 02 mai. 2023.

MPF. Site Oficial. Procuradoria Geral da República: **STF julga procedente ação do MPF e condena Daniel Silveira a mais de 8 anos de reclusão e à perda de mandato**. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/stf-julga-procedente-acao-do-mpf-e-condena-daniel-silveira-a-mais-de-8-anos-de-reclusao-e-a-perda-de-mandato> Acesso em 10 out. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39ª ed. São Paulo: Atlas, 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site Oficial. **Ação que questiona inquérito das fake news tem mais dois votos pela rejeição**. 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445713&ori=1> Acesso em 22 out 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site Oficial. **Bolsonaro questiona dispositivo do Regimento Interno do STF que embasou abertura do inquérito das fake news**. 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471396&ori=1> Acesso em 22 out 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site Oficial. **STF condena Daniel Silveira a oito anos e nove meses de prisão**. 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485660&ori=1> Acesso em 22 out 2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site Oficial. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www.>

[stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf) Acesso em: 02 mai. 2023.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

# A construção de hidrelétricas no Rio Cuiabá à luz do princípio constitucional da proteção ambiental e o controle externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso

*The construction of hydroelectric  
power plants on the Cuiabá river  
in light constitutional principle of  
environmental protection and  
the external control of the court  
of Accounts of the State of Mato  
Grosso*

**Carlos Alexandre Pereira**

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Unialfa – FADISP. Auditor  
Público Externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso*

**Vitor Gonçalves Pinho**

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Unialfa – FADISP. Auditor  
Público Externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso*

## RESUMO

Trata-se de estudo técnico, com produção de conhecimento, sobre aspectos obrigatoriamente observáveis pelo Poder Público na consecução de projetos de construção de hidrelétricas ou empreendimento congêneres ao longo do Rio Cuiabá, à luz do princípio constitucional de proteção ao meio ambiente, insculpido no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

**Palavras-chave:** direito constitucional; tribunal de contas; meio ambiente; hidrelétricas.



## ABSTRACT

This is a technical study, with the production of knowledge, on aspects that must be observed by the Public Power in the implementation of hydroelectric power plant construction projects or similar ventures along the Cuiabá River, in light of the constitutional principle of environmental protection, enshrined in art. . 225 of the Federal Constitution of 1988 (CF/88).

**Keywords:** constitutional law; audit office; environment; hydroelectric plants.

## INTRODUÇÃO

Respeitada a área de atuação do Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCE MT), o objetivo deste trabalho, de cunho orientativo e indutor de governança, é o de, preventiva, colaborativa e construtivamente, oferecer conhecimento e segurança jurídica sobre deveres e responsabilidades impostos pelo ordenamento jurídico vigente a agentes públicos e particulares envolvidos na consecução de projetos construtivos de hidrelétricas ou empreendimento congêneres ao longo do Rio Cuiabá.

O presente estudo, dessa forma, visa conferir máxima segurança jurídica a autoridades e servidores do quadro estratégico, tático e operacional no exercício da gestão ambiental estadual, bem como induzir a boa governança, tudo nos termos autorizados pelo art. 30 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB)<sup>1</sup>, *in verbis*:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para **umentar a segurança jurídica** na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (Brasil, 1942, grifo meu).

## DESENVOLVIMENTO DO TEXTO

### Riscos ambientais derivados da eventual construção de hidrelétricas ao longo do Rio Cuiabá

O Rio Cuiabá, uma das principais veias de abastecimento do Pantanal Matogrossense, com extensão de 750 quilômetros, é objeto de projeto de construção de um complexo de seis pequenas centrais hidrelétricas (PCHs). A seguir, descrição sobre a Bacia Hidrográfica do Rio Cuiabá<sup>2</sup>:

A bacia hidrográfica do Rio Cuiabá (BHC) percorre uma área de mais de 22 mil km quadrados e está localizada em Mato Grosso. Seu rio principal, o Cuiabá, possui cerca de 750 km de extensão, percorrendo também o estado de Mato Grosso do Sul, até a confluência com o Rio São Lourenço. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as nascentes do Rio Cuiabá estão na encosta da Serra Azul, em Rosário Oeste e surgem, hidrograficamente, da junção dos então denominados Rios Cuiabá da Larga e Cuiabá Bonito. A BHC também integra a BAP,

<sup>1</sup> BRASIL, Decreto – Lei n°. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2024.

<sup>2</sup> Rio Cuiabá: Ribeirinhos resistem à construção de usinas nas águas que abastecem o Pantanal. ECOA. Disponível em <<https://ecoa.org.br/rio-cuiaba-ribeirinhos-resistem-a-construcao-de-usinas-nas-aguas-que-abastecem-o-pantanal/>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

depressão que abriga o Pantanal, bioma situado na região da bacia chamada de Planície, e o Planalto, onde nascem os demais cursos d'água, como o Rio Cuiabá, que, por sua vez, alimentam o restante da bacia pantaneira. Os rios, que nascem em Mato Grosso e escorrem para Mato Grosso do Sul também são responsáveis pelo controle dos ciclos de cheias e vazantes do bioma pantaneiro. “O Rio Cuiabá é um dos rios de maior porte da região. Nós temos o Rio Cuiabá, o Rio Paraguai, o Rio Taquari, nós temos aqui do lado também o Rio São Lourenço, que são as principais veias de acesso do Pantanal. São os pequenos afluentes que chegam no Rio Cuiabá, e nesses outros grandes rios, para formar a planície de inundação”, explica Ibrahim Fantim, especialista em recursos hídricos do Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

Minudente release<sup>3</sup> divulgado em 6/8/2021 no site da Assembleia Legislativa (AL MT) veicula dados alarmantes apresentados em audiência pública por especialistas e autoridades públicas, sobre os riscos reais de danos irreparáveis ao patrimônio ambiental (fauna, flora) direta ou indiretamente ligado ao Rio Cuiabá, a saber:

O deputado estadual Wilson Santos (PSDB) protocolou na quarta-feira (4) na Assembleia Legislativa projeto de lei (PL 671/2021) que proíbe a construção de Usinas Hidrelétricas (UHE) e Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) em toda a extensão do Rio Cuiabá.

O parlamentar argumenta que estes empreendimentos, se instalados no Rio Cuiabá, trarão consequências negativas e gerarão desequilíbrio ambiental, interferindo negativamente nos níveis d' água do rio, estoques peixeiros e até mesmo no fornecimento de águas dos municípios que são dependentes destes cursos d' água para abastecimento da população.

(...)

Em audiência pública realizada pela Assembleia Legislativa no dia 2 de julho deste ano, foi discutida a construção de PCHs no Rio Cuiabá.

Naquela ocasião, o pesquisador da Embrapa que realizou estudos na bacia do Rio Paraguai a pedido da Agência Nacional de Águas (ANA), Agostinho Catella explicou que 90% dos peixes pescados na bacia são de piracema, ou seja, peixes migratórios que sobem os rios para se reproduzir (sendo o Rio Cuiabá um dos principais para reprodução dos peixes), e são muito afetados pelas PCHs. “O que acontece quando temos uma represa? Se antes tínhamos um rio correndo livremente, agora temos uma barreira. O peixe não chega lá em cima. E o ambiente lá em cima transformado num lago muda completamente a ecologia que existia antes para o retorno dos peixes, ovos e larvas”, disse.

Catella apresentou dados que mostram que o Rio Cuiabá é o mais importante para a economia pesqueira no Pantanal.

Dos 7.667 pescadores profissionais artesanais do Pantanal, 4.142 estão na sub-bacia do Rio Cuiabá e 3.704 pescadores estão no Rio Cuiabá.

Todos eles praticam a pesca de subsistência para manter suas famílias, de modo que cerca de 13 mil pessoas vivem da pesca e conseguem renda total de R\$ 26,1 milhões por ano somente no Rio Cuiabá.

Na bacia que alimenta o Pantanal, os mais de 7 mil pescadores faturam R\$ 69,8 milhões por ano. Além desse valor que é conseguido pelos pescadores na venda do peixe, há toda uma cadeia de insumos e de revenda do pescado que movimentam a economia regional.

Fernando Tortato, pesquisador do Instituto Panthera, que estuda e protege grandes felinos, explicou os impactos das barragens em toda a biodiversidade pantaneira. “O Pantanal é muito dependente dos ciclos hidrológicos.

Com mais de 130 hidrelétricas previstas na bacia, há o risco de impactos sinérgicos, ou seja, o acúmulo de projetos e intervenções poderão comprometer o pulso de inundação, a ciclagem dos nutrientes dentro do Pantanal, o processo migratório de peixes. Isso reduz a quantidade de aves aquáticas, répteis aquáticos e onças pinta-

<sup>3</sup> Disponível em <<https://www.al.mt.gov.br/midia/texto/32/deputado/projeto-de-lei-proibe-construcao-de-usinas-e-pchs-no-rio-cuiaba/visualizar>>. Acesso em: 30 jan. 2024.



das. Os peixes são muito importantes na dieta da onça pintada. Mesmo o predador de topo depende da biodiversidade do Pantanal”, afirmou.

“Com essas barragens, a água passa a ter uso somente para produção de energia. Esses empreendimentos causam sérios prejuízos à segurança alimentar dos moradores e ao ecossistema. É importante refletirmos: o que Mato Grosso ganha? Quem está lucrando com isso? Temos que ponderar os riscos do potencial uso do ecoturismo, a segurança alimentar dos pescadores, da cadeia produtiva, serviços ecossistêmicos, conectividade entre planície e planalto e alteração do regime hidrológico”, disse o promotor de Justiça Marcelo Vacchiano (Brasil,2021).

Embora o Rio Cuiabá seja de domínio federal<sup>4</sup>, sua inegável extensão alcança e afeta, de forma histórica, inexorável e predominante, aspectos da vida ambiental e econômica (geração de emprego e renda) do Estado de Mato Grosso e dos mato-grossenses. O Rio Cuiabá é federal; mas, de há muito, suas águas sustentam os interesses, ambientais e econômicos, de forma predominante, dos mato-grossenses. Não interesses de outros estados da federação ou mesmo da ficção jurídica União Federal; repita-se, o Rio Cuiabá e sua sustentabilidade ambiental é de interesse predominante da população de Mato Grosso, gerações atual e futura.

## **A competência do Tribunal de Contas de Mato Grosso para realizar o controle externo ambiental sobre a consecução de projetos construtivos de hidrelétricas ou empreendimento congêneres ao longo do Rio Cuiabá**

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado pelo constituinte bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput, da CF/88)<sup>5</sup>.

Reforçando a natureza patrimonial do meio ambiente (rios, mares, fauna, flora, entre outros), o constituinte apregoa que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização se fará, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação ambiental, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (art. 225, § 4º, da CF/88).

Frisa-se nesse sentido que por patrimônio nacional (Pantanal Mato-Grossense, que recebe as águas do Rio Cuiabá) deve ser entendido aquele detido, ao mesmo tempo, pelo conjunto dos entes federativos nacionais, componentes da República Federativa brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Essa leitura está amparada na competência político-administrativa, comum aos entes federativos, de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI, da CF/88).

Sendo o meio ambiente patrimônio público a ser protegido por todos os entes federativos, é dever constitucional do Tribunal de Contas de Mato Grosso realizar ações de controle externo voltadas para a defesa, proteção e utilização sustentável do meio ambiente mato-grossense, nos termos positivados no art. 47, IV, da Constituição de Mato Grosso<sup>6</sup>, *in*

4 BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Corpos Hídricos Superficiais e Dominialidade. Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH)*. Disponível em <<https://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/webappviewer/index.html?id=ef7d29c2ac754e9890d7cdbb78cbaf2c>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

5 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 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: 30 jan. 2024.

6 MATO GROSSO. *Constituição do Estado de Mato Grosso*. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/arquivos/parlamento/ssl/constituicao-estadual.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

*verbis*:

Art. 47 O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...) IV - realizar, por iniciativa própria, da Assembleia Legislativa, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (...)

Evidenciada a competência plena detida pelo Tribunal de Contas de Mato Grosso para realizar o controle externo ambiental/patrimonial do Rio Cuiabá e de toda a fauna e flora a ele ligados, direta ou indiretamente (como no caso do Pantanal, que é alimentado pelas águas do Rio Cuiabá), passa-se a analisar a competência do TCE MT para controlar os atos de gestão exarados pelas autoridades ou servidores da área ambiental (como a emissão de licenciamento).

Nesse passo, tem-se que, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42), na esfera administrativa não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, ou sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (art. 20, caput).

Dessa forma, eventual decisão administrativa tomada pelo gestor público estadual mato-grossense, relacionada ao licenciamento ou mesmo à consecução de projetos de construção de hidrelétricas ou empreendimento congêneres ao longo do Rio Cuiabá, que afete predominantemente meio ambiente e economia do Estado de Mato Grosso, deve estar amparada em circunstâncias concretas reais e, sobretudo, considerar as consequências práticas – nocivas ou não – dessa decisão para o meio ambiente e população mato-grossense, gerações atual e futura.

Nesse sentido, eventual ato decisório do gestor estadual ambiental pelo licenciamento ou mesmo consecução do projeto de construção de hidrelétricas ao longo do Rio Cuiabá deverá consignar formalmente sua motivação, por meio da qual deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida tomada, considerando as alternativas existentes e seus respectivos benefícios à população (art. 20, parágrafo único, LINDB, *in verbis*).

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (Brasil, 1940).

O conteúdo e a motivação de decisões do gestor estadual ambiental pelo licenciamento ou mesmo consecução do projeto de construção de hidrelétricas ao longo do Rio Cuiabá é objeto natural de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, a teor de precedentes plenários emanados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), *in verbis*:

O conteúdo de ato administrativo discricionário pode se submeter à apreciação do TCU quando o órgão ou a entidade jurisdicionada afasta-se dos princípios constitucionais implícitos e explícitos a que se submete, entre os quais os da motivação, da eficiência e da economicidade. Acórdão 2061/2021-Plenário<sup>7</sup>

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2061/21 - Plenário. Processo nº 020.973/2020-9. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 01 set. 2021.

O conteúdo de ato administrativo discricionário pode se submeter à apreciação do TCU quando o órgão ou a entidade jurisdicionada afasta-se dos princípios constitucionais implícitos e explícitos a que se submete, entre os quais os da motivação, da eficiência e da economicidade. Acórdão 2470/2013-Plenário<sup>8</sup>

O administrador, no exercício do poder discricionário, está obrigado a consignar, de forma expressa e antecipada, a motivação do ato, inclusive os critérios utilizados, sob pena de nulidade. Acórdão 3239/2013-Plenário<sup>9</sup>

A teor dos precedentes plenários do TCU, supra, tem-se que o controle externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso sobre o conteúdo decisório e a respectiva motivação de decisões administrativas, entre elas as que afetam o meio ambiente, deve considerar aspectos ligados, principalmente, à observância, pelo gestor público ambiental, de princípios explícitos na Constituição Federal, como é o princípio da proteção ao meio ambiente equilibrado (art. 225, da CF/88). Esse controle deve, nesse sentido, inclusive, avaliar o custo de oportunidade/social e ambiental arcado pelo Estado de Mato Grosso em face de alternativas de geração de energia mais sustentáveis ambientalmente (energia solar, por exemplo).

Também exsurge como objeto natural de controle externo deste Tribunal o conteúdo do respectivo estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará ampla publicidade, como requisito para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, tudo nos termos do art. 225, IV, da CF/88.

Por fim, há de se ressaltar, como aspecto a ser também observado pelas autoridades estaduais ambientais que, no caso de implantação de usinas hidrelétricas, é recomendável que o Poder Público realize avaliação integrada das bacias em que serão implantadas as usinas, com vistas a estimar de forma mais ampla os efeitos dos empreendimentos planejados, de modo a reduzir riscos de subavaliação dos impactos ambientais e superavaliação dos custos dos programas ambientais (Acórdão 3005/2011 – Plenário do TCU).

## **Considerações sobre o conteúdo da Ação de Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face da lei estadual 11.865/2022**

Segundo o noticiário local mato-grossense<sup>10</sup>, a Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa (Abragel) ajuizou em 23/11/2022 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para requerer a invalidação da Lei estadual 11.865/2022<sup>11</sup>, que proíbe a construção de hidrelétricas ao longo do Rio Cuiabá. A ADI está distribuída ao Ministro Edson Fachin. Transcrevem-se, em síntese, os argumentos alegados pela Abragel na ADI:

A ação de inconstitucionalidade patrocinada pela Abragel diz que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional legislar a respeito de água e energia. Portanto, a lei estadual apresenta vício de formalidade. Além disso, conforme a Abrasel, a lei estadual impede a União de explorar os bens de seu domínio, bem como os potenciais de energia hidráulica para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão o aproveitamento energético dos cursos de água (Brasil, 2023).

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2470/13 - Plenário. Processo nº 015.707/2013-0. Relator: Min. Augusto Sherman. Brasília, DF, 11 set. 2013.

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3239/13 - Plenário. Processo nº 018.739/2012-1. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 27 nov. 2013.

<sup>10</sup> Disponível em <<https://www.hnt.com.br/justica/associacao-vai-ao-stf-para-derrubar-lei-que-impede-usinas-e-pchs-no-rio-cuiaba/310187>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

<sup>11</sup> Disponível em <<https://www.al.mt.gov.br/norma-juridica/lei-ordinaria/11865/2022>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

Resguardada a prerrogativa que detém o Parlamento estadual para realizar a defesa jurídica da norma impugnada na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, aproveita-se o ensejo colaborativo, construtivo e de maximização de segurança jurídica deste estudo técnico para apresentar considerações sobre a improcedência dos argumentos apresentados na ADI.

Primeiramente, registra-se que a norma estadual impugnada (Lei estadual 11.865/2022) não versa, ao revés do que defendeu a Abragel na ADI, sobre água e energia, pelo menos de forma exclusiva. A lei estadual é essencialmente uma norma de proteção ao meio ambiente, não geral, inserida como tal no rol de competências legislativas concorrentes dos Estados, a teor do art. 24, VI, da CF/88. Nesses termos, deve-se reconhecer a competência do Estado de Mato Grosso para regrear sobre a temática da proteção ambiental, pois, conforme jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal, “nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria” (RE 194.704, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 29-6-2017, P, DJE de 17-11-2017).

Em segundo lugar, não é o domínio – federal – do Rio Cuiabá o atributo que deve determinar quem é o ente federativo pleno de competência para legislar sobre a utilização ambiental sustentável do aquífero. O princípio geral que norteia a repartição de competência legislativa entre as entidades competentes do Estado Federal é o da predominância do interesse. Não somente isso, em matéria de proteção do meio ambiente, os Estados e Municípios estão autorizados a editar normas mais protetivas do que a normativa federal, com fundamento em suas peculiaridades regionais e na preponderância de seu interesse.

Essa é a posição jurisprudencial plenária do STF, *in verbis*:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 16.897/2018 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE LOCAL (ART. 30, I, DA CF). COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. PROIBIÇÃO RAZOÁVEL DE MANUSEIO, UTILIZAÇÃO, QUEIMA E SOLTURA DE FOGOS DE ESTAMPIDOS, ARTIFÍCIOS E ARTEFATOS PIROTÉCNICOS SOMENTE QUANDO PRODUZIREM EFEITOS SONOROS RUIDOSOS. PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. IMPACTOS GRAVES E NEGATIVOS ÀS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. DANOS IRREVERSÍVEIS ÀS DIVERSAS ESPÉCIES ANIMAIS. IMPROCEDÊNCIA. 1. O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades competentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, competindo à União atuar em matérias e questões de interesse geral; aos Estados, em matérias e questões de interesse regional; aos Municípios, assuntos de interesse local e, ao Distrito Federal, tanto temas de interesse regional quanto local. 2. As competências municipais, dentro dessa ideia de predominância de interesse, foram enumeradas no art. 30 da Constituição Federal, o qual expressamente atribuiu aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e para complementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II). A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já assentou que a disciplina do meio ambiente está abrangida no conceito de interesse local e que a proteção do meio ambiente e da saúde integram a competência legislativa complementar dos Municípios. Precedentes. 3. A jurisprudência desta CORTE admite, em matéria de proteção da saúde e do meio ambiente, que os Estados e Municípios editem normas mais protetivas, com fundamento em suas peculiaridades regionais e na preponderância de seu interesse. A Lei Municipal 16.897/2018, ao proibir o uso de fogos de artifício de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, promoveu um padrão mais elevado de proteção à saúde e ao meio ambiente, tendo sido editada dentro de limites razoáveis do regular exercício de competência legislativa pelo ente

municipal. 4. Comprovação técnico-científica dos impactos graves e negativos que fogos de estampido e de artifício com efeito sonoro ruidoso causam às pessoas com transtorno do espectro autista, em razão de hipersensibilidade auditiva. Objetivo de tutelar o bem-estar e a saúde da população de autistas residentes no Município de São Paulo. 5. Estudos demonstram a ocorrência de danos irreversíveis às diversas espécies animais. Existência de sólida base técnico-científica para a restrição ao uso desses produtos como medida de proteção ao meio ambiente. Princípio da prevenção. 6. Arguição de Preceito Fundamental julgada improcedente.

(ADPF 567, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 26-03-2021 PUBLIC 29-03-2021)

Portanto, pelo exposto, a ADI ajuizada pela Abragel<sup>12</sup> improcede em suas alegações e argumentos, à luz de decisões plenárias do próprio Supremo Tribunal Federal.

Por fim, destaca-se a postura decisória de defesa ambiental do STF no tema da construção de hidrelétricas ao longo do Rio Cuiabá, a teor de decisão tomada pela maioria do Plenário da Suprema Corte em 21/11/2022, nos autos da ADI 4529, release<sup>13</sup> a seguir transposto:

O Supremo Tribunal Federal (STF) invalidou normas do Estado de Mato Grosso que dispensavam a realização de estudo de impacto ambiental para licenciamento de hidrelétricas com potencial entre 10 e 30 megawatts (MW) ou de obras para exploração de recursos hídricos com área de inundação abaixo de 13 km<sup>2</sup>.

A decisão foi tomada na sessão virtual encerrada em 21/11, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4529, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR). Por maioria de votos, e seguindo entendimento da ministra Rosa Weber, relatora do processo, foram invalidados dispositivos da Lei Complementar estadual 38/1995.

(...)

Além disso, a seu ver, ao afastar o procedimento para projetos potencialmente poluidores, a norma local afrontou o artigo 225 da Constituição da República, que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. “As atividades econômicas, a exemplo da exploração de recursos hídricos para fins hidrelétricos, apenas serão consideradas lícitas e constitucionais quando subordinadas à regra de proteção ambiental”, concluiu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o meio ambiente patrimônio público a ser protegido por todos os entes federativos, é dever constitucional do Tribunal de Contas de Mato Grosso realizar ações de controle externo voltadas para a defesa, proteção e utilização sustentável do meio ambiente mato-grossense, incluído o Rio Cuiabá e a fauna e flora a ele direta ou indiretamente ligados pelo bioma do Pantanal.

O controle externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso sobre o conteúdo decisório e a respectiva motivação de decisões administrativas, entre elas as que afetam o meio ambiente, deve considerar aspectos ligados, principalmente, à observância, pelo gestor público ambiental, de princípios explícitos na Constituição Federal, como é o princípio da proteção ao meio ambiente equilibrado (art. 225, da CF/88). Esse controle deve,

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7319-MT. Impetrante: Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa - ABRAGEL. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF.

<sup>13</sup> <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497995&ori=1>

nesse sentido, inclusive, avaliar o custo de oportunidade/social e ambiental arcado pelo Estado de Mato Grosso em face de alternativas de geração de energia mais sustentáveis ambientalmente (energia solar, por exemplo).

Diante de todo o exposto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Abragel em 23/11/2022 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para requerer a invalidação da Lei estadual 11.865/2022, que proíbe a construção de hidrelétricas ao longo do Rio Cuiabá, é improcedente em suas alegações e argumentos, à luz de decisões plenárias do próprio STF.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA Legislativa de Mato Grosso. **Lei Ordinária nº 11865/2022**. Disponível em <<https://leisestaduais.com.br/mt/lei-ordinaria-n-11865-2022-mato-grosso-dispoe-sobre-a-proibicao-de-construcao-de-usinas-hidreletricas-em-toda-a-extensao-do-rio-cuiaba>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

ABRAGEL. **Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa. Associação vai ao STF para derrubar lei que impede usinas e PCHs no rio Cuiabá**. HNT Notícias. Disponível em <<https://www.hnt.com.br/justica/associacao-vai-ao-stf-para-derrubar-lei-que-impede-usinas-e-pchs-no-rio-cuiaba/310187>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. **Corpos Hídricos Superficiais e Dominialidade**. Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH). Disponível em <<https://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/webappviewer/index.html?id=ef7d29c2ac754e9890d7cddb78cbaf2c>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 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: 30 jan. 2024.

BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7319-MT**. Impetrante: Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa - Abragel. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF invalida normas de Mato Grosso que flexibilizavam construção de hidrelétricas**. Portal do STF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497995&ori=1>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2061/21 - Plenário. Processo nº 020.973/2020-9**. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 01 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2470/13 - Plenário. Processo nº 015.707/2013-0**. Relator: Min. Augusto Sherman. Brasília, DF, 11 set. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3239/13 - Plenário. Processo nº 018.739/2012-1**. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 27 nov. 2013.

MATO GROSSO. **Constituição do Estado de Mato Grosso**. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/arquivos/parlamento/ssl/constituicao-estadual.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Lei Orgânica. Lei Complementar nº 269/2007. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/lei-organica-do-tribunal-de-contas-do-estado-de-mato-grosso-atualizada-ate-26-de-dezembro-de-2023/130160>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Regimento Interno. Resolução Normativa nº 16/2021. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-do-estado-de-mato-grosso-atualizado-ate-a-emenda-regimental-62023/129736>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

ECO.A. **Rio Cuiabá: Ribeirinhos resistem à construção de usinas nas águas que abastecem o Pantanal**. Disponível em <<https://ecoa.org.br/rio-cuiaba-ribeirinhos-resistem-a-construcao-de-usinas-nas-aguas-que-abastecem-o-pantanal/>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

ROCHA, Rafael Costa. **Projeto de lei proíbe construção de usinas e PCHs no Rio Cuiabá**. Assembleia Legislativa de Mato Grosso. Disponível em <<https://www.al.mt.gov.br/midia/texto/32/deputado/projeto-de-lei-proibe-construcao-de-usinas-e-pchs-no-rio-cuiaba/visualizar>>. Acesso em: 30 jan. 2024.



# Hermenêutica, texto legal e segurança jurídica: a polêmica tríade da regularidade fiscal nas licitações brasileiras

## *Hermeneutics, legal text, and legal security: the controversial triad of fiscal regularity in brazilian bidding processes*

**Joir Monteiro Neves**

*Bacharel em Direito pela Universidade São Judas Tadeu USJT, Especialista em Licitações e contratos administrativos pela Faculdade Getúlio Vargas FGV, Pós-Graduando em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade CERS, Bacharelado em Gestão Pública pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR, Gestor de Contratos, Agente de Contratação e Pregoeiro do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo – CAU/SP*

### RESUMO

As licitações públicas são ferramentas essenciais na administração pública brasileira, garantindo não apenas a eficiência na aplicação de recursos, mas também a transparência e a integridade nos processos de contratação. No entanto, a complexidade e as divergências interpretativas da legislação relacionada têm gerado desafios significativos, especialmente no que se refere à exigência de comprovação de regularidade fiscal por parte dos licitantes. A legislação brasileira sobre licitações, representada principalmente pelas Leis 8.666/93, 10.520/02 e a mais recente Lei 14.133/2021, estabelece a regularidade fiscal como um critério essencial de habilitação. No entanto, a aplicação prática dessa exigência tem sido marcada por controvérsias interpretativas, levantando questões cruciais sobre a segurança jurídica das contratações públicas. Este artigo propõe uma análise aprofundada dessa problemática, investigando o embate entre a hermenêutica jurídica e o texto legal na exigência de comprovação de regularidade fiscal dos licitantes. Através deste estudo, busca-se contribuir para o debate sobre a necessidade de uma regulamentação mais clara e objetiva, que possa garantir a segurança jurídica, permitir a participação justa de empresas aptas nas licitações e aprimorar a eficiência das leis de licitação no Brasil.

**Palavras-chave:** licitação; texto legal; hermenêutica; regularidade fiscal; segurança jurídica.





## ABSTRACT

Public bidding processes are essential tools in Brazilian public administration, ensuring not only the efficiency in the allocation of resources but also transparency and integrity in contracting processes. However, the complexity and interpretative divergences of related legislation have posed significant challenges, especially regarding the requirement for proof of fiscal regularity by bidders. Brazilian legislation on bidding, mainly represented by Laws 8.666/93, 10.520/02, and the most recent Law 14.133/2021, establishes fiscal regularity as an essential criterion for qualification. However, the practical application of this requirement has been marked by interpretative controversies, raising crucial questions about the legal security of public contracts. This article proposes an in-depth analysis of this issue, investigating the clash between juridical hermeneutics and legal text in the requirement for proof of fiscal regularity by bidders. Through this study, it seeks to contribute to the debate on the need for clearer and more objective regulation, which can ensure legal security, allow the fair participation of competent companies in bidding processes, and enhance the efficiency of bidding laws in Brazil.

**Keywords:** bidding; legal text; hermeneutics; fiscal regularity; legal security.

## INTRODUÇÃO

### Breve histórico das Leis de Licitações no Brasil

A história das licitações no Brasil tem suas raízes no período do Brasil Império (1822-1889). A primeira norma com finalidade para licitações e contratos foi editada no Império, datada de 14 de maio de 1862, com a 1ª Constituição de 1824 vigente<sup>1</sup> (Brasil, 1824), e perdurou até 1922, com a 2ª Constituição<sup>2</sup> (Brasil, 1891), já no Brasil República. O primeiro texto que tratou sobre licitações no Brasil foi o Decreto Nº 2.926/1862<sup>3</sup> (Brasil, 1862), que foi um regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio, e Obras públicas.

Durante o período do Império, o Brasil estava em um processo de modernização e desenvolvimento, com a expansão da agricultura, do comércio e das obras públicas. A necessidade de regulamentação das licitações surgiu como uma forma de organizar e controlar essas atividades, garantindo a transparência e a eficiência na utilização dos recursos públicos.

Com a Proclamação da República em 1889, o Brasil passou por uma série de transformações políticas, econômicas e sociais. A Constituição de 1891, a primeira da República, não trouxe nenhuma norma específica sobre licitações, o que levou à continuidade do Decreto Nº 2.296/1862 até 1922. Nesse período, o país passou por um processo de industrialização e urbanização, com o crescimento das cidades e a necessidade

<sup>1</sup>BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>.

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>.

<sup>3</sup>BRASIL. Decreto Lei nº 2.926, de 14 de maio de 1862. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas., 1862. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>.

de infraestruturas urbanas, o que aumentou a demanda por licitações e contratos públicos.

No período da República Velha (1889-1930), a legislação sobre licitações e contratos foi marcada por uma série de decretos que regulamentavam a matéria de forma fragmentada, sem uma norma geral que estabelecesse regras uniformes para a Administração Pública. Apenas com a Constituição de 1934<sup>4</sup> (Brasil, 1934) é que se estabeleceu a obrigatoriedade de licitação para todos os contratos da Administração Pública, o que foi mantido nas Constituições subsequentes.

O Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922<sup>5</sup> (Brasil, 1922), foi o primeiro a estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no Brasil. Com o advento do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>6</sup> (Brasil, 1967), foram instituídas as modalidades de licitação, tais quais, concorrência, tomada de preços e convite. Além disso, no artigo 6º do presente Decreto temos, pela primeira vez, a descrição de princípios a serem seguidos pela administração federal: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. No entanto, essa lei foi revogada pela Lei nº 5.456, de 8 de junho de 1968<sup>7</sup> (Brasil, 1968), que também tratava de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Ambas as leis foram revogadas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>8</sup> (Brasil, 1993).

A década de 90 foi marcada por uma série de escândalos de corrupção envolvendo contratos governamentais. A necessidade de um novo marco regulatório que pudesse combater a corrupção e trazer mais transparência e eficiência para as contratações públicas era evidente.

A Constituição de 1988<sup>9</sup> (Brasil, 1988), conhecida como a Constituição Cidadã, trouxe uma série de inovações no campo dos direitos e garantias fundamentais, incluindo a exigência de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela administração pública (art. 37, XXI). Com esse viés, em 1993, foi sancionada a Lei nº 8.666, a Lei Geral das Licitações, que foi criada para regulamentar esse dispositivo constitucional, estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esta lei trouxe uma série de inovações e procedimentos burocráticos com o objetivo de evitar fraudes e garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. A Lei surgiu em um contexto de redemocratização do país, após o fim da ditadura militar (1964-1985).

4 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

5 BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>>.

6 BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>.

7 BRASIL. Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200/1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/15456.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15456.htm)>.

8 BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública, Brasília, Presidência da República, 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>.

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

No entanto, a Lei nº 8.666/93 foi marcada por um alto grau de burocracia, reflexo da preocupação com a moralidade e a probidade administrativa, em um contexto de escândalos de corrupção que marcaram o período pós-ditadura. A lei buscava garantir a isonomia, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo e a justa competição nas licitações públicas. No entanto, a excessiva burocracia acabou por dificultar a execução de projetos e atrasar a entrega de obras e serviços à população.

Apesar de suas intenções iniciais de promover a transparência e a eficiência nas licitações públicas, acabou gerando um ambiente excessivamente moroso e protocolar. A complexidade das regras e procedimentos estabelecidos pela lei tornava o processo de licitação lento e custoso, o que impactava negativamente a economia do país. Além disso, a lei não foi eficaz em prevenir a corrupção, como evidenciado pelos diversos escândalos de corrupção envolvendo contratos públicos que vieram à tona nos anos seguintes.

Em resposta a esses desafios, o governo brasileiro promulgou a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002<sup>10</sup> (Brasil, 2002), que instituiu a modalidade de licitação conhecida como pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Essa lei representou um avanço significativo na simplificação dos procedimentos de licitação, permitindo uma maior agilidade e eficiência nas contratações públicas. O pregão permitiu a inversão das fases de habilitação e julgamento, o que acelerou o processo de licitação e reduziu os custos processuais. Além disso, a lei promoveu a competitividade, ao permitir a participação de um maior número de fornecedores, o que resultou em preços mais vantajosos para a administração pública.

Apesar dos avanços proporcionados pela Lei nº 10.520/02 e pelo Decreto nº 5.450/05, as micro e pequenas empresas ainda enfrentavam dificuldades para participar das licitações públicas. Essas empresas, que representam uma parcela significativa da economia brasileira e são grandes geradoras de empregos, muitas vezes eram preteridas em favor de grandes empresas. Diante dessa realidade, em 2006, foi sancionada a Lei Complementar nº 123<sup>11</sup> (Brasil, 2006), que estabeleceu tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, como a preferência na contratação, a simplificação dos procedimentos de licitação e a promoção do desenvolvimento local. Essas medidas tiveram um impacto positivo na economia, ao estimular o empreendedorismo, a geração de empregos e a distribuição de renda.

No final da primeira década do século XXI, o Brasil foi escolhido para sediar dois grandes eventos esportivos internacionais: a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Esses eventos exigiram grandes investimentos em infraestrutura e serviços, que deveriam ser realizados em um curto espaço de tempo. No entanto, a legislação de licitações existente na época não oferecia a agilidade e a flexibilidade necessárias para atender a essas demandas. Além disso, o país enfrentava desafios significativos em termos de infraestrutura e transporte, uma vez que os eventos seriam realizados em diferentes estados.

10 BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Licitação na Modalidade Pregão, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10520.htm)>.

11 BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>.

Diante desse cenário, em 2011, foi sancionada a Lei nº 12.462<sup>12</sup> (Brasil, 2011), que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O RDC foi criado com o objetivo de agilizar as contratações necessárias para a realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016. A Lei nº 12.462/2011 trouxe inovações significativas e assim como a lei do pregão, inverteu as fases de habilitação e julgamento, evidenciou a possibilidade de contratação integrada e a adoção do critério de julgamento por maior desconto. Além disso, a lei permitiu a contratação por tarefa e a contratação por empreitada integral, proporcionando maior flexibilidade e eficiência nas contratações públicas.

No entanto, apesar das melhorias trazidas pelo RDC, a realização dos grandes eventos esportivos deixou um legado controverso. Por um lado, houve avanços na infraestrutura e nos serviços, com a construção de novos estádios, aeroportos e sistemas de transporte. Por outro lado, muitas das obras iniciadas para os eventos não foram concluídas, e muitos dos estádios construídos para a Copa do Mundo ficaram subutilizados após o evento. Além disso, os altos custos e a falta de transparência em muitas das contratações realizadas para os eventos geraram críticas e questionamentos.

Nesse ínterim, o Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019<sup>13</sup> (Brasil, 2019), veio para regulamentar a utilização do pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, a dispensa de licitação Eletrônica, e o Sistema de Registro de Preços por pregão eletrônico. Este decreto representou mais um avanço significativo na modernização das licitações públicas, ao promover a utilização de tecnologias de informação e comunicação no processo de licitação. A realização de licitações na forma eletrônica aumentou a transparência, a competitividade e a eficiência das contratações públicas, além de reduzir os custos administrativos.

Apesar dos avanços proporcionados pelas leis de licitação anteriores, ainda havia uma série de desafios a serem enfrentados. A legislação existente dispersa em vários normativos ainda era considerada burocrática e complexa, e havia uma percepção de que ela não era mais suficientemente eficaz para prevenir a corrupção e garantir a eficiência das contratações públicas. Além disso, a rápida evolução tecnológica e as mudanças nas práticas de contratação exigiam uma atualização da legislação.

Nesse contexto, em 2021, foi sancionada a Lei nº 14.133<sup>14</sup> (Brasil, 2021), conhecida como a Nova Lei de Licitações, que veio para substituir a Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002 e o Decreto nº 10.024/2019) e o RDC (Lei nº 12.462/2011), unificando as normas sobre licitações e contratos administrativos no Brasil.

A Nova Lei de Licitações foi criada em um contexto de avanço tecnológico e de busca por maior eficiência e transparência nas contratações públicas. Ela também trouxe inovações no que diz respeito ao tratamento das micro e pequenas empresas nas licitações públicas. A lei estabelece que as micro e pequenas empresas devem ser favorecidas nas contratações públicas, como forma de promover a economia local e a geração de empregos. Além disso, a lei introduziu medidas para promover a transparência e a integridade nas

12 BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462compilado.htm)>.

13 BRASIL. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamente o Pregão na forma eletrônica, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm)>.

14 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Brasília, Presidência da República, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>.

contratações públicas.

A Lei nº 14.133/2021 representa um marco na legislação de licitações brasileira. Ela não só revoga as leis anteriores, mas também unifica o regime jurídico sobre licitações e contratos administrativos no Brasil. A nova lei traz uma série de inovações, como a ampliação do uso de modalidades de licitação eletrônicas, a criação da modalidade de diálogo competitivo, a adoção de critérios de julgamento que valorizam a sustentabilidade e a inovação, a adoção do critério de melhor técnica ou conteúdo artístico para a seleção da proposta mais vantajosa e a introdução de medidas para aumentar a transparência e a eficiência das contratações públicas.

A nova lei permite a participação em consórcio de empresas, incentivando uma maior competitividade nos certames. Isso significa que mais empresas têm a oportunidade de participar de licitações, o que pode resultar em propostas mais vantajosas para a administração pública.

Também trouxe mudanças significativas nas modalidades de licitação. Extinguiu modalidades que eram altamente suscetíveis a corrupção, como o convite, e ao introduzir a modalidade diálogo competitivo, permitiu que a administração pública dialogue com os licitantes para desenvolver soluções adequadas antes da apresentação das propostas finais.

Os critérios de julgamento que valorizam a sustentabilidade e a inovação deixam claro que a administração pública não vai considerar apenas o preço na hora de escolher a proposta vencedora. Ela também vai levar em conta o impacto ambiental, cultural e social da proposta e o grau de inovação que ela apresenta.

A nova lei também estabelece, por exemplo, que a assessoria jurídica deve participar de todas as fases do processo de contratação e criou as 3 (três) linhas de defesa que, de maneira sistêmica, institui a cooperação no gerenciamento de riscos e de controles internos da contratação entre os agentes e autoridades responsáveis pelo processo de licitação (1ª linha), as unidades de assessoramento jurídico e de controles internos (2ª linha) e o órgão de auditoria ou controle interno e os Tribunais de Contas (3ª linha) da Administração Pública. Isso aumenta a segurança jurídica e reduz o risco de contratações serem anuladas por problemas legais.

Além disso, a Lei 14.133/2021 cria o Portal Nacional de Contratações Públicas, um sistema unificado que vai reunir todas as informações sobre licitações e contratos administrativos no Brasil, com a finalidade de tornar as contratações públicas mais transparentes e permitir que a sociedade acompanhe e fiscalize o uso dos recursos públicos.

Em resumo, a Lei nº 14.133/2021 representa um avanço significativo na legislação de licitações brasileira. Ela traz uma série de inovações que visam tornar as contratações públicas mais eficientes, transparentes e alinhadas com os princípios da sustentabilidade e da inovação. Apesar das críticas que recebe, a nova lei é um passo importante para modernizar e aprimorar o processo de licitações no Brasil.

A implementação da Lei ainda é recente, e seu impacto na economia brasileira ainda está sendo avaliado, jurisprudências e entendimentos doutrinários sendo construídos.



No entanto, espera-se que a lei contribua para a modernização e a eficiência das licitações públicas, promova o desenvolvimento sustentável e favoreça as micro e pequenas empresas, contribuindo assim para a geração de empregos e o crescimento econômico do país.

No período compreendido entre 1º de abril de 2021 e 1º de abril de 2023, observou-se uma situação única na história das licitações no Brasil: a vigência simultânea das Leis nº 14.133/2021 e nº 8.666/1993. Esse fenômeno, pouco comum no ordenamento jurídico, refletiu a complexidade da transição entre os dois regimes legais. A nova Lei de Licitações foi introduzida para modernizar e simplificar o processo, mas a Lei nº 8.666/1993, conhecida por sua extensa burocracia, teve sua vigência prorrogada várias vezes devido à resistência de muitos municípios em adotar o novo sistema. Com a promulgação da Lei Complementar nº 198/2023<sup>15</sup> (BRASIL, 2023), foi adicionado outro marco significativo nesse contexto de transição legislativa. Esta lei teve como objetivo principal estender a vigência das Leis nº 8.666/1993, 10.520/2020 e 12.462/2011 que deveriam encerrar suas vigências em 31/03/2023, proporcionando um período adicional para que as administrações públicas se adaptassem às novas exigências e estruturas propostas pela Lei nº 14.133/2021. A Lei Complementar nº 198/2023 surgiu como uma resposta direta às dificuldades enfrentadas pelos municípios e outras entidades governamentais, que se depararam com desafios práticos e burocráticos na implementação das mudanças, estendendo a vigência dos antigos diplomas até 30 de dezembro de 2023. Esta extensão de prazo foi vista como uma medida necessária para garantir uma transição mais suave e eficiente, permitindo que as entidades públicas tivessem tempo suficiente para se familiarizar com os novos procedimentos e diretrizes, minimizando assim os riscos e incertezas associados a uma mudança tão significativa no sistema de licitações brasileiro. Ironicamente, parece que nove meses serão suficientes para resolver um problema que os dois anos inicialmente concedidos pela Lei nº 14.133/2021 não foram suficientes, pormenorizando, para que as administrações diretas, indiretas, autárquicas e fundacionais se ajustassem ao novo texto legal, sugerindo que, às vezes, até mesmo o tempo não é capaz de acelerar a adaptação à mudança.

Essa resistência pode ser parcialmente explicada por um fenômeno psicológico comum em administrações públicas e organizações: o apego ao conhecido e o medo das mudanças, mesmo quando estas são benéficas. A Lei nº 8.666/1993, apesar de suas limitações e burocracia, era familiar para muitos gestores municipais, que se mostraram reticentes em adotar uma nova legislação que demandaria adaptação e aprendizado. Este apego ao antigo regime, combinado com o receio das novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021, resultou essa dilatação temporal, prorrogando a vigência das legislações mais antigas.

A transição entre as Leis nº 14.133/2021 e nº 8.666/1993, inicialmente planejada para ocorrer suavemente ao longo de dois anos, encontrou obstáculos significativos. Embora a coexistência das leis tivesse como objetivo facilitar a adaptação, na prática, as administrações ao poderem optaram por escolher entre uma das duas leis de forma discricionária, apenas dificultou, pois essa abordagem “opcional” gerou confusão e inconsistências, pois as leis têm regras e limites distintos. Em vários casos, critérios das duas legislações foram misturados, ainda que taxativamente proibido no texto legal, levando

<sup>15</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023. (...) e altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2023. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp198.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp198.htm)>.

a dúvidas e interpretações divergentes na aplicação das normas.

Ainda mais desafiador foi o fato de que a Lei nº 14.133/2021, apesar de ser uma legislação mais atual e eficiente, carece de um arcabouço robusto de regulamentações, jurisprudências e doutrinas. Isso levou muitos gestores a aplicar entendimentos e práticas da Lei nº 8.666/93 em processos regidos pela nova lei, em um esforço para preencher as lacunas e incertezas. A situação se complicou com a prorrogação da vigência da Lei nº 8.666/93 até 31 de dezembro de 2023, mantendo ambas as leis em vigor e prolongando a fase de transição e incerteza.

Este fenômeno não é exclusivo do Brasil e reflete um desafio mais amplo na administração pública: a dificuldade de adaptação a novos paradigmas e tecnologias. O impacto negativo desse comportamento na eficiência administrativa é significativo. A hesitação em adotar sistemas mais modernos e eficientes pode levar a atrasos na implementação de projetos, aumento dos custos e menor transparência nas contratações públicas.

Esta situação ilustra as dificuldades inerentes à implementação de reformas legislativas na administração pública, especialmente quando envolvem mudanças significativas nas práticas e procedimentos estabelecidos. A dualidade das leis vigentes não apenas confunde os administradores públicos, mas também pode impactar negativamente a eficiência e a transparência das contratações públicas. Uma abordagem mais estruturada e informada, juntamente com treinamentos e recursos adequados, é necessária para garantir uma transição mais eficaz e coesa para a nova legislação.

Enfim, a história das licitações no Brasil é marcada por uma evolução constante, em resposta às mudanças políticas, econômicas e sociais do país. As leis e regulamentos sobre licitações e contratos públicos foram sendo aprimorados ao longo do tempo, buscando sempre promover a transparência, a eficiência e a justa competição nas contratações públicas.

Então... por quê a as técnicas de hermenêutica daqueles que interpretam as leis de licitação no país, não acompanham a evolução, a modernização e a lógica do texto legal? Se não bastasse serem divergentes entre si, divergem inclusive da intenção legislativa.

Por qual razão os hermeneutas contemporâneos se esquecem que, suas interpretações do texto legal deve ir muito além da literalidade gramatical do texto legal, se valendo de critérios de lógica considerando o textual-interno e o sentido intrínseco do texto; do desenvolvimento histórico-evolutivo dos marcos legais que são dinâmicos e não estagnados pelo tempo e consideram as transformações temporais da sociedade; do arcabouço sistemático de regras onde um artigo de lei não deve ser entendido de forma isolada, mas em sincronia dentro do sistema jurídico; da forma teleológica pois cada norma tem em seu cerne valores como a exigência do bem comum, o ideal de justiça, a ética, a igualdade, a razoabilidade; e por fim, da forma sociológica, pois a aplicação da norma deve estender o seu sentido a relações nova, refletir e corresponder às necessidades reais e atuais da sociedade?

## DESENVOLVIMENTO

### A incontestável habilitação social e trabalhista

É fundamental destacar que a exigência de comprovação da regularidade fiscal para participar em licitações públicas tem sua base na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Essa premissa é explicitamente mencionada no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, no inciso IV do art. 27, no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.666 de 1993, e nas Leis nº 8.036 de 1990, nº 8.212 de 1991, e nº 9.012 de 1995.

Constituição Federal:

Art. 195 (...) § 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios<sup>16</sup>(Brasil, 1988).

Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 27 Para habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...) IV – regularidade fiscal e trabalhista;

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...) IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei <sup>17</sup> (Brasil, 1993).

Lei nº 8.036, de 1990:

Art. 27. A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações:

(...) a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município<sup>18</sup> ( Brasil, 1990).

Lei nº 8.212, de 1991:

Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I - da empresa:

a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele <sup>19</sup> (Brasil, 1991)

Lei nº 9.012, de 1995:

Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública <sup>20</sup> (Brasil, 1995).

Além disso, a recente Lei nº 14.133/2021, que estabelece normas para licitações e contratos da Administração Pública, também sublinha a importância da regularidade social e trabalhista. Especificamente, o inciso IV do art. 68 da Lei nº 14.133/2021 estipula que a

<sup>16</sup> BRASIL. 1988.

<sup>17</sup> BRASIL, 1993.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8036consol.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm)>.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 9.012, de 30 de março de 1995. Proíbe as instituições oficiais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9012.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9012.htm)>.



comprovação de regularidade com as obrigações com a Seguridade Social e o FGTS, é um requisito para a habilitação em procedimentos licitatórios.

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

(...) IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei <sup>21</sup> (Brasil, 2021).

Com relação à Seguridade Social e ao FGTS, a sua exigência é clara e incontestável, sendo confirmada pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça. “A regularidade junto ao INSS e ao FGTS é condição necessária a ser observada, inclusive nos casos de contratação direta”<sup>22</sup> ( Brasil, 2010).

LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS RODOVIÁRIAS EMERGENCIAIS NA BR-101/ES. TRECHO CONSTANTE DO ANEXO I DO PETSE. FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO APÓS O INÍCIO DAS OBRAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE JUNTO À SEGURIDADE SOCIAL. IRREGULARIDADES SANADAS. CIÊNCIA AO CONGRESSO NACIONAL. ARQUIVAMENTO.

1. A assinatura de instrumento de contrato posteriormente à autorização para o início da execução de obras públicas é impropriedade que permite a continuidade da obra, caso não comprovada a existência de prejuízo aos cofres públicos.
2. A contratação de empresa por dispensa de licitação, ainda que em obras de natureza emergencial, não dispensa a exigência de comprovação de regularidade daquela junto à Seguridade Social (Acórdão nº 1839/2006 – Plenário)

(...) cumpre consignar que a jurisprudência do TCU é ampla no sentido de exigir a comprovação da regularidade da empresa junto à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS nas contratações precedidas ou não de licitação, com fundamento na Constituição Federal, art. 195, § 3º, a exemplo da Decisão nº 841 - Plenário - TCU, e dos Acórdãos nº 67/2000 - Plenário, n. 102/1999 - Plenário, nº 197/2000 - Plenário, nº 536/2002 - Primeira Câmara, entre outros” (Acórdão nº 488/2004 – 1ª Câmara).

A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que ‘a pessoa em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios’ e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei nº 8.666, de 1993<sup>23</sup> ( Brasil, 2005).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666, de 1993, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.
2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, que dispõe ser ‘obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação’.
3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.
4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.

(...)

21 BRASIL, 2021.

22 BRASIL. Acórdão 1782/2010. Relator Ministro Raimundo Carreiro, TCU, Plenário, julgado em 14/07/2010, DJ de 21 jul. 2010.

23 BRASIL. REsp 633.432/MG. Relator Ministro Luiz Fuz, STJ, 1ª Turma, Julgado em 22/02/2005, 20 jun. 2005.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte". (RMS 24953 / CE, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 04/03/2008, DJ de 17/03/2008)<sup>24</sup> ( Brasil, 2008).

Importante mencionar que o § 1º do art. 32 da Lei nº 8.666 de 1993 permitia a dispensa de documentação em casos específicos como convite e leilão, buscando eficiência e desburocratização. No entanto, esta flexibilidade deve ser ponderada para não comprometer a segurança da Administração Pública.

Sobre o tema, Justen Filho (2016) assevera que:

(...) deve-se reconhecer que existem requisitos de habilitação cuja existência é facultativa e que poderão ser dispensados em alguns casos. Assim se passa, por exemplo, com a qualificação econômico-financeira e com a qualificação técnica, que não necessita ser examinada em algumas hipóteses. Em tais hipóteses, a dispensa da exigência da documentação é uma decorrência da ausência de exigência de requisitos da habilitação. Mas há alguns requisitos de habilitação cuja exigência é necessária em todos os casos. Assim se passa com a habilitação jurídica, com a comprovação da ausência de falência e com a regularidade para com a seguridade social. Esses requisitos devem ser exigidos ainda nas hipóteses referidas no art. 32, § 1º<sup>25</sup>.

Portanto, mesmo com as disposições da Lei nº 14.133/2021, a exigência de comprovação da regularidade fiscal perante a Seguridade Social e o FGTS permanece inalterada. Isso é evidenciado no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 27 da Lei nº 8.036 de 1990, uma posição também defendida pelo jurista Pereira Junior (2009):

Conquanto a lei consinta na dispensa de todos os documentos, pelo menos um não poderá dispensar a Administração: a prova da regularidade perante a seguridade social (art. 29, IV), porque a Constituição não distingue entre modalidades, espécies ou objetos quando proíbe o Poder Público de contratar pessoa jurídica em débito com a Previdência (art. 195, § 3º). A dispensa total da documentação é inconciliável com a ordem constitucional no concernente à prova da regularidade fiscal referente a débito previdenciário<sup>26</sup>.

Assim, a comprovação de regularidade fiscal é uma condição "*sine qua non*" para a contratação com o Poder Público, independentemente da modalidade de licitação ou contratação.

## Regularidade fiscal não se confunde com quitação de tributos

A Lei nº 7.711/1988 e o Decreto-lei nº 147/1967, estabelecem que:

Lei nº 7.711 de 1988

Art. 1º Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses:

(...)

II - habilitação e licitação promovida por órgão da administração federal direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União<sup>27</sup> (Brasil, 1988).

24 BRASIL. RMS 24953/CE. Relator Ministro Castro Meira, STJ, 2ª Turma, julgado em 04/03/2008, DJ de 17 mar. 2008.

25 JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

26 PEREIRA JÚNIOR, J. T. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

27 BRASIL. Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988. Dispõe sobre formas de melhoria da administração tributária e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7711.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7711.htm)>.

Decreto-lei nº 147, de 1967:

Art. 62. Em todos os casos em que a lei exigir a apresentação de provas de quitação de tributos federais, incluir-se-á, obrigatoriamente, dentre aquelas, a certidão negativa de inscrição de dívida ativa da União, fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional competente<sup>28</sup> (Brasil, 1967).

Entretanto, o inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993 exigiu a “**prova da regularidade**” para com as Fazendas Públicas. Em momento algum a lei exigiu, “quitação”, como exige o supracitado Decreto-lei, referente à Fazenda Nacional.

A doutrina afirma também que eventuais parcelamentos de débitos, é suficiente para que haja regularidade fiscal, mesmo sem haver a quitação total do débito.

Justen Filho (2016), sobre o assunto, afirma:

O art. 27 refere-se, de modo claro, à necessidade de o licitante evidenciar sua ‘regularidade fiscal’. Ao dispor sobre isso, o inciso III do art. 29 utilizou a expressão ‘regularidade em face da Fazenda Pública’. Extraíu-se das palavras contidas nesse dispositivo que não mais bastaria a regularidade fiscal e seria necessária a ausência de qualquer débito em face da Fazenda Pública. Ora, isso é ignorar a estrutura da Lei e a vontade legislativa. Se a intenção fosse exigir algo mais do que a regularidade fiscal, o art. 27 teria redação distinta. Deve-se ler o dispositivo tal como se estivesse redigido ‘prova da regularidade fiscal para com a Fazenda’<sup>29</sup>.

Também o Tribunal de Contas da União, diferentemente de entendimentos anteriores, corroborando os entendimentos doutrinários, posicionou-se no sentido de que a exigência da apresentação de certidão de quitação restringe a competitividade, deliberando que:

À Administração Pública não cabe exigir que empresas participantes de procedimento licitatório apresentem certidões de quitação de obrigações fiscais (Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, Dívida Ativa da União, FGTS e INSS), mas sim comprovação de regularidade junto a essas instituições:

8.1.determinar à Imprensa Nacional (...) que:

(...)

d) abstenha-se de exigir, como condição para habilitação em licitações, documentação de regularidade fiscal além daquela estabelecida pelo art. 29 da Lei nº 8.666/93, atentando para que não seja exigida prova de quitação com a fazenda pública, a seguridade ou o FGTS, mas sim de regularidade, conforme determina o dispositivo legal;

(...)

3.2 (...)

3.2.1 O art. 29 da Lei estabelece a documentação a ser exigida para a verificação da regularidade fiscal da licitante. O inciso III do citado normativo exige prova de regularidade junto à seguridade social. Conforme ensina o Prof. Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 3ª Edição, pg. 197): “A legislação anterior previa comprovação ‘de quitação’ com a Fazenda Pública. A prova que se exigirá doravante é a da ‘regularidade’ com o Fisco. A lei alude a ‘regularidade’, que pode abranger a exigência de débito consentido e sob o controle do credor. E, não, a quitação, que é a ausência de débito”.

3.2.2 Portanto, não há que se confundir regularidade com quitação. Sobre o assunto, cabe ainda transcrever observação feita por Carlos Pinto Coelho Mota, em seu livro Eficácia nas Licitações e Contratos (7ª Edição, pg. 180), ao comentar o art. 29: ‘Cumprir inicialmente desfazer um equívoco habitual: regularidade não é quitação. A documentação requerida pelo artigo atestará que o licitante atendeu às ‘exigên-

28 BRASIL. Decreto Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967. *Dá nova lei orgânica à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0147.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0147.htm)>.

29 JUSTEN FILHO, 2016.

cias do fisco', decorrentes de dispositivos legais, a seguir citados: art. 195, § 3º, da Constituição Federal; art. 193 do Código Tributário Nacional; art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990; art. 47 da Lei nº 8.212, de 1992'.

3.2.3 Dessa forma, não se pode exigir como condição de habilitação prova de quitação para com a fazenda, seguridade ou FGTS. O subitem 2.1.8 do edital além de exigir documentação não prevista na Lei, na prática estava exigindo das licitantes prova de quitação junto ao INSS.

3.2.4 Diante disso, e uma vez que o Decreto nº 2.173, de 1997 foi revogado, propomos que, oportunamente, seja determinado ao Órgão não exigir, como condição para habilitação em licitações, documentação de regularidade fiscal além daquela estabelecida pelo art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993. E que não seja exigida prova de quitação com a fazenda pública, a seguridade ou o FGTS, mas sim de regularidade, conforme determina o dispositivo legal<sup>30</sup> (Brasil, 2002).

## A fundamental e indispensável comprovação de habilitação fiscal

A fase de habilitação em licitações é crucial para avaliar a adequação e a capacidade de um potencial contratado em cumprir as obrigações futuras com a Administração Pública. Como explica Jessé Torres Pereira Júnior<sup>31</sup> (Pereira Júnior, 2009), essa etapa deve envolver exigências que reflitam a complexidade e especificidade do serviço a ser licitado, assegurando que o licitante possa realizar o trabalho de forma eficaz e fiel, conforme estipulado em contrato.

Essa etapa não é um excesso de zelo ou rigor por parte da Administração Pública, mas sim uma adesão necessária à política de estrita legalidade, limitando-se a ações expressamente autorizadas por lei. É durante a habilitação que se avalia a competência do licitante para um contrato futuro. A não habilitação resulta na exclusão do licitante da etapa de julgamento das propostas nas licitações com inversão de fase ou desclassifica a licitante, servindo também como um critério de avaliação para o contrato em si, que é o objetivo final da licitação.

A regularidade fiscal é uma exigência fundamental. O Estado deve evitar contratos com entidades inadimplentes em suas obrigações fiscais. A regularidade fiscal alinha-se ao princípio da isonomia. Aqueles que cumprem suas obrigações fiscais não podem competir em igualdade de condições com os que evadem impostos, já que estes últimos podem oferecer preços mais baixos ao não incluírem os custos tributários.

Entretanto, não se pode considerar a coerção ao pagamento de dívidas tributárias através de processos de licitação, o que seria um desvio de poder. O entendimento é claro quanto à proibição de métodos indiretos de cobrança de tributos. O Supremo Tribunal Federal solidificou este ponto de vista em três súmulas, cujo entendimento majoritário emanado sobre casos semelhantes, aos quais, ao apreciar reiteradas vezes, chegou sempre a mesma decisão:

Súmula nº 70: Não se pode fechar estabelecimentos como forma de forçar o pagamento de tributos<sup>32</sup> ( STF, 1963).

Súmula nº 323: É inaceitável apreender mercadorias para pressionar pelo pagamento de tributos<sup>33</sup> ( STF, 1963)

Súmula nº 547: Autoridades não podem impedir que contribuintes inadimplentes

30 BRASIL. Acórdão 792/2002. Relator Ministro Augusto Sherman, TCU, 1ª Câmara, 19 nov. 2002.

31 PEREIRA JÚNIOR, 2009.

32 Súmula 70 do Supremo Tribunal Federal.

33 Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.

comprem selos fiscais, despachem mercadorias em alfândegas ou exerçam atividades profissionais<sup>34</sup> ( STF, 1969).

O STF entende que proibir uma pessoa jurídica com débitos tributários de contratar com o Poder Público não deve levar ao bloqueio total de suas atividades empresariais. Tal restrição violaria a garantia do livre exercício profissional e os princípios da atividade econômica estabelecidos nos artigos 5º, XIII, e 170 da Constituição Federal. Além disso, o Estado tem meios adequados de recuperar créditos tributários, como previsto na Lei nº 6.830<sup>35</sup> ( Brasil, 1980).

Nesse ponto, Justen Filho (2016) pondera:

A exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais. Rigorosamente, poderia tratar-se de meio indireto de dívidas, o que poria em questão a constitucionalidade das exigências. Observe-se que o STF tem jurisprudência firme, no sentido de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais. Deve admitir-se, porém, a possibilidade de o ente público recusar contratação com sujeito que se encontre em situação de dívida perante ele. A exigência da Lei, no caso de licitação, não é inconstitucional. A própria Constituição alude a uma modalidade de regularidade fiscal para fins de contratação com a Administração Pública (art. 195, § 3º). E o próprio STF reconheceu a inconstitucionalidade apenas quando houvesse impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. A simples limitação, tal como proibição de contratar com instituições financeiras governamentais, foi reconhecida como válida. Sob essa óptica, a proibição de contratar com a Administração Pública não configura impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial<sup>36</sup>.

## Diferentes entendimentos sobre a comprovação de regularidade fiscal

A intrincada natureza deste assunto demanda uma comparação cuidadosa entre as orientações do inciso III do artigo 29 da Lei nº 8.666 de 1993, do inciso XIII do art. 4º da Lei 10.520 de 2002, do inciso V do art. 40 do Decreto 10.024 de 2019, do inciso III do artigo 68 da Lei nº 14.133 de 2021 e o artigo 193 do Código Tributário Nacional.

O art. 193 do Código Tributário Nacional prescreve que:

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre<sup>37</sup> ( Brasil, 1966).

O inciso III do art. 29 da Lei 8.666/1993 prescreve que:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

(...)

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei<sup>38</sup> ( Brasil, 1993).

O inciso XIII do art. 4º da Lei 10.520/2002 prevê:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados

<sup>34</sup> Súmula 547 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm)>.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, 2016.

<sup>37</sup> Código Nacional Tributário, 1966.

<sup>38</sup> BRASIL, 1993.



e observará as seguintes regras:  
(...)

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

O inciso V do art. 40 do Decreto 10.024/2019 determina:

Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:  
(...)  
V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário.

E finalmente o inciso III do art. 68 da Lei 14.133/2021:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:  
(...)  
III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;<sup>39</sup> ( Brasil, 2021).

É fundamental notar que, apesar da decisão do TCU indicar a necessidade de comprovação da regularidade fiscal conforme o inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993, existe um precedente relevante que demonstra que a Corte de Contas da União não firmou um entendimento uniforme quanto à obrigatoriedade da apresentação de certidões de regularidade fiscal junto às Fazendas Nacional, Estadual e Municipal.

O Acórdão nº 488/2004 – 1ª Câmara destaca:

[...] não existe um consenso jurisprudencial sobre a necessidade de comprovação da regularidade junto às Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, e o precedente citado pela unidade técnica, Acórdão nº 714/2000 - Segunda Câmara, é específico quanto à regularidade relativa ao FGTS e INSS. Não há evidências nos autos que a comprovação de regularidade com o FGTS e INSS não tenha sido exigida, tendo a representação focado especificamente na situação irregular da empresa BAH junto à Fazenda Estadual, devido à falta de exigência de documentação comprobatória pela Prefeitura<sup>40</sup> ( Brasil, 2004).

Portanto, o assunto está longe de ser um consenso na doutrina e na jurisprudência. Apesar do limitado material doutrinário, percebe-se algumas divergências interpretativas.

Uma corrente defende que se deve exigir comprovação de regularidade fiscal junto a todas as Fazendas Públicas. O STJ emitiu uma decisão que corrobora essa visão: "(...) A Lei de Licitações exige comprovação de regularidade fiscal perante as fazendas Federal, Estadual e Municipal, independente da atividade do licitante. Recurso especial provido. Decisão unânime"<sup>41</sup> ( Brasil, 2001).

Outra vertente argumenta que a comprovação de regularidade fiscal deve se restringir aos tributos relacionados à atividade do interessado em contratar com a Administração.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes cita um caso do Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF (Processo nº 2.479/97), que abordou a aparente divergência entre o inciso

<sup>39</sup> BRASIL, 2021.

<sup>40</sup> BRASIL. Acórdão 488/2004. Relator Ministro Benjamin Zymler, TCU, 2ª Câmara, 01 abr. 2004.

<sup>41</sup> BRASIL. REsp 138745/RS. Relator Ministro Franciulli Netto, STJ, 2ª Turma, julgado em 05/04/2001, 25 jun. 2001.

III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993, e o art. 193 do Código Tributário Nacional, concluindo pela necessidade de comprovar a regularidade fiscal conforme o ramo de atividade do interessado.

Adotada a literalidade do comando normativo da Lei de Licitações, os licitantes deverão apresentar o elenco de certidões, variáveis em número, segundo o domicílio da empresa.

Aliás, é o que a maioria dos órgãos da Administração Pública tem, mecanicamente, feito, transcrevendo ao art. 29, III, precitado, e deixando para a Comissão de Licitação a árdua tarefa burocrática, exercida sob a pressão das circunstâncias, em definir no caso, quantas e quais são as certidões que devem ou não ser exigidas para atender ao comando legal.

Burocratiza-se o processo, afastam-se bons licitantes e dificulta-se a obtenção da proposta mais vantajosa.

Mais do que isso, abala-se o alicerce da isonomia, pois desigualar-se-á os licitantes. Explica-se, exemplificando: se numa licitação para conservação e limpeza comparecem duas empresas, entre outras, uma de grande porte, que ocasionalmente está em débito com o IPTU, de sua sede própria; outra, recém criada, que não possui imóvel ou bens. A segunda pode participar da licitação, porque está em situação regular perante todos os fiscos; a primeira, não.

Agora, impõe-se questionar: qual a relevância da regularidade com o IPTU, para a contratação? Absolutamente nenhuma.

O bom hermeneuta deve considerar a finalidade da norma, a parcela da sociedade a que se dirige e o ordenamento jurídico em que se insere. Nesse sentido, a relação dos órgãos públicos que promovem a licitação com o fisco, ficou delimitada no art. 55, § 3º, da própria Lei nº 8.666, de 1993, não se podendo pretender que o processo licitatório sirva de pretexto para se fazer a verificação geral de todos - que não são poucos - os tributos.

(...)

O próprio direito positivo oferece solução de profunda densidade lógica, na medida em que se coordena o art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993 - norma geral, Lei Ordinária, com o art. 193 do CTN, norma específica, com força de Lei Complementar: só devem ser exigidas as provas de regularidade com os tributos que incidam sobre a atividade a ser contratada.

No caso exemplificado, exigir-se-á tão somente:

- prova de regularidade com a seguridade social - art. 193, § 5º da Constituição Federal - conforme Decisão 705/94, publicada no DOU de 06/12/94, p. 18.613;
- prova de regularidade com o Imposto de Renda - IR;
- prova de regularidade com o Imposto sobre Serviços - ISS.

Por esse motivo a Decisão do TCDF é extremamente relevante, ao impor seja elencada restritivamente a exigência de regularidade fiscal, colocando paradeiro na formidável exigência obstrutiva à participação nas licitações<sup>42</sup> ( Jacoby Fernandes, 2008).

André Guskow Cardoso refere-se a uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que ressalta a incoerência da exigência de regularidade fiscal em relação ao ITBI quando não relacionada ao objeto da licitação. (Apelação Cível 323.531.5/7-00, Quarta Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Rui Stocco, julgado em 09/11/2009)<sup>43</sup> ( Cardoso, 2010).

Uma terceira visão sustenta que a comprovação de regularidade fiscal deve ser feita apenas em relação à Fazenda Pública que realiza a licitação.

O TCU, citando Marçal Justen Filho, considerou que a exigência de regularidade fiscal deve se limitar ao ente federativo promotor da licitação, rejeitando a interpretação de sua equipe de auditoria de que tal comprovação deve ser feita perante todas as Fazendas Públicas.

42 JACOBY FERNANDES, J. U. *Licitações com Menos Burocracia*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19295/18859>>.

43 CARDOSO, A. G. *Os limites às exigências de regularidade fiscal em licitações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, janeiro 2010.

Data vênua, a posição da equipe do TCU de exigir prova de regularidade federal, estadual e municipal não condiz com a doutrina e jurisprudência dominantes. O ilustre Marçal Justen Filho na obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª Edição, fls. 307, ao tratar do assunto em questão assevera que:

‘Somente é possível reconhecer como indispensável a regularidade fiscal em face do ente federativo que promove a licitação. Poderia defender-se que a licitação é uma excelente oportunidade para constranger alguém a pagar tributos. Esse argumento caracterizaria desvio de poder e invalidade da atividade pública’.

Nesta seara, estamos diante de uma questão de interpretação de uma norma jurídica, tendo a Comissão fundamentada a decisão de exigir a regularidade fiscal apenas municipal por ter consultado o livro acima descrito e ter certeza dessa possibilidade<sup>44</sup> (Brasil, 2007).

No Acórdão 2185/2020 – Plenário, o TCU decidiu:

(...)

6. Assim consta o citado dispositivo da Lei Geral de Licitações:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...)

II - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

7. De fato, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que o rol das exigências constantes dos artigos 27 a 31 da Lei 8666/1993 é exaustivo, o que significa dizer que não se pode exigir nada que ali não esteja contido, mas não necessariamente há de se exigir tudo o que lá consta. Isto é, não pode se exigir mais, mas pode se exigir menos. Essa conclusão pode ser extraída do caput do artigo 27 da Lei 8666/1993, ao dispor que ‘Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:’, combinado com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que, ao tratar das licitações públicas, dispõe que as exigências habilitatórias devem ser as mínimas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

8. Apesar de existir uma certa polêmica envolvendo a questão, não nos parece ser obrigatória a exigência de regularidade fiscal com as três esferas, pelos motivos expostos a seguir.

9. Inicialmente, o próprio supracitado artigo 29 da Lei 8666/1993 pode levar a essa conclusão, ao estabelecer a exigência de prova de regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal conforme o caso. A Lei 10.520/2002 é um pouco mais clara:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso...

10. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, possui entendimentos nesse mesmo sentido:

4.4 que as exigências de regularidade fiscal nos certames licitatórios atenuam-se ao que dispõe o art. 29 da Lei 8.666/93, e que essas exigências não sejam excessivas para não se confundirem com instrumento indireto de cobrança de tributos e créditos fiscais, o que configuraria desvio de poder, e também para não restringirem o caráter competitivo da licitação (Acórdão 4/2006-TCU-Segunda Câmara - Relator Ministro Ubiratan Aguiar)<sup>45</sup> (Brasil, 2020).

Marçal Justen Filho também observa que a comprovação deve ser pertinente à atividade relacionada ao objeto da licitação, não sendo necessário comprovar a regularidade fiscal em todos os tributos possíveis.

A existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da ‘Fazenda’ (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se

44 BRASIL. Acórdão 2295/2007. Relator Ministro Benjamin Zymler, TCU, 2ª Câmara, 28 ago. 2007.

45 BRASIL. Acórdão 2185/2020. Relator Ministro Raimundo Carreiro, TCU, Plenário, julgado em 19/08/2020, 19 ago. 2020.



em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.

(...)

Portanto, não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, serviços ou compras – comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou a taxa de polícia para a CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado (Justen Filho, 2016).

Hugo de Brito Machado também compartilha dessa visão, limitando a exigência de regularidade fiscal aos tributos relacionados à atividade em questão e à pessoa jurídica contratante. “E somente aqueles tributos devidos à pessoa jurídica contratante, ou que está a promover a concorrência. Não abrange, pois, tributos devidos a outras pessoas jurídicas de Direito Público”<sup>46</sup> (Machado, 2002).

O STJ também já se manifestou nessa direção:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE REGULARIDADE FISCAL DA FILIAL DA EMPRESA PERANTE A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 29, III, DA LEI 8.666, DE 1993. NÃO-OCORRÊNCIA. DOCTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Divisão de Preparo de Licitações da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro/RJ, pleiteando, em síntese, afastar exigência prevista no edital de licitação – Concorrência Pública nº 01/2002, destinada à aquisição de cimento asfáltico de petróleo – concernente à regularidade fiscal imobiliária da filial perante a municipalidade, sob o argumento de que a Lei nº 8.666, de 1993 somente exige a respectiva certidão do domicílio ou sede da empresa.

2. A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei nº 8.666, de 1993.

3. ‘Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal’. (REsp 900.604/RN, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16/4/2007).

4. Isentar a recorrente de comprovar sua regularidade fiscal perante o município que promove a licitação viola o princípio da isonomia (Lei nº 8.666, de 1993, art. 3º), pois estar-se-ia privilegiando os licitantes irregulares em detrimento dos concorrentes regulares.

5. Recurso especial desprovido <sup>47</sup> (Brasil, 2007).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fundamental reconhecer que a validação da regularidade fiscal deve estar alinhada ao princípio estabelecido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Este princípio assegura que os requisitos para habilitação em licitações devem ser minimizados.

Os incisos IV do art. 27 e III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993, que determinavam a necessidade de “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”, devem

<sup>46</sup> MACHADO, H. D. B. *A Exigência de Certidões Negativas*. Jus Navigandi, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2559>>.

<sup>47</sup> BRASIL. REsp 809626/RJ. Ministra Denise Arruda, STJ, 1ª Turma, julgado em 23/10/2007, 19 nov. 2007.

ser interpretados sob essa diretriz constitucional.

Portanto, considerando que a Constituição Federal preconiza a mínima exigência possível para a habilitação, parece lógico interpretar que a obrigatoriedade da regularidade fiscal deve seguir essa orientação. Assim, essa comprovação deveria ser necessária somente perante a entidade jurídica contratante, fomentando a competitividade no processo licitatório e atendendo ao interesse público.

Vale destacar que as Fazendas Públicas, seja a Nacional, Estaduais, Municipais ou do Distrito Federal, dispõem de meios eficientes para recuperar seus créditos tributários, conforme estipulado na Lei nº 6.830, de 1980. Portanto, não parece razoável que a União, ao seguir a Lei, exija o cumprimento de obrigações tributárias que competem a outros entes federativos, conforme disposto nos arts. 155 e 156 da Constituição Federal.

Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência sumulada do STF e em precedentes do TCU, os quais afirmam que a proibição legal de uma pessoa jurídica, com débitos tributários, de contratar com o Poder Público, não deve resultar na interrupção total de suas atividades empresariais. Nesse contexto, a exigência de regularidade fiscal em relação a outros entes federativos representaria uma forma indireta de sancionar a infração tributária, exceto se tal exigência se referir exclusivamente aos tributos da entidade contratante.

Além disso, o inciso II do art. 29 da Lei nº 8.666/1993 ou o inciso II do artigo 68 da Lei nº 14.133/2021, ao exigir prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, vincula tal requisito ao domicílio ou sede do licitante, relacionado ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.

Logo, a interpretação dos incisos III's de ambos os artigos de lei supracitados, que abordam a regularidade fiscal, devem ser coadunadas com os incisos II's dos mesmos artigos, dada a sua colocação conjunta no texto legal. Portanto, a comprovação da regularidade fiscal deve ser realizada em relação à Fazenda Pública contratante e estar vinculada ao ramo de atividade do licitante.

A interpretação de Marçal Justen Filho sobre este tema é particularmente relevante:

A única interpretação razoável para a fórmula verbal adotada pela Lei do Pregão reside em vincular a exigência à órbita federativa que promove a licitação. Ou seja, se a União promover o pregão, não será o caso de exigir comprovação de regularidade fiscal perante o Estado, Distrito Federal e Município, eis que não são eles interessados no certame <sup>48</sup> (Justen Filho, 2016).

E o eminente doutrinador ainda afirma que:

Em se reconhecendo que a temática sobre requisitos de habilitação apresenta natureza idêntica no pregão e em todas as demais modalidades licitatórias, surgem novas luzes sobre o tema examinado. Se a norma contida na Lei nº 10.520, de 2002 não é especialmente relacionada com o pregão, então apresenta natureza de norma geral quanto a toda e qualquer licitação. Assim sendo, ter-se-ia de convir que, nos termos dos princípios da posteridade, a norma da Lei nº 10.520, de 2002 teria alterado o regime jurídico genérico de toda e qualquer licitação (...) portanto, pode-se concluir que a Lei nº 10.520, de 2002 introduziu inovação significativa, aplicável a todas as modalidades licitatórias, consistente na restrição à amplitude das exigências quanto à regularidade fiscal<sup>49</sup> (Justen Filho, 2016).

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, 2016.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, 2016.

A Lei 14.133/2021, tentando acalmar os anos de discórdia sobre este tema, introduziu uma mudança sutil, mas potencialmente significativa, na redação do inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666/93.

A inserção da barra “/” e da conjunção alternativa “ou” no texto legal do inciso na nova lei pode parecer uma solução simplista para um problema complexo. Esta redação mínima abre espaço para interpretações que podem ou não resolver os debates em torno da regularidade fiscal. Por um lado, a ambiguidade introduzida pela palavra “ou” sugere uma flexibilidade na exigência de regularidade fiscal, potencialmente alinhando-se com o princípio constitucional de minimizar exigências de habilitação. Por outro lado, a falta de clareza pode continuar a gerar incertezas, mantendo viva a discórdia em torno da interpretação correta.

Essa tentativa de harmonização, embora represente um passo na direção de uma regulamentação mais clara, destaca a dificuldade de equilibrar a necessidade de simplicidade e precisão na legislação. A decisão de incluir uma simples conjunção alternativa na Lei 14.133/2021 reflete um desafio contínuo no direito administrativo: como redigir leis que sejam ao mesmo tempo claras, abrangentes e capazes de acomodar as complexidades da realidade prática.

E assim como na simplicidade da conjunção aditiva “e” inserida no texto do inciso III do artigo 29 da Lei 8.666/2023, que intentava deixar claro que a regularidade fiscal com as fazendas era necessária apenas daquelas interessadas na licitação ou em caso de repasse de verba:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:  
(...)  
III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante ou outra equivalente, na forma da lei;  
(...)<sup>50</sup> ( Brasil, 1993).

O inciso III do artigo 68 da Lei 14.133/2021, atualizando o texto legal e intentando corrigir divergências interpretativas, utilizou-se da mesma simplicidade.

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:  
(...)  
III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual **e/ou** municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei.  
(...)<sup>51</sup> ( Brasil, 2021).

Será mesmo tão simples assim?

<sup>50</sup> BRASIL, 1993.

<sup>51</sup> BRASIL, 2021.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824, 1824**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas., 1862. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, 1891**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o Código de Contabilidade da União, 1922. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>>.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, 1934**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional, 1966. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967**. Dá nova lei orgânica à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 1967. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0147.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0147.htm)>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências., 1967. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968**. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200/1967, 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l5456.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5456.htm)>.

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

BRASIL. **Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988**. Dispõe sobre formas de melhoria da administração tributária e dá outras providências, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7711.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7711.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências, 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8036consol.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências, 1991. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública, Brasília, Presidência da República, 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 9.012, de 30 de março de 1995**. Proíbe as instituições oficiais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS, 1995. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9012.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9012.htm)>.

BRASIL. REsp 138745/RS. Relator Ministro Franciulli Netto, STJ, 2ª Turma, julgado em 05/04/2001, 25 jun. 2001.

BRASIL. Acórdão 792/2002. Relator Ministro Augusto Sherman, TCU, 1ª Câmara, 19 nov. 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Licitação na Modalidade Pregão, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>.

BRASIL. Acórdão 488/2004. Relator Ministro Benjamin Zymler, TCU, 2ª Câmara, 01 abr. 2004.

BRASIL. REsp 633.432/MG. Relator Ministro Luiz Fux, STJ, 1ª Turma, julgado em 22/02/2005, 20 jun. 2005.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>.

BRASIL. Acórdão 2295/2007. Relator Ministro Benjamin Zymler, TCU, 2ª Câmara, 28 ago. 2007.

BRASIL. REsp 809626/RJ. Ministra Denise Arruda, STJ, 1ª Turma, julgado em 23/10/2007, 19 nov. 2007.

BRASIL. RMS 24953/CE. Relator Ministro Castro Meira, STJ, 2ª Turma, julgado em 04/03/2008, DJ de 17 mar. 2008.

BRASIL. Acórdão 1782/2010. Relator Ministro Raimundo Carreiro, TCU, Plenário, julgado em 14/07/2010, 21 jul. 2010.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462compilado.htm)>.

BRASIL. **Decreto Lei nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Pregão na forma eletrônica, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm)>.

BRASIL. Acórdão 2185/2020. Relator Ministro Raimundo Carreiro, TCU, Plenário, julgado em 19/08/2020, 19 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Brasília, Presidência da República, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>.

BRASIL. **Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023**. (.) e altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)., 2023. Disponível em: <<https://>

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp198.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp198.htm).

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm)>.

CARDOSO, A. G. **Os limites às exigências de regularidade fiscal em licitações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, janeiro 2010.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Licitações com Menos Burocracia**, 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19295/18859>>.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17<sup>o</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, H. D. B. **A Exigência de Certidões Negativas**. Jus Navigandi, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2559>>.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

STF. Súmula 323. **É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos., 1963**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula323/false>>.

STF. Súmula 70. **É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo., 1963**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula70/false>>.

STF. Súmula 547. **Autoridades não podem impedir que contribuintes inadimplentes comprem selos fiscais, despachem mercadorias em alfândegas ou exerçam atividades profissionais, 1969**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula547/false>>.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CORRÊA, R.; SILVA, A. C. D. A. D. D. **Licitações & Contratos Administrativos**. 27<sup>a</sup>. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2022.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Vade-Mécum de Licitações e Contratos**. 6<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. Coleção Jacoby de Direito Público.

MEIRELES, H. L. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

NEVES, M. **Extensão da Exigência de Regularidade Fiscal da fase de habilitação do procedimento licitatório**. Instituto de Brasileiro de Direito Público, Salvador, abril/maio/junho 2008.

NIEBUHR, J. D. M. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 6<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

RIBEIRO, T. J. R. **Artigo Jurídico Jus Navigandi**. Licitação da União e regularidade fiscal

perante Estados e Municípios, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22286/licitacao-promovida-pela-uniao-desnecessidade-de-comprovacao-da-regularidade-fiscal-perante-os-estados-e-municipios>>.

SUNFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

ZÊNITE, E. T. **Artigo Jurídico Zênite**. TCU - abrangência da regularidade fiscal, 2020. Disponível em: <<https://zenite.blog.br/tcu-abrangencia-da-regularidade-fiscal/>>.

# Influências da filosofia da linguagem no juspositivismo – e os desafios deixados para a prática judicial

## *Influences of the philosophy of language on juspositivism – and the challenges left for judicial practice*

Ana Marcia Simoes Etienne Arreguy

*Faculdade de Direito do Sul de Minas*

### RESUMO

O presente estudo faz uma pesquisa sobre as relações entre a teoria do direito e a filosofia da linguagem através dos paradigmas filosóficos que sustentaram a epistemologia jurídica ao longo dos Séculos. Aponta-se como a linguagem serviu de ferramenta de busca da verdade e justificação do Direito, desde a filosofia platônica-aristotélica, na qual se encontrava na essência das coisas, passando, na modernidade, com filósofos como Descartes e Hobbes para busca da verdade a partir da razão humana, por meio de métodos científicos de inspiração fisicista. Chegando ao Século XX, exploraremos o modo como o movimento denominado giro-linguístico influenciou dois principais teóricos do positivismo jurídico, Hans Kelsen e Herbert Hart, marcando fortemente a teoria do direito atual, que se mostrou insuficiente no que diz respeito a teoria da decisão judicial, em face da sua desvinculação moral por compreender a impossibilidade de sua apreensão científica. Através do método fenomenológico hermenêutico pretendemos expor o modo como os positivistas, a partir dos estágios então alcançados pela filosofia da linguagem, renderam-se à discricionariedade jurídica, diante da ausência de um método capaz de lidar com a razão prática, deixando desafios para a teoria jurídica que esperam ser superados.

**Palavras-chave:** teoria do Direito; filosofia da linguagem; positivismo jurídico; discricionariedade judicial; crítica hermenêutica do direito.





## ABSTRACT

This study researches the relationship between the theory of law and the philosophy of language through the philosophical paradigms that have supported legal epistemology over the centuries. It is pointed out how language served as a tool for searching for truth and justifying Law, from Platonic-Aristotelian philosophy, in which it was found in the essence of things, to modernity, with philosophers such as Descartes and Hobbes in search of truth starting from human reason, through scientific methods of physicalist inspiration. Arriving in the 20th century, we will explore how the movement called gyro-linguistic influenced two main theorists of legal positivism, Hans Kelsen and Herbert Hart, strongly marking the current theory of law, which proved to be insufficient with regard to the theory of judicial decision, in the face of his moral disengagement due to understanding the impossibility of his scientific appreciation. Through the hermeneutic phenomenological method, we intend to expose the way in which positivists, based on the stages then reached by the philosophy of language, surrendered to legal discretion, given the absence of a method capable of dealing with practical reason, leaving challenges for theory legal issues that hope to be overcome.

**Keywords:** theory of law; philosophy of language; legal positivism; judicial discretionary; hermeneutic criticism of law.

## INTRODUÇÃO

Num mundo de pós-modernidade o onde a pluralidade e o multiculturalismo preponderam nas sociedades, torna-se cada vez mais desafiador construir uma teoria do direito que possa garantir decisões justas que se demonstrem válidas e aceitáveis para os vários grupos sociais, em especial em face das várias linguagens compartilhadas, tornado mais sensível o problema sempre tormentoso, mas necessária relação entre direito e moral, e da legitimidade das decisões judiciais.

Prova da complexidade e ancestralidade do dilema, numa perspectiva histórica, é a tragédia grega Antígona, de Sófocles, datada de 441 A.C. na qual a personagem que dá nome à peça recusa-se a cumprir a lei que a proibia de realizar as cerimônias fúnebres sobre o corpo de seu irmão, que era motivo de grande indignação e sentimento de injustiça para Antígona e sua família.. Sófocles nos apresenta a dicotomia entre a lei dos homens e a lei de Deus, justiça e legalidade, vigência e a validade do Direito, denunciando a indiscutível importância do conteúdo moral para a teoria do direito.

Durante o período medieval, o direito foi guiado pelo direito natural, revelado ao soberano por Deus e justificável pela essência das coisas. A moral no entanto, a partir do novo paradigma filosófico Modernidade e do abandono das teorias jusnaturalistas pelas sociedades constituídas, passou a ser colocada fora das teorias jurídicas que surgiram.

Buscaremos investigar de que modo a teoria do Direito se relaciona com a linguagem e a filosofia, em busca de um fundamento de verdade e validade, se desenvolvendo desde a Grécia antiga onde se funda o jusnaturalismo, sobre fundamento de verdade contido na essência das coisas, de origem platônica-aristotélica e a discussão entre naturalismo e nominalismo já tratada com os sofistas.

Nossa proposta será explorar a possibilidade de que as teorias juspositivistas por com a pretensão de oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para a produção de conhecimento científico, apostaram em uma racionalidade teórica que pudesse compreender o fenômeno jurídico de modo objetivo, e assim, acabaram por se afastar do estudo e exploração da importância do contexto prático que de sua aplicação no caso concreto e assim, do sentido filosófico e moral de suas práticas.

Em seguida, através de pesquisas bibliográficas especialmente centradas em Lênio Streck e Manfredo Oliveira, buscamos estabelecer relações entre o rumo que tomou a Teoria do direito e as novas descobertas sobre o papel da linguagem na teoria do conhecimento, que tiveram início a partir de fins do Séc. XVIII em especial, a partir do Século XIX com os avanços proporcionados por Wittgenstein e John Austin, com um rompimento paradigmático da concepção da verdade, através do chamado giro -linguístico, que rompe definitivamente com a filosofia da consciência (Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2009, p. 173), indicando para um novo locus da verdade para a fundamentação da ciência.

A partir destas premissas, buscaremos esclarecer de que forma esses novos movimentos filosóficos e linguísticos alcançam dois dos principais teóricos do positivismo jurídico do Séc. XX, Hans Kelsen de tradição continental europeia e Hebert Hart, por sua vez de tradição analítica anglo-saxã, implicando em opções sistemáticas que moldaram a teoria do Direito que praticamos até hoje.

Buscaremos analisar de que maneira Kelsen foi fortemente influenciado pelo Círculo de Viena e o chamado Wittgenstein I assim como Hart se mostrou fortemente influenciado por John Austin e Wittgenstein II, no campo da linguagem, sendo que ambos no entanto, acabaram por ceder à razão prática e à pragmática do discurso, entregando a decisão à discricionariedade do julgado, por não encontrar soluções no campo da linguagem lógico-discursiva, que não alcança a razão prática, evidenciando as insuficiências do positivismo jurídico para uma teoria da decisão no Direito.

A partir desse quadro de aporia ainda vigente no cenário jurídico brasileiro, será apontado, através do método hermenêutico-fenomenológico a necessidade de superação do antigo paradigma da filosofia da consciência em direção à filosofia da linguagem, superando a discricionariedade judicial, e seus consequentes decisionismos e arbitrariedades, buscando superar os limites em busca de decisões mais justas e previsíveis, contribuindo para que a teoria do Direito possa se aperfeiçoar em especial no que diz respeito à decisão jurídica e à prática judicial, no rumo de uma efetiva concretização do projeto democrático constitucional com o qual nos encontramos comprometidos.

## **A TEORIA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A FILOSOFIA DA LINGUAGEM**

O jusnaturalismo como primeira teoria do direito, foi herdeiro das teorias platônicas que dominaram a cultura civilizatória ocidental e teve como fundamento de verdade, a essência que poderia ser abstraída da natureza das coisas, que seriam conhecidas a partir de um suposto conhecimento metafísico.

Desde a Grécia antiga, a busca por uma teoria que pudesse alcançar a verdade das coisas teve como cenário o embate estabelecido entre os filósofos e os sofistas sobre seu perigoso e persuasivo discurso que, se mostrava indiferente à verdade (Oliveira, 1996), utilizando-se de uma linguagem argumentativa que buscava se afastar de conceitos estabelecidos em sociedade, negando os significados constituídos, na intenção de desestabilizar a pólis. É o início do que se entende por nominalismo ou conceitualismo.

Ainda no séc. IV a.C., em sua obra “*Crátilo*”, Sócrates apresenta a obra de Platão que tratava sobre a justeza dos nomes, numa discussão travada entre as personagens Hermógenes e Crátilo, onde o primeiro representava os sofistas e o segundo que representava Heráclito – filósofo grego pré-socrático, sobre o porquê do nome dado a cada coisa. São contrapostas duas teses: a tese defendida por Hermógenes, que defendia a existência de uma essência que determinava o nome de cada coisa, e a tese de Heráclito, para qual não haveria qualquer ligação entre a coisa e o seu nome, sendo cada nome definido de maneira arbitrária e convencional entre os próprios homens.

A discussão marcou que reflete a oposição entre os naturalistas e os convencionalistas ou nominalistas, marca toda a filosofia da nossa cultura até a modernidade, na qual a essência (*eidós*) da verdade das coisas, e portanto também da justiça e julgamentos morais, se encontrariam num mundo metafísico fora da experiência. A linguagem e o discurso exercem um papel secundário, sendo que todo conhecimento se dá à margem das palavras e apenas se expõe por palavras.

Aristóteles, segue nas reflexões sobre a linguagem, concebendo em sua obra “*Metafísica*”, procurou elaborar uma teoria da significação, onde por um lado separa a linguagem e ser e por outro procura traçar uma relação entre eles (Oliveira, 1996, p. 27), mantendo a referência à essência contida em cada coisa. A linguagem não manifesta, mas significa a essência das coisas sendo que a permanência dessa essência é o motivo do sentido das palavras.

No entanto, é a partir de Renè Decartes, já no Sec. XVII, em especial em seu “*Discurso sobre o Método*” que ocorre uma mudança paradigmática na filosofia e nas ciências, tornando o método científico como necessário instrumento de busca pela verdade. Para isso se precisa de um ponto de partida para suas investigações, que encontra na dúvida cartesiana. Decartes encontra no pensamento pensante, a mais certa das verdades, trazendo assim a racionalidade humana, para o centro e a base para a construção de todo o conhecimento.

Para a teoria do Direito, as consequências desse novo paradigma filosófico que passa dominar a epistemologia jurídica assumem maior relevância a partir de Thomas Hobbes que dá os primeiros passos em direção ao positivismo jurídico, quando ao trazer o fundamento de verdade da lei, que antes se encontrava nas essências (*lex naturalis*), para o direito criado pelos homens (*jus naturalis*), instala uma relação íntima e indissociável entre Direito e linguagem e com o convencionalismo. Fica clara a passagem de uma teoria naturalista, para uma nova teoria convencionalista, na qual o direito passa a estar sob a disposição do soberano

A teoria do direito adota, portanto, a partir desse primeiro momento, um método

científico descritivo que nega a objetividade de valores morais que não possam ser verificados pela avaliação empírica. Como ciência do Direito comprometida com o afastamento da metafísica e dos dogmas de direito natural, o juspositivismo assume estreita relação com a linguagem, que se torna um elemento de máxima importância para a sua constituição.

Os conhecimentos na área da linguagem, no entanto mais tarde, evidenciaram os seus problemas ao se acreditar numa possibilidade de ciência exata, rígida ou imutável.

No início do Séc. XIX ocorreu aquilo que é chamado por Streck (2009, p. 145) “*Hermenêutica jurídica e(m) crise*” como uma primeira guinada da invasão da filosofia pela linguagem, movimento de pouca repercussão em sua época (Oliveira, 1996), mas que num movimento retrospectivo se mostra como base dos futuros avanços na área da linguagem e da epistemologia. Os estudos de Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt, conhecido no meio linguístico como trio HHH, interlocutores críticos a proposta transcendental de Kant, indicam uma mudança do paradigma filosófico do sujeito da consciência que era então, o ponto de partida para a obtenção das verdades.

Ao tratar o direito como fato posto, a teoria juspositivista buscou a estabilidade e a garantia, em face de condições políticas e sociais, surgindo como modelo de manutenção de controle de autoridade (Streck, *Dicionário de hermenêutica \_ 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, 2020). O positivismo jurídico seja de origem continental (Kelsen) ou analítica anglo-saxã (Hart), fundamentado nas teses empiristas firmadas, criaram-se sob a premissa de que só há fatos.

Streck aponta para uma mudança significativa na forma como o jus positivismo desenvolvido no Séc. XX trabalha os pontos de partida da teoria, partindo de uma objetividade exegética, para a subjetividade que marca o novo positivismo normativista que pode ser caracterizado pelo formalismo:

Tanto no recorte do objeto de estudo, como no modo de exposição a preocupação se concentra na “estrutura” do direito em distinguir analiticamente a sua normatividade longe da sua prática concreta. Assim seria possível descrevê-lo em manuais compêndios sistemas, ou seja, dogmatizá-lo abstraindo dele a temporalidade (Streck, 2009).

Nesse sentido importante destacar a influência no campo das ciências a partir do final do Sec. XIX, da fenomenologia de Edmund Husserl (1859-1938), a qual também foi um passo importante na compreensão filosófica da linguagem na construção dos sentidos das coisas.

Neste contexto investigativo das relações entre a linguagem e o pensamento lógico científico, Ludwig Wittgenstein, em 1921, teve publicada sua tese intitulada “*Tractatus Logicus Philosophicus*”, que foi a base do entendimento de uma ciência baseada em uma linguagem lógica do início do Séc. XX. Totalmente articulada sem qualquer dimensão ideológica, o autor explora a possibilidade de uma linguagem isenta de crenças, ideologias buscando a construção de uma linguagem lógico científica que pudesse deixar de lado o mundo prático, provocando forte influência no mundo científico, em especial, para o estudo que buscamos estabelecer, aqui no chamado “*Círculo de Viena*” (Oliveira, 1996, p. 94), que como veremos, teve forte influência na teoria positivista de Kelsen.

A grande virada nas ciências, contudo, rumo a virada linguística, vem com uma

nova fase de Wittgenstein numa obra que praticamente derruba toda a tese formulada no *Tractatus: "Philosophische Untersuchungen"* (*Investigações Filosóficas*), em 1953 onde propõe uma reviravolta em sua primeira teoria analítica, sendo que essa obra “encontra-se me fundamental oposição com a primeira” (Oliveira, 1996, p. 177).

Para o Wittgenstein II, a linguagem se mostra como algo totalmente subjetivo, onde os significados apenas se consomem a partir da intersubjetividade de conceitos compartilhados, criando assim o conceito dos “jogos de linguagem” e evidenciando a dimensão pragmática da linguagem, que assume sentidos em determinados contextos sociais diferentes.

A nova quebra de paradigma filosófico passa implicar no rompimento de toda e qualquer metafísica, seja a essencialista aristotélica-tomista, seja a metafísica moderna, calcada na consciência do sujeito da razão, dando início do novo paradigma da filosofia fundado na linguagem, onde o sentido das coisas se dá através de conceitos compartilhados. O avanço, abre espaço para as teorias linguísticas de John Austin e Pierce.

Esses novos movimentos linguísticos e filosóficos encontraram dois grandes positivistas no século XX, Hans Kelsen (Alemanha) e Herbert Hart (Inglaterra) com implicações importantes para a teoria do direito na medida em que o positivismo jurídico, aqui abarcada a versão continental de Kelsen e empirista lógica de Hart, mostrando-se conscientes das insuficiências da linguagem, sucumbem a discricionariedade judicial, como passaremos a ver.

Hans Kelsen, um dos mais importantes teóricos para o positivismo jurídico de tradição continental, publicou seu clássico “*Teoria Pura do Direito*” no ano de 1934, com revisões nos anos de 1953 e 1960. Seguindo um raciocínio lógico, Kelsen formata um sistema jurídico que tem na norma jurídica a sua unidade, de forma totalmente desatrelada de qualquer conteúdo moral.

Kelsen faz a descrição dos elementos de conteúdo e validade dessa ordem jurídica, descrevendo um sistema hierárquico com características dinâmicas de funcionamento, que tem na norma fundamental, a sua *grundnorm*, através da qual se dá a fundamentação de validade das demais normas produzidas dentro desse sistema.

Sob esse sistema interrelacional, descrito por uma linguagem lógico-conceitual de extremo rigor, dão-se as proposições jurídicas, que são produzidas a partir da relação entre as normas desse sistema. Seria possível assim, o reconhecimento empírico e dedutivo lógico daquilo que, para o direito, corresponde ao certo ou errado.

Aqui fica clara a relação entre o positivismo normativo-lógico de Kelsen e o *Círculo de Viena*, movimento científico que havia de constituído na Áustria em novembro de 1928, (Hahn, Neurath, & Carnap, *A concepção científica do mundo - O Círculo de Viena*, 2018; Carnap, Hahn, & Neurath, 1986), que buscava reunir cientistas para difundir ideias científicas que já vinham se modelando ao redor da Europa.

O Círculo de Viena teve por escopo o pensamento de vários cientistas e pensadores da época, buscando elaborar um pensamento unificado no sentido de criar um sistema de fórmulas científicas universais que seja totalmente livre da metafísica, com forte

comprometimento com a análise lógica, com o empirismo e positivismo, buscando uma ciência livre de essências e totalmente comprometida com a lógica dos enunciados científicos, reservando à filosofia um papel meramente secundário, negando-lhe a possibilidade de criar cientificamente qualquer proposição, já que considerava seus fundamentos abstratos, vazios de conteúdo fático.

De forma análoga, Kelsen buscou resolver o problema da relação entre direito e moral através de uma epistemologia que garantisse criar uma ciência jurídica protegida de relativismos. Ao separar o direito da moral, Kelsen buscava separar a ciência do Direito através da elaboração de um sistema de conceitos que fosse livre de ideologias, psicologia, ética, política e das subjetividades da linguagem natural, superando o positivismo jurídico clássico exegético.

A teoria kelseniana buscava uma ciência pura e não um “direito puro” (Streck L. L., *O positivismo jurídico de Hans Kelsen*, 2021), assim logrou trabalhar apenas com a dimensão semântica e sintática da linguagem, utilizando a linguagem lógica e científica e a metalinguagem, influência do Círculo de Viena e Wittgenstein I, que pudesse descrever o fenômeno jurídico, o que somente foi possível separando fato e valor, direito e moral.

Ao fazer isso, a teoria Kelseniana não enfrenta devidamente o problema da dimensão pragmática da linguagem, ou seja: o problema do ato de aplicação do direito, reservando um único capítulo à interpretação das leis e a decisão judicial, sendo que vai evoluindo na elaboração da sua teoria ao longo das versões de 1934, 1956 e 1960, nas quais são criados os conceitos de interpretação autêntica e não autêntica e mais tarde a cisão da compreensão do direito em ato de conhecimento e ato de vontade (Cattoni, 2013).

Kelsen admite que todo esse sistema lógico não pode garantir com exatidão a norma a ser aplicada, sendo possível apenas traçar uma moldura, dentro da qual se darão as possibilidades interpretativas possíveis a partir do quadro lógico apresentado pelo sistema kelseniano. Assim, ao tratar da interpretação jurídica, Kelsen separa a interpretação realizada pelos cientistas e pelos cidadãos a quem a lei é dirigida, daquela realizada no âmbito judicial e dos aplicadores da lei, sendo que a primeira se constituiria num ato de conhecimento e a segunda, em um ato de vontade.

Assim Kelsen supera o exegetismo reconhecendo as insuficiências da linguagem para a determinação de sentido prático, porém se rende ao voluntarismo judicial. Na visão de Lênio Streck (Streck, 2021), Kelsen assim se mostrou um relativista moral, ou seja, do ponto de vista da metaética, um não-cognitivista moral, por não acreditar na existência de uma moral absoluta, válida em todos os lugares e em todos os tempos, como parâmetro para a determinação dos conteúdos das normas jurídicas. Kelsen escolhe fazer uma ciência a partir de uma lógica formal semântica (até seus limites) e sintática, deixando que o espaço pragmático da interpretação para a discricionariedade do sujeito.

Kelsen reservou à política do Direito, e à discricionariedade judicial, ou seja, a um ato de vontade, a aplicação do direito no caso concreto.

Pelo que se pode observar os paradigmas filosóficos e o conhecimento dos avanços sobre os estudos da linguagem, influenciaram sua obra em vários aspectos, sendo possível identificar: a influência de Wittgenstein e do Círculo de Viena e do neopositivismo lógico, com

a escolha pela utilização de uma metalinguagem lógico descritiva para a ciência do Direito, mostra-se ainda apegado a filosofia da consciência, rendendo-se a discricionariedade judicial.

Kelsen assim, acaba por se render ao fato de que o Direito, mesmo sistematizado e positivado, acabaria por ser uma outra coisa: aquilo que seria posto pela interpretação autêntica, pelo ato de vontade, o que implica num paradoxo, já que a partir da virada linguística e sob o paradigma da filosofia da linguagem, é possível diagnosticar que o sujeito consciente cria a partir de sua própria metafísica, dando as palavras o significado que ao fim, quer dar, indo por terra qualquer pretensão de controle lógico da aplicação das leis.

Herbert Lionel Adolphus Hart foi o grande representante do positivismo anglo-saxão no Século XX, sendo que seu livro *O Conceito de Direito*, lançado em 1961 “transformou a maneira de compreender e estudar a teoria do direito no mundo anglófono e além dele” (Hart, 2020, p. XIV). Assim como Kelsen, Hart também se dedicou a criar modelo de ordenamento jurídico organizado e autorregulamentado através de regras primárias e secundárias interrelacionadas, aliado a conceitos jurídicos bem elaborados.

Herdeiro do empirista inglês David Hume e de Jeremy Bentham, primeiro positivista britânico, criador da tese utilitarista, Hart passou a desenvolver sua teoria do Direito já sob a perspectiva da impossibilidade de dar tratamento científico aos valores morais humanos, ante impossibilidade de uma metodologia normativa eficaz para os julgamentos morais e juízos hipotéticos a priori, conforme já verificado pelo empirismo nas ciências naturais.

Ainda no campo da teoria do Direito, Hebert Hart também sofreu influências de John Austin, de quem foi aluno em Oxford, e a quem dedicou “*O conceito do Direito*” sob a forma de uma intensa crítica feita a sua teoria, que até então havia predominado na ciência jurídica da comunidade inglesa e norte americana, substituindo-a pelo seu novo modelo de regras. O modelo de John Austin até então predominante, sustentava uma tese um tanto quanto limitada de que Direito seria o comando de um soberano, seguido por uma ameaça de sanção (ordem coercitiva), habitualmente cumprida pela comunidade jurídica que a que se encontrava a ele submetida.

Escrito no início dos anos 60, Hart já se encontra envolvido num momento mais desenvolvido da filosofia da linguagem, ainda, no entanto sob a influência do positivismo/ empirismo lógico e obviamente pela ciência racional, Hart também possui uma estreita relação com a Escola de Oxford, vez que estudou e passou a lecionar filosofia e direito na Faculdade de Oxford, em especial com a figura de John Langshaw Austin (outro John Austin!), autor da teoria dos atos de fala, a quem se refere expressamente no prefácio do livro, ao descrever a metodologia de análise que será utilizada. Essa relação teve forte influência em sua teoria, na medida em que Hart passa a buscar nos significados que as palavras assumem na prática cotidiana, uma melhor conceitualização dos institutos do sistema jurídico.

No livro no qual defende sua teoria, Hart dedica os quatro primeiros capítulos a uma crítica ao modelo austiniano, que senão exato, foi reduzido a um modelo padrão para que pudesse ser sistematicamente criticado sujeitando-se às perspectivas buscava defender (Barzotto, 2003, p. 107). Nos cinco capítulos seguintes, cuida de edificar a sua teoria sobre

o sistema jurídico, baseado na relação entre regras primárias e secundárias, que tem na regra de reconhecimento o seu fundamento de legitimidade e na separação entre o sistema legal descrito e a moral, seu princípio.

Hart concebe a perspectiva de sistema jurídico como união das normas primárias e secundárias, elaborando algo ainda não descrito por Austin, a respeito da legalidade dos procedimentos de normatização onde reside o conceito de validade do seu sistema jurídico. Hart entende que o direito afinal existe independentemente de que as regras sejam aceitas ou não pelos cidadãos considerados individualmente, que porém devem obedecer às regras secundárias que permitem a criação e alteração das regras existentes.

Hart demonstra também a clara preocupação na separação entre direito e moral. Já em seu primeiro capítulo, são destacadas três questões a serem perseguidas pela Teoria do direito, através das quais segundo Hart, seria possível depurar analiticamente o fenômeno jurídico, preocupando-se com diferença aqui crucial entre as normas jurídicas e o comando de um soberano, conceito até então vigente no direito inglês para tratar da norma jurídica.

A preocupação com o vocabulário jurídico é uma constante, buscando um esclarecimento não exatamente do seu significado semântico, mas fazendo assim uma clara referência aos estudos da linguagem ordinária de J. L. Austin, reconhecendo a importância da identificação de significados distintos de uma mesma palavra, buscando definir os significados que as palavras assumiam no contexto de sua teoria.

Hart é fortemente influenciado pelo empirismo de seus antecessores, e pela importância da técnica analítica, o que aproxima seu trabalho do positivismo kelseniano, na medida em que busca reduzir fenômenos complexos de justiça, a meros fatos do mundo empiricamente observáveis, buscando construir verdades do mundo da vida, mediante objetividade científica. Hart apresenta um quadro geral do sistema, com conceitos devidamente esclarecidos.

Nas palavras do autor Hart (2020, p. X):

Muitas distinções importantes entre tipos de situações ou relações sociais, que não são óbvias à primeira vista, podem ser elucidadas mediante um exame dos usos convencionais das expressões conexas e da maneira como essas dependem de um contexto social, que permanece ele próprio frequentemente implícito.

O positivismo hartiano vê na tese dos fatos sociais a fundamentação legítima do direito. Nesse sentido, sua teoria positivista é descritiva do Direito não podendo ir além da descrição dos conceitos, dogmas e convencionalismos postos, a isso se limitando, já que, ciente do giro linguístico e sob um enfoque filosófico que ultrapassa a filosofia da consciência reconhece a porosidade semântica da linguagem e a sua inevitável dimensão pragmática, encontrando nas práticas sociais o seu fundamento de validade, no que consiste a sua zona de penumbra.

Não obstante o reconhecimento da pragmática do discurso, dos jogos de linguagem, Hart ainda evidencia o paradigma da filosofia da consciência quando ante, a textura aberta das regras, tal como Kelsen, também concede espaço a discricionariedade do aplicador da lei.

Separando os casos concretos através dos critérios de *hard* e *easy cases* (casos



difíceis e casos fáceis), Hart defende que não se deve ser tão cético que não se acredite na importância do Direito positivos para regular as relações sociais, porém, nem tão formalista a ponto de acreditar que as regras poderiam em cada caso, perfeitamente cobrir os problemas jurídicos concretos que se apresentam.

Assim, aposta na discricionariedade do aplicador a solução para questões em que a lei não defina expressamente a decisão a ser tomada. Assim, faz prevalecer a fundamentação do juiz sobre a aplicabilidade ou não da regra, segundo a aquilo que se denominou de “espírito do jogo”, observados os usos já estabelecidos da linguagem. Esta interpretação (discricionária) cabe aos tribunais em razão da confiança (credibilidade) de seus membros diante dos casos em que não se tem dúvidas sobre a aplicação da regra.

Nesse sentido, podemos ver na obra de Hart as manifestações tanto do cientificismo que influenciou o Círculo de Viena, com a ideia de sistematização a partir de fatos empíricos e a necessidade de elucidação de conceitos através da filosofia, como também as influências do desenvolvimento dos estudos da linguagem a partir dos dois grandes expoentes da virada linguística, Wittgenstein e Austin, fazendo uso de instrumentos de conhecimento segundo o uso apurado das palavras e conceitos nos determinados contextos de sua teoria.

Mas ao reconhecer a permanência da indefinição que podem assumir as palavras em determinados contextos concretos, entende ser impossível alcançar pelo método, a razão prática do mundo da vida, em especial onde a textura aberta da linguagem provoca as inevitáveis zonas de penumbra, nos chamados *hard cases*, quando Hart cede à discricionariedade e à filosofia da consciência deixando ao arbítrio do juiz, a decisão do caso concreto.

## A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Cada um à sua maneira, Kelsen e Hart, se rendeu à razão prática norteia a interpretação da norma jurídica no ato de aplicação do Direito, sendo que seja diante da textura aberta das palavras que compõem as regras legais, ou dentro da moldura que forma a norma jurídica, quase nunca explicita o bastante para abarcar os casos concretos.

Assim ainda influenciados pela metafísica moderna, fundada na consciência do sujeito e sem compreender por completo as consequências da virada filosófica linguística, deixaram à discricionariedade judicial, fundada na regra da competência, a palavra final na concretização do Direito.

Para a filosofia e Teoria do Direito a compreensão virada linguística é extremamente importante já que permite ao intérprete da lei e do direito, na linha da compreensão da Crítica Hermenêutica do Direito, abandonar atitudes solipsistas, sejam aquelas ligadas à falácia da literalidade do texto, onde se acredita que já existe um significado pronto para ser aplicado ao caso concreto, cumprindo ao sujeito apenas de modo objetivo, decifrar o texto a partir de uma semântica pura; sejam aquelas que autorizam o interprete a subjetivamente dar sentido ao texto, a partir de suas próprias visões e experiências, como se vê nos dogmas do livre convencimento do juiz ou da livre apreciação da prova.

Com o giro linguístico e filosófico ontológico que este possibilitou, o sujeito deixa de

ser o fundamento do conhecimento, devendo ceder lugar ao reconhecimento da linguagem subjetiva na construção dos significados de mundo, reconhecendo que há “estruturas prévias que precedem o conhecimento” (Gadamer, 2012), de modo a abandonar atitudes objetivistas ou subjetivistas na construção de sentido, que agora deverá se dar na linguagem intersubjetiva.

Para o positivismo jurídico do Século XX, cujas teorias, em especial as que foram exploradas nesse estudo, que tanto influenciam até hoje o mundo jurídico, diante do entendimento da impossibilidade epistemológica de desenvolvimento de uma ciência lógica do direito e da constatação da impossibilidade de aplicação de um método para a orientação do julgamento dos casos concretos, acaba-se por ceder a razão prática, deixando ao alvedrio do juiz, a aplicação final do direito, na concretude do caso concreto.

No processualismo brasileiro, mesmo extintos pelo novo código de processo civil de 2015, o livre convencimento e a livre apreciação das provas, ainda relutam em permanecer na realidade judiciária, tidos apenas como mera consequência da textura aberta linguagem, como se não fosse possível identificar os diversos subjetivismos de que podem estar carregadas as decisões muitas vezes orientadas em direções exatamente opostas ao sentido da lei.

Assim, o livre conhecimento ganhou força como algo inevitável para o Direito, fortalecendo teses como a da livre apreciação da prova pelo julgador, que no Brasil são ainda sustentadas por uma cultura personalista no trato com a coisa pública, muitas delas já citadas e tornadas famosas por Streck especialmente na obra “*O que é isto decido conforme a minha consciência?*” (Streck, 2013).

Decisões simplesmente fundamentadas no livre convencimento e livre apreciação da prova e que não se importam numa fundamentação que tenha no próprio Direito a justificativa decisória, a despeito de defenderem a superação do positivismo como teoria estéril (ceticismo), livre de valores morais externos à ciência jurídica, acabaram por dar azo a argumentação jurídica calcada em valores pessoais, como o que é visto de forma tão representativa e evidente no chamado neoconstitucionalismo brasileiro.

Muitas vezes entendidas como pós-positivismo, tais teorias, em verdade apenas superaram o positivismo exegético, já que não conseguiram se desprender do esquema sujeito-objeto, dependendo de posturas voluntaristas e axiologistas ou finalísticas, incompatíveis com o novo estágio de democracia constitucional alcançado, onde as constituições, especialmente a brasileira, trazem em seu bojo principiológico valores morais explícitos.

Assim, para as doutrinas de alguns nomes como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli e Lenio Streck, em sua Crítica Hermenêutica do Direito, a abertura principiológica propiciada pelas novas constituições do Séc. XX aumentando ainda mais o campo de interpretação e discricionariedade e a abertura argumentativa do intérprete e aplicador da lei, inclusive com a redução do grau de aplicação dos princípios, é contestada.

A crítica hermenêutica do direito vem se opondo a esse tipo de postura acrítica do livre convencimento e livre apreciação da prova, de forma que Lenio Streck tem desenvolvido um vasto estudo sobre suas causas e consequências, apontando os perigos

e os riscos de se aceitar a institucionalização de um Direito que não possua autonomia e independência, daqueles que chamou de seus predadores: a moral, a política, a economia, que tem certamente uma porta de entrada livre, na mencionada liberdade judicial.

A Crítica Hermenêutica vê nessa quadra de evolução da história a necessidade de adaptação - na realidade, troca de paradigmas filosóficos, diante de doutrinas que ainda sustentam esses institutos, quando mais de 50 anos após o constitucionalismo do Pós Guerra, não podem mais sustentar posturas objetivistas, que ainda hoje sustentam teses embasadas no mito do dado, ou subjetivistas postas por uma individualidade solipsista, atrelada ainda ao paradigma sujeito-objeto e que pouco valoriza o mundo social ao seu redor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, conclui-se que impulsionadas pela virada pragmático-linguística, precisamos ingressar num outro paradigma da filosófico, como o proposto hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica filosófica de Gadamer, onde a interpretação e aplicação da lei é feita através da linguagem intersubjetivamente compartilhada, e através do círculo hermenêutico de compreensão de prejuízos, pautado na historicidade e na tradição.

É urgente a superação de paradigmas filosóficos que não podem mais sobreviver a viragem ontológica linguística que superou o paradigma da filosofia da consciência, de forma que não há mais como sustentar decisões judiciais que não estejam adaptadas a esta linguagem pública, não podendo mais o Direito ficar à mercê de atitudes arbitrárias e individualistas.

Nessa dimensão a Crítica Hermenêutica do direito busca a superação do positivismo jurídico, indo além das teorizações de Hans Kelsen e Herbert Hart, os quais não desenvolveram uma adequada teoria da decisão judicial, deixando-a à discricionariedade do juiz e impedindo o controle das decisões.

A ideia de construção de respostas corretas a partir de uma prática jurídica integracionista assim, integra-se a Crítica Hermenêutica do Direito, uma vez que proporciona ao jurista uma abertura para o fenômeno interpretativo buscando em uma moral não relativista (compartilhada, identificada) e com responsabilidade política do intérprete, preocupado com uma melhor resposta para o caso concreto, construída com coerência e integridade, integrando à novela em cadeia de forma menos traumática possível, e agregando-se a história institucional, de forma harmônica.

Sob essa dimensão a *Crítica Hermenêutica do Direito* busca construir uma base teórica ou um quadro referencial teórico, nas palavras de Puntel (Streck, *Dicionário de hermenêutica - 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, 2020), que possa criar critérios para uma decisão judicial constitucionalmente adequada.

Desse modo, foi possível verificar que as teorias de Kelsen e Hart sofreram as influências da filosofia da linguagem, em especial para Kelsen no caso do Círculo de Viena - valendo constar a influência neste, de Wittgenstein I; e em Hart de maneira mais acentuada,

de Wittgenstein inclusive em sua segunda fase, utilizando-se de uma sistematização e conceitualização apurada, demonstrando conhecimento sobre os limites da linguagem lógica diante da razão prática, mas à ela não desafiando.

As novas teorias do Direito têm como desafio construir uma criteriologia da decisão a partir de um novo paradigma filosófico e uma nova visão de mundo que possibilite uma filtragem compreensiva hermenêutica das leis (*latu sensu*), a partir de uma busca de sentidos para a construção da verdade, e possibilitando o desvelamento de uma resposta judicial que seja constitucionalmente adequada, e democraticamente instituída.

## REFERÊNCIAS

- Carneiro, W. A. (2009). *Hermenêutica jurídica Heterorreflexiva*. São Leopoldo: Unissinos.
- Dworkin, R. (2001). *Uma questão de princípio*. (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2017). *Levando os direitos a sério* (3.<sup>a</sup> ed.). (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Ferrajoli, L. (s.d.). *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 95-113.
- Gadamer, H.-G. (2012). *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes.
- Hahn, H., Otto, N., & Carnap, R. (1929). *A concepção científica do mundo - O círculo de Viena*. Viena.
- Hart, H. L. (2020). *O conceito de Direito*. (A. d. Sette-Câmara, Trad.) São Paulo: WMF Martins fontes.
- Jr., T. S. (jan/mar de 1985). *Hobbes e a Teoria normativa do direito*. *Revista Brasileira de Filosofia*, pp. 24-30.
- Jung, L. N. (2021). *Verdade e interpretação: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo*. Porto Alegre: Fundação Fênix.
- Kelsen, H. (2019). *Teoria Pura do Direito*. (J. B. Machado, Trad.) São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Oliveira, M. A. (1996). *Reviravolta linguístico pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo : Loyola edições.
- Streck, L. L. (2009). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* (8.<sup>a</sup> ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Streck, L. L. (2013). *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Streck, L. L. (2017). *Verdade e Consenso*. (6.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Editora Saraiva Jus.

Streck, L. L. (2020). Diálogos com Lênio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Streck, L. L. (2020). Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento.

Streck, L. L. (21 de 09 de 2021). O positivismo jurídico de Hans Kelsen. Estado da Arte. Acesso em 24 de 06 de 2023, disponível em <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-positivismo-kelseniano/#:~:text=Na%20teoria%20kelseniana%20isso%20se,faz%20um%20ato%20de%20vontade.>

Trindade, A. K. (2016). Positismo e (Neo) Constitucionalismo: As Teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchis e Garcia Amado. RVMD, 10(02), 406-430.

## A privacidade dos dados frente a inovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: os novos desafios e soluções propostas no meio digital

Cliciano Vieira da Silva  
Janildes de Moura Lino

### RESUMO

Apesar de estar popularizada desde 1996, no nosso país os usuários desta rede não possuíam direitos que protegessem suas informações bem como deveres e regras que controlassem e regulassem o uso da Internet. Sendo assim em 2014, foi promulgada a Lei N° 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, é a lei que regula o uso da Internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direito e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de funções para a atuação do Estado. A criação desta Lei foi necessária para se evitar as fraudes decorrentes de roubos de informações de usuários, bem como a neutralidade da navegação, ou seja, as informações que trafegam na rede devem ser tratadas da mesma forma, a proteção das informações da usuários e de suas conexões que só podem ser obtidas através de ato judicial previamente fundamentado entre outros. O objetivo geral desta pesquisa será abordar a importância da internet, do direito à privacidade, e a garantia das leis sobre privacidade de dados. Os objetivos específicos do trabalho são: Apresentar um estudo sobre conectividade contemporânea. Descrever a privacidade de dados. Discutir os principais impactos da tecnologia e seus desafios e do Marco Civil da Internet. A Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) brasileira regulamenta o tratamento de dados pessoais nos setores público e privado, materializando a consolidação da disposição legal em matéria de Privacidade e Proteção de Dados, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018. A LGPD aplica-se a qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, que processe dados pessoais (tais como coleta, produção, recepção, classificação, processamento etc.) no território brasileiro.

**Palavras-chave:** marco civil da internet; privacidade de dados; crime cibernético; conectividade.

### ABSTRACT

Despite being popular since 1996, in our country users of this network did



not have rights that protected their information as well as duties and rules that controlled and regulated the use of the Internet. Therefore, in 2014, Law No. 12,965/14, better known as Marco Civil da Internet, was enacted. It is the law that regulates the use of the Internet in Brazil through the provision of principles, guarantees, rights and duties for those who use the Internet. network, as well as determining functions for State action. The creation of this Law was necessary to avoid fraud resulting from theft of user information, as well as navigation neutrality, that is, information that travels on the network must be treated in the same way, protecting user and other information. their connections that can only be obtained through a previously substantiated judicial act, among others. The general objective of this research will be to address the importance of the internet, the right to privacy, and the guarantee of data privacy laws. The specific objectives of the work are: Present a study on contemporary connectivity. Describe data privacy. Discuss the main impacts of technology and its challenges and the Internet Civil Rights Framework. The Brazilian General Data Protection Law (“LGPD”) regulates the processing of personal data in the public and private sectors, materializing the consolidation of the legal provision on Privacy and Data Protection, which came into force on May 25, 2018 The LGPD applies to any natural person or legal entity governed by public or private law, which processes personal data (such as collection, production, reception, classification, processing, etc.) in Brazilian territory.

**Keywords:** Civil Rights Framework for the Internet; data privacy; cybercrime; connectivity.

## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vivemos sofreu grandes transformações e modificações ao longo do tempo, o homem ao dominar a natureza e utilizar os seus recursos para fins determinados descobriu várias formas de se modernizar. As formas de transmissão de informações e conhecimentos se tornaram cada vez mais velozes, os avanços tecnológicos e as novas descobertas permitiram que o mundo se unisse através de vários meios um deles foram os computadores que conectados por uma rede a Internet aproximou todas as cultura e sociedades em um mesmo local.

No Brasil a internet, chegou em setembro de 1988, de forma inicial as conexões foram usadas por setores acadêmicos do governo brasileiro para pesquisas, devido ao fato de ser uma nova tecnologia e ser extremamente caro o seu custo. Foram necessárias então alternativas para que se popularizasse esta tecnologia no país. Em meados de 1994, a Internet deixou de ser usada apenas por setores acadêmicos para se torna acessível a toda população brasileira através da Embratel, mas somente em 1996 que a Internet se tornou um fenômeno no Brasil.

Com o crescimento da internet, surgiram problemas com a má utilização dessa nova tecnologia por indivíduos que viram a oportunidade de se aproveitarem deste novo sistema e as facilidades que ela proporciona, os usuários tiveram violação de sua privacidade, roubo de seus dados e outras fraudes ocorreram na rede online. Surgiu então a necessidade de regulamentação para o uso da Internet, regras, deveres e direitos para a proteção de todos que usufruíssem deste novo fenômeno mundial.

Apesar de estar popularizada desde 1996, no nosso país os usuários desta rede não possuíam direitos que protegessem suas informações bem como deveres e regras que

controlassem e regulassem o uso da Internet. Sendo assim em 2014, foi promulgada a Lei N° 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, é a lei que regula o uso da Internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direito e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de funções para a atuação do Estado.

A criação desta Lei foi necessária para se evitar as fraudes decorrentes de roubos de informações de usuários, bem como a neutralidade da navegação, ou seja, as informações que trafegam na rede devem ser tratadas da mesma forma, a proteção das informações da usuários e de suas conexões que só podem ser obtidas através de ato judicial previamente fundamentado entre outros.

Inicialmente será analisado no presente trabalho acadêmico, a internet sua criação e seu desenvolvimento ao longo do tempo, a rede de informações online a sociedade e a privacidade, o direito e a Internet e seus efeitos, em seguida o Marco Civil da Internet e as transformações que ocorreram no mundo digital brasileiro. Serão abordados ainda a proteção de dados pessoais dos usuários da rede deste tema que é novo no Brasil.

Propõe-se demonstrar as relações de consumo de usuários que utilizam esta ferramenta para a compra de produtos e serviços, delimitando os seus direitos e deveres, e também a responsabilidade civil objetiva, subjetiva e solidária dos sites que fornecem este tipo de serviço para com os usuários principalmente na relação de consumo, as características do Marco Civil da Internet, o qual surgiu da necessidade de se criar direitos e deveres para os usuários da rede pelos diversos fatos ocorridos na rede mundial de computadores.

O objetivo geral desta pesquisa será abordar a importância da internet, do direito à privacidade, e a garantia das leis sobre privacidade de dados. Os objetivos específicos do trabalho são:

1. Apresentar um estudo sobre conectividade contemporânea.
2. Descrever a privacidade de dados, direito e internet.
3. Discutir os principais impactos da tecnologia e seus desafios e do Marco Civil da Internet.

Este estudo é relevante academicamente e para a sociedade porque nos fornece uma compreensão profunda das novas ferramentas e técnicas utilizadas pelos *cybers* criminosos; isto é, uma mudança do crime simples cometido usando ferramentas simples para o crime complexo cometido usando ferramentas complexas. Também ajuda a entender as novas formas de desvio, abuso social ou crime cometido por meio do uso inovador da tecnologia.

## **INTERNET NOS DIAS ATUAIS**

A Internet começou em todo o mundo em meados da década de 1990. Em menos de dez anos, revolucionou a vida cotidiana e a gestão empresarial, transformou as relações econômicas e sociais, modificou as relações entre países e pessoas, tornou-se o meio que mais viveu crescimento na história de todos os meios de comunicação.



Depois da impressão, do rádio e da televisão, uma nova revolução da informação e da comunicação surgiu com a Internet, que não é um meio como outro qualquer. Com efeito, não faz parte de uma simples lógica de difusão, pois permite receber, mas também transmitir. Essa particularidade, chamada de interatividade, é única no mundo da mídia. Modificou profundamente os modos de comunicação entre os indivíduos e tornou possível criar novos laços sociais, provocar novos comportamentos, constituir comunidades particulares. Dentro das empresas, a interatividade também transformou a forma de comunicação com o mercado. A comunicação unilateral foi substituída pela Internet pela comunicação bidirecional.

Com a expansão da Internet nos anos 90, o mundo se viu unido através de computadores por intermédio de uma rede online que permite troca de informações, para seus usuários. A para efeitos da Lei n. 12.965/2014 rede de computadores, em seu inciso I art. 5º Internet quer dizer:

Sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.<sup>1</sup>

A Internet inovou a comunicação entre os indivíduos, possibilitando a relação virtual entre os usuários, e o acesso a todo o tipo de informação cultural, didática ou de lazer, de qualquer lugar do mundo. Nas palavras de Cássio Augusto Barros Brant a Internet:

É uma rede que contém várias ligações. Existem backbones ou espinhas dorsais que correspondem à conexão de alta velocidade que no Brasil é de competência do Ministério das Telecomunicações. É dividida em sub-redes locais, as quais são administradas por vários provedores de acesso de Internet. Geralmente são exploradas pela iniciativa privada<sup>2</sup>.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, ademais, em sua Portaria nº148, de 31 de maio de 1995, expõe que a internet se constitui como:

Um nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, software e dados contidos nestes computadores<sup>3</sup>.

Assim sendo, cada usuário conecta seu computador com a rede por meio de um provedor, o qual, também se conecta a uma rede ainda maior, o que possibilita que todos os computadores possam realizar trocas de informações enquanto ligados à rede mundial.

A Internet se tornou essencial no cotidiano das pessoas, das empresas e dos órgãos governamentais a rapidez de troca de informações, a interação entre usuários, o armazenamento de conhecimento faz com que todos os tipos de tarefas, serviços, comercialização de produtos se realize através da rede.

Cássio Augusto Barros Brant leciona que com ela podemos praticamente realizar tudo o que necessitamos no nosso dia a dia, pois a mesma abrange uma imensa diversidade de informações, comunicações e entretenimento. Notando que sua importância para a atualidade é de extrema relevância, pois além de propiciar divertimento, comunicação,

<sup>1</sup>Lei 12965/14. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/l12965.htm)>. Acessado em 30.out.2020.

<sup>2</sup> Brant, Cassio Augusto Barros. *Marco Civil Da Internet*. Belo Horizonte. D'Plácido.2014.p.143.

<sup>3</sup> ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995. Aprova a Norma nº 004/95 - Uso da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à Internet. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 de ago. 1995*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/normasdo-mc/78-portaria-148>>. Acesso em: 30. out. 2020.

entretenimento, fontes de pesquisas e estudos, ela exerce um importante papel no desenvolvimento econômico e social do nosso país e do mundo<sup>4</sup>.

As escolas utilizam a Internet para troca de informações com outras instituições de ensino realizam pesquisas, possibilitando aos educandos novas descobertas, novas culturas expandindo o universo de conhecimento dos mesmos.

A contribuição da Internet para a economia dos países tem aumentado de forma considerável, devido ao fato de que cada vez mais as famílias adquirem computadores e smartphones e conseguem acesso a rede, seja em casa, no trabalho ou em outros lugares. Ao longo do tempo, como esperado, o aumento do acesso à Internet foi acompanhado de aumento no consumo de bens industriais, exercendo assim a Internet forte influência no mundo dos negócios.

O uso da internet foi muito importante para que as empresas realizassem pesquisas para descobrir o que os clientes querem, manter-se informado das ações dos concorrentes, produzir publicidade para atrair o tipo certo de cliente e usar o feedback dos clientes para modificar e impulsionar novidades em produtos, ajudar ainda a melhorar a imagem da empresa e a sua marca dentro do mercado valorizando seus produtos bem como fortalecendo este tipo de transação comercial. No Brasil, a internet representou para a economia 22% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2016, e chegará a 25% em 2021. Uma estratégia digital bem-sucedida promoverá um incremento no produto interno da ordem de 5,7%, ou R\$ 376 bilhões por ano na economia brasileira<sup>5</sup>.

A crescente na economia se deu ao fato das facilidades que a internet nos dias de hoje representa no cotidiano de cada indivíduo a comodidade de comprar um produto e recebê-lo em sua residência, a contratação para prestação de serviço utilizando a rede online, a diversão e entretenimento que a mesma pode proporcionar a quem a utiliza sem precisar sair de casa.

Nos órgãos Estatais o governo digital utiliza canais de comunicação para melhorar a satisfação do cidadão quanto à prestação de serviços, aumentar a competitividade econômica, forjar novos níveis de engajamento e confiança, além de aumentar a produtividade das políticas públicas. Outras análises apontam ainda que a tecnologia digital é capaz de reduzir o custo de oferta dos serviços públicos em até 97%, comparando-se com o custo do atendimento presencial dos mesmos serviços<sup>6</sup>.

Outro ponto importante foi para o principal setor da economia brasileira, a agricultura e a pecuária tiveram grandes evoluções com a chegada da Internet. Sendo assim com a utilização da rede conseguem, comunicação adequadamente com seus clientes e fornecedores, informações de meteorologia, segurança, monitorar plantações e seus animais, ofertar seus produtos por site ou aplicativos, e utilizar máquinas de cartões de crédito entre outras funcionalidades.

Os principais aplicativos apontados pelos produtores rurais, como sendo fundamentais para o negócio foram o WhatsApp, e-mail, e os ligados à meteorologia,

<sup>4</sup> Brant, Cassio Augusto Barros. *Marco Civil Da Internet*. Belo Horizonte. D'Plácido. 2014. p.143.

<sup>5</sup> *Importância da Economia Digital para o Brasil Disponível em*. <<http://www.mbc.org.br/portal/importancia-da-economia-digital-para-o-brasil/>>. Acessado em 31.out.2020.

<sup>6</sup> *Importância da Economia Digital para o Brasil Disponível em*. <<http://www.mbc.org.br/portal/importancia-da-economia-digital-para-o-brasil/>>. Acessado em 31.out.2020.

notícias e cotação de preços<sup>7</sup>.

Porém apesar de todos os benefícios que a Internet traz a população brasileira e mundial, existem grandes problemas causados pela má utilização da Rede Online. Quando o assunto é internet, os perigos podem aparecer justamente pela falta de segurança. Existem ameaças em anúncios, redes sociais, e-mails e outros criados por indivíduos com a intenção de furtar dados pessoais, dinheiro, aplicar golpes, fraudar. Diariamente são lançados vírus pela web, de diversas formas e maneiras. Um click errado pode ser fatal em situações como essas.

A agilidade com que as informações se espalham na rede online é muito grande, sendo cada vez mais difícil controlar o compartilhamento. Por isso, os crimes de internet estão cada vez mais frequentes e já não se limitam a pessoas físicas, o crescente número de empresas prejudicadas pelo uso indevido da internet está aumentando cada vez mais.

Assim sendo, pode-se dizer que hoje, o grande número de pessoas que utilizam a Internet tem aumentado cada vez mais, sendo este um poderoso meio de comunicação de massa, necessitando então que fosse criadas regras e deveres devido ao grande número de problemas como furtos de dados pessoais, fraudes e outros, para seu uso. Em nosso país no ano de 2014 foi sancionado pela então Presidente Dilma Rousseff, o Marco Civil da Internet, que regula o uso da Internet por meio de direitos, garantias e previsões além de deveres para os usuários.

## DIREITO E A INTERNET

Com o surgimento da Internet rede online interligada por computadores, no Brasil nos anos 90 e com sua expansão para todo país, a velocidade de informações decorrentes desta nova tecnologia digital, interligaram os indivíduos em um único local. Para Lílana Minardi<sup>8</sup> a Internet é:

A Internet é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo planeta. As ligações surgem de várias maneiras: redes telefônicas, cabos e satélites. Sua difusão é levemente semelhante a uma rede telefônica. Existe entretanto, uma radical diferença entre rede de computadores e uma rede telefônica: cada computador pode conter e fornecer, a pedido de usuário, uma infinidade de informações que dificilmente seriam obtidas por meio de telefonemas.

As facilidades e entretenimento oferecidos pela rede online atraíram cada vez mais usuários, que utilizavam a Internet para vários fins, outros sim, ela facilita a pesquisa e democratiza a informação. Nos dias atuais não existe atualmente outro suporte que forneça tantas informações disponíveis. Ademais a Internet, é fundamental em nosso cotidiano, serve para a gestão e funcionamento de empresas e órgãos públicos, para o comércio no oferecimento de serviços e produtos permite ainda o contato com outras pessoas em tempo real em qualquer lugar do mundo.

Diante desses fatos percebemos que a internet possui dois pontos que se relacionam, a qual se caracteriza por uma tecnologia que revolucionou a sociedade. Dada tecnologia

<sup>7</sup>Pesquisa: a importância da Internet no agronegócio. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/pesquisa-a-importancia-da-internet-no-agronegocio/>>. Acessado em 31. Out. 2020.

<sup>8</sup> PAESANI, Lílana Minardi. *Direito e Internet. liberdade de informação, privacidade responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.25.

se tornou parceira da comunicação humana, além de passar a ser aliada do cotidiano da humanidade. Além disso, a internet é o segundo meio de comunicação, atrás somente da televisão, mais usado pelos brasileiros, segundo o Governo Brasileiro, no entanto pesquisas realizadas indicam que brevemente a internet será a primeira colocada em nosso país.

Desse contexto tornamos dependentes da internet, seja diretamente ou indiretamente. No entanto, toda essa dependência da internet traz grandes questões jurídicas a serem debatidas a cerca de sua utilização, a responsabilidade civil por danos causados aos usuários, a privacidade das informações e a exposição da intimidade de quem utiliza este meio de comunicação precisa de controle minucioso. Isto para que se evitem problemas ocasionados pela má utilização deste meio.

A legislação brasileira garante que à imagem, honra, intimidade e a vida privada são invioláveis. A Constituição Brasileira diz em seu Artigo 5º, inciso X:

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<sup>9</sup>.

O Ordenamento pátrio, garante que a privacidade é um direito basilar contudo, é justamente esse direito que muitas vezes é transgredido na internet. Muitas vezes pessoas, empresas, órgãos governamentais colocam em exposição suas informações na internet seja por falta de conhecimento e de prática no uso da mesma ou por fraudes criadas por indivíduos para roubar informações, sendo assim na maioria das vezes isso facilita a intervenção de hacker ou crackers pessoas que criam programas e outros artifícios para roubarem, fraudarem e invadirem os computadores dos usuários.

A necessidade de se criar regras e leis para que se regulassem o uso da Internet se tornou evidente a medida em que os problemas foram aumentando e se tornaram significativos. Em nosso país durante um longo período de tempo o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor eram os aparatos que protegiam os usuários da rede, se tornando carente de legislação própria.

Assim sendo, a grande carência de legislação para que se controlassem o uso da Internet fez com que nossos legisladores criassem a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet. Nos dizeres de Paulo Roberto Binicheski<sup>10</sup> o Marco Civil da Internet:

Tem o objetivo de elucidar embaraços decorrentes da interpretação e aplicação da disciplina da responsabilidade civil atribuída aos provedores de internet. Além disso, a lei aborda temas relativos à privacidade, liberdade de expressão, retirada e bloqueio de informações lesivas a usuários, entre outros.

Ainda diz Cássio Augusto Barros Brant, que o Marco Civil da Internet é por alguns chamados de “Constituição da Internet”, porque é descrito com semelhança a Constituição Brasileira em seu artigo 1º e no artigo 3º pelos seus fundamentos e objetivos<sup>11</sup>.

Portanto diante da falta de legislação específica para regulamentar o uso da Internet

<sup>9</sup> 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)>. Acessado em 31.out. 2020.

<sup>10</sup> BINICHESKI, P. R. O marco civil da internet: primeiras linhas. JUS.com.br, fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36379/o-marco-civil-da-internetprimeiras-linhas>>. Acesso em 31. out. 2020.

<sup>11</sup> Brant, Cassio Augusto Barros. Marco Civil Da Internet. Belo Horizonte. D'Plácido.2014.p.46.

no Brasil, criou-se o Marco Civil da Internet Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 com intuito de garantir direitos e deveres aos usuários da rede, que passaremos a tratar com mais profundidade do assunto ao decorrer deste trabalho acadêmico.

Com os avanços tecnológicos, hoje vivemos na era digital as facilidades, comodidades e funcionalidades oferecidas pela Internet nos possibilita realizar até as pequenas tarefas sem precisar sair de casa. A compra de um produto ou a contratação de um serviço pode ser feita através de um computador, smarthphone, tablet conectados a uma rede online.

Aproveitando-se da grande expansão e do alcance de usuários que a Internet permite, as grandes, médias e pequenas empresas, cada vez mais abrem lojas virtuais para vendas online, por ser um método fácil, ágil e prático para seus clientes. Inicialmente as pessoas sentiam insegurança para realizar uma compra ou contratar um prestador de serviço pela Internet, mas ao longo do tempo o comércio eletrônico se tornou um dos mais populares não somente no Brasil mas em todo mundo. Para Venetianer<sup>12</sup> comércio eletrônico e definido da seguinte maneira:

Comércio eletrônico é o conjunto de todas as transações comerciais efetuadas por uma firma, com o objetivo de atender, direta ou indiretamente, a seus clientes, utilizando, para tanto as facilidades de comunicação e de transferência de dados mediados pela rede mundial Internet.

O comércio eletrônico, também chamado de *e-commerce*, nada mais é do que a compra e venda de produtos e serviços com o uso da internet, na qual a uma relação de consumo entre consumidor e fornecedor dos produtos ou serviços por meio de computadores conectados a rede online.

Atualmente é de suma importância para as empresas, pois o *e-commerce* significa uma boa parte do lucro. Apesar de toda potencialidade as lojas virtuais também deverão tomar alguns cuidados para não causar danos aos usuários, deverão garantir ao comprador a garantia legal se o produto conter algum vício de 30 dias de um não durável e de 90 dias se for um durável, o arrependimento pela compra em até 7 dias, garantido pelo nosso Código de Defesa Do Consumidor em seu artigo 49, não divulgação de propagandas e serviços que não poderão realizar para não caracterizar propaganda enganosa.

Os consumidores também deverão tomar algumas precauções como comprar em sites seguros, analisando a localização do site, suas vendas os informações que pedem para realização de cadastro e o produto adquirido se esta de acordo com a oferta.

Nesse contexto, o comércio eletrônico se mostra fundamental para as empresas de todo porte pelo grande alcance no território brasileiro, as empresas investem mais e mais neste tipo de reação de consumo que passou a ser uma ferramenta de vantagem competitiva e um novo modelo de vendas que conecta ainda mais consumidor e fornecedor.

## MARCO CIVIL DA INTERNET

Após a Segunda Guerra Mundial se viu surgir, e após alguns anos se popularizar a

<sup>12</sup> VENETIANER, Tom. *Fundamentos do comércio eletrônico. In: Como vender seu peixe na Internet. 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Campus, 2000. p. 207.*



Internet. Esta invenção fez do mundo uma *Aldeia Global* onde as pessoas se conectam e se comunicam simultaneamente.

Em 2004 surge uma revolução na internet, pois são criadas as primeiras redes sociais, por exemplo, o Orkut e o Facebook. É o início da chamada Web 2.0, período em que publicação das informações estaria mais popularmente distribuída. Até que no início de 2007, inicia a revolução dos smartphones, que passaram a ser usados, cada vez mais, e assim, passaríamos a estar conectados a todo momento, recebendo e enviando informações no carro, no ônibus, na rua, no trabalho. Nesse momento, vivemos a explosão de aplicativos que possibilitam a criação de redes de usuários conectados, gerando uma massa de dados grandiosa.<sup>13</sup>

Para regular esta sociedade digital e dar a ela mais segurança, fez-se necessária a criação de Princípios de Relacionamento Virtual com a finalidade de regular certas condutas.

Recentemente (14/08/2018) foi aprovada a Lei Nº 13.709/18 que dispõe sobre a proteção de dados pessoais, distribuída em 10 capítulos e tem 65 artigos. Esta lei, conhecida com LGPD, altera a Lei Marco Civil da Internet.

A Lei nº 13.709, publicada em 15 de agosto de 2018, trata do processamento de dados pessoais por pessoas físicas ou jurídicas, governamentais ou não. Ela será aplicada não apenas à coleta e processamento de dados por meio de mídia digital, que já foi coberta pela Lei Civil da Internet de 2013, mas também a qualquer outro meio de coleta e processamento em qualquer setor. Inspirada no recente regulamento europeu sobre este assunto, o Regulamento Geral de Proteção de Dados - GDPR, a nova lei entrará em vigor em 18 meses a partir de sua publicação.<sup>14</sup>

A nova lei define “dados pessoais” como qualquer informação relacionada a um indivíduo identificado ou identificável (ou seja, nome, endereço, número de identidade, endereço de e-mail, dados de localização e endereço IP) e “processamento” como qualquer procedimento realizado com dados pessoais, como coleta, produção, classificação, uso, reprodução, processamento, armazenamento, transferência e difusão.

Embora não seja tão detalhado quanto o GDPR, a nova lei brasileira é complexa. Tem 65 artigos divididos em 10 capítulos. Entre suas várias disposições, existem regras sobre o processamento de dados sensíveis (dados sobre origem racial ou étnica, religião ou crenças, opinião política, saúde ou vida privada, informações genéticas ou biométricas, entre outros), processamento de dados de crianças e adolescentes, transferência internacional de dados pessoais e implementação de boas práticas e medidas de segurança.<sup>15</sup>

Com o surgimento da Internet no Brasil, na década de 1990 a sociedade brasileira se viu diante de uma nova tecnologia que revolucionária o país. Assim sendo a Internet passou a complementar em vários aspectos as relações entre pessoas físicas e jurídicas, se tornando de grande importância para o desenvolvimento do mercado, da política, do entretenimento, das pesquisas, trocas de informações e demais áreas em meio a uma

13 FAORO, R. R.; JESUS, B. R.; ABREU, M. F. *Um Estudo Sobre Crimes Digitais: Detecção E Prevenção*. Anais do IV SINGEP. São Paulo. 2015.

14 DA COSTA, Roberto Renato Strauhs; PENDIUK, Fabio. *Direito digital: o Marco Civil da Internet e as inovações jurídicas no ciberespaço*. FESPPR Publica, v. 2, n. 1, p. 21, 2018.

15 MADALENA, Juliano. *Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital*. Revista dos Tribunais, v. 974, p. 81-110, 2016.

sociedade tecnológica.

Surgiu também inúmeros fatos que trouxeram problemas para usuários que utilizavam a rede online. A má utilização da Internet começou a gerar problemas tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas. Fraudes, roubos de informações e outros meios que indivíduos com as piores intenções praticavam para se aproveitar das facilidades que a internet proporciona devido a grande velocidade de informações e de pessoas que a utilizam.

Sendo assim apesar de chegar ao Brasil nos anos 90, os direitos e deveres para regular o uso e os problemas que porventura aconteciam na rede online ficavam a cargo do Código Civil de 2002 e pelo Código de defesa do consumidor, porém com o decorrer do tempo estes ficaram defasados e ultrapassados, surgindo a necessidade de uma legislação específica, tutelar as práticas da rede online, Internet.

Depois de muitos debates e discussões, em 23 de abril de 2014, foi a então presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, através desta nova Lei regras deveres e direito surgiram para quem utiliza a internet.<sup>16</sup> O sancionamento desta nova Lei foi apenas uma autopromoção do governo brasileiro, frente a espionagem feita pelos Estados Unidos da América demonstrando a vulnerabilidade do nosso país, sendo a Lei criada como resposta para a sociedade em geral.

A Lei 12.965/2014, é dividida em cinco partes distribuídos em 32 artigos, em seu primeiro Capítulo trata dos disposições preliminares apresentando seus fundamentos, princípios, os objetivos a serem cumpridos bem como conceitos de elementos importantes dentro da Lei cabe destacar o direito a liberdade de expressão, sendo que o Capítulo II informa os direitos e deveres dos usuários da rede online ressaltando o direito a indenização por quem teve sua privacidade invadida, já no Capítulo III traz as disposições sobre a conexão e aplicações de Internet ou seja regulamentação para os sites e provedores. No Capítulo IV, impõe atributos para o poder público para que haja efetivação da aplicação e regulamentação da Lei 12965/2014.<sup>17</sup>

A Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) brasileira regulamenta o tratamento de dados pessoais nos setores público e privado, materializando a consolidação da disposição legal em matéria de Privacidade e Proteção de Dados. Sua estrutura e conteúdo refletem uma legislação brasileira inspirada nas diretrizes internacionais, principalmente nas previstas no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”), que entrou em vigor em 25 de maio de 2018.

A aprovação da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (LGPDP) reflete uma discussão abrangente que vem sendo realizada nos últimos anos em países da Europa e nos Estados Unidos. As particularidades do caso brasileiro e seus impactos do mercado nacional são os temas chave da discussão proposta por esse evento. O tema ilustra também as tentativas de legislar sobre novas tecnologias e serviços emergentes.

Em 14 de agosto de 2018, o Brasil aprovou a LGPD. A lei entrará em vigor após

<sup>16</sup> DA COSTA, Roberto Renato Strauhs; PENDIUK, Fabio. *Direito digital: o Marco Civil da Internet e as inovações jurídicas no ciberespaço*. FESPPR Publica, v. 2, n. 1, p. 21, 2018.

<sup>17</sup> MADALENA, Juliano. *Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital*. Revista dos Tribunais, v. 974, p. 81-110, 2016.

o seu 18º período de adaptação, no início de 2020. A LGPD cria uma nova estrutura legal para o uso de dados pessoais no Brasil, tanto online quanto offline, nos setores público e privado. É importante notar que o país já possui mais de 40 normas legais no nível federal que lidam direta e indiretamente com a proteção da privacidade e dados pessoais em um sistema setorial. No entanto, a LGPD está substituindo e / ou complementando esta estrutura regulatória setorial, que às vezes era conflitiva, pantanosa, sem segurança jurídica e tornava o país menos competitivo no contexto de uma sociedade cada vez mais impulsionada por dados.<sup>18</sup>

O texto, resultado de uma ampla discussão, visa não apenas garantir os direitos individuais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico, tecnológico e de inovação por meio de regras claras, transparentes e abrangentes para o uso adequado de dados pessoais. Ao ter uma Lei Geral de Proteção de Dados, o Brasil entra na lista de mais de 120 países que hoje podem ser considerados como tendo um nível adequado de proteção à privacidade e ao uso de dados pessoais.

A LGPD tem aplicação transversal e multissetorial, tanto no setor público quanto no privado, online e offline. Trata do conceito de dados pessoais e enumera as bases jurídicas que autorizam a sua utilização - e o consentimento é apenas um deles - destacando a possibilidade de processar dados pessoais com base nos interesses legítimos do responsável pelo tratamento, para além dos princípios gerais de proteção de dados; direitos básicos do titular dos dados - como direito de acesso, exclusão de dados e explicação; e as obrigações e limites que devem ser aplicados a qualquer entidade que processe dados pessoais.

A autoridade nacional de proteção de dados, um dos pontos mais relevantes estabelecidos pela lei, foi vetada devido a aspectos legais relacionados a qual ramo do governo deveria ter acionado a nova lei. No entanto, o presidente já mencionou que a autoridade será criada por meio de uma lei separada. O presidente também vetou três artigos do projeto, que tratavam da proteção de dados pessoais de acesso a pedidos de informação, a transferência de dados pessoais entre autoridades públicas e entidades privadas - tal transferência não será proibida, mas será baseada em outros base jurídica e transparência no uso de dados compartilhados entre entidades públicas.<sup>19</sup>

Foram também vedados os artigos VII, VIII e IX do artigo 52, que preveem penalidades pela suspensão e proibição - total ou parcial - das atividades de processamento e armazenamento de dados pessoais em casos de violação da legislação. Desta forma, apenas as penalidades de advertência, multa, bloqueio ou eliminação de dados e divulgação da infração são fornecidas.

O DPA, quando criado, será uma autoridade pública independente responsável pela supervisão da lei e da execução. Seu formato ainda não foi definido, mas deve funcionar da mesma forma que outras agências reguladoras ou órgãos de supervisão. A autoridade pode estabelecer diretrizes para a promoção da proteção de dados pessoais no Brasil. Em resumo, deve garantir a proteção de dados pessoais; elaborar a “Política Nacional de Proteção e Privacidade de Dados”, conforme definido por lei; monitorar e aplicar sanções

<sup>18</sup> DA COSTA, Roberto Renato Strauhs; PENDIUK, Fabio. *Direito digital: o Marco Civil da Internet e as inovações jurídicas no ciberespaço*. FESPPR Publica, v. 2, n. 1, p. 21, 2018.

<sup>19</sup> DA COSTA, Roberto Renato Strauhs; PENDIUK, Fabio. *Direito digital: o Marco Civil da Internet e as inovações jurídicas no ciberespaço*. FESPPR Publica, v. 2, n. 1, p. 21, 2018.



em caso de violação das leis pertinentes; atender às solicitações dos titulares de dados contra os responsáveis pelo processamento de seus dados e questões regulatórias sobre proteção de dados, entre outras atividades. A lei que criará o DPA provavelmente servirá para a criação do Conselho Nacional de Proteção de Dados, órgão consultivo de composição multissetorial, que pode propor diretrizes e estratégias, realizar estudos e disseminar conhecimentos sobre proteção de dados no Brasil.

A LGPD aplica-se a qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, que processe dados pessoais (tais como coleta, produção, recepção, classificação, processamento, etc.) no território brasileiro, caso: (i) o processamento tenha como finalidade a oferta ou fornecimento de bens ou serviços; (ii) os dados pessoais processados são de pessoas físicas que estão localizadas em território brasileiro; ou (iii) os dados pessoais processados foram coletados em território brasileiro. A este respeito, é perceptível que os termos de aplicação da lei se aproximam, de facto, dos previstos no LGPD.

Para efeitos da LGPD, “dados pessoais” são as informações relacionadas com uma pessoa singular identificada ou identificável. Dentro deste conjunto, os “dados pessoais sensíveis”, por sua vez, constituem uma categoria específica de informações pessoais que requerem maior proteção jurídica face ao potencial discriminatório que pode advir do seu tratamento. Esta categoria é composta por dados pessoais de origem racial ou étnica, crença religiosa, opinião pública, filiação a sindicato ou organização religiosa, filosófica ou política, dados relativos à saúde ou vida sexual e dados genéticos ou biométricos, quando relacionados com uma pessoa singular. Neste cenário, enquanto dados pessoais são aqueles que podem identificar ou conduzir à identificação de alguém, os dados sensíveis, para além de identificarem um indivíduo, são capazes de promover a sua discriminação. Observe que o processamento de dados pessoais que revelam dados confidenciais também está sujeito a proteção especial nos termos da lei.

Para garantir que o tratamento dos dados pessoais será válido e lícito, a LGPD disponibiliza uma lista de hipóteses em que essas operações podem ocorrer. Essas condições legais, mais conhecidas como “Bases Legais”, abrangem diversos cenários possíveis para legitimar operações de processamento. Portanto, é necessário que haja uma avaliação dos agentes de processamento para identificar a base jurídica mais relevante para cada uma de suas operações, ponderando, neste processo, fatores como o grau de segurança da base jurídica contra questionamentos futuros, o conjunto das medidas acessórias de que necessita, entre outras questões.

Nesse sentido, de acordo com o artigo 7º da LGPD, os dados pessoais só podem ser processados:

1. Com o consentimento do titular dos dados;
2. Para atender aos legítimos interesses do controlador ou de terceiros;
3. Para cumprir as obrigações legais ou regulamentares do controlador;
4. Para a execução de um contrato ou procedimentos preliminares relacionados com um contrato do qual o titular dos dados seja parte;
5. Durante o exercício regular de direitos em procedimentos judiciais, administrativos

- ou arbitrais;
6. Para fins de proteção de crédito;
  7. Para a proteção da vida ou segurança física do titular dos dados ou de terceiros;
  8. Para proteção da saúde (somente por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridades de saúde);
  9. Para a realização de estudos por entidades de pesquisa; e
  10. Para a execução de políticas públicas (somente pela Administração Pública).

Além disso, o processamento de dados pessoais será considerado irregular quando não estiverem em conformidade com a legislação (ou seja, se for conduzido fora do âmbito das autorizações acima mencionadas) ou quando não fornecer a segurança que o titular dos dados pode esperar, considerando: (i) a forma como o processamento é realizado; (ii) o resultado e os riscos que dele se esperam razoavelmente; e (iii) as técnicas de processamento de dados pessoais disponíveis no momento da realização.

Uma vez que a operação de tratamento não se enquadre em nenhuma das bases jurídicas previstas na lei, o controlador deve assegurar o fim do tratamento, o que ocorrerá quando: (i) terminar o período de processamento; (ii) houver manifestação do titular dos dados solicitando o fim do processamento; (iii) há determinação legal a esse respeito; ou (iv) se verifique que o fim que justificou o tratamento foi alcançado, ou que os dados pessoais recolhidos perderam a sua relevância para o fim pretendido.

Lima<sup>20</sup> afirma que rede social é todo sistema informático capaz de integrar um grupo de usuários em um ambiente onde sejam possíveis a fácil publicação e a propagação de conteúdo.

Como mencionou Lima<sup>21</sup>, a rede criada por Mark Zuckerberg passou a fazer parte da vida do brasileiro após uma certa estagnação do *Orkut*, tendo superado o grande rival em meados de 2011. O *Facebook* mantém uma figura central denominada *timeline*, onde o conteúdo é apresentado e, normalmente, pode ser visualizado por outras pessoas do círculo dos dialogantes. Com um clique é possível compartilhar ou curtir uma publicação e facilmente propagar textos, imagens e vídeos.

Segundo o relatório Digital in 2018, do site *We Are Social*, há cerca de 3,397 bilhões de usuários ativos nas redes sociais. No *ranking* dos sites mais acessados, o *Facebook* ocupa o terceiro lugar, porém na categoria rede social, ele ocupa o primeiro. Em decorrência desta posição, o *Facebook* foi objeto de estudo de comparação com a legislação brasileira.

De acordo com os dados do próprio *Facebook*, no primeiro trimestre de 2018, foram identificados 2,2 bilhões de utilizadores ativos mensalmente, sendo 1,4 mil bilhões ativos diariamente.<sup>22</sup> A plataforma tornou-se logo a maior rede social do mundo. Os 'gostos',

<sup>20</sup> LIMA, Marco Antonio; JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. Marco civil da internet: limites da previsão legal de consentimento expresso e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na internet. *Revista de direito, governança e novas tecnologias*, v. 2, n. 1, p. 241-260, 2016.

<sup>21</sup> LIMA, Marco Antonio; JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. Marco civil da internet: limites da previsão legal de consentimento expresso e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na internet. *Revista de direito, governança e novas tecnologias*, v. 2, n. 1, p. 241-260, 2016.

<sup>22</sup> FACEBOOK. Política de dados do facebook. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/privacy/explanation>. Acessado em 20/08/2021.

os compartilhamentos, os eventos coletivos, os corações em comentários, o sistema de marcação e o fluxo de comunicação que compõem a estrutura dinâmica dessa rede social orientam as ações dos indivíduos isolados no sentido da comunicação, do contato e do contágio.<sup>23</sup>

Para que um utilizador tenha cadastro no *Facebook*, é necessário concordar com os Termos, Política de Dados e Política de Cookies. Esta Política detalha especificamente cada informação coletada, qual a sua destinação e suas tratativas. Recentemente ela foi moldada em função da *General Data Protection Regulation* (GDPR), Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018. Após este acontecimento e o escândalo de vazamento de dados dos usuários do Facebook, transmitidos e utilizados para fins políticos sem o consentimento deles por uma empresa parceira dessa rede social, o projeto brasileiro da lei geral de proteção de dados pessoais que tramitava há muito tempo ganhou celeridade. Para Peck<sup>24</sup>, *o Direito deve refletir a realidade da sociedade*. Neste sentido o ordenamento jurídico brasileiro criou leis genéricas que tratam e regulam o “mundo virtual”.

A última lei aprovada que trata do âmbito virtual, e que está em vigor é o Marco Civil da Internet, este é o nome pelo qual ficou popularmente conhecido o Projeto de Lei nº 2.126/2011, posteriormente sancionado sob a Lei nº 12.965/2015, a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres primordiais para o uso da Internet no Brasil.<sup>25</sup>

No dia 10 de o Plenário do Senado aprovou o Projeto de Lei nº 2.126/2011, posteriormente sancionado sob a Lei nº 12.965/2015. Terá aplicação transversal, multissetorial, a todos os setores da economia, tanto no âmbito público quanto privado, online e offline. Com poucas exceções, toda e qualquer prática que se valer do uso de dados pessoais estará sujeita à lei.

A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais está distribuída em 10 capítulos:

- O I trata das DISPOSIÇÕES PRELIMINARES;
- O II sobre o TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS;
- O III dos DIREITOS DO TITULAR;
- O IV do TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO;
- O V da TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS;
- O VI dos AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS;
- O VII da SEGURANÇA E DAS BOAS PRÁTICAS;
- O VIII da FISCALIZAÇÃO;
- O IX da AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) E DO CONSELHO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DA PRIVACIDADE;
- O X das DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.

<sup>23</sup> PERES, L. M. V. P., CELÓRIO, J. A., MOURA, L. L. L. *O Facebook como transfiguração do outro como um si-mesmo*. *Revista NUPEM*, 7, 79-91. 2015.

<sup>24</sup> PECK, Patrícia, *Direito Digital*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>25</sup> PERES, L. M. V. P., CELÓRIO, J. A., MOURA, L. L. L. *O Facebook como transfiguração do outro como um si-mesmo*. *Revista NUPEM*, 7, 79-91. 2015.

No dispositivo (artigo 5º, inciso I, Capítulo 5), dado pessoal seria “*informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável*”. Ou seja, vale para toda e qualquer informação que permita a identificação de alguém (nomes, endereços, números de telefone), informações on-line (perfis de usuários, informações de acesso, endereços IP), meios de identificação federal (CPF, passaporte) e outros dados que possam ser usados individualmente ou em combinação com outros dados para identificar uma pessoa. A LGPD dedica-se, no Capítulo III, aos direitos dos titulares de dados pessoais, que logo abaixo serão comparados com as políticas do Facebook.<sup>26</sup>

Mendes<sup>27</sup> ressalta que o Marco civil é essencial para a consolidação do debate público e do avanço em políticas públicas sobre segurança cibernética, ainda que não esteja ligado diretamente às estratégias de defesa nacional, porque orienta sobre os “princípios, garantias, direitos, responsabilidades e deveres para usuários e empresas, tratando de neutralidade, privacidade, retenção de informações e dados, entre outros”.

Embora a lei seja importante, ela não responde ao desafio de uma violência cibernética que cresce exponencialmente em todo o planeta, bem como as tentativas de governos de controlarem outras nações por meio da invasão de dados e adulteração das eleições ou mesmo de grupos políticos rivais utilizarem as redes sociais para divulgarem notícias falsas a respeito de candidatos ou manipularem eleitores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi visto neste trabalho que a aprovação da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (LGPD) reflete uma discussão abrangente que vem sendo realizada nos últimos anos em países da Europa e nos Estados Unidos. As particularidades do caso brasileiro e seus impactos do mercado nacional são os temas chave da discussão proposta por esse evento. O tema ilustra também as tentativas de legislar sobre novas tecnologias e serviços emergentes. LGPD dedica-se, no Capítulo III, aos direitos dos titulares de dados pessoais, que foram comparadas com as políticas do Facebook neste artigo.

De forma mais geral, podemos dizer que a Internet modificou profundamente o acesso à informação e ao conhecimento por meio de mecanismos de busca que podem ser consultados em qualquer parte do mundo e sobre qualquer assunto. Esta revolução tecnológica, em constante renovação, tem levado à geração de novos atores, à modificação de comportamentos, à criação de novas linguagens e diferentes relações sociais e não acaba: a cada dia, as inovações acentuam ainda mais esses fenômenos.

Portanto, em nossas sociedades, passamos da simples necessidade de informação que consiste em relacionar as pessoas e os acontecimentos a uma necessidade de comunicação, ou seja, a uma troca de informações entre os indivíduos e, finalmente, rumo à necessidade de telecomunicações, libertando-se de restrições espaciais. Todos os atores sociais estão agora agindo em um contexto transformado e para cumprir sua função social, familiar, produtiva ou cultural precisam cada vez mais de informação e comunicação que

<sup>26</sup> FACEBOOK. *Política de dados do facebook*. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/privacy/explanation>. Acessado em 20/08/2021.

<sup>27</sup> MENDES, Laura Schertel. *O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, p. 37-69, 2018.

passa pela Internet.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **LGPDP**. 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) Acessado em 20 de fev. de 2024.

BRASIL. **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)>. Acessado em 20 de fev. de 2024.

ANATEL. **Agência Nacional de Telecomunicações**. Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995. Aprova a Norma nº 004/95 - Uso da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à Internet. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 de ago. 1995. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/normasdo-mc/78-portaria-148>>. Acesso em: 20 de fev. de 2024.

ARRUDA, F. **20 anos de internet no Brasil: aonde chegamos?** TECMUNDO, 04 mar. 2011. Disponível. em:<<https://www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-htm>>. Acesso em: 20 de fev. de 2024.

BINICHESKI, P. R. **O marco civil da internet: primeiras linhas**. JUS.com.br, fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36379/o-marco-civil-da-internetprimeiras-linhas>>. Acesso em 20 de fev. de 2024.

BRANT, Cassio Augusto Barros. **Marco Civil Da Internet**. Belo Horizonte. D'Plácido.2014.p.143.

BRASIL ESCOLA. **Internet no Brasil**. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/informatica/internet-no-brasil.htm>>. Acesso em 20 de fev. de 2024.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.p.10.

DA COSTA, Roberto Renato Strauhs; PENDIUK, Fabio. Direito digital: o Marco Civil da Internet e as inovações jurídicas no ciberespaço. **FESPPR Publica**, v. 2, n. 1, p. 21, 2018.

FACEBOOK. **Política de dados do facebook**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/privacy/explanation>. Acessado em 20 de fev. de 2024.

FAORO, R. R.; JESUS, B. R.; ABREU, M. F. Um Estudo Sobre Crimes Digitais: Detecção E Prevenção. **Anais do IV SINGEP**. São Paulo. 2015.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 eds. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Marco Antonio; JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. Marco civil da internet: limites da previsão legal de consentimento expreso e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na internet. **Revista de direito, governança e novas tecnologias**, v. 2, n. 1, p. 241-260, 2016.

MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital. **Revista dos Tribunais**, v. 974, p. 81-110, 2016.

MBC. **Importância da Economia Digital para o Brasil**. Disponível em. <<http://www.mbc.org.br/>>

portal/importancia-da-economia-digital-para-o-brasil/>. Acessado em 20 de fev. de 2024.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, p. 37-69, 2018.

ODUMESI, J.O. **Combating the menace of cybercrime: The Nigerian Approach** (Project), Department of Sociology, University of Abuja, Nigeria p.45. 2006.

PERETTI, K. Data breaches: What the underground world of “carding” reveals. **SantaClara Computer and High Technology Journal** 25(2), 375–414. 2008.

PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet**. liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.25.

PECK, Patrícia, **Direito Digital**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERES, L. M. V. P., CELÓRIO, J. A., MOURA, L. L. L. O Facebook como transfiguração do outro como um si-mesmo. **Revista NUPEM**, 7, 79-91. 2015.

VENETIANER, Tom. Fundamentos do comércio eletrônico. In: **Como vender seu peixe na Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Campus, 2000. p. 207.

## Direito dos animais: proteção legislativa dos animais no ordenamento jurídico brasileiro

Cliciano Vieira da Silva  
Janildes de Moura Lino

### RESUMO

Os animais são reconhecidos como capazes de exercer direitos, ou seja, de receber proteção dos indivíduos e do Estado pelo valor de sua existência e integridade, e por sua relação com o cumprimento dos fins do estado, como a justiça. Dessa forma, o objetivo principal desta pesquisa é discutir a proteção legislativa dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. Em geral, podemos nos arriscar a prescrever que a escassa fiscalização, sanção e justiça efetiva que as leis de proteção animal possuem hoje constituem um fato reconhecido pela sociedade. Cenário que nos incentiva a tentar reformular as estruturas jurídico-administrativas que regem os animais em nosso país, por meio da consagração constitucional do papel prioritário de proteção dos animais pelo Estado; a criação de um Serviço de Proteção Animal; o ensino de uma educação anti-especista em estabelecimentos de ensino; entre outras mudanças possíveis.

**Palavras-chave:** direito dos animais; pessoa não humana; ordenamento jurídico brasileiro; proteção legislativa aos animais.

### ABSTRACT

Animals are recognized as capable of exercising rights, that is, of receiving protection from individuals and the State for the value of their existence and integrity, and for their relationship with the fulfillment of the State's purposes, such as justice. Thus, the main objective of this research is to discuss the legislative protection of animals in the Brazilian legal system. In general, we can risk prescribing that the scant inspection, sanction and effective justice that animal protection laws have today is a fact recognized by society. A scenario that encourages us to try to reformulate the legal and administrative structures that govern animals in our country, through the constitutional enshrinement of the State's priority role in protecting animals; the creation of an Animal Protection Service; the teaching of anti-speciesist education in educational establishments; among other possible changes.

**Keywords:** animal rights; non-human person; Brazilian legal system; legislative protection for animals.



## INTRODUÇÃO

O direito, em geral, é uma ferramenta normativa que responde a fatos sociais complexos, ou seja, fatos que vêm das relações e do comportamento humano. Além disso, o direito inicia e é determinado pelas lutas sociais, que se materializam em regras positivas. Sem dúvida, os eventos derivados do movimento ambientalista dos anos 60 e o início dos estudos científicos e das conferências mundiais sobre o meio ambiente marcaram a crise e o início da mudança de paradigma na relação entre o progresso econômico e a resiliência dos sistemas ecossociais, e, com tudo isso, a transformação dos sistemas jurídicos daqueles que aceitaram esse novo modelo de desenvolvimento.

O conceito de sujeito de direito sofreu modificações profundas que tocam os próprios fundamentos dos sistemas jurídicos ocidentais (especialmente na América Latina). Estas se baseiam em um conceito binário de sujeito-objeto: relações entre sujeitos e coisas, bem como entre os próprios sujeitos. Atualmente, tudo isso se desdobra no quadro do discurso predominante no século XX sobre propriedade e liberdade, fomentado pelo capitalismo e por sistemas de produção baseados na primarização das economias, ou seja, na exploração dos recursos naturais (Garner, 2013).

Na tradição continental europeia e, em geral, nos ordenamentos jurídicos ocidentais, o que diz respeito aos animais foi regulamentado nas codificações civis no capítulo correspondente às coisas. Nos últimos anos, a jurisprudência constitucional brasileira tem sido mais do que desafiadora para as bases do direito civil, em nome do ramo do direito ambiental. A construção e aceitação social das normas de proteção dos direitos difusos potencialmente afetados pela intervenção antrópica têm um papel importante nos limites da propriedade privada, materializada no âmbito real dos seus atributos em relação à função social e ecológica é submetido.

A relação do homem com a natureza tem sido objeto de polêmicas discussões políticas, dados os efeitos práticos do modelo econômico do mundo ocidental. O crescente interesse dos cidadãos em limitar as práticas de exploração dos recursos naturais, que implicam consequências moralmente injustificadas, é evidente nos esforços cada vez mais frequentes do Estado para modificar comportamentos individuais que geram danos ambientais (por exemplo, redução de sacolas plásticas, ciclismo, reciclagem na fonte, economizando água, etc.).

Os efeitos da ação humana sobre os animais, em algum momento dos últimos dez anos, passaram de ser considerados danos ambientais, no sentido estrito de detrimento do patrimônio público, a uma espécie de infração com características diversas. E essa mudança não é pequena. Em termos morais, hoje não é a mesma coisa cortar a perna de um animal e despejar em um rio. Nenhum dos dois é moralmente justificado, mas as motivações para exigir uma sanção ou reparação, quaisquer que sejam, não são as mesmas. Os dois casos não suscitam a mesma simpatia, indignação ou solidariedade (Rodrigues, 2010). Assim, o problema desta pesquisa é: qual o enquadramento jurídico dos direitos dos animais?

Dessa forma, o objetivo principal desta pesquisa é discutir a proteção legislativa dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. O tema está delimitado em pesquisar os direitos jurídicos dos animais em artigos, teses, dissertações e jurisprudência nacional e



internacional.

Os objetivos específicos são apresentar o conceito de animais não humanos e sua natureza jurídica, descrever o direito dos animais à nível internacional e apresentar o enquadramento jurídico brasileiro dos direitos dos animais.

A recente tendência jurídica da jurisprudência brasileira e internacional de reavaliar o conteúdo do conjunto das matérias de direito está diretamente relacionada com a expansão do círculo da consideração moral e da imputação legal a outras entidades tidas como relevantes para a sociedade. Por isso, as gerações futuras, e os animais são reconhecidos como capazes de exercer direitos, ou seja, de receber proteção dos indivíduos e do Estado pelo valor de sua existência e integridade, e por sua relação com o cumprimento dos fins do estado, como a justiça. Em outros escritos, tratei das gerações futuras e, nesta ocasião, dedicarei minha análise ao conceito ou natureza jurídica dos animais e ao alcance de seu reconhecimento como sujeitos de direito (Pereira, 2015).

Foi realizada uma pesquisa Bibliográfica qualitativa para buscar informações junto a literatura nacional sobre estudos, pesquisas, jurisprudência e documentos que já foram realizados sobre o assunto através de Documento ou documentação bem como, toda base de conhecimento material e suscetível de ser utilizada para consulta sobre o assunto proposto nesse estudo. Para tanto, foram utilizados Banco de Dados científicos, bibliotecas Virtuais, Bibliotecas físicas e acervos virtuais e físicos, que contém informações ou dados relacionados ao tema de referida pesquisa.

A busca dos estudos que compõem a amostra desta revisão foi realizada no *Google Academics*, Portal de Periódicos CAPES, livros de direito e sites governamentais de jurisprudência. Foram adotados os seguintes critérios de inclusão para os estudos: origem nacional, escritos na língua portuguesa, artigos completos, que abordem a temática; e como critérios de exclusão: artigos repetidos, incompletos e artigos em outros idiomas. Os descritores utilizados na busca são: “direito dos animais”, “animais sencientes não humanos” e “direitos fundamentais”, para dessa forma alcançar os objetivos propostos.

## **ANIMAIS NÃO HUMANOS E SUA NATUREZA JURÍDICA SUI GENERIS**

Desde os nossos primórdios, os animais têm sido usados pelos humanos como um meio para perseguir diferentes fins, o tratamento que lhes foi conferido pouco ou nada importa. É assim que nossa existência na terra tem sido tingida de abuso, exploração e tortura contra esses seres inocentes. Não se sabe em que ponto da evolução das espécies os homínidos pré-históricos começaram a ser considerados diferentes do resto dos animais (Mól, Venancio, 2015)

Já na antiguidade, diferentes culturas começaram a tratar os animais de maneiras diferentes, uma vez que o fato de muitas criaturas terem sido consideradas sagradas (“animismo mágico” do passado) poderia implicar tanto em sua veneração quanto em seu cruel sacrifício. Isso explica por que as primeiras civilizações estabeleceram penas severas para aqueles que “matassem bestas sagradas ou irracionais úteis”. Da mesma forma, o Código de Hamurabi “proibia o tratador de animais de submetê-los a trabalho excessivo”, e

no Egito, na época dos faraós, “as transgressões religiosas, isto é, as mais graves de sua ordem penal, incluíam aquelas que afetavam os animais considerados sagrados” (Rodrigues, 2010).

Do campo jurídico, sem dúvida, o marco do caminho abusivo foi o direito romano, que criou a divisão *summa* entre pessoas e coisas e sujeitou os animais ao direito das coisas, ou seja, ao estatuto jurídico de qualquer objeto de personalidade jurídica / subjetividade (que só as pessoas têm); tudo para garantir a sua utilização pelos seus portadores humanos. É possível classificá-lo como o marco mais relevante devido à forte influência que esse legado romano teve no direito civil e comercial positivo em todo o mundo. Por isso, o direito civil –a partir dos códigos do século XIX– considerou os animais como simples objetos apropriáveis, desprovidos de direitos e situados no regime das coisas do tipo gado, ou seja, com capacidade de locomoção (Wenzel, 2019).

A Idade Média e o Renascimento também foram momentos determinantes para o aprofundamento da ética antropocêntrica que perdura até os dias de hoje. Isso porque a literatura cristão-agostiniana foi responsável por instalar a ideia arraigada de que os animais são seres simples criados para nosso benefício. As plantas existem para os animais, e outros animais, para o benefício do homem: as domésticas para seu uso e alimento, e as selvagens, para alimentação e outras ajudas, para oferecer tanto roupas quanto outros utensílios. Portanto, se a natureza não faz nada imperfeito ou em vão, é necessário que todos esses seres existam naturalmente para o benefício do homem (Garner, 2013).

Por seu turno, o Renascimento fez o seu trabalho ao incutir a noção de que os animais são criaturas sem o atributo distintivo da espécie humana que lhe permite dominar a natureza, correspondente à racionalidade. Desse modo, os animais ficariam com o pior dos dois mundos, pois sua inferioridade por falta de racionalidade e dignidade justificaria a exploração cotidiana e também sua punição ritual quando acreditamos que tenham agido de forma ilegal ou imoral (Mól, Venancio, 2015).

Quando colocamos animais não humanos fora de nossa esfera de consideração moral e os tratamos como objetos para satisfazer nossos desejos, o resultado é previsível. Com isso, o autor reconhece que a objetificação, do ponto de vista moral, é um problema determinante no abuso, exploração e maus-tratos de animais. Ora, o referido desvalor moral da vida dos animais não humanos não se manifesta apenas em um tratamento moral de reificação, mas também em um tratamento jurídico da mesma natureza (Garner, 2013).

Nos últimos tempos, o debate sobre a existência de direitos sobre os animais, ou sobre outras entidades da natureza, tem assumido particular relevância. Uma marcada rejeição discursiva de que se tratam de meras coisas passíveis de ter prevalece em diferentes áreas, e até se manifestou no plano jurídico. Normas e sentenças animaisca renovam o ambiente jurídico e geram diferenças não apenas nos setores acadêmicos. O choque de pensamento é notório a partir de uma militância que confronta e desafia aqueles que valorizam a questão de outra perspectiva (De Castro Júnior; De Oliveira Vital, 2015).

No entanto, a regulamentação dos direitos nas entidades de naturalização, incluindo os animais, não é realmente uma questão nova, muito menos a discussão que ela acarreta; de tempos muito distantes há antecedentes de várias experiências neste assunto, que se

estendem desde o direito sagrado das civilizações antigas, egípcia, mesopotâmica, hebraica, grega, romana, passando pela Idade Média, até chegar aos tempos modernos. Embora o debate atual, talvez, seja novo em termos da forma como é desenvolvido, impetuosamente introduzido a partir de posições dogmáticas que enfatizam a doutrina em posições opostas, e retumbantes pronunciamentos judiciais com alto impacto na mídia (Rodrigues, 2010).

O problema desta questão é em si mesmo complexo, sem poder afirmar uma verdade sobre as outras como uma premissa geral e válida para todas as circunstâncias e lugares. Cada cultura, no quadro do paradigma jurídico por ela aceite, apresenta soluções jurídicas de acordo com os seus próprios valores e necessidades. Tudo depende, em parte, das nuances fornecidas pelas posições axiológicas das quais se parte.

O problema também varia de acordo com a abordagem deontica; nem em todos os casos a mesma coisa é propiciada, e o raciocínio muda de acordo com o escopo pretendido; ora promove-se o direito ao não sofrimento, ora à vida e / ou à liberdade, até se propõe o direito de não ser alterado; além disso, tais direitos podem ser considerados absolutos ou relativos ao ser humano (Wenzel, 2019).

Todas essas facetas, ademais, se combinam em sua implementação por meio de modalidades distintas, nem todas com o mesmo nível de legitimidade. O paradigma com que se tem regulamentado o estatuto das entidades naturais e a sua proteção em cada ordem jurídica apresenta um substrato que nem sempre coincide com os decisores, e isso faz parte do objeto desta análise.

Em geral, o problema dos direitos da natureza ou das entidades que a compõem costuma ser colocado como um choque de paradigmas. O antropocentrismo de um lado, colocando o ser humano como eixo de análise; e diferentes correntes animais ou ecológicas de outro, que alinham sua análise com base em animais ou ecossistemas. Em última análise, o campo do direito nada mais é do que uma cruzada na qual, mais uma vez, se refletem os conflitos ideológicos da sociedade (Pereira, 2015).

É nos anos 70 e início dos anos 80 que ocorre o chamado “Movimento pelos Direitos dos Animais”, cujo maior expoente é o filósofo australiano Peter Singer, que com seu livro *Libertação Animal* se tornou o pai do libertacionismo. Apesar do impacto da publicação de Singer, sua filosofia não se enquadra na teoria dos direitos, pois adere a uma corrente ética utilitária, a mais representativa da ética teleológica ou do propósito, que classicamente se opõe à ética ou dever deontológico. Mais precisamente, e dentro do utilitarismo, Singer se insere no utilitarismo do ato, uma doutrina segundo a qual o ato determina a consequência (Garner, 2013).

Singer propõe uma ética que, partindo do homem, se dirige também ao resto dos animais, atacando o que chama de “especismo”, que consiste na crença na superioridade de uma espécie sobre as demais. Através de sua teoria ele busca acabar com a “tirania dos humanos sobre os não humanos”, postulando que os animais são seres sencientes e independentes e não meros objetos a serviço dos interesses humanos. Estabelece que o princípio da igualdade, incorporado por Bentham como uma das bases essenciais de sua teoria ética segundo a fórmula “cada um conta por um e nenhum por mais de um” - o que quer dizer que os interesses de todos devem ser levados em consideração ter em conta e

ter o mesmo peso que os interesses de qualquer outro ser -, não requer tratamento igual ou idêntico, mas requer igual consideração, portanto, levanta igual consideração para seres que são objetivamente diferentes, o que necessariamente leva a um tratamento diferente e portanto, a direitos diferentes (Wenzel, 2019).

O princípio da igualdade, conforme indicado, não exige tratamento igual ou idêntico, mas a mesma consideração, igualdade na consideração pelos seres que apresentam diferenças, conduz a tratamentos diferentes e, portanto, a direitos diferentes. Assim, por exemplo, pode ser que algumas mulheres considerem que têm a liberdade de abortar, porém e mesmo quando uma posição feminista reivindica igualdade absoluta com os homens, não poderia sustentar que esse direito também lhes corresponde. O mesmo raciocínio se aplica aos animais, por isso é absurdo pensar que um cavalo pode exercer o direito de voto ou considerar que seu direito à privacidade ou à honra foi violado (Garner, 2013).

A questão da subjetividade jurídica dos animais está em construção dentro da doutrina jurisprudencial. Não é uma discussão fácil, a tradição jurídica foi construída sobre as necessidades do ser humano e, mais precisamente, sobre as preferências humanas. Suponho que seja esta a razão para o Tribunal Constitucional continuar com uma visão antropocêntrica em relação aos animais, segundo a qual a sua dor fere a moralidade humana e, conseqüentemente, as normas morais e jurídicas, quando a contempla. Assim, a lei só poderia incorporar obrigações legais voltadas para a satisfação das necessidades morais humanas, passíveis de serem identificadas, comunicadas etc., ao contrário do que aconteceria com os animais, dos quais se pressupõe não ter preferências ou projetos de vida (Mól, Venancio, 2015).

Não se pode perder de vista o fato de que as decisões de reconhecimento de direitos são humanas e que até pouco mais de meio século atrás nem todos os humanos tinham direitos. Nessa construção de uma nova subjetividade jurídica, as preferências humanas determinam a criação de outras instituições normativas ou a modificação das existentes para que sejam satisfeitas justamente as preferências morais, em termos de justiça. É aí que reside a possibilidade ética de reconhecer os direitos dos animais (De Castro Júnior; De Oliveira Vital, 2015).

Assim, no ordenamento jurídico, confrontam-se dois paradigmas sobre o sujeito: o tradicional, que identifica a pessoa com o sujeito jurídico, e o contemporâneo, em que a subjetividade jurídica parece estender-se às entidades a respeito das quais a reificação é duramente criticado por sua moralidade social. Essa tensão impacta o conteúdo e o alcance do mandato de proteção animal, e as discussões que surgem nessa tensão são aquelas que são analisadas a partir das normas jurisprudenciais contidas nas seções das decisões citadas na tabela, a partir de dois pontos transversais à discussão: 1) o conteúdo ético das disposições constitucionais sobre o meio ambiente e 2) o animal sujeito a direitos (Wenzel, 2019).

A natureza jurídica dessa categorização apresenta lacunas importantes, pois não há adaptação normativa do sujeito de direitos que permita estabelecer regras claras ou suficientes para a aplicação de garantias, de forma a reduzir a arbitrariedade na tomada de decisões. A lei também tem uma importante função simbólica, ainda mais quando se trata do reconhecimento dos direitos de seres segregados, marginalizados, ignorados e até

maltratados pelo desenho normativo do país e de sua sociedade. O escopo e a natureza jurídica da categoria seres sencientes emerge como um novo sujeito dos direitos *sui generis* no ordenamento jurídico colombiano, para proteger os animais de sofrimentos moralmente injustificados infligidos por seres humanos (Mól, Venancio, 2015)

Esta categoria deve ser totalmente diferenciada, definida e regulada idealmente, a fim de reduzir a arbitrariedade e injustiça que podem surgir das tensões filosóficas, morais e jurídicas de tais conceitos. Esse surgimento de novos sujeitos de direito deve ser acompanhado por discussões filosóficas, antropológicas e sociológicas que permitam uma construção conceitual atual do sujeito de direito no ordenamento jurídico colombiano, com seus respectivos enfoques diferenciados e mecanismos de acesso.

A visão jurídica em relação à animalidade começa a mudar com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 23 de setembro de 1977, adotada pela Liga Internacional pelos Direitos dos Animais e proclamada no ano seguinte (e aprovada pela UNESCO e pela ONU), que embora fosse uma mera declaração de intenções totalmente desprovida de valor normativo, foi um marco importante para a tomada de posição quanto à relação entre o homem e os animais. Destacamos sua arte. 1: “Todos os animais nascem iguais à vida e têm os mesmos direitos à existência” (Garner, 2013).

No entanto, o quadro jurídico para os quarenta e sete países do Conselho da Europa é constituído pela Convenção Europeia sobre a proteção dos animais de companhia, feita em Estrasburgo em 13 de novembro de 1987, que reconhece que o homem tem a obrigação moral de respeitar todas as criaturas vivas, tendo em conta as relações especiais entre o homem e os animais de companhia, importantes “pelo seu contributo para a qualidade de vida e conseqüente valor para a sociedade”. Destaca-se também a Declaração A / 66/750, de 20 de março de 2012 da ONU, que reconhece o bem-estar animal como algo digno de consideração por meio do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, a Agenda de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 2030 (ODS) atribui grande importância à proteção animal (Mól, Venancio, 2015).

## **DIREITOS DO ANIMAIS À NÍVEL INTERNACIONAL**

A União Europeia (doravante UE) estabeleceu-se como pioneira em questões de bem-estar animal a nível internacional devido à integração de numerosas leis comunitárias relacionadas com a proteção de animais não humanos. A sua legislação comunitária é constituída por diretivas e regulamentos que, no caso do primeiro, obrigam os Estados membros a adaptarem os seus regulamentos internos para cumprir o seu mandato; ou, neste último caso, têm efeito direto sobre o ordenamento jurídico dos Estados membros, prevalecendo sobre o direito interno. Estas diretivas e regulamentos tratam de vários assuntos, incluindo a regulamentação dos animais de produção (conservação, transporte, abate e regulamentação do mercado); vida selvagem (pássaros, habitats, animais exóticos, zoológicos, fauna marinha e pesca); animais de laboratório; e animais de estimação (Wenzel, 2019).

Ao nível da União Europeia (EU), para além de numerosas diretivas e regulamentos sobre a proteção dos animais em diferentes áreas (utilização para fins científicos, testes

para a produção de cosméticos, proteção na altura do abate, etc.), o primeiro passo na em nossa opinião, a nova concepção dos animais como seres sencientes é constituída pela Resolução do Parlamento Europeu de 6 de junho de 1996, uma iniciativa consubstanciada no Protocolo 33 sobre a Proteção e Bem-Estar dos Animais, anexo ao Tratado Constitutivo do Comunidade Europeia, em sua versão de 1997 dada pelo Tratado de Amsterdã, em vigor desde 1º de maio de 1999 (Pereira, 2015).

Em relação à proteção de animais usados para fins experimentais, já em 1986 a legislação europeia havia assinado em Estrasburgo a Convenção Europeia sobre a Proteção de Animais Vertebrados para Fins Experimentais, cujo preâmbulo reconhece que “o homem tem a obrigação moral de respeitar todos os animais e ter em devida conta a sua capacidade de sofrimento e memória”. Por sua vez, a Convenção foi criada em conjunto com a Diretiva nº 86/609 / CEE sobre a Proteção dos Animais Utilizados para Experimentação e Outros Fins Científicos, que em 2010 foi substituída pela Diretiva 210/63 / UE do Parlamento Europeu e do Conselho, após duras críticas por sua falha em harmonizar as práticas europeias e seu lapso de tempo (sua base científica datava de mais de 20 anos) (Pereira, Ferreira, 2019).

Alguns aspectos da nova diretriz que se destacam são: sua aplicação a todos os animais vertebrados não humanos e cefalópodes vivos; a intensa promoção do desenvolvimento, validação e aceitação de métodos alternativos; e os mecanismos de acompanhamento para garantir a eficácia das medidas propostas. Junto com isso, o Regulamento nº 1223/2009 do parlamento e do conselho estabeleceu a proibição da comercialização de produtos cosméticos testados em animais desde março de 2013 (Art. 18 Regulamento nº 1223/2009).

Por último, relevante é o facto de o Tratado de Amesterdã de 1997 ter anexado o Protocolo sobre a Proteção e Bem-Estar dos Animais ao Tratado que institui a Comunidade Europeia. Este protocolo parte do desejo de “garantir maior proteção e maior respeito ao bem-estar dos animais como seres sencientes” (Artigo Único do Protocolo de Proteção e Bem-Estar dos Animais), ou seja, como seres capazes de sentir medo, dor e desfrutar. Em seguida, o protocolo estabelece um único artigo que afirma: “Ao formular e aplicar políticas comunitárias de agricultura, transporte, mercado interno e pesquisa, a comunidade e os Estados membros levarão em consideração os requisitos relativos ao bem-estar animal.” (Artigo Único de o Protocolo sobre a Proteção e Bem-Estar dos Animais). Anos mais tarde, o Tratado de Lisboa de 2007 (Art. 2.22) inseriu o texto operativo do referido protocolo no Art. 13 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e reconheceu expressamente os animais como seres sencientes, acrescentando esta expressão ao texto já citado, restando assim: “[...] os estados-membros levarão em conta os requisitos relativos ao bem-estar dos animais como seres sencientes” (Art. 13 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia) (Pereira, Ferreira, 2019).

No entanto, a superação da categoria animal-coisa e o reconhecimento da sciência animal tiveram pouco valor jurídico por estarem inseridos em um Protocolo, e somente em 1º de dezembro de 2009 é que se tornaram vinculantes como princípio geral e constitucional da lei original da UE aderindo ao art. 13 do Tratado de Funcionamento da primeira (após as modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa de 13 de dezembro de 2007), que passa a ter a seguinte redação literal: “na formulação e aplicação das políticas

da União em matéria de agricultura, pesca, transporte, mercado interno, investigação e desenvolvimento tecnológico e espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta os requisitos relativos ao bem-estar dos animais como seres sencientes, no respeito pelas disposições legais ou administrativas e costumes dos Estados-Membros relativos, em especial, aos ritos religiosos, tradições culturais e património regional ” (Ferreira, Da Silva Figueiredo, 2020).

Do ponto de vista técnico, o que mais chama a atenção é que seja escolhida a categoria dos “seres sencientes”, que surge como um gênero *tertium* que rompe a clássica dicotomia jurídica sujeito/objeto sobre a qual nossas regras segundo as quais tudo o que é não uma pessoa é uma coisa. Dito isto, é sabido que os Tratados fundadores são as regras supremas do ordenamento jurídico comunitário e condicionam a interpretação e a validade das outras disposições da UE e do direito nacional a ela associado. Portanto, art. 13 do TFUE tornou-se um elemento-chave para o avanço da legislação protecionista nos Estados da União. O mandato europeu contém um princípio transversal e introduz um “*favor animalis*” no trabalho hermenêutico das normas dos Estados-Membros e, conseqüentemente, também de Portugal (Pereira, 2015).

No seguimento do mandato do Tratado de Lisboa (em vigor desde 2008), Portugal é outro dos países da UE que adaptou a sua legislação para reconhecer os animais como “seres sencientes”, mas com uma técnica legislativa muito melhorada. Com efeito, através da Lei n.º 8 de 2017, juntamente com a declaração de sciência, foram incorporadas uma série de modificações jurídicas de acordo com este novo estatuto jurídico intermédio. Em primeiro lugar, acrescenta-se um subtítulo ao título II do livro I do Código Civil (CC), sob o título “Dos animais”, que incorpora os seguintes 3 novos artigos: “(1) Art. 201B: Os animais são vivos seres dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude de sua natureza; (2) Art. 201C: A proteção legal dos animais opera através das disposições deste Código e legislação especial; e (3) Art. 201D: Na falta de lei especial, as disposições relativas às coisas aplicam-se aos animais, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza ”(Art. 3º Lei n.º 8/2017) (Pereira, Ferreira, 2019).

Em segundo lugar, os animais de estimação são desobjetificados em relação a questões que são muito sensíveis aos cidadãos, como seu destino após separações matrimoniais. Assim, quando se pretenda proceder ao divórcio por mútuo consentimento, será necessário um “acordo sobre o destino dos animais de companhia” (art. 1775 CC Portugal). Na eventualidade de não haver acordo mútuo, “os animais de companhia serão confiados a um ou a ambos os cônjuges, tendo em conta, entre outras coisas, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal” ( Art. 1793A CC Portugal); considerando, por sua vez, que os “animais domésticos que cada cônjuge tem no momento da celebração do casamento” (Art. 1733 H CC Portugal) são uma exceção aos “bens da comunidade”. têm a qualidade de absolutamente indisponíveis no Art. 736 do Código de Processo Civil (Ferreira, DA Silva Figueiredo, 2020).

A lei também altera as regras de ocupação estabelecendo um regulamento especial para quem encontrar um animal, podendo retê-lo se tiver o receio fundado de que seja vítima de abuso por parte do seu “dono” (Art. 1323 CC Portugal), Por sua vez, Portugal opta por estabelecer no Código Civil as obrigações de bem-estar dos responsáveis e dos

“proprietários” dos animais, sem prejuízo do facto de, paralelamente, existir uma lei de protecção dos animais desde 1995. A referida lei prevê, por exemplo, que “os responsáveis pelo transporte público não podem recusar o transporte de animais de estimação”, desde que devidamente contemplados (Art. 7º Lei nº 92/1995). Na mesma linha desta disposição que incentiva a posse responsável, a Lei nº 15/2018 permite a entrada de animais de estimação nos restaurantes, desde que atendam a determinados padrões de comportamento (Pereira, Ferreira, 2019).

Em 22 de dezembro de 2016, ocorreu a alteração do estatuto jurídico dos animais no Código Civil Português, de propriedade para senciente. Nessa data, a Assembleia da República, por unanimidade, aprovou que os animais deixem de ser propriedade, visto que, até à data, se encontrava regulamentado pelo Código Civil nos respectivos artigos, entre outros: 1302, 1318 e 1323, do livro III, referindo-se ao “Direito das Coisas”, em congruência com a tradição romana, que se tem refletido na grande maioria dos Códigos continentais (europeus e latino-americanos) e tem sido reconhecida pelos tratados de direito civil. Neste sentido, Portugal não constituiu, até à data, exceção ao regime de propriedade dos animais, considerados bens móveis, que é o estatuto jurídico em vigor nos ordenamentos jurídicos ocidentais (Ferreira, Da Silva Figueiredo, 2020).

A tramitação desta importante reforma do regime jurídico dos animais percorreu um longo percurso, culminando no sucesso de uma proposta que, como veremos, apresenta traços de originalidade, em comparação com outras reformas do regime jurídico dos animais levadas a cabo por outros países, já na década de 90 do século XX e na primeira década do século XXI. Portugal situa-se, com esta reforma, num lugar de destaque em termos de transposição para texto jurídico dos últimos avanços da ciência do Bem-Estar Animal, que, com firmeza e solidez, tem vindo a afirmar que os animais são seres sencientes (“Seres sencientes”) (Pereira, 2015).

Com efeito, a proposta inicial de modificação do Código Civil foi apresentada no dia 13 de maio de 2016, pelos seguintes partidos: PAN (Pessoas, Animais, Natureza), Partido Socialista (PS), Bloco de Esquerda (BE) e Partido Social Democrata (PSD). A minuta final obteve a maioria absoluta dos votos após debate na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. A proposta foi aprovada por todas as partes sem exceção (PAN, PSD, PS, BE, CDU e CDS-PP), a favor do reconhecimento dos animais como seres sencientes, incluída em seção separada do Código Civil, diferente do Livro destinada ao regime de propriedade, que passa a estabelecer um regime jurídico especial para os animais. Sem dúvida, uma decisão corajosa e original, que abre uma nova fronteira para as reformas de outros códigos civis, como o espanhol, que ainda se recusam a modificar o estatuto jurídico dos animais e deixar de considerá-los coisas (Ferreira, Da Silva Figueiredo, 2020).

Tal modificação não implica imediatamente a atribuição de personalidade jurídica aos animais, mas sim, e aí reside um dos aspectos mais notáveis da reforma - envolve uma nova classificação e a criação de um novo conceito jurídico, que coloca os animais em uma categoria “a se”, que nada mais é do que “Animais”. Ou seja, o Código Civil português reconhece que os animais, quer pela sua condição objetiva de seres sencientes (como prega a ciência), quer pela sua condição subjetiva de seres vivos, não se enquadram como



coisas inertes na classificação de bens e bens. Por isso criou uma terceira figura jurídica, a dos animais, que não se confunde com coisas nem com seres humanos, que, legalmente, tendemos a chamar de “pessoas”, embora a própria categoria de “pessoas” seja nada mais do que uma abstração categorizada da representação com a qual algo (uma sociedade, uma entidade, um conjunto de vontades, também um ser humano) atua no Direito, daí a grande expansão do conceito de “pessoa” no campo jurídico. Os animais, portanto, aparecem doravante no Código Civil português como seres dotados de sensibilidade e objeto de relações jurídicas (Pereira, Ferreira, 2019).

Entre outras consequências, o reconhecimento dos animais como categoria jurídica autônoma implica a possibilidade de indenização em caso de morte ou lesão do animal, o estabelecimento da figura do tratador dos animais em caso de divórcio e o desligamento dos animais domésticos. A referida alteração conduziu a uma reorganização sistemática do Código Civil, que é a seguinte: Foi acrescentado um Subtítulo *IA ao Livro I do Título II*, sob a designação de “Animais”, que inclui os artigos 201-B e 201 -D (Ferreira, Da Silva Figueiredo, 2020).

A Assembleia da República, no entanto, rejeitou o Projeto de Lei que visa melhorar o sistema de sanções previsto no Código Penal para o abuso de animais. Também não foi possível punir a morte do animal, embora não tenha sido precedida de maus-tratos, nem os maus-tratos de outros animais, independentemente da sua categoria ou utilização, como é o caso em particular dos animais de produção.

O Brasil tem um referencial jurídico mundial, o do chimpanzé suíço, o primeiro caso na história em que foi ajuizado habeas corpus para a proteção da vida e integridade de um sujeito não humano, admitindo uma relação processual entre um não humano, a Suíça, e um humano, responsável pelo Zoológico da Bahia e Diretor de Biodiversidade da Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hidráulicos. Por sua vez, a Argentina tem outro caso de destaque, o caso do orangotango Sandra, em que também foi utilizado o mesmo recurso de habeas corpus. Em vista de tais precedentes judiciais, pode-se pensar que apenas os hominídeos não humanos são, devido à sua proximidade genética com os humanos, sujeitos de direitos, enquanto os outros animais devem permanecer coisas. No entanto, ambos os países enfrentam atualmente a reforma de suas respectivas leis civis para incorporar a desobjetificação de todos os animais não humanos, sem exceção, uma vez que não há categorias que mereçam maior proteção do que outras (Silva, Gonçalves, 2020).

## ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

Em virtude de os animais serem interpretados na legislação como objetos, foi realizada uma investigação exploratória no banco de dados do Congresso Nacional (cuja competência primária é a elaboração de leis). O objetivo foi identificar propostas legislativas apresentadas até 2015 e ainda pendentes que abordem o tratamento jurídico que os animais recebem. Foram utilizados os indexadores “animal” e “animais”, identificando 242 projetos, sendo 26 no Senado Federal e 216 na Câmara dos Deputados, dos quais nove estão diretamente relacionados à questão da situação jurídica dos animais, como é apresentado

no Tabela 1 (Mól, Venancio, 2015; Silva, Gonçalves, 2020):

**Tabela 1 - Projetos de lei em tramitação no Poder Legislativo.**

<p>1) Projeto de Lei do Senado 351/2015 (Senado Federal) introduz uma determinação no Código Civil para que os animais não sejam considerados coisas, com base na legislação de países como Suíça, Alemanha, Austria e França, admitindo que os animais embora não sejam reconhecidos como pessoas naturais, eles não são objetos ou coisas. Porém, a definição de qual seria a nova condição dos animais não está no projeto de lei.</p>
<p>2) Projeto de Lei do Senado 631/2015 (Senado Federal) propõe o Estatuto dos Animais, tendo entre seus objetivos o combate aos abusos e todas as formas de violência, crueldade e negligência praticadas contra espécies animais, reconhecendo-os como seres sencientes. Dispõe em seu artigo 4º que todos os animais em território nacional serão protegidos pelo Estado e terão o direito de existir em um contexto de equilíbrio biológico e ambiental, de acordo com a diversidade de espécies, raças e indivíduos. No entanto, o disposto na proposta legislativa inclui apenas os animais das espécies classificadas como filo Chordata, subfilo Vertebrata, excluindo de forma discriminatória do seu âmbito todos os animais que não sejam vertebrados. Portanto, seu objetivo de garantir e proteger a vida e o bem-estar dos animais em todo o território nacional, previsto no caput de seu art. 1º, estaria restrito a determinado grupo de animais.</p>
<p>3) Projeto de Lei do Senado 650/2015 (Senado Federal) amplia a proteção e defesa do bem-estar animal e cria o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar Animal (SINAPRA) e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar Animal (CONAPRA). Apresenta redação semelhante à do Projeto de Lei do Senado 631/2015, no que diz respeito aos seus objetivos, disposição sobre os direitos dos animais e as espécies de animais abrangidos pela legislação (Somente o filo Chordata, subfilo Vertebrata).</p>
<p>4) Projeto de Lei do Senado 677/2015 (Senado Federal) que institui o Estatuto dos Animais, destinado a garantir a proteção da vida e o bem-estar dos animais, aplicando-se também apenas aos vertebrados. No entanto, tem a ressalva de que a norma pode ser aplicada a outros animais, sem especificar quais seriam as situações de ampliação de seu escopo. Sua justificativa inclui o reconhecimento de que os animais são seres dotados de sensibilidade e que sua vida e dignidade são valores que nossa sociedade reconhece em sua totalidade.</p>
<p>5) O Projeto de Lei 215/2007 (Câmara dos Deputados) estabelece o Código Federal de Bem-Estar Animal, estabelecendo diretrizes e normas para garantir a atenção aos princípios do bem-estar animal nas atividades de controle animal, experimentação animal e produção animal. Seus objetivos principais são reduzir e eliminar o sofrimento animal, defender os direitos dos animais e promover o bem-estar animal. Porém, não há definição sobre o que seriam os direitos dos animais ou se os animais seriam titulares de direitos, colocando em sua justificativa o fundamento de que a regulamentação do Bem-Estar Animal não pode conter restrições que inviabilizem a produção, a economia, de base científica ou com base em padrões antropomórficos, explicitando o cruzamento antropocêntrico.</p>
<p>6) Projeto de Lei 2.156 / 2011 (Câmara dos Deputados) que dispõe sobre o Código Nacional de Proteção aos Animais, relacionando uma série de condutas proibidas que violam a integridade dos animais (como agressão física, trabalho extremo, não proporcionando morte rápida e indolor aos animais selecionados para consumo, etc.). Porém, não esclarece se os animais seriam sujeitos de direito, justificando sua proposta pelo fato de os animais serem capazes de vivenciar grande parte dos sentimentos que nós mesmos vivenciamos (...), impondo-nos o dever moral e ético para evitar o sofrimento desses outros seres.</p>
<p>7) O Projeto de Lei 3.676 / 2012 (Câmara dos Deputados) elabora o Estatuto dos Animais e declara que os animais são seres sencientes, sujeitos de direitos naturais e nascem iguais à vida. Define os direitos fundamentais dos animais: respeito à existência, tratamento digno, abrigo, cuidados veterinários e trabalho em condições não degradantes. Apresenta uma definição de animal como qualquer ser vivo irracional, dotado de sensibilidade e movimento.</p>
<p>8) O Projeto de Lei 6.799 / 2013 (Câmara dos Deputados) propõe que os animais domésticos e silvestres tenham natureza jurídica sui generis, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter proteção jurisdicional em caso de violação, sendo vedado seu tratamento como coisa. Argumenta em sua justificativa que os animais são sensíveis, mas também não define ou caracteriza a nova natureza jurídica proposta.</p>
<p>9) O Projeto de Lei 7.991 / 2014 (Câmara dos Deputados) atribui personalidade jurídica sui generis aos animais (sem defini-la), tornando-os sujeitos de direitos fundamentais (elencados como direito à alimentação, integridade física, liberdade, entre outros), em reconhecimento a sua sensibilidade.</p>

Fonte: elaborado pelo autor.

Os projetos em tramitação demonstram o interesse dos parlamentares brasileiros pelo assunto a partir do século XXI. As propostas legislativas do Senado Federal, por exemplo, são todas de 2015. A cessação dos abusos orienta projetos com base na perspectiva antropocêntrica, atuando ao mesmo tempo como mecanismo de redução do sofrimento animal e como perpetuador e legalizador de práticas já existentes (atividades de controle, experimentação e produção animal). Por sua vez, os projetos de lei que buscam alterar a situação jurídica dos animais são inspirados na sensibilidade, em diálogo com Singer 23,41. Porém, também existem projetos de lei que limitam seu alcance a determinados animais, configurando-se como especistas (Silva, Gonçalves, 2020).

A proteção, mais ou menos articulada, do direito humano a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, prevista por quase todas as constituições latino-americanas, ainda não conseguiu eliminar completamente a depredação da natureza, bem como a aplicação do modelo extrativista aos seus recursos, em vista do fato de que esse direito continua a ser concebido principalmente em termos dos interesses das pessoas; uma vez que a exigência de que o meio ambiente deve manter certos níveis de qualidade não é imposta a favor das espécies que vivem nele ou a integridade dos ecossistemas (Araújo, 2003).

Essa concepção marcadamente “antropocêntrica” e “economista / utilitária” constitui uma herança da modernidade, que (seguindo a “lógica cartesiana”) transformou a natureza em “ambiente” - isto é, em “o que rodeia” o homem - colocando-o no centro dele e tornando-o mestre e proprietário. Como consequência, somente a pessoa (natural ou legal) pode ser “sujeita / titular” de uma relação jurídica, enquanto a natureza só pode ser um “objeto” do mesmo; por isso é protegido desde que estejam diretamente ligados à saúde ou ao prazer do homem, ou porque é suscetível a apropriação (individual ou coletiva) por pessoas, ou porque serve para alimentar processos produtivos destinados a atender às necessidades das gerações presentes ou futuras de seres humanos (De Castro Júnior; De Oliveira Vital, 2015).

No caso de Zoológicos, são instituições controversas para aqueles que levam a sério os interesses e sensibilidades dos animais não humanos. No entanto, a questão dos zoológicos não parece ocupar um lugar central na reflexão militante do movimento de libertação animal (conhecido como antiespecista) e, por extensão, entre a população em geral. No Brasil, o funcionamento de jardins zoológicos está regulamentado pela Lei 7.173/83, que apresenta normas para funcionamento dessas instituições, bem como para os cuidados que devem ser oferecidos aos animais mantidos em cativeiro (Silva, Gonçalves, 2020). De acordo com o artigo 7º da referida lei,

Art. 7º - As dimensões dos jardins zoológicos e as respectivas instalações deverão atender aos requisitos mínimos de habitabilidade, sanidade e segurança de cada espécie, atendendo às necessidades ecológicas, ao mesmo tempo garantindo a continuidade do manejo e do tratamento indispensáveis à proteção e conforto do público visitante.

De acordo com a legislação, devem ser asseguradas condições para que as espécies sobrevivam com segurança e sanidade ao ambiente, de modo a atender as suas necessidades ecológicas e também oferecer segurança ao público (Santos Filho, 2008).

Bevilaqua (2019) apresenta os casos da orangotanga Sandra e da Chimpanzé

Cecília. Pela primeira vez no mundo, a justiça argentina, no ano de 2017, entregou um chimpanzé deprimido em um zoológico, aplicando-lhe um direito normalmente reservado aos humanos: o *habeas corpus*, liberdade fundamental que proíbe a prisão de uma pessoa sem ter sido tentado de antemão. Entendeu-se que o animal é um sujeito de direito e não um objeto. No veredito, a juíza acrescentou que os animais também tinham direitos primordiais. Direitos próprios de uma espécie: o direito de se desenvolver, de viver em seu habitat natural. Cecilia, de 19 anos, estava deprimida no zoológico argentino em Mendoza (localizado no oeste do país), onde viveu sozinha em uma gaiola por vários anos. Ela sofreu desde a morte de seus congêneres Charly e Xuxa. Segundo denúncia da Associação Argentina de Defesa dos Direitos dos Animais (Afada), que permitiu sua libertação, ela estava em deploráveis condições de cativeiro.

Ela foi, então, trazida para o Brasil, onde foi liberada na reserva natural do Santuário dos Grandes Primatas de Sorocaba, próximo a São Paulo, um centro já abriga cerca de cinquenta chimpanzés que também sofreram em cativeiro no passado. A sentença trouxe uma noção jurídica de “pessoa não-humana”, que já estava prevista em outros termos no artigo 1º da Lei nº 14.346, de 1954, que estabelece punição para aqueles que provocarem maus-tratos a animais (De Castro Júnior; De Oliveira Vital, 2015).

No entanto, para Bevilaqua (2019) a expressão “pessoa não humana” na sentença permitiu uma nova interpretação jurídica da condição dos animais vítimas de maus-tratos. Até então os animais eram tratados como coisas, objeto de intervenção, cuidado e proteção dos humanos. Ao definir o animal como pessoa não humana, foram atribuídas a ele características e direitos destinados as pessoas em geral. A mudança de nome não é algo obsoleto. É significativo e representa um processo de mudança de entendimento da relação do homem com a natureza e com a proteção concedida a ela, reconhecer que outros seres vivos também se constituem como sujeitos de direitos. No entanto, Bevilaqua (2019, p. 10) destaca que

Ao redescrever o *habeas corpus* não humano como o direito de viver em “condições apropriadas à sua espécie”, e determinar que a tais condições correspondia a transferência da chimpanzé para um “santuário” privado em outro país, onde conviveria com outros grandes primatas, a sentença conferiu ao direito à liberdade uma qualidade peculiar. A autodeterminação das declarações de direitos humanos foi convertida na *prescrição* de certas relações, tanto com seres humanos quanto com outros não humanos. Assim como no debate processual, porém, também no plano existencial os efeitos dessas iniciativas podem ser inesperados.

Os animais continuam sendo objeto da decisão e disputa política e ideológica entre grupos humanos discordantes. Não é possível, com isso, admitir que a transferência da Sandra de um cativeiro para outro tenha sido de fato benéfica para a sua saúde. Bevilaqua (2019) destaca que o instituto paulista para o qual a orangotanga foi enviada não se traduz necessariamente em um ambiente profícuo para o seu desenvolvimento, tendo em vista inúmeros relatos de fugas de animais e invasão dessas residências próximas, bem como maus tratos relacionados.

No entanto, o contexto de admissão dos direitos de Sandra gera precedentes, que podem beneficiar outras espécies, bem como o seu caso, ao ser objeto de estudo de legisladores e doutrinadores, contribuindo com a proteção de outras espécies no futuro. No entanto, o zoológico mesmo com questões complexas, ainda sim têm algum valor na

sociedade, seja por reabilitação de animais atropelados em rodovias, vítimas de tráfico, com dificuldades de reprodução e para a educação ambiental (Silva, Gonçalves, 2020). De acordo com Thomas *et al.* (2005, p.29):

A Educação Ambiental que um zoológico pode oferecer combina conceitos de diferentes áreas, tais como zoologia, ecologia, botânica, fisiologia, etc. Isso faz com que uma atividade de campo em um zoológico seja uma boa oportunidade para despertar nos alunos o interesse para compreender diversas matérias em conjunto.

Recentemente em Brasília tivemos um exemplo recente, um traficante de animais preso que se intitula como “coleccionador de espécies raras”, acusado de alguns crimes como maus-tratos e posse ilegal de animais silvestres, o crime só foi descoberto após o rapaz ser picado por uma das cobras que ele mantinha presa (em caixas minúsculas) e encontrar dificuldades para providenciar o soro visto que a cobra é de origem asiática, no site do zoológico do DF foi colocado imagens onde mostra a cobra com o couro desgastado, com ferimentos e ao pesar foi constatado desnutrição assim como outras 17 cobras pertencentes a ele e apreendidas em uma fazenda através de uma denúncia anônima.

Em setembro de 2005, a pedido de uma ONG brasileira, um juiz baiano aceitou habeas corpus contra um chimpanzé chamado Suíça, que havia ficado dez anos confinado em uma gaiola estreita e exposto ao público no zoológico daquela cidade. Na noite anterior ao julgamento e após vazar que a decisão do juiz seria favorável à concessão da liberdade ao homínido, a Suíça apareceu morta por envenenamento para evitar que a sentença estabelecesse jurisprudência. Apesar do fim trágico, a Suíça tornou-se post mortem e urbi et orbi o símbolo da defesa dos direitos dos animais (Mól, Venancio, 2015).

No Brasil a entrega voluntária de animais silvestres isenta o homem de ação penal, porém, caso o cativo seja pego é aplicada a lei 29 da lei 9.605/98 que dispõe de multa e prisão; o animal silvestre deve ser devolvido as autoridades competentes para uma análise comportamental e de suas condições físicas, não deve ser solto na natureza pois a chance de viver se torna curta, ao entregar o animal este será estudado para a reintegração, caso seja impossível, ficará em um zoológico para a sua preservação adequada (Mól, Venancio, 2015).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano, nos últimos anos, o antropocentrismo jurídico do direito positivo tem sido questionado, com o surgimento de novas instituições vinculadas a concepções éticas não hegemônicas que significam uma mudança de paradigma, redefinindo a existência por meio do respeito ao viver e da alteridade animal. A ética contrária ao antropocentrismo é o biocentrismo, que defende o valor intrínseco de todos os seres vivos, sejam esses animais humanos ou não. Da mesma forma, certas teorias biocêntricas admitem distinções no estabelecimento de obrigações legais com respeito a um ou a outros seres. Pelo mesmo motivo, com respeito a todos os seres vivos podemos ter um dever legal de impacto mínimo ou nenhuma interferência, mas com relação a certos seres vivos, devido às suas características particulares, um dever de respeitar os direitos subjetivos inerentes ao seu estatuto jurídico é necessário. “Pessoa”, e esses seres vivos são todos animais vertebrados não humanos nascidos vivos.

Ao contrário das conhecidas teorias “intermediárias”, a categoria jurídica que deixa completamente para trás a reificação que historicamente pesou sobre os animais vertebrados não humanos, permitindo sua exploração e abuso sistemáticos, será a de “Pessoa Não Humana”. Esta instituição caracteriza-se por conceder aos seus titulares o estatuto de “sujeito de direitos”, abolindo a sua apropriação. Por sua vez, é uma categoria distinta da pessoa singular e coletiva, que tem capacidade para gozar, nacionalidade e, por vezes, nome, domicílio e bens. Da mesma forma, a representação legal recai sobre as pessoas físicas ou jurídicas “tutores” de pessoas não humanas.

Continuando com as noções do bom senso, parece que grande parte da sociedade brasileira e europeia não concorda que os animais continuem a ser tratados como simples objetos e está até disposta a atribuir-lhes certos direitos, o que nos oferece uma vantagem. Neste sentido, reconhecer o estatuto jurídico de “Pessoa”, num país onde existem empresas e sindicatos, parece uma ideia totalmente plausível e adequada aos nossos tempos. Outro caminho a ser traçado é o direito público e penal.

Em geral, podemos nos arriscar a prescrever que a escassa fiscalização, sanção e justiça efetiva que as leis de proteção animal possuem hoje constituem um fato reconhecido pela sociedade. Cenário que nos incentiva a tentar reformular as estruturas jurídico-administrativas que regem os animais em nosso país, por meio da consagração constitucional do papel prioritário de proteção dos animais pelo Estado; a criação de um Serviço de Proteção Animal; o ensino de uma educação anti-especista em estabelecimentos de ensino; entre outras mudanças possíveis.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Tradução Manuel Atienza. Doxa [publicaciones periódicas], Alicante, Espanha, v. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5\\_07.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2020 apud ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas Distinção entre ponderação e juízo de adequação. Ano 51, Número 203, jul./set. 2014.

ARAÚJO, Fernando. **A Hora dos Direitos dos Animais**. São Paulo, Almedina, 2003.

BEVILAQUA, Ciméa Barbatto. **Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica**. Mana, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 38-71, Apr. 2019.

DE CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio; DE OLIVEIRA VITAL, Aline. **Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade**. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 10, n. 18, 2015.

FERREIRA, Ana Elisabete; DA SILVA FIGUEIREDO, Eduardo António. **O “Novo” Estatuto Jurídico Dos Animais Não-Humanos Em Portugal**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 15, n. 1, 2020.

GARNER, Robert. **A theory of justice for animals: Animal rights in a nonideal world**. Oxford University Press, 2013.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica dos animais no Brasil: uma breve**



**história.** Editora FGV, 2015.

PEREIRA, Diana Maria Meireles. **Animais: Sujeitos de Direito ou Direitos de um Sujeito?**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra. 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias; FERREIRA, Ana Elisabete. **Novo estatuto jurídico dos animais em Portugal: Direito civil e experimentação animal.** Revista Brasileira de Direito Animal, v. 14, n. 1, 2019.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. **Legitimação dos direitos dos animais.** Revista Brasileira de Direito Animal, v. 5, n. 6, 2010.

SANTOS FILHO, E. A. dos. **Direito dos animais: comentários à legislação federal brasileira.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XI, n. 57, set. 2008.

SILVA, Fabiana Menezes Pereira; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Proteção Jurídica Dos Animais No Brasil: Considerações Acerca Das Principais Conquistas Legislativas.** Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, v. 11, n. 40, p. 132-145, 2020.

WENZEL, George. **Animal rights, human rights.** University of Toronto Press, 2019.

# Criminalização da homofobia: perspectivas teóricas da evolução legislativa

Cliciano Vieira da Silva  
Janildes de Moura Lino

## RESUMO

O Brasil possui muitas das características necessárias para o avanço dos direitos das minorias sexuais. Isso indica que o Brasil deveria ser o que muitos estudiosos esperavam que se tornasse, um líder regional em direitos LGBT. O Brasil possui um dos movimentos sociais LGBT mais antigos, maiores e mais visíveis da América Latina. No entanto, os objetivos da política do movimento não se refletiram no nível federal. O projeto de lei de 'criminalização da homofobia' foi apresentado pela primeira vez na Câmara dos Deputados em 2001, pela congressista Lara Bernardi como projeto de lei 5003/2001. A introdução do projeto foi uma resposta direta aos membros do movimento social LGBT exigindo ação legislativa contra os níveis crescentes de violência e discriminação LGBT. O objetivo do projeto era criminalizar a homofobia, da mesma forma que o racismo é criminalizado no Brasil. Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa é apontar os avanços na criminalização da homofobia no Brasil. Os objetivos específicos são descrever a homofobia; apresentar os avanços e retrocessos no combate a homofobia no Brasil; e discutir a criminalização da homofobia e suas consequências. Esta pesquisa trata-se de uma revisão bibliográfica de artigos eletrônicos. As palavras chaves utilizadas foram: homofobia; segurança pública; criminalização. Foi visto nesta pesquisa que a maioria no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 2019, votou a favor de tornar a prática de homofobia e transfobia crimes no Brasil. Seis entre 11 juízes votaram para considerar a discriminação contra gays e transgêneros equivalente ao racismo (Lei do Crime Racial, Lei n.º 7.716/1989). A decisão deu à comunidade, que sofre constantes ataques, proteção real, afirmam os ativistas. Os índices de crimes contra LGBT's são alarmantes, pelo menos 141 pessoas LGBT foram mortas no Brasil em 2019, de acordo com o grupo de direitos humanos Grupo Gay da Bahia.

**Palavras-chave:** homofobia; segurança pública; criminalização da homofobia.

## ABSTRACT

Brazil has many of the characteristics necessary for the advancement of the rights of sexual minorities. This indicates that Brazil should be what many scholars hoped it would become, a regional leader in LGBT rights. Brazil has one of the oldest, largest and most visible LGBT social move-





ments in Latin America. However, the movement's policy objectives were not reflected at the federal level. The bill 'criminalization of homophobia' was first presented in the Chamber of Deputies in 2001, by Congresswoman Lara Bernardi as bill 5003/2001. The introduction of the project was a direct response to members of the LGBT social movement demanding legislative action against rising levels of LGBT violence and discrimination. The aim of the project was to criminalize homophobia, in the same way that racism is criminalized in Brazil. Thus, the general objective of this research is to point out the advances in the criminalization of homophobia in Brazil. The specific objectives are to describe homophobia; to present the advances and setbacks in the fight against homophobia in Brazil; and discuss the criminalization of homophobia and its consequences. This research is a bibliographic review of electronic articles. The keywords used were: homophobia; public security; criminalization. It was seen in this research that the majority in the Supreme Court of Brazil, in 2019, voted in favor of making the practice of homophobia and transphobia crimes in Brazil. Six out of 11 judges voted to consider discrimination against gays and transgenders to be equivalent to racism (Racial Crime Act, Law No. 7.716 / 1989). The decision gave the community, which is under constant attack, real protection, say the activists. Crime rates against LGBT's are alarming, at least 141 LGBT people were killed in Brazil in 2019, according to the human rights group Grupo Gay da Bahia.

**Keywords:** homophobia; public security; criminalization of homophobia.

## INTRODUÇÃO

As mortes decorrentes de violência e agressão intencional aumentaram entre as causas externas de morte no Brasil e o país possui hoje o maior número absoluto de homicídios do mundo, tornando esse problema um grave problema de saúde pública. Esse tipo de violência pode ser entendido como um fenômeno complexo e de grande impacto na expectativa de vida, visto que geralmente atinge jovens, negros e pessoas de baixa renda de países em desenvolvimento.

Segundo o relatório "*World Health Statistics 2019*", publicado pela Organização Mundial da Saúde, houve uma estimativa de 477.000 mortes globalmente por homicídios em 2016 (WHO, 2019). O Brasil respondeu por cerca de 12,8% desse total, representando a sétima maior taxa de homicídios das Américas. O Atlas da Violência do Brasil 2019 relatou que houve 65.602 homicídios em 2017, o que equivale a uma taxa de homicídio de 31,6 por 100.000 habitantes. Mais da metade das vítimas (54,5%) eram jovens com idade entre 15 e 29 anos, 91,8% eram homens, 77% foram mortos com arma de fogo e 75,5% eram negros e viviam tipicamente nas regiões Norte e Nordeste (Cerqueira *et al.*, 2019).

Conforme a *Transgender Europe* (TGEU), houve 2.609 assassinatos de pessoas trans em 71 países diferentes entre 2008 e 2017, com o Brasil sendo responsável pelo maior número de mortes (TGEU, 2018). O Atlas da Violência 2019 apresenta uma seção dedicada à violência contra a população Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero (LGBT) entre 2011 e 2017, com base nos dados do Disque 100 (Disque 100 linha direta de direitos humanos) e do Sistema Nacional de Informações de Agravos de Notificação (SINAN). O Disque 100 registrou 1.720 denúncias de violações dos direitos humanos contra pessoas LGBT em 2017, 193 das quais foram de assassinatos, 23 tentativas de homicídio e 423

lesões corporais.

O número de casos notificados de violência contra homossexuais / bissexuais registrados no SINAN em 2016 foi de 6.800. A violência física correspondeu a mais da metade dessas denúncias; no entanto, as violações também incluíram violência psicológica e tortura (Cerqueira *et al.*, 2019).

De acordo com a ONG Grupo Gay da Bahia (GGB), o Brasil é o país com o maior número de crimes letais contra pessoas LGBT no mundo, seguido do México e dos Estados Unidos. Em 2018, o GGB registrou 420 mortes violentas entre pessoas LGBT no Brasil, o que equivale a um assassinato a cada 20 horas (Souza *et al.*, 2018).

Evidentemente, o Brasil possui muitas das características necessárias para o avanço dos direitos das minorias sexuais. Isso indica que o Brasil deveria ser o que muitos estudiosos esperavam que se tornasse, um líder regional em direitos LGBT. O Brasil possui um dos movimentos sociais LGBT mais antigos, maiores e mais visíveis da América Latina. No entanto, os objetivos da política do movimento não se refletiram no nível federal. A política nacional que se estende desde o Congresso brasileiro para proteger os direitos e a vida das pessoas LGBT é limitada e as tentativas recentes de desenvolvimento e implementação de políticas não tiveram sucesso. O contramovimento não é o único responsável pela falha da agenda pública de reconhecer o povo LGBT.

O projeto de lei de 'criminalização da homofobia' foi apresentado pela primeira vez na Câmara dos Deputados em 2001, pela congressista Lara Bernardi como projeto de lei 5003/2001. A introdução do projeto foi uma resposta direta aos membros do movimento social LGBT exigindo ação legislativa contra os níveis crescentes de violência e discriminação LGBT. O objetivo do projeto era criminalizar a homofobia, da mesma forma que o racismo é criminalizado no Brasil.

Dessa forma, o objetivo geral deste artigo é apontar os avanços na criminalização da homofobia no Brasil.

Os objetivos específicos são:

- Descrever a homofobia e o avanço dos direitos das minorias sexuais no Brasil nos últimos 10 anos.
- Apresentar os avanços e retrocessos na legislação de combate a homofobia no Brasil.
- Discutir a criminalização da homofobia e suas consequências para a população LGBT.

Esta pesquisa trata-se de uma revisão bibliográfica de artigos eletrônicos. As palavras chaves utilizadas foram: homofobia; segurança pública; criminalização. Para a realização desse trabalho, buscou-se nas plataformas artigos relevantes ao tema de criminalização da homofobia. A coleta do material foi realizada com a busca de artigos eletrônicos, teses e dissertações nas seguintes bases de dados: *Scientific Eletronic Library Online* (SCIELO), portal de periódicos da *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* (CAPES), *Google Academics* e livros relacionados ao tema.

Os artigos incluídos foram todos aqueles que falem sobre criminalização da homofobia em seu resumo, apenas artigos que estivessem na língua portuguesa, espanhola ou inglesa e entre os anos 2011 a 2021 e foram excluídos aqueles que apresentam outros temas, resumos e não estivessem disponíveis na íntegra.

## O COMBATE À HOMOFOBIA NO BRASIL

De acordo com a *Transgender Europe* (TGEU), houve 2.609 assassinatos de pessoas trans em 71 países diferentes entre 2008 e 2017, com o Brasil sendo responsável pelo maior número de mortes (TGEU, 2018). Daqueles que cometem crimes contra lésbicas, gays, bissexuais e travestis, apenas cerca de 10% cumprem pena na prisão. Além disso, um estudo em 2004 descobriu que 63 por cento das pessoas LGBT sofreram algum tipo de discriminação. Dos gays entrevistados pela Arco Iris em 2005, 16,6% sofreram violência física e nas escolas esse número foi de 40%. Essencialmente, as taxas de vitimização contra homossexuais no Brasil têm sido maiores do que na Europa ou nos Estados Unidos; tornando o Brasil famoso por discriminação e violência contra pessoas LGBT (Abraão, Rodrigues, 2019).

A partir de 2004 com a proposição da “Resolução Brasileira”, que exigia a não discriminação em relação à orientação sexual e identidade de gênero, o Brasil tem sido consistentemente um catalisador do discurso internacional dos direitos humanos LGBT. Embora o Brasil tenha retirado a Resolução em 2005 devido à forte oposição da Organização da Conferência Islâmica e da Santa Sé, foi a primeira resolução dedicada aos direitos humanos em relação à orientação sexual e ajudou ainda mais a moldar estratégias futuras para enfrentar diferentes órgãos políticos das Nações Unidas (Monteiro, 2016).

Como um marco para a política interna brasileira, o “Programa Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e Discriminação contra Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais (GLTB) e a Promoção da Cidadania entre Homossexuais” se esforça para mudar o comportamento do administrador governamental, bem como congelar pessoas LGBT como cidadãos plenos de direitos. O Programa é um modelo revolucionário e pragmático para outras nações que desejam melhorar a vida de sua população LGBT (Ortolano, 2015).

Como chefe de Estado, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva também tem sido um patrono dos direitos LGBT. Em junho de 2008, o Presidente Lula da Silva anunciou na primeira “Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais em Brasília” seu apoio à cirurgia gratuita de aumento de gênero para todos os cidadãos qualificados como um procedimento médico legítimo e constitucional direito básico de todos os brasileiros. Devido a essas políticas internas externas que defendem os direitos civis LGBT, o Brasil foi reconhecido pela *Human Rights Watch* em 2006 como um país que fez progressos exemplares na luta pela igualdade de sua população LGBT (Andrêo *et al.*, 2016).

Além disso, em agosto de 2008, a Organização dos Estados Americanos aprovou a resolução “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, apresentada pela delegação brasileira. Aprovado pelos 34 países das Américas, as palavras “orientação sexual” e “identidade de gênero” aparecem neste documento oficial sem precedentes.

Assim, a orientação sexual poderia ser incluída no texto da Convenção Interamericana contra o Racismo e Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Tanto individualmente quanto unidos, a sociedade civil e o governo brasileiro deram passos monumentais nas esferas nacional, regional e internacional como defensores dos direitos humanos LGBT. Infelizmente, a maior parte da literatura sobre os direitos LGBT fala principalmente para o homem gay e, ocasionalmente, para os travestis, com pouca menção ou representação da comunidade lésbica, comunidade bissexual e da comunidade transexual feminina para masculina. Essa falta de representação pode ser atribuída novamente ao sistema patriarcal em vigor (Nunes, 2014).

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal decretou igualdade de status entre as uniões homossexuais estáveis e as heterossexuais e, além disso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a favor de um casal de lésbicas que buscava o direito de se casar. Apesar do sucesso dessas ações, temos visto um crescimento simultâneo de movimentos reacionários no Brasil que vão contra as conquistas da população LGBT. Entre as violações mais comuns estão a violência psicológica e física e a discriminação (Abraao, Rodrigues, 2019).

A evolução da linha do tempo brasileira em relação a homofobia no Brasil é a seguinte (Monteiro, 2016; Ortolano, 2015; Nunes, 2014; Abraao, Rodrigues, 2019):

**Quadro 1 - Evolução da linha do tempo brasileira em relação a homofobia no Brasil.**

Ano	Fato(s)	Protagonistas
1830	D. Pedro I sanciona o Código Penal Imperial. Eliminou todas as referências à sodomia.	D. Pedro I
1979	É lançada O Lampião, revista gay, com contribuições de diversos autores famosos, como João Silvério Trevisan, Aguinaldo Silva e Luiz Mott. Ela sobreviveu por apenas um ano.	João Silvério Trevisan, Aguinaldo Silva e Luiz Mott
1980	O Grupo Gay da Bahia, a mais antiga organização pelos direitos dos homossexuais no Brasil, foi fundado na cidade de Salvador, juntamente com a SOMOS, outra organização na cidade de São Paulo.	Grupo Gay da Bahia
1989	As constituições dos estados de Mato Grosso e Sergipe são convertidas em lei. Elas proíbem explicitamente a discriminação com base na orientação sexual.	Estados de Mato Grosso e Sergipe
1995	A deputada Marta Suplicy propôs projeto de lei nº 1151 relativo às uniões civis.	Deputada Marta Suplicy
1997	G Magazine, a primeira revista erótica voltada para gays, foi publicada com ampla distribuição nacional até sua edição final em 2013.	G Magazine
2004	O Rio Grande do Sul começou a permitir que parceiros do mesmo sexo registrassem as uniões civis em um cartório civil genérico após uma decisão judicial em março de 2004.	Rio Grande do Sul

Ano	Fato(s)	Protagonistas
2006	Um casal de lésbicas do Rio Grande do Sul foi o primeiro a adotar com sucesso.	Casal de lésbicas do Rio Grande do Sul
Outubro de 2006	O estilista e apresentador de televisão Clodovil Hernandes tornou-se a primeira pessoa assumidamente gay a ser eleita parlamentar no Brasil, com 494.000 votos.	Clodovil Hernandes
10 de junho de 2007	Em sua décima primeira edição, a Parada do Orgulho Gay de São Paulo bateu seu próprio recorde como a maior parada do mundo e atraiu 3,5 milhões de pessoas.	Parada do Orgulho Gay de São Paulo
25 de junho de 2007	Ocorreu o caso Richarlyson em que um juiz foi levado ao Conselho de Justiça de São Paulo por declarar na Justiça que o futebol é um “esporte viril, masculino e não homossexual”. Porém, posteriormente, o mesmo juiz se desculpou e decidiu anular a decisão que escreveu.	Richarlyson
2008	Foi realizada uma conferência nacional LGBT. O evento, o primeiro no mundo a ser organizado por um governo, foi resultado de demandas da sociedade civil e do apoio do governo brasileiro aos direitos LGBT.	Conferência nacional LGBT
2010	Em um julgamento histórico, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil reconheceu, por unanimidade, que casais do mesmo sexo têm o direito de adotar crianças.	4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil
2011	Em 5 de maio, o Supremo Tribunal Federal estendeu por unanimidade as uniões estáveis (em português: união estável) aos casais do mesmo sexo em todo o país, redefinindo a definição laica de família e concedendo 112 direitos a esses casais. A extensão do casamento não foi discutida nesta decisão.	Supremo Tribunal Federal
27 de junho de 2011	Em 27 de junho, a primeira união civil entre pessoas do mesmo sexo foi convertida em casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. A conversão foi ordenada por um juiz de São Paulo. Desde este caso, muitas outras uniões civis foram convertidas em casamentos plenos.	Juiz de São Paulo
25 de outubro de 2011	Em 25 de outubro, o Superior Tribunal de Justiça declarou a união legal de duas mulheres que poderiam ser reconhecidas como um casamento. Diferentemente do “stare decisis” da Suprema Corte dos EUA, a decisão do Tribunal Superior só alcançaria os autores da demanda, mas constituía um precedente que poderia ser seguido em casos semelhantes.	Superior Tribunal de Justiça

Ano	Fato(s)	Protagonistas
2013	Em 14 de maio, o Conselho Nacional de Justiça do Brasil legalizou o casamento homossexual em todo o país em uma votação de 14-1, emitindo uma decisão que ordena que todos os registros civis do país realizem casamentos homossexuais e convertam qualquer civil existente uniões em casamentos, se tal casal desejar.	Conselho Nacional de Justiça do Brasil
1º de março de 2018	Em 1º de março, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as pessoas trans podem mudar de gênero legal sem se submeter a cirurgia, terapia hormonal ou receber um diagnóstico médico.	Supremo Tribunal Federal
Outubro de 2018	Em outubro, após as eleições gerais brasileiras de 2018, Fabiano Contarato foi eleito como o primeiro senador assumidamente gay do país e Érica Malunguinho como a primeira representante mulher trans.	Fabiano Contarato e Érica Malunguinho
1º de fevereiro e 2019	Em 1º de fevereiro, David Miranda, um representante negro gay, substituiu Jean Wyllys, pois Wyllys anunciou em janeiro de 2019 que ele havia deixado o país devido a ameaças de morte. Esta foi a primeira vez que um representante gay foi substituído por outro representante gay no Brasil.	David Miranda e Jean Wyllys
13 de junho de 2019	Em 13 de junho, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero é um crime semelhante ao racismo.	Supremo Tribunal Federal
2020	Supremo Tribunal Federal permite que HSH doem sangue sem período de adiamento.	Supremo Tribunal Federal

**Fonte: elaborado pelo autor.**

De fato, o Brasil tem operado em uma situação paradoxal, na qual tem sido tanto uma entidade homofóbica quanto um emergente defensor de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros. Pode-se atribuir esse enigma à sua história brutal de discriminação contra pessoas LGBT e sua posição atual como um estado não ocidental e socialmente liberal no crescente movimento internacional de orientação sexual e direitos de identidade de gênero. Ao focar na vinculação de organizações não governamentais com instituições governamentais, capacitação de movimentos LGBT, denúncias de violência, proliferação de informações sobre direitos LGBT, festivais vibrantes e ser uma voz de liderança no cenário internacional, o Brasil busca garantir uma vida de dignidade ampla com direitos iguais e isenta de brutalidade e discriminação para lésbicas, gays, bissexuais e pessoas trans em todo o estado (Nunes, 2014).

Nos últimos anos, o governo brasileiro tem trabalhado para salvaguardar os direitos civis das populações lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT), promovendo maior conscientização entre os legisladores. Para fortalecer esse esforço, foram realizadas

duas Conferências Nacionais LGBT, uma campanha nacional contra a homofobia e um levantamento de dados governamentais sobre a homofobia no Brasil. O governo federal também está realizando uma pesquisa sobre a legislação e as ações judiciais favoráveis à população LGBT do Brasil (Abraao, Rodrigues, 2019).

## **CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFÓBIA NO BRASIL**

A fim de fornecer uma compreensão abrangente do sistema político brasileiro e das principais características que impactam as políticas relativas aos direitos de lésbicas, gays, bissexuais e trans (LGBT), esta seção fornece informações básicas e exemplos relacionados ao processo legislativo no Brasil.

A ênfase é colocada nas características das instituições que são exploradas para impedir ou impactar os direitos LGBT. As instituições políticas podem influenciar a definição da agenda, no sentido de que os atores políticos podem modificar a legalização de acordo com o que eles consideram ter uma chance de sucesso, dado o quadro institucional. Além disso, as regras institucionais impactam diretamente no processo de tramitação dos projetos de lei, se são aprovados ou reprovados, quanto tempo demoram e se é como são modificados (Reis, Cledes, 2017).

Como tal, uma visão geral do processo de política fornece contexto para as conclusões deste projeto. O foco será colocado no projeto de lei de criminalização da homofobia (5003/2001), apresentado na Câmara dos Deputados em 2001, e no Senado brasileiro (PLC 122/06) em 2006. Em última análise, esta seção ajuda a demonstrar as formas como o contramovimento aos direitos LGBT usa o processo legislativo no Brasil para impedir políticas pró-LGBT, especificamente PLC 122/06, resultando em estagnação ou derrota política (Abraao, Rodrigues, 2019).

O Brasil teve sete constituições. A atual constituição democrática foi introduzida no Brasil com a queda da ditadura militar em 1985. O governo democrático recém-formado criou uma constituição em 1988. A estrutura federal brasileira é uma república democrática representativa do presidente federal. O presidente é o chefe de estado e de governo e de um sistema multipartidário (mais de 26). A composição política do Brasil inclui o governo federal, 26 estados e um distrito federal e municípios. A constituição de 1988 continha uma definição de antidiscriminação, mas não incluía a discriminação com base na orientação sexual. Consequentemente, o foco do movimento LGBT brasileiro tem sido o de aprimorar as medidas federais antidiscriminação, daí a introdução da legalização contra o ódio (Negré, 2019).

O governo federal é dividido em três poderes: executivo, legislativo e judiciário. O presidente exerce o poder executivo, assessorado por seu gabinete. O Congresso Nacional, composto por uma legislatura de duas câmaras, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, compõem o Poder Legislativo. O Judiciário é composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e por outros Tribunais Superiores. O judiciário brasileiro é visto como um aliado da causa LGBT, estabelecendo precedência judicial para uniões civis de pessoas do mesmo sexo em 2004 e casamento gay em 2013 (Reis, Cledes, 2017).

A constituição brasileira foi influenciada pela constituição americana, mas é única em sua abrangência. Ele define as instituições políticas e o poder dos atores políticos no processo de formulação de políticas. No Brasil, o processo de formulação de políticas é impulsionado por fortes poderes presidenciais. Esse poder é controlado pelos poderes constitucionalmente definidos do Congresso, do Judiciário, dos governadores dos estados e do Ministério Público. A formulação de políticas começa com as interações entre o presidente e os membros do congresso, com outros atores políticos agindo nas sombras. O Executivo é controlado pelo Partido dos Trabalhadores (PT) desde 2003. O PT é visível no seu apoio à comunidade LGBT. Mesmo assim, o Congresso não conseguiu aprovar nenhuma política pública pró-LGBT. Para entender o processo legislativo e a falta de uma política pró-LGBT, é importante compreender as principais instituições envolvidas no sistema político brasileiro no que se refere à política LGBT (Negré, 2019).

Desde a formação de uma nova constituição em 1988, todos os presidentes eleitos foram capazes de formar fortes coalizões de maioria pós-eleitoral dentro do congresso como resultado da forte disciplina partidária pela coalizão governista. Nenhum presidente foi eleito com a maioria absoluta dos assentos. No entanto, eles têm conseguido obter o apoio do Congresso por meio de seus poderes legislativos e não legislativos. Como resultado, o presidente e o poder executivo têm influência significativa na formação da legislação, principalmente no que diz respeito ao controle do orçamento nacional. Em teoria, isso funcionaria em benefício da comunidade LGBT se um presidente pró-gay estiver no poder (Abraao, Rodrigues, 2019).

As características de um sistema eleitoral descentralizado e de um sistema partidário fragmentado criam a estratégia eleitoral do Legislativo brasileiro para aderir ao voto partidário no Congresso. De fato, os legisladores brasileiros votam de acordo com seus líderes partidários em um esforço para angariar benefícios políticos no Congresso e fortalecer sua sobrevivência política e probabilidade eleitoral. Como resultado, a disciplina partidária era, acima de tudo, uma função das estratégias de construção de coalizões legislativas do presidente com base na dispersão do clientelismo aos partidos. Consequentemente, se o líder do PT falasse a favor de um determinado projeto de lei pró-LGBT, os legisladores desse partido normalmente seguiriam a direção do líder (Encarnación, 2018).

Embora as regras eleitorais forneçam incentivos para que os políticos ajam individualmente, as regras internas do Congresso e o poder do presidente de legislar tornam o comportamento dos legisladores dependente da lealdade partidária e das prioridades presidenciais. Assim, os legisladores agem de acordo com as prioridades dos líderes partidários no Congresso para ter acesso a benefícios potenciais que aumentarão sua chance individual de sobrevivência. No Brasil, os líderes do Partido detêm poder significativo e importantes prerrogativas institucionais (Abraao, Rodrigues, 2019). A qualquer momento, eles têm a capacidade de indicar e/ou substituir membros do comitê; adicionar ou retirar propostas da agenda legislativa; decidir se uma conta terá procedimento de urgência; indicar a posição da parte em relação a um projeto de lei em andamento; e fundamentalmente negociar com o executivo as demandas dos membros de seu partido. Em outras palavras, os líderes partidários são as pontes que ligam os legisladores individuais e as preferências do Executivo. Consequentemente, os partidos políticos são muito fortes na arena legislativa. É muito difícil para os legisladores agirem individualmente dentro do Congresso, pois não é



racional para sobreviver politicamente (Reis, Cledes, 2017; Viana, 2019).

Existem poucos partidos que apoiam ativamente os direitos LGBT no Brasil. Aqueles que o fazem não fazem parte das coalizões de voto maiores e mais conservadoras. Como resultado, os direitos LGBT raramente se tornam uma prioridade legislativa para a maioria dos partidos. Isso é uma consequência da adesão de blocos eleitorais maiores às políticas morais, com questões como os direitos LGBT e o aborto tornando-se tópicos politicamente perigosos de se apoiar. Existem poucos defensores dos direitos LGBT na Câmara Brasileira (Jean Wyllis, Marta Suplicy, Erika Kokay). Aqueles que defendem a causa precisam navegar nas coalizões de votação conservadoras dentro do Congresso brasileiro, que se opõem veementemente aos direitos LGBT. Consequentemente, mostra-se um desafio avançar a causa e lutar por esse tipo de legislação. Muitos políticos brasileiros proeminentes, incluindo Dilma Rousseff, Lula de Silva, Marina Silva e Marta Suplicy, visivelmente mudaram seu apoio aos direitos LGBT para apaziguar líderes partidários ou manter o poder político. Essas inconsistências no apoio tornam-se muito evidentes durante as eleições federais (Martins, 2020).

Uma característica importante do congresso brasileiro em relação aos direitos LGBT é a estrutura interna da Câmara dos Deputados, que concede aos líderes partidários papéis centrais no processo legislativo e no sistema de comitês (Encarnación, 2018). Os líderes partidários veem as nomeações e substituições de comitês como uma prerrogativa para o avanço de sua plataforma. Não há restrições quanto ao tempo que um legislador pode ser membro de um comitê. Além disso, a nomeação para os comitês é possível. Além disso, há uma interferência significativa dos líderes partidários por meio da nomeação e substituição de membros do comitê, com grande rotatividade de um comitê para o outro. Finalmente, o executivo, ou outros partidos, empilham certos comitês com membros leais a fim de impactar a legislação ou atrasar o processo. O sistema de comitês dentro da Câmara e do Senado é fácil de ser explorado pelos partidos. É evidente nos resultados da pesquisa deste estudo que essa estrutura é comumente aproveitada para impactar negativamente ou dissuadir a legislação sobre os direitos LGBT ou, mais especificamente, o projeto de lei 122/06 (Abraao, Rodrigues, 2019).

O judiciário brasileiro é uma entidade política importante a ser examinada em relação aos direitos LGBT. As decisões pró-LGBT normalmente progrediram do nível subnacional para a Suprema Corte. O judiciário decidiu a favor do reconhecimento do parceiro do mesmo sexo e do casamento gay. A legislação federal em apoio aos direitos LGBT passou apenas pelo judiciário, não pelo Congresso brasileiro. O Supremo Tribunal Federal é composto por onze juízes. O presidente indica os juízes vitalícios, com aposentadoria compulsória aos 70 anos e confirmação exigida pelo Senado (Negré, 2019).

A constituição mantém a independência judicial, garantindo que os juízes sejam protegidos dos instrumentos políticos de controle e coerção. Por exemplo, o judiciário controla seu próprio orçamento e pode nomear juízes de primeira instância. Por meio de seu poder de revisão judicial, os tribunais influenciam a legislação direta e indiretamente, determinando que a legislação é inconstitucional e moldando o que o Congresso considerará aprovar. Isso significa que as atividades legislativas e executivas transpiram à “sombra dos tribunais”. É importante que indivíduos e organizações considerem o custo político de

ter uma legislação considerada inconstitucional. Consequentemente, os atores políticos devem antecipar as decisões do tribunal (Viana, 2019).

A intenção da Suprema Corte é ser verdadeiramente independente. O objetivo é construir uma imagem de tribunal independente e imparcial, ao qual se confie o importante papel de árbitro final. Isso significa que deve haver ocasiões em que contradiz diretamente os interesses do Executivo e do Congresso. Com relação ao casamento gay no Brasil, a decisão da Suprema Corte foi contestada diretamente pelo Partido Social Cristão apelando a um recurso e contra legislação sendo apresentada no Congresso a partir de 2014. As entrevistas realizadas para esta tese demonstram que a comunidade ativista vê a Suprema Corte como progressista e como o “aliado” mais eficaz na política brasileira para o progresso dos direitos LGBT. Uma visão geral do processo legislativo no Brasil ajuda a explicar o porquê (Martins, 2020).

Para que um projeto de lei ou uma emenda constitucional se torne realidade, ele deve seguir uma determinada trajetória no Congresso brasileiro. O projeto de lei deve tramitar na Câmara dos Deputados e no Senado brasileiro para se tornar lei. Uma proposição deve ser feita para que o processo comece. Existem vários tipos de proposições que podem ser feitas, dependendo do tipo de lei que está sendo proposta. Estes incluem: Emendas constitucionais, direito constitucional, direito comum, entre outros. O tipo de proposta dita o caminho que o projeto deverá seguir no Congresso. O projeto de lei em que esta pesquisa se concentra (Lei Anti-Ódio LGBT é um exemplo de lei ordinária. Assim, uma breve visão geral do processo de lei ordinária é útil para compreender a trajetória do projeto de lei (Negré, 2019).

Um projeto de lei ordinário pode ser apresentado na Câmara dos Deputados ou no Senado. Qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional pode apresentar um projeto de lei. No caso do projeto de lei Anti-Ódio LGBT, ele foi apresentado pela primeira vez pela deputada Lara Bernadi à Câmara dos Deputados. Na primeira fase, o projeto de lei será apreciado pela comissão e / ou plenário (Viana, 2019).

Tanto a Câmara quanto o Senado têm comitês que são fornecidos pela constituição federal de 1988 para auxiliar na elaboração de leis ou outras normas legais. Cada comissão tem tema e função específicos definidos pela constituição e pelo regimento interno da Câmara ou do Senado. Quando um projeto de lei é apresentado à Câmara ou Senado, o conselho de administração define qual comissão fará a revisão. Por exemplo, no caso da Lei Anti-Ódio LGBT, ela foi apresentada pela primeira vez à Câmara Brasileira. A partir daqui, é revisto pela “mesa” e pela liderança da câmara baixa. Depois que o projeto de lei passa pela liderança da Câmara, ele passa para as comissões parlamentares apropriadas. O projeto de Criminalização da Homofobia foi enviado a duas comissões; Comitê de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e Comitê de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ (Abraao, Rodrigues, 2019).

Antes de ser encaminhada às comissões, as propostas de legislação devem ser analisadas e aprovadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) para serem consideradas constitucionais. Se três comissões aprovarem o projeto, ele vai direto para o Senado. Se duas comissões aprovam o projeto, ou se ele não consegue a aprovação

de uma comissão, ele segue para votação em plenário. No caso do projeto de lei contra o ódio LGBT, ele foi aprovado pela CCJ na Câmara e encaminhado ao plenário para votação. Se aprovado por votação, deve igualmente passar pelo Comitê Judiciário do Senado ou pelo Comitê de Assuntos Econômicos para revisão. Se aprovado pelas comissões do Senado, o projeto seria enviado ao plenário do Senado para votação. Se votado a favor, o projeto de lei é enviado ao presidente, que pode aprová-lo ou vetá-lo em parte. No caso do projeto de lei 122/06, foi arquivado e derrotado no Senado (Viana, 2019).

Certas características do sistema político brasileiro e das instituições em vigor permitem o domínio de partidos menores, que são capazes de formar coalizões fortes dentro do Congresso brasileiro. Assim, os direitos LGBT foram bastante impactados devido ao surgimento do contramovimento, dirigido pela crença moral evangélica. A quantidade de poder que esse grupo conquistou permite a coerção de políticos para seguir sua agenda moral, bem como a exploração de comitês e nomeações. O Projeto de Lei 122/06 e como evoluiu para morrer demonstram isso. A seção seguinte examinará mais detalhadamente o projeto de lei 122/06, no esforço de mapear sua trajetória, desde o início na Câmara até a morte no Senado. O andamento, paralisação e arquivamento deste projeto de lei demonstram efetivamente o poder do contramovimento no Congresso, bem como o impacto limitado do movimento social LGBT no Congresso (Bortolin, 2018).

O projeto de lei de 'criminalização da homofobia' foi apresentado na Câmara dos Deputados. Em 2001, foi apresentado pela deputada Lara Bernardi como Projeto de Lei-5003/2001. A introdução do projeto foi uma resposta direta aos membros do movimento social LGBT exigindo ação legislativa contra os níveis crescentes de violência e discriminação LGBT. O objetivo do projeto era criminalizar a homofobia, da mesma forma que o racismo é criminalizado no Brasil. Após apresentado, o projeto tramitou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Quatro relatores distintos representaram o projeto entre 2001-2005. O relator final, deputado Luciano Zica, fez emendas ao projeto no esforço de caracterizar a homofobia. Isso incluiu: desligamento de funcionários por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero; Proibição de entrada ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado aberto ao público; A recusa ou preconceito a alguém, em regime de seleção, recrutamento ou promoção educacional, funcional ou profissional; Recusa de alojamento ou cobrança de sobretaxa por estabelecimentos da espécie; Recusa de negociação de bens móveis ou imóveis com um sujeito específico por motivos discriminatórios; O impedimento ou restrição de manifestação ou afetividade homossexual, bissexual ou transgênero, quando tais expressões e manifestações sejam permitidas a outros cidadãos; entre outros (Viana, 2019).

Sob o relator Luciano Zica, a CCJ votou pela passagem do projeto de lei do estado ordinário para o urgente. Essa mudança foi talvez em resposta à falta de andamento do projeto de lei ou talvez uma estratégia para o apresentar imediatamente para votação na Câmara. Uma vez trocado, o projeto foi apresentado ao plenário no dia seguinte. A rapidez da progressão foi inesperada, resultando no projeto de lei sendo aceito em sua forma e enviado ao Senado, apesar de cinco anos de debate nas comissões parlamentares (Abraão, Rodrigues, 2019).

No Senado, o projeto passou a ser PLC 122/2006. A partir daqui, foi inicialmente

enviado para dois comitês de direção; a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). O projeto de lei foi discutido pela primeira vez no CDH. Esta comissão foi presidida pelo deputado evangélico Marcelo Crivella. Foram recomendadas três audiências públicas, nas quais membros proeminentes da comunidade evangélica ou “Televangélicos” foram chamados a testemunhar como informantes-chave em suas capacidades profissionais (como políticos, médicos, psicólogos, etc.). Manter o quórum para os comitês tornou-se um desafio. Esta é uma técnica comum usada para lutar contra o progresso da legislação. Devido a uma falta em andamento, o comitê gestor atribuiu o projeto à Comissão de Assuntos Sociais (CSA). A deputada Fátima Clied, apoiadora LGBT, foi nomeada relatora. Em 2008, Fatima Clied convocou a aprovação e debate do projeto de lei. A votação foi adiada com a convocação de uma visão coletiva, manobra comum utilizada nos trabalhos das comissões. Durante esse processo, o projeto foi aberto ao escrutínio da comunidade religiosa. Alguns membros do comitê rejeitaram o projeto, enquanto outros defenderam mudanças significativas (Keske, Marchini, 2019).

Em 2009, Fatima Clied incluiu algumas das sugestões propostas pelo pastor e congressista evangélico Marco Crivella e outros para apaziguar a liberdade religiosa e de expressão. A partir daqui o CSA aprovou e submeteu o projeto de lei para revisão de volta ao CDH. Em 2010, mais uma vez, os senadores evangélicos Magnos Malta e Marco Crivella convocaram a realização de três audiências públicas. Essas audiências nunca foram agendadas e o projeto de lei foi arquivado (Bortolin, 2018).

Em 2011, a senadora apoiadora LGBT Marta Suplicy reabriu o projeto de lei. Isso foi recebido com forte resistência do contramovimento evangélico e religioso. Silas Malafaia, um dos televangélicos mais proeminentes do Brasil, mobilizou ativismo religioso de base, resultando em protestos em massa em todo o país. Magnos Malta então convocou uma audiência pública adicional para o projeto de lei, solicitando que os pastores Silas Malafaia e Joide Miranda falassem sobre o projeto. Marta Suplicy respondeu ao pedido convocando uma reunião com os senadores Marcelo Crivella e Demóstenes Torres para definir um novo texto. Não foi marcada audiência pública e o pedido foi retirado (Viana, 2019).

Suplicy, Crivella e Torres construíram um novo texto para o projeto. Isso foi um esforço para apaziguar as comunidades LGBT e religiosas. As alterações propostas e o novo texto giraram em torno das sugestões apresentadas por Marco Crivella. Em um esforço para apaziguar as entidades religiosas que se opõem ao projeto, Marta Suplicy (ainda relatora) cedeu para permitir a proteção de grupos religiosos da criminalização. A emenda diz que a nova legislação “não se aplica à manifestação pacífica de pensamento proveniente da fé e da moralidade fundada na liberdade de consciência, crença e religião”. O projeto de lei modificado foi apresentado ao CDH em 2011, mas a votação foi adiada. O ímpeto para o projeto de lei foi perdido. Em 2014 o projeto de lei encerrou sua tramitação no congresso e em 2015 o Projeto de Lei da Câmara - PLC 122/2006 foi definitivamente arquivado (Keske, Marchini, 2019).

Existem vários momentos importantes que ajudaram ou dificultaram a progressão da legislação de Criminalização da Homofobia: 1) A mudança do status ‘ordinário’ para o status ‘urgente’ dentro da Câmara dos Deputados CCJ, 2) A mobilização do contramovimento em

2011 após Marta Suplicy torna-se relatora, 3) Suplicando as demandas de contramovimento na redação do projeto.

Em 2011, Marta Suplicy, uma das políticas mais reconhecidas do país, também apoiadora da comunidade LGBT, tornou-se relatora do projeto. O envolvimento de Suplicy causou uma forte reação ao contramovimento. Silas Malafaia, indiscutivelmente o televangélico mais conhecido do país, tornou-se um crítico ferrenho da legislação. Ele fez um apelo à ação e mobilizou um movimento popular contra o projeto de lei, liderando protestos em todo o país. No dia 1º de junho de 2011, 70.000 católicos e evangélicos se reuniram em protesto contra o projeto de lei em frente ao Congresso brasileiro. Sua formulação do projeto de lei foi altamente eficaz, alegando que concedia maiores privilégios para o povo LGBT, ao mesmo tempo que limitava a liberdade dos povos religiosos. Dois senadores proeminentes no comitê da CDH dentro do congresso, Magnos Malta e Marcelo Crivella, pediram mais audiências públicas que incluíam Silas Malafaia como um painelista especialista. Essas audiências públicas são normalmente dominadas pelo contramovimento, portanto, são altamente indesejáveis para os proponentes de legislação pró-LGBT (Bortolin, 2018).

Marta Suplicy evitou audiências públicas ao convocar uma reunião com outros dois senadores que trabalhavam no projeto (Marcelo Crivella e Demostenes Torres). Os três senadores queriam encontrar um terreno comum para apaziguar a comunidade LGBT e as comunidades religiosas. Posteriormente, a legislação foi alterada a fim de proteger os grupos religiosos da perseguição. Essa mudança foi pouco atraente para a comunidade LGBT, resultando na perda de apoio e mobilização em torno do projeto e em sérias críticas à senadora Marta Suplicy. Além disso, as emendas não fizeram o suficiente para apaziguar os críticos evangélicos dentro do Congresso. Assim, após essas modificações, o projeto de lei se limitou, a nenhum apoio sobrou no Senado e foi arquivado (Abraao, Rodrigues, 2019).

A maioria no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 2019, votou a favor de tornar a prática de homofobia e transfobia crimes no Brasil. Seis entre 11 juízes votaram para considerar a discriminação contra gays e transgêneros equivalente ao racismo (Lei do Crime Racial, Lei n.º 7.716/1989). A decisão deu à comunidade, que sofre constantes ataques, proteção real, afirmam os ativistas (Keske, Marchini, 2019).

Pelo menos 141 pessoas LGBT foram mortas no Brasil em 2019, de acordo com o grupo de direitos humanos Grupo Gay da Bahia. A Igreja Católica e o movimento evangélico são frequentemente críticos dos direitos dos homossexuais e o presidente de extrema direita Jair Bolsonaro, eleito em 2018 com forte apoio dos eleitores conservadores, é um homofóbico que se autodenomina (Abraao, Rodrigues, 2019).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa deste estudo indicam uma divisão crescente dentro do movimento LGBT, refletindo diferentes prioridades políticas e mobilização limitada. Além disso, essa divisão está impedindo a progressão da formulação de políticas e a promulgação de medidas antidiscriminação.

A PLC 122/06 não obteve sucesso na aprovação do Congresso Brasileiro. Uma

variedade de estratégias foi usada para impedir o sucesso do projeto de lei. No final, o contramovimento foi bem-sucedido em seus esforços para mudar o projeto de lei para apaziguar suas demandas em torno das ideias de liberdade religiosa e expressão religiosa. Este apaziguamento e emenda à política desencorajou o movimento social LGBT e o impulso para o projeto foi perdido. Uma breve visão geral da política demonstra o suporte para a hipótese deste projeto em que o argumento é que um forte contramovimento está influenciando a política LGBT anti-ódio e anti-discriminação no Congresso brasileiro. Isso foi demonstrado claramente através de uma visão geral da progressão e paralisação do projeto de lei 5003/2001 e PLC 122/2006. Uma análise mais aprofundada dos dados da pesquisa corrobora a hipótese deste projeto de pesquisa, demonstrando o poder crescente do contramovimento na política brasileira e da divisão dentro do movimento social LGBT brasileiro.

Foi visto nesta pesquisa que a maioria no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 2019, votou a favor de tornar a prática de homofobia e transfobia crimes no Brasil. Seis entre 11 juízes votaram para considerar a discriminação contra gays e transgêneros equivalente ao racismo (Lei do Crime Racial, Lei n.º 7.716/1989). A decisão deu à comunidade, que sofre constantes ataques, proteção real, afirmam os ativistas.

Os índices de crimes contra os LGBT são alarmantes, pelo menos 141 pessoas LGBT foram mortas no Brasil em 2019, de acordo com o grupo de direitos humanos Grupo Gay da Bahia. A Igreja Católica e o movimento evangélico são frequentemente críticos dos direitos dos homossexuais e o presidente de extrema direita Jair Bolsonaro, eleito em 2018 com forte apoio dos eleitores conservadores, é um homofóbico que se autodenomina.

## REFERÊNCIAS

- ABRAAO, Fernanda; RODRIGUES, Lara. **A criminalização da homofobia perante a luz do Supremo Tribunal Federal**. *Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior*, v. 11, n. 2, p. 15-15, 2019.
- ANDRÊO, Caio *et al.* **Homofobia na construção das masculinidades hegemônicas: queerizando as hierarquias entre gêneros**. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v. 16, n. 1, p. 46-67, 2016.
- BORTOLIN, Paula. **Evangélicos em oposição à criminalização da homofobia: Uma análise das falas contrárias à homossexualidade**. *Pensata: Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP*, v. 7, n. 1, 2018.
- CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro *et al.* **Atlas da violência 2019**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo. 2019. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9406/1/Atlas%20da%20viol%C3%Aancia\\_2019.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9406/1/Atlas%20da%20viol%C3%Aancia_2019.pdf). Acesso em 10 de mar. de 2024.
- CORRALES, Javier. **The expansion of LGBT rights in Latin America and the Backlash**. *The Oxford handbook of global LGBT and sexual diversity politics*, p. 185-200, 2020.
- ENCARNACIÓN, Omar G. **A Latin American Puzzle: Gay Rights Landscapes in Argentina and Brazil**. *Human Rights Quarterly*, v. 40, n. 1, p. 194-218, 2018.

KESKE, Henrique Alexander Grazzi; MARCHINI, Veronica Coutinho. **A Criminalização da Homofobia no Brasil: análise jurisprudencial e doutrinária.** Revista Práxis, v. 2, p. 34-56, 2019.

KULICK, Don; KLEIN, Charles. **Escândalo: a política da vergonha em meio às travestis brasileiras.** Anales N.E., 2000-1223, No. 13, 2010, p. 9-45. 2010. Disponível em: [https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/25200/1/gupea\\_2077\\_25200\\_1.pdf](https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/25200/1/gupea_2077_25200_1.pdf). Acesso em 08 de mar. de 2024.

MARTINS, Gabriel Bueno. **Criminalização da homofobia aparente conflito de direitos e garantias constitucionais.** Monografia da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiás. 2020. 35p.

MONTEIRO, Monteiro Rodrigues. **A criminalização da homofobia.** Revista Ciência e Sociedade, v. 1, n. 1, 2016.

NEGRÉ, Murilo. Criminalização da homofobia frente as garantias constitucionais. **I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**, v. 1, n. 01, 2019.

NUNES, Lauro Victor. Homofobia: um empreendimento político. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, v. 4, n. 1, p. 208-2018, 2014.

ORTOLANO, Fábio. Narrativas psicopolíticas da homofobia. **Trivium-Estudos Interdisciplinares**, v. 7, n. 1, p. 01-18, 2015.

REIS, Lorena Íngridy Cardoso; CLEMES, Carina Gassem Martins. **A criminalização da homofobia sob o princípio da dignidade da pessoa humana.** CEP, v. 76, p. 132, 2017.

SOUZA, Daniel Cerdeira de *et al.* **Assassinatos de LGBT's no Brasil: uma análise de literatura entre 2010-2017.** Revista Periódicus, v. 1, n. 10, p. 24-39, 2018.

TGEU, Transgender Europe. **TMM Update Trans Day of Remembrance.** Berlin. 2018. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2018/>. Acesso em 08 de mar. de 2024.

VIANA, Eduardo Lourenço. **A liberdade sexual, um direito fundamental: reflexões sobre a (in) constitucionalidade da omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia.** 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) da Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

WHO, World Health Organization. **World health statistics 2019: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals.** 2019. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/324835/9789241565707-eng.pdf>. Acesso em 10 de mar. de 2024.

## Os direitos da natureza: uma revolução jurídica e socioecológica

### *The rights of nature: a legal and socio-ecological revolution*

**Reinaldo Dias**

*Doutor em Ciências Sociais -Unicamp. Pesquisador associado do CPDI do IBRACHINA/  
IBRAWORK. Parque Tecnológico da Unicamp - Campinas - Brasil*

#### RESUMO

O estudo “*Os Direitos da Natureza: uma revolução jurídica e socioecológica*” explora a evolução e as implicações de uma abordagem jurídica inovadora que reconhece a natureza como sujeito de direitos. Tradicionalmente, o direito ambiental foi moldado por uma visão antropocêntrica, tratando a natureza como objeto de uso humano. Contudo, diante das crescentes crises ecológicas, surge o conceito dos Direitos da Natureza, promovendo uma mudança paradigmática para uma perspectiva ecocêntrica, onde a natureza é vista como titular de direitos inerentes. Este movimento reflete uma compreensão mais profunda da interconexão entre humanidade e natureza, inspirada em visões de mundo indígenas sobre a coexistência harmoniosa com o meio ambiente. A implementação dos Direitos da Natureza já é evidente em marcos legais como as constituições do Equador e da Bolívia, que incorporam este conceito, influenciando legislações nacionais e internacionais. Tais abordagens não apenas representam avanços jurídicos, mas também uma transformação socioecológica, desafiando as práticas tradicionais e promovendo uma relação mais sustentável e justa com o ambiente. O estudo aborda também os desafios de implementar os Direitos da Natureza, incluindo questões de representação legal e a integração desses direitos nos sistemas jurídicos existentes. Apesar destes obstáculos, a expansão global do conceito e sua crescente inclusão em discussões e tratados internacionais sugerem um futuro promissor para esta abordagem revolucionária. O estudo conclui enfatizando a importância dos Direitos da Natureza como um meio para reimaginar a governança ambiental, promovendo a sustentabilidade e a justiça ecológica no enfrentamento das crises ambientais globais.

**Palavras-chave:** direitos da natureza; revolução jurídica; visão antropocêntrica; visão ecocêntrica.





## ABSTRACT

The study “*The Rights of Nature: A Legal and Socio-Ecological Revolution*” explores the evolution and implications of an innovative legal approach that recognizes nature as a subject of rights. Traditionally, environmental law has been shaped by an anthropocentric view, treating nature as an object for human use. However, in the face of increasing ecological crises, the concept of the Rights of Nature emerges, promoting a paradigm shift towards an ecocentric perspective, where nature is seen as holding inherent rights. This movement reflects a deeper understanding of the interconnection between humanity and nature, inspired by indigenous worldviews on harmonious coexistence with the environment. The implementation of the Rights of Nature is already evident in legal landmarks such as the constitutions of Ecuador and Bolivia, which incorporate this concept, influencing national and international legislation. These approaches represent not only legal advancements but also a socio-ecological transformation, challenging traditional practices and promoting a more sustainable and fair relationship with the environment. The study also addresses the challenges of implementing the Rights of Nature, including issues of legal representation and the integration of these rights into existing legal systems. Despite these obstacles, the global expansion of the concept and its increasing inclusion in discussions and international treaties suggest a promising future for this revolutionary approach. The study concludes by emphasizing the importance of the Rights of Nature as a means to reimagine environmental governance, promoting sustainability and ecological justice in the face of global environmental crises.

**Keywords:** rights of nature; legal revolution; anthropocentric view; ecocentric view.

## INTRODUÇÃO

Na atualidade o mundo jurídico encontra-se em um ponto de inflexão significativo, confrontado com a necessidade de repensar e remodelar a relação da humanidade com o mundo natural. Tradicionalmente dominado por uma perspectiva antropocêntrica, o direito ambiental tem considerado a natureza como nada mais do que um objeto a ser utilizado para o benefício humano. Esta abordagem, embora tenha fornecido uma estrutura para a proteção ambiental, revelou-se insuficiente diante dos crescentes desafios das mudanças climáticas e da perda de biodiversidade. O conceito de Direitos da Natureza emerge como uma resposta a essa inadequação, propondo uma mudança paradigmática de ver a natureza como sujeito de direitos — um reconhecimento de sua intrínseca interconexão com a humanidade e seu valor intrínseco além da utilidade humana (Garzón, 2017).

A transição para uma visão ecocêntrica, que considera a natureza como um sujeito de direitos, reflete uma mudança profunda na jurisprudência e na consciência social. Esta nova abordagem é evidenciada em marcos legais pioneiros, como a Constituição do Equador de 2008, que reconhece explicitamente os direitos da natureza, estabelecendo um precedente para a integração de tais direitos nas constituições e legislações nacionais (Equador, 2008). Além disso, a emergência deste conceito está ligada a propostas alternativas ao capitalismo global, inspiradas nas visões de mundo indígenas de buen vivir ou vivir bien, que propõem uma existência em harmonia com a natureza (Berros, 2021).

A Constituição da Bolívia de 2010, que incorpora o Vivir Bien, um princípio

profundamente enraizado nas tradições indígenas Aymara, serve como outro importante exemplo vital dessa tendência, sublinhando a necessidade de uma convivência equilibrada entre seres humanos e a natureza (Villavicencio Calzadilla, 2018). Essas mudanças legislativas não são meras reformas jurídicas; elas fazem parte de uma transformação socioecológica mais ampla que redefine a sustentabilidade e a interação entre seres humanos e a natureza.

O avanço dos Direitos da Natureza desde 2008, de uma noção teórica para uma implementação prática em diversos países, reflete uma crescente aceitação global desse conceito. Iniciativas como a da ONG Community Environmental Legal Defense Fund nos Estados Unidos, que ajuda as comunidades a desenvolver decretos locais para reconhecer os direitos da natureza, demonstram o apoio crescente ao reconhecimento legal da natureza como sujeito de direitos, apesar dos desafios de compatibilidade com as leis estaduais e federais (O'Donnell, 2020).

Este estudo visa explorar a evolução, as implicações e os desafios dos Direitos da Natureza, destacando como essa abordagem revolucionária pode oferecer soluções tangíveis para crises ambientais globais e promover uma relação mais justa e sustentável entre a humanidade e o meio ambiente. Ao analisar o desenvolvimento e a implementação desses direitos em diferentes jurisdições, bem como seu embasamento em cosmovisões indígenas, este estudo contribui para o debate jurídico, sociológico e ético sobre a necessidade de uma nova relação entre seres humanos e a natureza.

## **Evolução jurídica dos direitos da natureza**

A evolução jurídica dos Direitos da Natureza representa um marco significativo na maneira como a lei percebe e interage com o mundo natural, sinalizando um movimento de reconhecimento dos ecossistemas não apenas como propriedade ou recurso, mas como entidades com direitos inerentes. Esta mudança paradigmática, de uma visão antropocêntrica para uma abordagem mais ecocêntrica na legislação ambiental, reflete uma compreensão mais profunda e respeitosa da interconexão entre humanidade e natureza.

A adoção pioneira dos Direitos da Natureza pela legislação municipal em Tamaqua Borough, Pensilvânia, em 2006, serviu como prelúdio a uma série de desenvolvimentos legislativos e judiciais que consolidaram a posição dos Direitos da Natureza no direito internacional e nacional. Contudo, foi a inclusão constitucional desses direitos pelo Equador, em 2008, que estabeleceu um marco jurídico revolucionário. Este ato não apenas refletiu a cosmovisão ancestral que vê a humanidade e a natureza como entidades interconectadas, mas também estabeleceu um precedente legal concreto que inspirou outras nações (Equador, 2008).

A implementação dos Direitos da Natureza no Equador, como destacado por Kauffmann & Martin (2023), demonstra a evolução desses direitos de um conceito abstrato para uma prática jurídica operacional e efetiva. Desde sua inclusão na Constituição de 2008, o Direito da Natureza foi empregado em decisões judiciais no país mais de 55 vezes, refletindo seu papel ativo na jurisprudência equatoriana. O Tribunal Constitucional do Equador, ao selecionar casos específicos para estabelecer jurisprudência vinculativa sobre o Direito da Natureza, não apenas esclareceu seu conteúdo, mas também definiu critérios

para identificar violações desses direitos e sua relação com outros direitos constitucionais, incluindo direitos comunitários e econômicos (Kauffmann & Martin, 2023). Essa abordagem tem forçado não apenas o Estado, mas também setores comerciais poderosos a respeitar os Direitos da Natureza, sob pena de sanções, marcando uma mudança significativa na forma como os direitos ambientais são percebidos e aplicados.

A trajetória dos Direitos da Natureza no Equador e sua interação com o sistema judicial ilustram um exemplo notável de como normas jurídicas emergentes são construídas através da prática. As decisões judiciais equatorianas, conforme analisadas por Kauffmann & Martin (2023), contribuem significativamente para a literatura sobre o desenvolvimento do direito ambiental, evidenciando o papel crucial dos juízes na normatização e na promoção de uma governança ambiental que respeita a integridade ecossistêmica.

Da mesma forma, a Bolívia seguiu o exemplo em 2010, incorporando o princípio do *Vivir Bien* (Suma Qamaña) em sua constituição, fundamentando-se na cultura Aymara e enfatizando uma existência em harmonia com a Mãe Terra (Pachamama) (Villavicencio Calzadilla, 2018). Estes exemplos latino-americanos destacam o papel dos povos indígenas na defesa dos Direitos da Natureza, inspirando uma onda global de legislação ambiental transformadora.

Desde então, a adoção dos Direitos da Natureza se expandiu globalmente. Em 2017, uma mudança significativa ocorreu quando a Nova Zelândia reconheceu o rio Whanganui como uma entidade jurídica com direitos, seguida por decisões semelhantes na Índia e na Colômbia, que reconheceram rios como sujeitos de direito. Essas inovações institucionais incluem a nomeação de guardiões legais para representar e defender os direitos da natureza em juízo, demonstrando um esforço para integrar esses direitos no tecido do direito internacional e nacional (O'Donnell, 2020).

A diversidade nas abordagens para consagrar e aplicar os Direitos da Natureza reflete a complexidade e os desafios inerentes a essa mudança paradigmática. Enquanto países como o Equador e a Bolívia abraçam uma visão holística dos direitos da "Mãe Terra", outras jurisdições concentram-se em direitos específicos para rios, florestas ou outros ecossistemas. Esta variedade de formulações jurídicas aponta para a flexibilidade e adaptabilidade dos Direitos da Natureza, mas também para os desafios de implementação e harmonização com sistemas legais existentes.

A evolução dos Direitos da Natureza destaca uma tendência crescente de reconhecer a interdependência entre humanos e o meio ambiente, desafiando visões jurídicas tradicionais e promovendo uma relação mais sustentável e respeitosa com o mundo natural. Através de uma combinação de iniciativas locais, reformas constitucionais e inovações institucionais, os Direitos da Natureza estão sendo progressivamente integrados no direito internacional e nacional, refletindo uma transformação jurídica e ética significativa na governança ambiental global.

## Implicações científicas e práticas

A consolidação dos Direitos da Natureza no direito ambiental global não é apenas uma questão de inovação jurídica, mas também envolve significativas implicações científicas e práticas. A integração eficaz desses direitos exige uma colaboração estreita entre os campos do direito e da ciência, abordando os complexos desafios de implementação e garantindo que a legislação contenha um entendimento profundo dos sistemas ecológicos.

A ciência desempenha um papel crucial na definição e aplicação dos Direitos da Natureza, fornecendo o conhecimento necessário para entender a complexidade dos ecossistemas e os impactos das atividades humanas sobre eles. Epstein (2023) destaca como os avanços científicos têm contribuído para a formulação de leis que reconhecem e protegem os direitos da natureza. Por exemplo, o entendimento científico dos ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos dos ecossistemas é fundamental para estabelecer a base legal para os direitos da natureza, como o direito à integridade e à regeneração.

Além disso, a ciência contribui para a implementação desses direitos, oferecendo métodos para avaliar danos aos ecossistemas e identificar medidas de restauração adequadas. A colaboração entre juristas e cientistas pode facilitar a interpretação dos direitos da natureza em contextos legais específicos, garantindo que as decisões judiciais e as políticas públicas estejam alinhadas com os princípios ecológicos.

A implementação dos Direitos da Natureza apresenta desafios significativos, particularmente no que diz respeito à integração da ciência no processo legal. Gray (2018) discute como a necessidade de uma abordagem ecocêntrica implica em mudanças substanciais na maneira como as sociedades regulam sua relação com o meio ambiente. Isso envolve não apenas reconhecer a natureza como um sujeito de direitos, mas também traduzir esse reconhecimento em ações práticas que respeitem esses direitos.

Um dos principais desafios é a falta de clareza e a complexidade dos conceitos científicos quando aplicados à lei. Determinar como os direitos à integridade, à regeneração e à restauração podem ser efetivamente medidos e implementados em termos legais exige uma profunda compreensão ecológica e a capacidade de traduzir essa compreensão em critérios jurídicos operacionais. Ademais, a resistência institucional e os conflitos com as leis existentes podem dificultar a aplicação efetiva dos direitos da natureza.

Portanto, a interação entre ciência e direito é essencial para superar esses desafios. A elaboração de políticas e a tomada de decisões judiciais informadas por dados científicos robustos podem garantir que os Direitos da Natureza sejam aplicados de maneira a refletir verdadeiramente o valor intrínseco e a interdependência dos ecossistemas. A superação desses desafios requer não apenas inovações jurídicas, mas também um compromisso contínuo com a pesquisa científica e a educação ambiental, fundamentais para promover uma relação mais sustentável e respeitosa entre a humanidade e o meio ambiente.

## Perspectivas socioculturais e éticas

A emergência e o desenvolvimento dos Direitos da Natureza estão profundamente

enraizados em perspectivas socioculturais e éticas que desafiam concepções tradicionais da relação entre a humanidade e o meio ambiente. Essas perspectivas, muitas vezes inspiradas por cosmovisões indígenas, não apenas informam o conteúdo desses direitos, mas também promovem uma reavaliação ética de nossas responsabilidades para com o mundo natural.

As cosmovisões indígenas desempenham um papel central na formulação dos Direitos da Natureza, enfatizando a interconexão e a interdependência de todos os seres vivos. Como destacado por Berros (2021) e Villavicencio Calzadilla (2018), a incorporação dos princípios do “*buen vivir*” e do “*vivir bien*” nas constituições do Equador e da Bolívia reflete uma compreensão profunda da natureza como uma comunidade à qual pertencemos, em vez de um recurso a ser explorado. Essas visões de mundo desafiam o paradigma dominante do antropocentrismo, propondo uma ética de respeito e cuidado para com a Terra que reconhece o valor essencial da natureza.

No entanto, a tradução dessas cosmovisões indígenas em legislação e políticas públicas não é isenta de críticas e controvérsias. Como apontado em Misereor (2023), há preocupações de que a promoção dos Direitos da Natureza possa, inadvertidamente, levar à apropriação cultural das práticas e conhecimentos indígenas, além de impor uma visão eurocêntrica sobre relações não ocidentais com a natureza. Essas críticas destacam o desafio de equilibrar a universalidade dos direitos da natureza com o respeito pela diversidade cultural e as práticas específicas de cuidado com a Terra.

Além disso, a implementação dos Direitos da Natureza suscita questões sobre sua interação com os direitos humanos. A ideia de que a natureza possui direitos que devem ser protegidos mesmo quando podem entrar em conflito com interesses humanos imediatos apresenta um dilema ético complexo. Como equilibrar os direitos da natureza com os direitos humanos, especialmente em contextos de pobreza e necessidades de desenvolvimento, é uma questão que requer uma reflexão ética profunda e abordagens jurídicas inovadoras.

Os Direitos da Natureza propõem uma mudança radical de perspectiva, da dominação humana sobre a natureza para uma ética de coexistência e reciprocidade. Este movimento não apenas desafia as bases do direito ambiental convencional, mas também convida a uma reflexão mais ampla sobre os valores e as práticas que sustentam nossa relação com o mundo. Ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, somos chamados a repensar nosso lugar no mundo e nossas responsabilidades para com as outras formas de vida com as quais compartilhamos o planeta.

Portanto, os Direitos da Natureza refletem não apenas uma inovação jurídica, mas também uma transformação socioecológica e ética. Eles nos desafiam a imaginar uma forma de viver no mundo que honre a interdependência de todas as formas de vida e reconheça a Terra não como uma propriedade a ser explorada, mas como um lar comum a ser cuidado. É importante abordar os Direitos da Natureza não apenas como um conjunto de normas legais, mas como parte de um movimento mais amplo em direção à justiça socioecológica e à sustentabilidade ecológica.

## Direitos da Natureza no cenário internacional

A ascensão dos Direitos da Natureza transcende fronteiras nacionais, marcando sua presença crescente no cenário internacional. Este movimento reflete uma resposta global às limitações do direito ambiental convencional e representa uma mudança paradigmática na governança ambiental internacional. A inclusão dos Direitos da Natureza em discussões e tratados internacionais evidencia uma reavaliação profunda da ética ambiental e da jurisprudência global.

Tradicionalmente, o direito ambiental internacional tem sido caracterizado por sua fragmentação, com diferentes tratados abordando aspectos específicos do meio ambiente, como clima, biodiversidade e oceanos. Essa abordagem setorial muitas vezes resulta em sobreposições regulamentares, lacunas de proteção e, em alguns casos, obrigações contraditórias entre regimes de tratados (Arling, 2023). Contrariamente, os Direitos da Natureza oferecem um paradigma unificador que reconhece a interconexão e interdependência de todos os elementos da biosfera, propondo uma abordagem mais holística e integrada à governança ambiental.

A adoção dos Direitos da Natureza no direito internacional promove o pluralismo jurídico, desafiando a predominância de perspectivas eurocêntricas e refletindo uma diversidade maior de valores éticos e culturais. Essa inclusão é particularmente significativa, considerando o papel central que as cosmovisões indígenas desempenharam na formulação desses direitos. Ao incorporar princípios derivados de uma variedade de culturas e tradições, os Direitos da Natureza enriquecem o discurso jurídico internacional e contribuem para uma compreensão mais abrangente e inclusiva das obrigações ambientais (Arling, 2023).

Várias abordagens podem ser adotadas para reconhecer e implementar os Direitos da Natureza no âmbito internacional. Além do reconhecimento explícito em tratados internacionais, é possível expandir a interpretação dos direitos humanos para incluir direitos de entidades não humanas, ou desenvolver um paradigma holístico de bens comuns globais que sirva como fundamento da ordem jurídica internacional. Tais estratégias não apenas solidificam a base legal para os Direitos da Natureza, mas também promovem a integração desses princípios nas práticas de governança ambiental em todo o mundo (Arling, 2023).

A América Latina, em particular, exemplifica como desenvolvimentos locais e nacionais nos Direitos da Natureza estão influenciando o direito internacional, sugerindo a emergência de um direito internacional consuetudinário regional em torno desses princípios. Este fenômeno indica um potencial significativo para a expansão global dos Direitos da Natureza, apontando para um futuro em que esses direitos são reconhecidos e implementados em todo o mundo.

A inclusão dos Direitos da Natureza no cenário internacional não é apenas um testemunho da sua crescente aceitação e relevância, mas também uma chamada à ação para reimaginar a governança ambiental global. Ao transcender abordagens antropocêntricas e fragmentadas, os Direitos da Natureza oferecem uma visão unificadora e ecocêntrica para a proteção ambiental, alinhando o direito internacional com os imperativos ecológicos e éticos do nosso tempo. É essencial destacar a importância de integrar os Direitos da Natureza nas estruturas jurídicas internacionais, como um passo fundamental para enfrentar eficazmente

os desafios ambientais globais e promover uma relação mais justa e sustentável entre a humanidade e o planeta.

## Desafios e perspectivas futuras

A trajetória ascendente dos Direitos da Natureza, desde concepções teóricas até a sua implementação prática e reconhecimento em várias jurisdições, enfrenta um conjunto complexo de desafios. Simultaneamente, as perspectivas futuras para essa abordagem inovadora no direito ambiental são tanto promissoras quanto repletas de potenciais obstáculos que requerem atenção cuidadosa.

Um dos principais desafios na implementação dos Direitos da Natureza é a questão da representação legal da natureza em juízo. Quem detém a autoridade para representar os rios, florestas, montanhas e ecossistemas inteiros? A resposta varia significativamente entre diferentes jurisdições, com algumas leis designando guardiões específicos ou concedendo a representação legal a organizações ambientais, enquanto outras permitem que qualquer cidadão defenda os direitos da natureza (Misereor, 2023). Esta diversidade de abordagens reflete uma tensão fundamental entre a universalidade dos Direitos da Natureza e a necessidade de adaptação às especificidades legais e culturais locais.

Outro desafio é a integração dos Direitos da Natureza nos sistemas jurídicos existentes, que são predominantemente antropocêntricos. Isso exige não apenas uma revisão das leis ambientais, mas também uma transformação mais ampla das bases conceituais do direito, que historicamente priorizou os interesses humanos. Além disso, a implementação eficaz dos Direitos da Natureza enfrenta obstáculos práticos, como a necessidade de mecanismos claros e eficazes para a reparação e restauração dos ecossistemas danificados.

Apesar desses desafios, as perspectivas futuras para os Direitos da Natureza são amplamente otimistas. À medida que a consciência sobre as crises ecológicas globais aumenta, a demanda por soluções jurídicas e éticas que reconheçam o valor intrínseco da natureza continua a crescer. A proliferação de legislações e decisões judiciais que incorporam os Direitos da Natureza sinaliza uma mudança de paradigma em potencial na governança ambiental global.

Para que os Direitos da Natureza realizem seu potencial transformador, é essencial abordar os desafios de implementação através de diálogo intercultural e colaboração entre juristas, cientistas, povos indígenas e outras partes interessadas. Além disso, o desenvolvimento de uma jurisprudência robusta que detalhe como esses direitos podem ser efetivamente aplicados e protegidos será essencial.

A expansão dos Direitos da Natureza no cenário internacional, particularmente através de tratados e o reconhecimento de princípios comuns nos sistemas jurídicos globais, pode oferecer um caminho promissor para superar a fragmentação do direito ambiental internacional e responder de forma mais holística e eficaz aos desafios ecológicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência e evolução dos Direitos da Natureza representam uma mudança paradigmática significativa no direito ambiental e na ética global. Esta abordagem inovadora, que reconhece a natureza como sujeito de direitos, propõe uma ruptura fundamental com a visão antropocêntrica tradicional, desafiando as práticas jurídicas estabelecidas e promovendo uma nova forma de interação entre seres humanos e o meio ambiente. Através da análise das diversas dimensões jurídicas, científicas, socioculturais e éticas discutidas neste artigo, fica evidente que os Direitos da Natureza não apenas refletem uma resposta necessária às crises ambientais globais, mas também uma reavaliação profunda dos valores que sustentam nossa relação com o mundo natural.

As constituições do Equador e da Bolívia, assim como legislações em países como a Nova Zelândia, Índia, Colômbia e Espanha, ilustram a viabilidade e a diversidade das implementações dos Direitos da Natureza. Essas iniciativas pioneiras demonstram como a integração de cosmovisões indígenas e o reconhecimento do valor intrínseco da natureza podem servir de base para legislações que promovem a sustentabilidade e a justiça ambiental. No entanto, a aplicação prática desses direitos enfrenta desafios significativos, desde questões de representação legal até a integração com sistemas jurídicos antropocêntricos existentes.

Olhando para o futuro, a continuação do avanço dos Direitos da Natureza no cenário internacional e a sua incorporação em tratados e sistemas jurídicos globais apresentam uma oportunidade promissora para abordar as limitações do direito ambiental internacional. Esta expansão requer uma colaboração interdisciplinar entre juristas, cientistas, povos indígenas e a sociedade civil, além de uma vontade política para adotar abordagens jurídicas que reflitam a interdependência entre seres humanos e o ambiente.

Em suma, os Direitos da Natureza emergem como um conceito transformador que oferece um caminho para uma governança ambiental mais justa, sustentável e respeitosa. À medida que este conceito continua a evoluir e a ser implementado globalmente, ele desafia a humanidade a reimaginar não apenas as leis que regem nossa relação com a natureza, mas também os valores éticos fundamentais que orientam nossa coexistência no planeta Terra. O sucesso desta abordagem depende de uma mudança coletiva em direção à sustentabilidade e à justiça socioecológica, marcando um compromisso renovado com a proteção e o cuidado do mundo natural para as gerações presentes e futuras.

## REFERÊNCIAS

ARLING, H. International Rights of Nature: **Reasons for a Paradigm Shift and Ways Forward**. *Völkerrechtsblog*, 14 dez. 2023. DOI: 10.17176/20231214-111101-0.

BERROS, M.V. **Desafios para a implementação dos direitos da natureza**: Equador e Bolívia como as primeiras instâncias de um movimento em expansão. *Perspectivas Latino-Americanas*, v. 48, n. 3, p. 192-205, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0094582X211004898>. Acesso em: 28 jan 2024.

EQUADOR. **Constituição da República do Equador, 2008**. Registro Oficial N° 449, 20 out. 2008.



Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf). Acesso em: 28 jan 2024.

EPSTEIN *et al.* **Science and the legal rights of nature**. *Science*, v. 380, eadf4155, 2023. DOI: 10.1126/science.adf4155.

GARZÓN, R.P.B. **Aplicação dos Direitos da Natureza no Equador**. *Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte*, v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1038>. Acesso em: 01 fev 2024.

GRAY, J.; WHYTE, I.; CURRY, P. **Ecocentrism: What it means and what it implies**. *The Ecological Citizen*, v. 1, p. 130-131, 2018. Disponível em: <https://www.ecologicalcitizen.net/pdfs/v01n2-02.pdf>. Acesso em: 01 fev 2024.

KAUFFMAN, C.M.; MARTIN, P.L. **How Ecuador's Courts Are Giving Shape and Strength to Rights of Nature Norms**. *Transnational Environmental Law*, v. 12, n. 2, p. 366-395, 2023. doi:10.1017/S2047102523000080.

MISEREOR. **Rights of Nature**; Challenging the “human-nature” relationship? Discussion paper, 2023. Disponível em: [https://www.misereor.org/fileadmin/user\\_upload\\_misereororg/publication/en/climatechange\\_energy/Discussion\\_paper\\_Rights\\_of\\_Nature.pdf](https://www.misereor.org/fileadmin/user_upload_misereororg/publication/en/climatechange_energy/Discussion_paper_Rights_of_Nature.pdf). Acesso em: 28 jan 2024.

O'DONNELL, E. *et al.* **Stop burying the Lede: The essential role of indigenous law(s) in creating rights of nature**. *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 3, p. 403-427, 2020.

VILLAVICENCIO CALZADILLA, P.; KOTZÉ, L.J. **Viver em Harmonia com a Natureza? Uma avaliação crítica dos direitos da Mãe Terra na Bolívia**. *Direito Ambiental Transnacional*, v. 7, n. 3, p. 397-424, 2018. doi:10.1017/S2047102518000201.

# A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública

## *The application of the principle of insignificance in crimes against public administration*

**Reydnée Lima de Souza**

*Discente do 9º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

**Arthur Braga de Souza**

*Coordenador-Adjunto e Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*

### RESUMO

O presente estudo visa escrutinar a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública. Nesse ínterim, procedeu-se ao estudo considerando o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da possibilidade de aplicação ou não do princípio nos crimes administrativos, discorrendo sobre sua evolução, importância e efeito no mundo jurídico, apesar de não ser consagrado na Constituição Federal. Através do embasamento teórico e pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, produziu-se uma análise no tocante à incidência do princípio bagatela em crimes funcionais, depreendendo-se que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a aplicação do postulado, havendo todos os requisitos subjetivos no caso concreto, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça não admite a incidência com o fito de proteger a moralidade administrativa. Dessa forma, os posicionamentos distintos dos Tribunais Superiores evidenciam a heterogeneidade da aplicação do princípio, restando à doutrina e às Cortes o minucioso exame do caso concreto para determinar o cabimento ou não desse preceito aos crimes contra a Administração Pública.

**Palavras-chave:** princípio da insignificância; administração pública; crimes funcionais; STF; STJ.

### ABSTRACT

The present study aims to scrutinize the applicability of the principle of in-



significance in crimes against the Public Administration. In the meantime, the study was carried out considering the position of the Superior Courts regarding the possibility of applying or not the principle in administrative crimes, discussing its evolution, importance and effect in the legal world, despite not being enshrined in the Federal Constitution. Through the theoretical basis and jurisprudential and doctrinal research, an analysis was produced regarding the incidence of the trifle principle in functional crimes, deducing that the Federal Supreme Court has already recognized the application of the postulate, in case there's all of the subjective requirements in the specific case, while the Superior Court of Justice does not admit the incidence with the aim of protecting administrative morality. In this way, the different positions of the Superior Courts highlight the heterogeneity of the application of the principle, leaving the doctrine and the Courts with the detailed examination of the specific case to determine whether or not this precept applies to crimes against the Public Administration.

**Palavras-chave:** principle of insignificance; public administration; functional crimes; STF; STJ.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é dotado de múltiplos princípios imprescindíveis que sustentam toda a construção legal e servem como vetores à condução dos atos praticados pela sociedade. Dentre tais princípios encontra-se o postulado da insignificância ou bagatela, que, apesar de não expresso na Constituição da República, adquiriu monumental importância ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, tornou-se um complexo objeto de várias discussões doutrinárias sob diferentes escopos.

A notoriedade desse princípio se dá pela sua incidência excluir a tipicidade material de delitos frente a impertinência da intervenção estatal em situações nas quais a lesão ao bem jurídico tutelado é irrisória, portanto, empecendo processos oriundos de condutas socialmente irrelevantes, embora enquadradas formalmente como crimes. Desse modo, ao longo dos anos a doutrina e a jurisprudência passaram a moldar e criar requisitos para a aplicação do referido princípio diante de cada caso concreto, haja vista seu papel fundamental na busca pela eficiência do sistema penal, enquanto também resguarda outros princípios fundamentais para um Estado de Direito, como legalidade e proporcionalidade.

Este estudo, por sua vez, enfoca a aplicação do princípio da insignificância no que tange aos crimes contra a Administração Pública, elencados ao longo do título XI do Código Penal, os quais atentam contra o Erário, ao desenvolvimento e a moralidade da Administração, ou seja, condutas que ensejam alto grau de reprovabilidade por serem ilícitos cometidos em face da União, Distrito Federal, municípios, estados ou entidades ligadas aos entes federativos.

Logo, considerando-se que a incidência do princípio nesses crimes suscita debates jurídicos acerca da proporção da pena, da preservação da integridade do sistema jurídico e da tutela do bem jurídico, o propósito do presente artigo é contribuir com o estudo sobre como a ordem jurídica age quanto à temática, analisando os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A partir dessa análise, pretende-se fornecer subsídios para uma melhor compreensão da origem e base teórica do princípio

da insignificância, bem como dos critérios utilizados pelos Tribunais Superiores para sua aplicação em casos que orbitam a Administração Pública.

## OS PRINCÍPIOS NO DIREITO PENAL

Os princípios constituem, conforme a clássica definição de Miguel Reale (1986), “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 da realidade”. Portanto, infere-se que os princípios constituem instrumentos imprescindíveis para que os julgadores determinem suas decisões e atuem dentro de determinados critérios no que tange a elaboração de leis, ou seja, trata-se de verdadeiras diretrizes que definem o alcance e os limites da lei.

Ademais, haja vista a inegável força normativa dos princípios e seu alto grau de imperatividade, pode-se dizer que, independentemente de sua inserção no texto constitucional ou não, designam importante fonte de embasamento para a correta aplicação e interpretação da lei, sendo assim um meio de alcançar um ideal de justiça ao passo que sua violação acarreta a inconstitucionalidade ou ilegalidade ao ato do poder público desconforme.

Nesse ínterim, acerca da definição de princípio na seara jurídica e sua eventual inobservância, o jurista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello (2000) esclarece:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. 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, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Humberto Ávila (2016), por sua vez, ao tentar distinguir os princípios das regras, interpreta que aqueles “apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto”, estabelecendo, dessa forma, de forma indireta, espécies precisas de comportamento. Ademais, o jurista entende que os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido, tratando-se de “normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante”.

Superado o entendimento acerca de sua importância para o âmbito jurídico, é possível concluir que os princípios se configuram como fonte formais do Direito Penal, prelecionando Norberto Bobbio (1982) que tais são “normas fundamentais ou generalíssimas dos sistemas, as normas mais gerais”. Residindo expressa ou implicitamente na Constituição, muitos são os princípios que regulamentam a legislação pátria e sua aplicação, dentre eles podendo ser citados os princípios da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina), da

proporcionalidade (aplicação de pena conforme a gravidade da infração), da dignidade da pessoa humana, da personalidade (lei não deve ultrapassar a pessoa do condenado), etc.

É cabível realçar que princípios penais como os mencionados acima encontram-se expressos ao longo da Constituição Federal e do Código Penal. Todavia, o princípio objeto do presente artigo não encontra previsão legal no direito brasileiro, tratando-se de uma concepção formulada pela jurisprudência e pela doutrina que adquiriu grande importância e valor no ordenamento jurídico por ser essencial ao funcionamento do Poder Judiciário e ao exercício da justiça pelo Estado, ao ter como objetivo equilibrar e direcionar o sistema judiciário.

## O princípio da insignificância

O princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela, corresponde a uma composição doutrinária e, também, jurisprudencial que não detém previsão legal, tratando-se de um instrumento que auxilia o intérprete da lei penal quando de sua aplicação. Possui o papel de filtrar, ou seja, causar a exclusão da tipicidade material da conduta, sendo, desse modo, atrelado ao princípio da proporcionalidade em muitas ocasiões. Não há uma conceituação precisa desse referido postulado, cabendo à doutrina e à jurisprudência a responsabilidade de estabelecer as bases de seu entendimento, bem como os requisitos para que haja a incidência do princípio.

Apesar da controvérsia no que tange sua origem histórica, o primórdio do princípio da insignificância remete-se ao Direito Romano, evidenciando-se que o magistrado devia deixar de lado os casos mais irrelevantes para poder tratar de situações que de fato são inadiáveis. De acordo com a máxima romana, não é função do pretor cuidar de delitos bagatelares, uma vez que deve se ocupar com as lesões de significância, as quais são capazes de comprometer a ordem e a paz da sociedade.

Todavia, atribui-se a formulação e idealização desse princípio ao jurista alemão Claus Roxin, que, em 1964, com a incidência de pequenos furtos praticados na Alemanha, reintroduziu o princípio na doutrina penal, inaugurando-o como uma forma de interpretação restritiva do tipo penal, através do qual seriam excluídas destes as lesões ínfimas ao eventual bem jurídico, restringindo assim o alcance da lei penal e fazendo com que fossem entendidas tais condutas como socialmente irrelevantes, apesar de típicas e definidas como crimes, porém sem a existência de uma lesão expressiva ao bem tutelado, a ponto de serem punidas.

Em vista disso, conforme o entendimento de Carlos Vico Mañas (1994):

O princípio da insignificância pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Desse modo, depreende-se que o também denominado princípio da bagatela é uma causa de exclusão da tipicidade material que objetiva empecer processos referentes a condutas socialmente irrelevantes com o intuito de não abarrotar a Justiça, portanto,

revalorizando o Direito Constitucional à medida que colabora para que apenas fatos constituídos de alto conteúdo criminal sejam apenados, por conseguinte, reduzindo os níveis de impunidade. O jurista argentino Carlos Santiago Nino (2000) brevemente descreve que esse princípio “Consiste na limitação à intervenção punitiva quando a lesão ao bem jurídico for ínfima ou insignificante”.

Além da atribuição da redescoberta do princípio à Roxin, Luis Flávio Gomes (2011) adicionalmente menciona que vários penalistas, desde então, vêm contribuindo com a propagação do princípio da bagatela e sua importância no ambiente jurídico, dentre eles Von Liszt, Bauman, Soler e Zaffaroni.

Por este princípio, Eugênio Raul Zaffaroni (2011) enfatiza que o Direito Penal não precisa ocupar-se de bagatelas, isto é, não precisa se dedicar, como mencionado anteriormente, a condutas que não afetem a sociedade como um todo, não devendo a norma ser averiguada de maneira isolada, visto que através dessa concepção, o crime não é mera desobediência à lei penal imposta pelo Estado, mas também uma conduta que provoque grave ofensa ao bem jurídico tutelado.

Diante disso, é necessário salientar que houve a formação de uma insegurança jurídica através do referido princípio, uma vez que juristas e operadores do direito entendiam que certos tipos penais jamais seriam passíveis de aplicação do postulado. Nesse viés, Rogério Greco (2021) elude:

[...] Entendemos que a aplicação do princípio da insignificância não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal. Contudo, existem aquelas em que a radicalização no sentido de não aplicar o princípio em estudo nos conduzirá a conclusões absurdas, punindo-se, por intermédio do ramo mais violento do ordenamento jurídico, condutas que não deviam merecer a atenção do Direito Penal em virtude da sua inexpressividade, razão pela qual são reconhecidas como de bagatela.

Por este motivo, as cortes e tribunais superiores passaram a determinar critérios específicos para sua incidência, como, por exemplo, no Brasil, onde o Superior Tribunal de Justiça, através de sua jurisprudência, determinou que em crimes como os praticados contra a mulher na esfera das relações domésticas ou contra a administração pública é inaplicável o princípio da bagatela. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal eventualmente formulou requisitos essenciais para que o princípio seja aplicado, conforme será observado em sequência.

## **A aplicação do princípio da bagatela na justiça brasileira**

Em 1988, ocorre a primeira incidência do princípio da insignificância no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, através da decisão proferida no Recurso em Habeas Corpus 66.869/PR. Tratava-se de uma lesão corporal decorrente de acidente de trânsito, ocasião em que o relator do caso, o ministro Aldir Passarinho, afastou a tipicidade da lesão corporal ao interpretar que houve ínfimo dano ao bem jurídico. Em sequência, pressupôs-se que o STF passaria a utilizar o princípio reiteradamente, porém, paralelamente, como mencionado anteriormente, foi gerada uma insegurança jurídica devido ao desprovimento de positivação do princípio até o momento, haja vista que não havia sido firmado um entendimento homogêneo quanto a aplicação.

Dessa forma, em razão da subjetividade acerca do entendimento de que o direito penal não deve se preocupar com condutas nas quais resultado não é tão grave a ponto de haver necessidade de punir o agente ou recorrer aos meios judiciais, advém, em 2004, a consolidação jurisprudencial quanto à incidência do princípio. No caso em questão, o ministro Celso de Mello, que era relator do julgamento do HC 84.412/SP, determinou o que se tornaram os critérios para a aplicação do princípio da insignificância, julgando procedente a exclusão da tipicidade material, conforme ementa *in verbis*:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTAA JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. O princípio da insignificância - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor. (STF - HC: 84412 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENTA VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL 00192-03 PP-00963)

Consoante o julgado acima, os vetores para a incidência do princípio são: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a inexistência de periculosidade social da ação; c) o pequeno grau de reprovabilidade do comportamento e; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Por consequência, atende-se os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, tal como delineou o ministro Ayres Britto: "A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe" (HC 107.082, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJe 26.04.2012).

Em adição aos critérios objetivos formulados pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça ao longo dos anos em suas decisões dispôs de um conjunto de requisitos subjetivos, que, como exposto por André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2022), são: a) extensão do dano, compreendendo a importância do objeto material para a vítima, sua situação econômica e o valor sentimental referente ao bem; b) circunstâncias e resultado do crime, para determinar se houve lesão significativa ao bem jurídico; c) condições pessoais do ofendido e; d) condições pessoais do agente.

Em harmonia aos requisitos básicos fixados pelo STF, depreende-se que a aplicabilidade do referido postulado não irrompe no ordenamento jurídico brasileiro de maneira isolada, havendo a necessidade de se averiguar os critérios objetivos pré-estabelecidos. Consequentemente, é fundamental enfatizar a importância da estipulação dos requisitos precedentes, uma vez que são norteadores diante da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, indicando que estes são cumulativos para que seja

atingido o objetivo de afastar a tipicidade na conduta praticada no caso concreto.

## OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para o entendimento plausível no que concerne o objetivo do presente artigo, deve-se compreender o que são os crimes contra a Administração Pública, sendo necessário ter em mente a definição de Administração Pública. Segundo o entendimento de Di Pietro (2004), entende-se por Administração Pública, “a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos”. Busca-se a tutela do interesse público, da moralidade e da normalidade funcional mediante a positivação dos crimes contra a mesma. No aspecto material e formal, são órgãos que desempenham funções de administração através dos seus agentes.

A Administração Pública, com previsão no caput do art. 37 da Constituição Federal, tem a garantia dos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, os quais devem funcionar tanto à administração quanto à coletividade. De acordo com a interpretação de João Paulo Baltazar (2012), a ratificação dos atos tipificados como crimes contra a administração pública e outras leis dispersas contribuiu diretamente para a proteção da administração e de seus agentes públicos, com o intuito de zelar pela probidade e pelo decoro que devem conduzi-la. Superada a conceituação de Administração Pública, Rogério Greco (2021) ensina que os crimes contra tal trata-se de espécies criminosas repudiantes, haja vista que sua prática incide negativamente sobre milhares de pessoas indiretamente, lesando sem qualquer parâmetro os direitos dos cidadãos.

Tendo a probidade administrativa e o patrimônio público como bens jurídicos tutelados, esses crimes encontram-se dispostos no título XI do Código Penal, subdividindo-se em cinco capítulos e compreendendo os artigos 312 a 359-H.

O capítulo I, que contém os artigos 312 a 326, corresponde aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, sendo considerado funcionário público, para os efeitos penais, de acordo com o art. 327, CP: “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Também classificados como crimes funcionais, os delitos presentes nesse capítulo exigem necessariamente, para sua configuração, que o sujeito ativo seja funcionário público. Dentre os delitos presentes neste capítulo, é cabível destacar os previstos nos artigos 312 e 317.

O crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal, consiste em “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”, culminando na pena de reclusão de dois a doze anos, e multa. Como explica Mário Luiz Sarrubbo (2012), é o delito do sujeito que, de forma arbitrária, desvia ou faz sua coisa móvel que possui em razão do cargo ou esteja sob sua guarda ou vigilância, seja ela pertencente a particular ou ao Estado, em proveito próprio ou de terceiros. Aqui tutela-se a administração pública no que tange o interesse moral e patrimonial. Assim como os demais crimes deste capítulo, o peculato corresponde a um crime próprio pelo fato de só poder ser cometido por funcionário público, enquanto o sujeito passivo será, primariamente, o Estado e, de forma secundária, o proprietário da coisa móvel que foi apropriada, integrando a figura



típica dinheiro, valor ou qualquer outra coisa móvel.

Conforme expresso no caput, o peculato pode realizar-se mediante duas formas: havendo a inversão do título de posse (peculato apropriação) ou manipulando o objeto material para um fim diverso de sua destinação (peculato desvio). O delito se consuma quando o funcionário passa a agir como se da coisa fosse dono ou no momento desvio, sendo irrelevante na segunda opção se o sujeito consegue ou não o proveito próprio ou alheio. Exige-se também que o sujeito tenha a intenção de não restituir o objeto material e obter o proveito, sendo admissível ainda a tentativa.

Aplica-se a mesma pena trazida pelo caput à conduta tipificada no § 1º, isto é, peculato furto, descrito por Sarubbo (2012) como um “furto cometido por funcionário público valendo-se de sua condição perante a Administração Pública”. Neste tipo, o funcionário não possui ou detém o bem, no entanto, usufrui de maior facilidade para subtrair o objeto material (ou concorrer para que terceiro subtraia) haja vista sua condição na Administração Pública, sendo isso uma condição que propicia e configura a prática delituosa, consumando-se nos mesmos moldes do furto.

No § 2º do art. 312, por sua vez, há a previsão do peculato em sua modalidade culposa, que ocorre na hipótese em que, por negligência, imperícia ou imprudência, o funcionário concorre para a prática de crime por terceiro. O peculato culposos atinge seu momento consumativo através da consumação do outro crime, sendo imperioso que, ao contrário da modalidade de peculato furto, o funcionário detenha ou possua o bem diante de sua atividade desempenhada na Administração. Há, por fim, a modalidade trazida pelo art. 313, denominada peculato estelionato, que ocorre quando o funcionário público, mediante erro de outrem e no exercício de seu cargo, apropria-se de dinheiro ou qualquer outra utilidade.

No capítulo I do título XI do Código Penal, encontra-se ainda o crime de corrupção passiva no art. 317, que consiste no funcionário público “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”, punido com reclusão, de dois a doze anos, e multa. Esse tipo penal pode ser configurado e consumado mediante três figuras típicas: solicitar, receber ou aceitar promessa, verificando-se em todas a vantagem indevida em razão do cargo. Segundo Gonçalves (2022), “a vantagem indevida tem a finalidade de fazer com que o funcionário público pratique ato ilegal ou deixe de praticar, de forma ilegal ou irregular, ato que deveria praticar de ofício”. Portanto, a doutrina vai ainda mais adiante, ao lecionar a possibilidade de classificar o referido crime em próprio (quando o ato que o funcionário faz ou deixa de fazer é ilegal) e impróprio (quando este ato é legal).

O Código Penal prevê ainda no art. 317, além da causa de aumento de pena do § 1º, a forma privilegiada da corrupção passiva no § 2º. Nesta forma, punida com detenção de três meses a um ano ou multa, diferentemente do tipo trazido no caput, na corrupção passiva privilegiada a motivação é outra, isto é, o funcionário público não objetiva qualquer vantagem indevida em face de proveito pessoal ou alheio, apenas executa um das condutas mencionadas anteriormente ao ceder a influência ou pedido de um terceiro, transigindo, neste ato, seu dever funcional.

O capítulo II do título XI compila os intitulados crimes praticados por particular contra a administração em geral, que se compõem dos artigos 328 a 337-A. Como a denominação já indica, nesses crimes qualquer pessoa pode ser figurada como sujeito ativo, não só particulares como também os funcionários públicos que cometam os delitos fora do exercício da atividade funcional, à medida que o sujeito passivo permanece sendo o Estado/Administração, de forma primária, e o eventual terceiro lesado, de forma secundária. Desses crimes, é cabível salientar a corrupção ativa e o descaminho.

Tipificada pelo artigo 333 e com pena de reclusão de dois a doze anos e multa, constitui-se a corrupção ativa quando alguém promete ou oferece vantagem indevida a funcionário público com o intuito de determiná-lo a fazer alguma das condutas elencadas pelo art. 317, § 2º. Na hipótese do funcionário sucumbir mediante a oferta ou promessa do particular e, conseqüentemente, retardar, omitir ato de ofício ou fazer infringindo o dever funcional, ocorrerá coexistência dos crimes de corrupção ativa e passiva, onde o particular configura-se como autor do crime do art. 333 e o funcionário público como autor do crime do art. 317, ambos na forma exasperada. Classificado como um crime de forma livre e formal, a corrupção passiva consuma-se no momento em que a promessa ou a oferta alcança o funcionário, independentemente do mesmo aceitar ou recusar.

Sintetizado por Sarubbo (2012) como uma “fraude no pagamento de impostos e taxas devidos para o mesmo fim (entrada ou saída de mercadorias, ou gêneros)”, o art. 334 trata do crime de descaminho. Punido com reclusão de um a quatro anos, esse tipo penal consiste na frustração, total ou parcial, do pagamento dos tributos exigidos frente à entrada ou saída de um produto do país. A objetividade jurídica aqui são os interesses, em termos de tributação, da Fazenda Nacional e o respeito ao erário, pois a prática desse crime implica em prejuízo não só ao poder público, mas também à indústria nacional.

Além disso, traz o Código Penal no art. 334, § 1º outros atos que incorrem na mesma pena do crime de descaminho, sendo figuras equiparadas:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

No que tange aos demais capítulos do título IX do Código Penal Brasileiro, devido à globalização e a ampliação de transações internacionais de comércio, a Lei nº 10.476/2002 acrescentou na legislação o capítulo II-A, que traz dois crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira, sendo eles os ilícitos penais da corrupção passiva e do tráfico de influência no âmbito das transações comerciais internacionais, visando manter a integridade de tais. O capítulo II-B, por sua vez, incluído pela Lei nº 14.133/2021, elenca os crimes em licitações e contratos administrativos, anteriormente

previstos nos arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/1999, que abordavam igual temática.

Do art. 338 a 359 compreende-se o capítulo III do título IX, acerca dos crimes contra a administração da justiça. Nesses tipos penais, o Poder Judiciário é o principal afetado, visto que os agentes atarantam o exercício da Justiça pelo Estado, podendo ser citados como ilícitos penais de destaque deste capítulo a fraude processual, a denúncia caluniosa, coação no curso do processo e os favorecimentos real e pessoal. Encerrando o título IX do Código Penal Brasileiro, há o capítulo IV, acrescentado pela Lei nº 10.028/2000, que traz os crimes contra as finanças públicas, que punem, dentre outros, a contratação de operação de crédito e a prestação de garantia contenciosa.

## **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Como exposto anteriormente, apesar da construção jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da insignificância ter se desenvolvido nas últimas décadas, ainda não houve consolidação de um posicionamento homogêneo, principalmente no que tange sua incidência em crimes contra a administração pública. Em um primeiro momento, a jurisprudência majoritariamente entende ser impossível a aplicação do postulado nos crimes em questão, entendimento esse assentado na súmula nº 599 do Superior Tribunal de Justiça, de 2017, que rege: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

Nesse sentido, o STJ busca priorizar a integridade da moral administrativa, sendo outro exemplo com relação à defesa do afastamento do princípio da insignificância nos crimes administrativos o julgamento do AgRg no REsp 1308038/SP, onde o ministro Sebastião Rei Júnior defendeu:

É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal no sentido da não aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica. (AgRg no REsp 1308038/SP, Sexta Turma, Rel. Sebastião Reis Júnior. Julgamento 19/05/2015. DJe 29/05/2015).

No que tange à aplicabilidade do referido princípio ao crime de peculato, o ministro Nefi Cordeiro, ao proferir seu voto no RHC 59.801/SP, se posicionou quanto à impossibilidade, reiterando:

É pacífica a jurisprudência no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica. (RHC 59.801/SP, Sexta Turma, Rel. Nefi Cordeiro, Julgamento 16/06/2016, DJe 28/06/2016).

Refletindo o entendimento do ministro Nefi Cordeiro, o STJ comumente mantém-se irreduzível quanto à aplicação do postulado da insignificância quando se trata de peculato (e suas modalidades), pautando-se principalmente no sentido de que mesmo que a lesão se dê de ínfima e o caso concreto contenha os requisitos elencados pelo STF, deve-se ter como prioridade a moralidade administrativa. Nos julgados a seguir, por exemplo, os ministros votaram unanimemente de forma desfavorável ao trancamento da ação penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica. 2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 3. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial: 572.572 PR 2014/0212773-0, Relator: JORGE MUSSI, data de julgamento: 08/03/2016 - QUINTA TURMA).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DELITO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. INAPLICABILIDADE. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa. 2. Não se aplica ao crime de peculato o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com a alteração dada pelas Portarias n. 75 e n. 130/2012, por não se tratar de supressão de tributo. 3. De qualquer forma, mostra-se irrelevante a discussão acerca do valor indevidamente apropriado, ante a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agravante, que se utilizou do cargo de gerente e tesoureiro da agência dos Correios para se apropriar da quantia de R\$ 5.680,78. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial: 487.715 CE (2014/0060304-0, Relator: GURGEL DE FARIA, data de julgamento: 18/08/2015 - QUINTA TURMA).

Ainda em sede de peculato, analisemos o julgamento do STJ ao Recurso Ordinário em habeas corpus 170.748/SP:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA INICIAL. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. SUPOSTOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TESE DE PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TESES DE MÉRITO VISANDO À ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II - [...] III - [...] IV - In casu, a r. denúncia de fls. 18-22 bem descreveu a data e o local dos fatos, assim como a qualificação da parte agravante, de forma a imputá-la 27 como supostamente incurso no crime previsto no art. 312, caput, do Código Penal. V - Como destacado na decisão aqui agravada, a r. denúncia descreveu a conduta imputada à parte agravante nos seguintes termos (fls. 18-22): "(...) Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 15 de janeiro de 2020, no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Sorocaba, sediado na R. Osvaldo de Jesus, 45 - Boa Vista, nesta cidade e comarca, que tem como responsável e investido no cargo de Oficial Titular a pessoa de C A O R, M Z P G desviou de suas destinações típicas, em proveito próprio, o valor de R\$ 54,99 (cinquenta e quatro reais e noventa e nove centavos), dinheiro do qual tinha posse em razão do seu cargo. Conforme apurado, na data acima mencionada, a denunciada (...), que ocupava a função de substituta do Oficial Maior do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Sorocaba/SP, com o escopo de saldar parte de dívida particular, sem a ciência e autorização de do Oficial Titular, deixou de receber de T da C V o valor de R\$ 54,99 (cinquenta e quatro reais e noventa e nove centavos) devido para emissão de certidão nº 439.014, do qual parte deveria ser destinado aos cofres públicos. M tinha como atribuições a chefia do Setor de Certidões Imobiliárias, a supervisão do cumprimento das determinações das rotinas do ofício, (...) porém exercidas por particulares mediante delegação. Dos emolumentos recebidos pela serventia, parte é destinada ao próprio cartório, e parte é revertida ao Estado através do recolhimento de taxas remuneratórias de serviços públicos (...) configura o tipo penal do peculato (...). Ao ser cobrado sobre o débito referente à certidão,

T esclareceu que realizava serviços particulares para M desde 2016 e, em janeiro de 2020, pelos serviços já prestados, precisava receber a quantia de R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais). T, então, solicitou e obteve a certidão, e se propôs a pagá-la, mas a denunciada M lhe disse que não seria necessário, pois o valor seria descontado da dívida particular e, que, ainda, faria ela o repasse do monte aos cofres da serventia. Ocorre que M não fez o repasse do valor ao 1º Cartório de Registro de Imóveis. M, ainda, não atualizou o protocolo junto ao sistema do cartório, de modo que a certidão constava como “não retirada”. VI – [...] VII - Sobre a tese de insignificância pelo valor da certidão (R\$ 54, 99), a pretensão não merece guarida. Como já explicado, esta Corte Superior possui entendimento no sentido da impossibilidade de se aplicar tal princípio a crimes contra a Administração Pública - caso dos autos. Nessa esteira, trago à colação a redação do enunciado da Súmula 599/STJ: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”. Nem se olvide que a parte agravante também foi denunciada por, em tese, no mesmo cartório, “ao menos a partir do ano de 2016, as denunciadas, em comum acordo, e contrariando a ordem do Oficial Titular, passaram a adotar sistemática diversa da estabelecida na ordem de serviço 01/13, criando ambas, com unidade de propósitos, expediente fraudulento, objetivando o apoderamento de valores em dinheiro do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Sorocaba. Visando alcançar o dinheiro que não lhe pertencia, M Z P G realizava a retirada do dinheiro dos ‘caixas’, valores estes que não encaminhava ao setor administrativo/financeiro para serem guardados no ‘cofre central’. Em verdade, M apoderava-se dos valores, utilizando-se de expediente fraudulento consistente na entrega para as funcionárias que trabalhavam nos caixas (...), de um documento que passaram a nominar como ‘VALE MARINA’, (...)” (fl. 26 do feito conexo, o RHC n. 159.066/SP, apenso ao presente). Não se tratou, portanto, em tese, de um mero desvio isolado de apenas R\$ 54,99. VIII - [...] IX - De qualquer forma, as questões apresentadas pela d. Defesa dizem respeito diretamente ao mérito da ação penal e serão analisadas em seu 28 tempo, após exame do acervo fático-probatório durante a instrução pelo juiz natural da causa. X - No mais, os argumentos atraem a Súmula n. 182 desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 170.748/SP, Relator MESSOD AZULAY NETO, data de julgamento: 13/03/2023 - QUINTA TURMA).

No caso em tela, houve um desvio de R\$ 54,99 por parte da agravante, funcionária do cartório, tendo restando-se sua conduta configurada como crime previsto no art. 312, caput, do Código Penal. Apesar do valor em questão poder ser considerado significativamente irrisório, a conduta da funcionária foi indigna, resultando na violação da moralidade da Administração Pública, e, por conseguinte, no desprovimento do recurso interposto.

O STF, por sua vez, é dotado de um posicionamento mais benéfico ao réu, onde havendo a observância de todos os critérios preestabelecidos, a Suprema Corte tende a reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância, conforme demonstram as ementas a seguir, que compreendem, também, o crime de peculato:

**AÇÃO PENAL.** Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (STF - HC: 112388 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 21/08/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 13-09-2012 PUBLIC 14-09-2012).

**HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DES-PROPORCIONALIDADE.** 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00

(quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (STF - HC: 87478 PA, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/08/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 23-02-2007 PUBLIC 23-02-2007).

Em outro caso também calhado na cidade de São Paulo, que resultou no HC 107.370/SP, o paciente foi sentenciado por peculato na modalidade apropriação após subtrair da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) duas luminárias de alumínio e fios de cobre, avaliados em R\$ 130,00 e estavam em desuso. Com o desprovimento do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a impetração de *habeas corpus*, a Segunda Turma do STF decidiu pela aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, absolvendo o paciente ante a atipicidade da conduta. Em seu voto, o relator frisou que a incidência do princípio ao caso é traçada, dentre outras, pela irrelevância do prejuízo material, a ausência de lesividade relevante à ordem social e o fato de que o paciente havia eventualmente devolvido os itens.

No que concerne aos crimes de corrupção passiva e ativa, o STF e o STJ aparentam deter posicionamento consideravelmente similar, havendo decisões contrárias à aplicação do princípio, uma vez que entendem se tratar de condutas altamente reprováveis e serem classificados como delitos de natureza formal. No Agravo Regimental no HC 642.831/RJ, o STJ resolveu, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CORRUPÇÃO ATIVA. TRANCAMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL ANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA. IMPOSSIBILIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. DELITO DE NATUREZA FORMAL. IRRELEVÂNCIA DO VALOR OFERECIDO A TÍTULO DE SUBORNO. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA ATIPICIDADE MATERIAL ANTE A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. O trancamento da persecução penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus, constitui medida excepcional, somente admitida quando ficar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade. Precedentes. A admissão da ocorrência de um crime de bagatela reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem. A orientação do Supremo Tribunal Federal mostra-se no sentido de que, para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve-se levar em consideração os seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, salientando que o Direito Penal não se deve ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Precedentes. Na espécie, não se verifica a ocorrência de um dos vetores para a configuração do princípio da bagatela, haja vista o alto grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo paciente pois, com o intuito de se livrar de uma possível responsabilização criminal pelo fato de estar conduzindo veículo automotor com evidentes sinais de embriaguez, tentou subornar um policial militar para que este não praticasse ato de ofício, consistente na sua condução à Delegacia para a realização de exame de

alcoolemia, o que não pode ser considerado como insignificante do ponto de vista jurídico-penal, independentemente do valor oferecido a título de suborno. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no HC 642.831 RJ, Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de julgamento: 23/02/2021, Data da publicação: 01/03/2021, T5 - QUINTA TURMA).

No julgamento do ARE 1.421.885 AgR/SP, o STF foi contra a incidência do princípio da bagatela. Na ocasião, os corréus (um civil e um militar) estabeleceram um esquema criminoso, pelo qual o militar emitia títulos de inscrição de embarcação com violação às regras estipuladas pela Marinha, se valendo da delegação de competência realizada pelo superior hierárquico para assinar documentos e, como resultado, receber dinheiro dos despachantes e proprietários. O civil, por sua vez, contratou o corréu militar para que o mesmo praticasse os atos de ofício de seu interesse. Isto posto, decidiu o Supremo que tal conduta “não pode ser considerada irrelevante sob o aspecto jurídico-penal para fins de incidência do princípio da insignificância”.

No tocante ao delito de descaminho, o atual posicionamento do STJ compreende a tese firmada mediante revisão do Tema Repetitivo 157:

Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

O Pretório Excelso anui o referido posicionamento, utilizando-se a mesma tese em suas decisões, como, por exemplo, no julgamento do HC 217.285/SP:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIAS INCONTROVERSAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA DE UM DOS CORRÉUS. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS, NOS TERMOS DO ART. 44 DO CP. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Materialidade e autorias comprovadas pelo conjunto probatório. 2. Ainda que o valor dos tributos não recolhidos seja inferior ao patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), não cabe a aplicação do princípio da insignificância quando verificado que os agentes são habituados à prática criminosa, fazendo dela meio de vida. 3. Redução das penas-base para o mínimo legal. Valoração negativa contra óbice no Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que veda a utilização de inquéritos e ações penais em curso para caracterizar qualquer das circunstâncias judiciais aptas a agravar a pena-base, assim como os procedimentos administrativos e autos de infração perante a Receita Federal. Atenuante da confissão espontânea. Súmula 231 do STJ. Penas definitivas fixadas em 01 (um) ano de reclusão. 4. Todavia, em razão da diminuição das penas, as reprimendas foram substituídas por apenas uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo prazo das penas substituídas, nos termos do §2º, primeira parte, do art. 44 do Código Penal. 6. Recursos parcialmente providos”. (STF - HC: 217285 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de julgamento: 02/08/2022, Segunda Turma, Data de publicação: DJe-157 PUBLIC 09/08/2022).

Não obstante, apesar de ter estabelecido a regra da inaplicabilidade do princípio através da súmula 599 e demonstrar certa rigidez através dos posicionamentos anteriormente mencionados, o STJ excepcionalmente já afastou a incidência da referida súmula em ocasiões nas quais o caso concreto, apesar de não trazer um delito previsto no título XI do Código Penal, trouxe algum prejuízo à Administração Pública, tendo a Sexta Turma aplicado, com unanimidade, o princípio da bagatela ao HC 85272/RS em 2018:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. INUTILIZAÇÃO DE UM CONE. IDOSO COM 83 ANOS NA ÉPOCA DOS FATOS. PRIMÁRIO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. MITIGAÇÃO EXCEPCIONAL DA SÚMULA N. 599/STJ. JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal criminal. 2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada. 3. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal n. 7 2.14.0003057-8, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS. (STJ - RHC: 85272 RS 2017/0131630-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de julgamento: 14/08/2018, T6 - SEXTA TURMA).

No caso em questão, um idoso, ao ultrapassar bloqueio da Polícia Rodoviária Federal, passou por cima de um cone, sendo eventualmente condenado por dano qualificado, e, posteriormente, tendo seu pedido de *habeas corpus* negado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Chegando ao STJ, a Sexta Turma mitigou a incidência da súmula nº 599, com o relator Nefi Cordeiro entendendo que o caso concreto apresentou, concomitantemente, todos os vetores elencados pelo STF para a aplicação do princípio da bagatela, acrescentando que “[...] as peculiaridades do caso concreto justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada”.

Em outra ocasião, a Sexta Turma permitiu novamente a incidência do princípio, quando um indivíduo foi condenado por estelionato, praticado em prejuízo à Administração Pública, ao causar um prejuízo total de R\$ 4,30 à empresa de transporte público de São Paulo, depois de ilegalmente vender dois bilhetes de metrô por um preço abaixo da tarifa. Proferindo seu voto, a ministra relatora do processo Laurita Vaz apontou que “há de se reconhecer que na hipótese incide o princípio da bagatela”, entendendo que a lesão causada foi irrisória:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PRATICADO EM PREJUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 171, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. MÍNIMO DESVALOR DA AÇÃO. VALOR ÍNFIMO DO PREJUÍZO. ESPÉCIE NA QUAL NÃO INCIDE A ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA NA SÚMULA N. 599 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MUTATIS MUTANDIS. RECURSO PROVIDO. 1. Hipótese na qual o Recorrente, após adquirir, em nome de seus filhos, três bilhetes estudantis de transporte público integrado pelo preço unitário de R\$ 2,15 (dois reais e quinze centavos) – metade do valor integral (R\$ 4,30 - quatro reais e trinta centavos) – utilizou-se deles para vender acesso irregular à Estação Corinthians-Itaquera, do metrô de São Paulo, por R\$ 4,00 (quatro reais). Conforme a denúncia, um dos bilhetes foi usado regularmente duas vezes, e os outros dois foram utilizados indevidamente uma vez, cada. Isso resultou em vantagem financeira ao Recorrente de R\$ 3,70 (três reais e setenta centavos), e prejuízo financeiro à São Paulo Transporte S/A - SPTrans de R\$ 4,30 (quatro reais e trinta centavos). 2. As particularidades da espécie impõem o reconhecimento do princípio da insig-



nificância. Tanto a vantagem patrimonial obtida, quanto o prejuízo ocasionado à Empresa de Transporte Público, foram inferiores a 0,5% do salário mínimo que vigia no ano de 2019, quando dos fatos. No mais, não há a indicação de circunstância subjetiva que eventualmente pudesse impedir a aplicação do princípio da bagatela, pois inexistem nos autos notícias do envolvimento do Recorrente em outros delitos, além de ser relevante seu relato em Delegacia de que passava por dificuldades em sustentar financeiramente sua família. 3. No Supremo Tribunal Federal não prevalece a orientação de que o cometimento de conduta em prejuízo da Administração Pública impede, aprioristicamente, a incidência do princípio da bagatela – o que deve ser avaliado segundo as peculiaridades do caso concreto. Precedentes citados: HC 120.580, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 10/08/2015; RHC 190.315, Rel. Ministro EDSON FACHIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 22/02/2021. 4. Conforme já decidiu esta Corte, em determinadas hipóteses, nas quais for ínfima a lesão ao bem jurídico tutelado – como na espécie –, admite-se afastar a aplicação do entendimento sedimentado na Súmula n. 599/STJ, pois “a subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano” (HC 245.457/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). 5. Recurso provido para determinar o trancamento do Processo-crime. (STJ - RHC: 153.480 SP 2021/0287281-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 24/05/2022, T6 - SEXTA TURMA).

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de em certas oportunidades ambos os tribunais entrelaçarem seus entendimentos quanto à incidência do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, é possível constatar que o STJ manifesta a impossibilidade de agregar o princípio aos crimes administrativos, mesmo que haja preenchimento dos requisitos, ao passo que o STF dispõe de uma multiplicidade de decisões diferentes, incluindo muitas pacíficas à incidência.

Verifica-se que a moralidade administrativa é o aspecto que determina o entendimento de ambos os Tribunais. Sendo assim, no presente momento ainda não há um posicionamento homogêneo acerca da temática, sendo imprescindível analisar cada caso concreto e suas especificidades para alcançar-se o resultado mais viável e contemplativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o estudo realizado, é possível compreender, com base na análise do tema, que não há posicionamento homogêneo entre os Tribunais Superiores no que concerne a aplicação do princípio da bagatela aos crimes do capítulo XI do Código Penal. Tal falta de homogeneidade pode ser justificada graças ao fato do referido princípio tratar-se de uma composição doutrinária, não expressa no ordenamento jurídico pátrio, mas que, por excluir a tipicidade material de delitos, detém importância substancial ao Direito.

Em um panorama, nota-se que a aplicação do princípio é difundida no Direito brasileiro, no entanto, ao restringir-se à seara dos crimes contra a Administração Pública, a incidência do princípio se desenvolve de maneira cautelosa, pois a moralidade administrativa deve ser velada.

À vista disso, o Supremo Tribunal Federal dispõe de entendimento jurisprudencial pacífico no sentido da possibilidade da incidência do princípio, frequentemente admitindo a aplicação a partir das especificidades do caso concreto e a existência dos requisitos pré-estabelecidos pelo Pretório Excelso.

Em contraste, o Superior Tribunal de Justiça usualmente dispensa qualquer análise prévia de casos que aludam a aplicação do postulado bagatela nos crimes administrativos, uma vez que se posiciona contrariamente, possuindo entendimento sustentado pela súmula 599. Depreende-se, pelas suas decisões, que o objetivo do STJ é zelar pelo interesse coletivo, inadmitindo qualquer coisa que viole e interfira na moralidade da Administração.

Frente ao exposto, conclui-se que é explícita a heterogeneidade jurisprudencial dos Tribunais Superiores no que concerne a aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Nesse viés, para a determinação da incidência do referido princípio nestes crimes, é imperiosa uma meticulosa análise dos fatos e do cenário que ocasionaram a conduta infracionária em face da Administração, sempre se atentando à moral desta.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BALTAZAR, José Paulo. **Crimes Federais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.500.

BOTTINI, P. C. *et al.* **A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e Sua Aplicação Pelo STF: Análise Estatística de Julgados**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 98, 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/79707>. Acesso em: 27 de setembro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1º de outubro de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 2.484, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 30 de setembro de 2023.

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL DA USP. Diversos Autores. **O Princípio da Insignificância nos Crimes Contra o Patrimônio e Contra a Ordem Econômica: Análise das Decisões do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/estudoprincipio-insignificancia.docx>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2022.

ESTEFAM, André; GONCALVES, Victor Eduardo R. **Direito Penal: Parte Geral**. (Coleção Esquematizado®): Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627208. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627208/>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. **O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. Direito em Movimento: Rio de Janeiro, v. 16 - n. 1, p. 110-142, 1º sem. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de Bagatela: Princípios da Insignificância e da Irrelevância Penal do Fato**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 789. 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v.1.: Editora Saraiva,

2022. E-book. ISBN 9786553623118. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623118/>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Artigos 213 a 361 do Código Penal**. Volume 3. 18ª ed. Atlas. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Artigos 1º a 120 do Código Penal**. Volume 1. 14ª ed. Impetrus. 2012.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância Como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747/748.

RAIZMAN, Daniel A. Manual de Direito Penal - Parte Geral. Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611379/>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: Interpretação Jurisprudencial**. Del Rey, Belo Horizonte, p. 31. 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

S. MOURA, Letícia Marina. A Aferição do Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/leticia-moura-principio-insignificancia-direito-penal>. Acesso em 30 de setembro de 2023.

SARRUBBO, Mário L. **Direito Penal: Parte Especial**. Editora Manole, 2012. E-book. ISBN 9788520444368. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444368/>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

STJ. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 170.748/SP**, relator Ministro Celso de Mello, Quinta Turma, julgado em 13/03/2023, DJe de 23/03/2023.

STJ. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 642.831/RJ**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe de 01/03/2021.

STJ. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.308.038/SP**, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe de 29/05/2015.

STJ. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 572.572/PR**, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe de 16/03/2016.

STJ. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 487.715/CE**, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe de 01/09/2015.

STJ. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 59.801/SP**, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016, DJe de 28/06/2016.

STJ. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 153.480/SP**, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022.

STJ. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 85.272/RS**, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/08/2018, DJe de 23/08/2018.

STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.421.885**, relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2023, DJe de 10/05/2023.

STF. **Habeas Corpus n. 112.338/SP**, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, DJe de 14/09/2012.

STF. **Habeas Corpus n. 217.285/SP**, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02/08/2022, DJe de 09/08/2022.

STF. **Habeas Corpus n. 84.412/SP**, relator Ministro Messod Azulay Neto, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJe de 19/11/2004.

STF. **Habeas Corpus n. 87.478/PA**, relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 29/08/2006, DJe de 23/02/2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

## Estudo do estelionato religioso no direito brasileiro

### *Study of religious fraud in brazilian law*

**Isaura Antônia Torres de Souza**

*Discente do 9º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte*

**Arthur Braga de Souza**

*Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Pós graduado em Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Coordenador - Adjunto e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte*

#### RESUMO

**Introdução.** O presente estudo busca aprofundar o entendimento sobre a prática do estelionato religioso, uma conduta delituosa que encontra respaldo na liberdade religiosa e tem se tornado cada vez mais comum. No entanto, enfrenta desafios no que diz respeito à punição dos criminosos que perpetraram seus crimes no âmbito das instituições religiosas, bem como a reparação dos danos, evidenciando uma brecha no sistema de justiça brasileiro. **Objetivo.** Dessa forma, o objetivo geral foi inicialmente definido para analisar o crime de estelionato religioso no Brasil, explorando a sua relevância tanto social quanto jurídica. A pesquisa concentrou-se em compreender e analisar as práticas fraudulentas e enganosas adotadas por líderes religiosos com o intuito de obter benefícios financeiros e materiais dos fiéis e seguidores. Buscou-se identificar as estratégias utilizadas por esses líderes e os fatores que contribuem para a ocorrência desse tipo de crime, visando o desenvolvimento de estratégias eficazes de prevenção e combate a este problema. **Método.** O embasamento teórico da literatura foi empregado como método de pesquisa. **Resultados.** A análise dos casos revelou evidências de diversos casos de fraudes cometidos por líderes religiosos. Quando denunciados, tais casos, foram julgados somente na esfera civil, e os elementos dos crimes se amoldam perfeitamente ao tipo penal de estelionato. **Conclusão.** Portanto, por meio da análise dos casos concretos, constatou-se a realidade do crime de estelionato religioso, na qual líderes utilizam diversas nuances para induzir os fiéis a erro. A falta de tipificação específica no código penal para esse delito representa um desafio para a responsabilização dos envolvidos, reforçando a problemática da impunidade.

**Palavras-chave:** estelionato; liberdade religiosa; crimes; líderes religiosos.



## ABSTRACT

**Introduction.** This study seeks to deepen the understanding of the practice of religious fraud, a criminal conduct that finds support in religious freedom and has become increasingly common. However, it faces challenges regarding the punishment of criminals who commit their crimes within religious institutions, as well as the reparation of damages, highlighting a gap in the Brazilian justice system. **Goal.** The overall objective was initially defined to analyze religious fraud in Brazil, exploring its relevance both socially and legally. The research focused on comprehending and analyzing fraudulent and deceptive practices adopted by religious leaders to obtain financial and material benefits from their followers. The study aimed to identify the strategies used by these leaders and the factors that contribute to the occurrence of such crimes, aiming the development of effective strategies to prevent and fight this issue. **Method.** The theoretical basis of the literature was used as a research method. **Results.** The analysis of cases revealed the evidence of numerous frauds committed by religious leaders, which, when reported, were only judged in the civil sphere, even though they perfectly aligned with the criminal offense of fraud. **Conclusion.** In conclusion, through the analysis of specific cases, the reality of religious fraud was established, wherein leaders employ various nuances to mislead their followers. The lack of specific classification in the penal code for this offense poses a challenge when it comes to holding the involved parties accountable, emphasizing the issue of impunity.

**Keywords:** fraud; religious freedom; crimes; religious leaders.

## INTRODUÇÃO

Este estudo discute sobre a prática do estelionato religioso, explorando a fragilidade humana e a manipulação da liberdade religiosa por determinados grupos religiosos, que se valem desses elementos para oferecer promessas, curas e soluções, valendo-se da fé como meio para a consumação do delito. O crime em questão, não apenas viola a liberdade de consciência, mas também representa uma ameaça direta à integridade moral e aos direitos individuais dos fiéis.

O objetivo deste trabalho é analisar a origem do estelionato, sua conceituação e a evolução histórica dessa modalidade criminosa na legislação brasileira, à luz da garantia constitucional da liberdade religiosa. O propósito é identificar as práticas fraudulentas empregadas por líderes religiosos, compreender suas estratégias e *modus operandi*, e justificar a necessidade de uma tipificação específica no código penal para essa conduta.

A pergunta de pesquisa que norteia este estudo é: “No Brasil, o estelionato religioso é considerado crime”? Com o propósito de responder tal questionamento, realizou-se uma extensa consulta bibliográfica, incluindo a análise de casos específicos da prática do delito e julgados proferidos pelos tribunais. O intuito é evidenciar fraudes cometidas em templos religiosos e compreender a configuração jurídica do estelionato.

Os casos concretos discutidos neste estudo, evidenciam a presença dos elementos essenciais do estelionato, como a obtenção de vantagens indevidas, prejuízos alheios e a indução ou manutenção de alguém no erro. Isso revela como líderes religiosos se aproveitam de sua influência para obter benefícios pessoais, enganando as vítimas e explorando a fé.

Em suma, o presente trabalho pretende contribuir para o debate sobre o estelionato religioso, apresentando evidências concretas dos abusos que podem ocorrer dentro de contextos religiosos, que tem como público-alvo os fiéis. A análise realizada visa conscientizar sobre a realidade desse crime, destacando a importância de medidas legais para combatê-lo sem comprometer a liberdade religiosa.

## ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO CRIME DE ESTELIONATO

O estelionato é um crime caracterizado pelo uso da fraude, no qual o agente consegue enganar a vítima por meio de dolo, na tentativa de convencê-la a entregar o bem desejado. Isto implica que o agente deve agir de maneira consciente, com a intenção própria de enganar e causar prejuízo à vítima. A punição por este tipo de delito ocorre apenas quando identificada a intenção deliberada, ou seja, o dolo por parte do autor do crime.

Isto posto, esse delito encontra-se previsto no rol dos crimes contra o patrimônio, situado no capítulo VI do Título II da parte especial do Código Penal, que aborda o estelionato e outras fraudes. Trata-se de um crime em que o agente, ao invés de recorrer à violência ou grave ameaça, utiliza estratégias com o intuito de induzir a vítima ao erro.

De acordo com Capez (2022, p. 245) o crime “[...] consiste em induzir ou manter alguém em erro, mediante o emprego de artifício, ardil, ou qualquer meio fraudulento, a fim de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio”.

Em sentido semelhante, Masson (2020) conceitua o estelionato como sendo crime contra o patrimônio que se efetua mediante fraude, em contraposição à clandestinidade, à violência física ou à ameaça intimidatória. O agente emprega o engano e o utiliza para que a vítima, inadvertidamente, permita a subtração de seus bens na esfera patrimonial. A fraude consiste, portanto, como causa da lesão patrimonial por meio do engano.

Na legislação brasileira, mais especificamente o artigo 171 do Código Penal, o crime de estelionato é legalmente definido como a conduta de “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. O verbo inerente a esse crime consiste em “obter”, ou seja, conseguir amealhar vantagem indevida de natureza patrimonial. Esta obtenção do bem desejado acontece quando o agente manipula a vítima para fazer com que ela mesma ceda esse bem.

Nucci (2022) ensina que o objeto material do crime é a “vantagem ilícita”, o que significa que basta que o agente obtenha vantagem, qualquer benefício, ganho ou lucro, de forma indevida, ou seja, de forma ilícita. Conforme dito, a vantagem ilícita em prejuízo alheio, é indispensável para a caracterização deste delito.

Outro aspecto relevante, é que, de acordo com a tipificação desse crime, é essencial que o indivíduo, ao utilizar artifícios, manobras ou outras formas de engano, busque intencionalmente induzir, ou preservar o sujeito em erro. O “erro” consiste em uma percepção distorcida da realidade, conduzindo a vítima a uma interpretação errônea dos acontecimentos. Dessa forma, para manter a vítima em erro, o agente utiliza manobras

para impedir que a vítima perceba o equívoco em que está elaborando, fazendo parecer realidade o que, na verdade, não é. Esse fator se apresenta determinante para que a vítima ceda ao golpista a vantagem ilícita. Sendo assim, com o propósito de alcançar esse objetivo de manter ou induzir uma vítima em erro, o golpista emprega artifício, ardil ou outro meio fraudulento.

Conforme preleciona Gonçalves (2023), o “artifício” está presente quando, para enganar a vítima, o agente utiliza de algum artefato, ou faz uso de algum objeto para ajudá-lo no engodo. Para ilustrar, no caso do golpe do bilhete, o agente enganar a vítima com a apresentação de um bilhete falso. Já no golpe da guitarra, ele ludibria a vítima ao realizar truques com uma falsa máquina de fazer dinheiro, e posteriormente, a revende para esta. Além disso, o “artifício” também pode consistir em disfarces, efeitos especiais, e outras artimanhas.

Quanto a expressão “ardil” ela é destacada pelo autor como uma boa conversa que resulta em enganar a vítima mediante mentiras verbais. Trata-se de um elemento de cunho intelectual, diferente do artifício que possui uma natureza material. A expressão “qualquer outro meio fraudulento” é uma fórmula genérica, inserida no tipo penal para abranger qualquer outra artimanha capaz de enganar o sujeito passivo, como, por exemplo, o silêncio (Gonçalves, 2023, p. 233).

De forma complementar, Moretzsohn, Fernanda e Favera (2023) afirmam que o crime de estelionato exige a presença de quatro elementos essenciais para a sua consumação: o emprego da fraude, a manutenção da vítima em erro, a vantagem ilícita e o prejuízo alheio.

## **Da consumação e tentativa**

A identificação da vítima do crime desempenha um papel fundamental a fim de determinar se ocorreu ou não a fraude, visto que esta verificação se reveste de importância para a constatação da consumação da infração. A consumação desse crime exige que haja um duplo resultado, que é a obtenção de vantagem indevida e a lesão patrimonial alheia.

O crime de estelionato, antecipa um comportamento ativo por parte do agente, exigindo que realize ações que levem a vítima a cometer um erro. Por outro lado, a tentativa de manter a vítima em erro pode ser conduzida de forma passiva, onde o agente, ciente do equívoco em que a vítima se encontra, tira proveito disso com o intuito de obter uma vantagem ilícita às custas dela.

É relevante expor que a tentativa é possível, caso o agente por circunstâncias alheias à sua vontade não obtenha vantagem indevida.

## **Da pena**

A sanção prevista para o autor, no crime de estelionato, compreende uma pena de reclusão, com um período variável entre um e cinco anos, e uma multa cujo montante pode oscilar entre quinhentos mil réis e dez contos de réis.

O Código Penal prevê a possibilidade de aplicação da modalidade privilegiada do



estelionato nos cenários em que o infrator é réu primário e o dano causado à vítima é de pequeno valor. Nessa circunstância, o juiz tem a faculdade de impor a pena de acordo com o estabelecido no artigo 155, parágrafo 2º, do mesmo ordenamento legal.

Masson (2020) ressalta que, para que a modalidade privilegiada seja aplicada, o autor do crime deve ser primário, isto é, não possua histórico de reincidência. Além disso, é necessário atender a um segundo requisito, que consiste em que o prejuízo seja de “pequeno valor”, que tem sido interpretado como um dano igual ou inferior ao salário mínimo vigente à época do fato. A avaliação do pequeno valor do prejuízo deve considerar o momento da prática do crime, uma vez que a reparação do dano após a infração não autoriza a incidência do benefício legal, podendo caracterizar o arrependimento posterior.

Não obstante o § 1º do art. 171 do Código Penal contenha a expressão “o juiz pode aplicar a pena”, entende-se que a figura privilegiada do estelionato representa um direito subjetivo do réu. De acordo com Nucci (2022) o magistrado possui a liberdade para avaliar a presença ou não dos requisitos legalmente exigidos, não estando sujeito à obrigação de adotar uma interpretação favorável ao réu. Todavia, se reputá-los presentes todos os requisitos necessários, o julgador deverá reconhecer o benefício legal, sem nenhuma margem de discricionariedade.

Outrossim, os tribunais têm fixado entendimento de que, se o autor do delito efetuar a reparação do dano causado à vítima antes do recebimento da denúncia, será aplicado o arrependimento posterior (art. 16 do CP); se a reparação ocorrer após o recebimento da denúncia, mas antes do julgamento, ainda assim constituirá uma circunstância atenuante genérica (art. 65, III, “b”, do CP).

Desta feita, ao analisar os julgados, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Agravo Regimental no Recurso Especial (RESP) 1532768/MG entende que é possível aplicar o princípio da insignificância a este crime. A aplicação desse princípio, de modo a tornar a conduta atípica, exige que sejam preenchidas de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, que se refere a uma ação praticamente inofensiva, ou seja, uma conduta que tem um potencial lesivo mínimo, não resultando em danos significativos ao bem jurídico; (ii) ausência de periculosidade social da ação, indicando que a conduta em questão não representa uma ameaça à segurança da coletividade, não coloca em risco à ordem social; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, ou seja, um comportamento com nível de reprovabilidade reduzido, sendo pouco reprovável pela sociedade; e, (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica, em que os danos causados pela conduta são relativamente insignificantes em termos de lesão ao bem jurídico.

## Figuras equiparadas

O § 2.º do artigo 171 do Código penal define subtipos de crime de estelionato. O primeiro subtipo está relacionado à disposição de coisa alheia como própria, estabelecendo que nas mesmas penas previstas do *caput*, incorre aquele que “vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria”.

É fundamental destacar que esse subtipo de estelionato, não exige sujeito ativo

específico e pode ser cometido por qualquer pessoa, não se tratando, portanto, de um delito próprio. O sujeito passivo desse crime é a pessoa que sofre prejuízo patrimonial em decorrência das ações fraudulentas.

Como bem observa Lenza e Gonçalves (2023, p. 532), no contexto deste crime, o agente se passa por legítimo proprietário do bem, seja ele móvel ou imóvel, e o negocia com terceiro de boa-fé sem possuir a devida autorização do verdadeiro proprietário, resultando, assim, prejuízo ao adquirente. O delito é considerado consumado no momento em que o agente recebe o pagamento pelo bem. No caso de locação, a consumação ocorre com o recebimento do valor do aluguel.

Nos termos do art. 171, § 2.º, II, do Código Penal, que trata da alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria, o sujeito ativo é aquele que “vende, permuta, dá em pagamento, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias”.

O sujeito passivo é aquele que sofre as consequências da referida lesão. No contexto desse crime em questão, o objeto em questão pertence ao agente, mas pode estar sujeito a uma cláusula de inalienabilidade ou de ônus, ser objeto de coisa litigiosa ou ser um imóvel que o agente prometeu vender a terceiros em parcelas. De acordo com a expressa determinação legal, apenas na última figura mencionada o objeto material necessariamente deve ser coisa imóvel. Nas demais situações, o objeto pode ser tanto móvel quanto imóvel (Lenza; Gonçalves, 2023).

O terceiro subtipo do crime em questão corresponde à defraudação de penhor, conforme estipulado no art. 171, § 2.º, III, Código Penal, incorre nas mesmas penas aquele que “defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do bem empenhado”.

O fato reside na ação de defraudar o objeto material que constitui a garantia pignoratícia. O ato de defraudar implica em espoliar com fraude, privar o credor da garantia mediante dolo. Essa ação pode ser praticada por intermédio de alienação como (venda, permuta, doação, etc.) ou por outro modo qualquer como (destruição, ocultação, desvio, abandono, etc.). No contexto deste delito, o sujeito ativo é o devedor que, no âmbito do contrato de penhor está em posse do bem empenhado, enquanto que o sujeito passivo, é o credor pignoratício a parte lesada pela ação fraudulenta. O crime é consumado quando o devedor, detento do bem empenhado o vende, permuta, doa, ou de alguma outra maneira o inviabiliza como garantia de dívida, destruindo-o, ocultando-o, inutilizando-o, consumindo-o, etc.

O quarto subtipo do estelionato aborda a fraude na entrega da coisa, conforme estabelecido no art. 171, § 2.º, IV do Código Penal. Está sujeito às mesmas penas quem “defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém”.

A presente infração penal pressupõe uma situação jurídica envolvendo duas pessoas, em que uma tem o dever de entregar objeto, móvel ou imóvel à outra parte. O comportamento do agente consiste em defraudar substância, quantidade ou qualidade da coisa, seja ela móvel ou imóvel, modificando fraudulentamente, de modo que possa prejudicar a outra parte. A fraude pode ser manifestada de várias formas, afetando a

natureza da coisa, como (entregar cobre no lugar de ouro), sua qualidade (como entregar arroz de segunda no lugar de primeira) ou na sua quantidade (como falsear no peso). Esse subtipo de estelionato exige um elemento normativo, contido na expressão “deve” o que indica a existência de uma relação jurídica obrigacional entre os sujeitos do delito. Na ausência dessa ação, a conduta é considerada atípica.

No âmbito da fraude visando o recebimento de indenização ou valor de seguro, conforme previsto no art. 171, § 2.º, V, do Código Penal, estão sujeitos às mesmas penas aquele que “destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro”.

Existem três hipóteses elencadas no texto legal:

- a) destruir ou ocultar, no todo ou em parte, coisa própria. Pode ser coisa móvel (veículo, por exemplo) ou imóvel. Comete o crime, por exemplo, quem, por não querer mais um veículo ou precisar de dinheiro, nele atea fogo ou o esconde. Tem-se, ainda, reconhecido o crime em análise quando alguém leva seu veículo a outro Estado ou País e lá o vende e, em seguida, alega ter sido furtado para solicitar o valor do seguro.
- b) lesionar o próprio corpo ou saúde. Nessa modalidade, o agente se auto lesiona, mas faz parecer à seguradora que foi vítima de agressão ou de acidente.
- c) agravar as consequências da lesão ou doença. Ex.: provocar infecção em um ferimento para que ocorra gangrena na perna e a necessidade de amputação (Lenza; Gonçalves, 2023).

Este é um crime próprio que requer uma qualidade pessoal do autor. O tipo penal exige que o autor seja o proprietário da coisa, seja ela móvel ou imóvel, que foi destruída. Em uma segunda hipótese, o autor deve ser portador de lesão ou doença, que vem a ser agravado pela conduta delituosa. Nada há impedimento para que terceiro participe da conduta típica, e nesse caso, ambos respondem pelo crime. Assim, é possível que um terceiro a mando do proprietário destrua, total ou parcialmente, o objeto material, ou que lesione o corpo do segurado, ou lhe agrave a lesão ou doença preexistente, conhecendo ambos a finalidade da conduta. Nesse cenário, ambos os envolvidos respondem pelo subtipo de estelionato pelo concurso de agentes. Na hipótese da lesão praticada no segurado, o terceiro responde por dois crimes: subtipo de estelionato e lesão corporal.

No crime de fraude no pagamento por meio de cheque, consoante o estipulado pelo art. 171, § 2.º, VI, do Código Penal, o delito pode ser cometido por intermédio de duas condutas distintas, sujeitando-se à penalidade aquele que “emite cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento”.

O primeiro núcleo do tipo envolve o verbo “emitir”, que significa pôr o cheque em circulação. A conduta de preencher o título não faz parte do verbo emitir. O segundo verbo é “frustrar”, que quer dizer enganar ou iludir a expectativa de alguma coisa, defraudar, impedir que algo se concretize.

Na primeira hipótese, consiste em emitir cheque sem ter suficiente provisão de fundos em poder do estabelecimento bancário, ou seja, o sujeito põe o cheque em circulação para efeito de pronto pagamento, não tendo suficiente saldo bancário. Na segunda hipótese, a provisão de fundos existe. No entanto, o agente, agindo de maneira fraudulenta, impede

o pagamento, seja por intermédio da retirada da quantia antes do saque ou emitindo uma contra ordem de pagamento.

Conforme estabelecido na Súmula n.º 521 do Supremo Tribunal Federal (STF), o crime é considerado consumado no exato instante em que o estabelecimento sacado se recusa a efetuar o pagamento do cheque, e a jurisdição da localidade onde ocorre essa recusa é a competente para conduzir o processo penal relacionado ao delito.

## **Sujeito ativo e passivo**

É importante determinar quem é o sujeito ativo e passivo deste delito. Pela sua natureza de crime comum, o sujeito ativo do crime de estelionato pode ser qualquer pessoa física, maior e capaz. Da mesma forma, o sujeito passivo será qualquer pessoa titular do bem jurídico afetado.

## **Estelionato majorado**

O § 3º trata da forma majorada do crime, constituindo-se uma circunstância que acarreta um aumento de pena em 1/3 se o crime for cometido em detrimento de entidade pública ou de um instituto de economia popular, de assistência social ou beneficência. Nesse caso, não se aplica a bagatela, uma vez que o patrimônio público está envolvido, conforme demonstrado no Agravo Regimental do STJ (AREsp) 627891/RN.

## **Estelionato eletrônico**

A modalidade agravada do crime de estelionato foi inserida ao Código Penal por meio da Lei 14.155/2021, que introduziu os § 2º-A e § 2º-B que tratam da fraude eletrônica foram incluídas com a seguinte redação:

No § 2º-A do art. 171, está prevista uma pena de reclusão, de 4 a 8 anos, acrescida de multa, quando a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

O § 2º-B estabelece que a pena prevista no § 2º-A, caracterizando o crime qualificado pela fraude eletrônica, pode ser aumentada de 1/3 a 2/3, levando em consideração a gravidade do resultado. Esse acréscimo ocorre quando o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. A pena é agravada em razão da maior dificuldade na apuração da autoria do delito.

## **Estelionato contra idoso**

A Lei n.º 14.155/2021 acrescentou uma causa de aumento de pena no art. 171, no § 4º do Código Penal. Essa alteração estabeleceu que, se a vítima do estelionato for uma pessoa idosa ou vulnerável, a pena aplicada ao criminoso será aumentada de um terço ao dobro. O dispositivo apresenta a seguinte redação:

O § 4º estabelece que a pena será aumentada em um terço a até o dobro se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável, levando em consideração a relevância do resultado

gravoso.

Para Gonçalves (2023), existem duas hipóteses possíveis. São elas:

a) se a vítima for pessoa idosa, ou seja, com idade igual ou superior a 60 anos. Há muitos casos, todavia, em que o agente não tem conhecimento de que a vítima é idosa e, em tais hipóteses, a majorante não poderá incidir, como, por exemplo, em certos golpes perpetrados pela internet nos quais não há qualquer contato entre o autor do crime e a vítima;

b) se a vítima for pessoa vulnerável. Como o dispositivo não define “pessoa vulnerável” em relação ao crime de estelionato, a solução é aplicar a regra do art. 217-A do Código Penal, que trata do crime de estupro de vulnerável, sendo assim considerado: a) quem tem menos de 14 anos; b) quem, por deficiência ou enfermidade mental, não tem o necessário discernimento para o ato (patrimonial, neste caso); ou c) quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Ex.: pessoa embriagada (Gonçalves, 2023).

Assim, o percentual de aumento (um terço até o dobro), de acordo com o texto legal, deve ser proporcional ao prejuízo causado à vítima. Quanto maior for o prejuízo, maior será o aumento.

## Ação penal

A ação penal no crime de estelionato está regida atualmente no § 5º do artigo 171 do Código Penal, o qual foi introduzido pelo pacote anticrime, por intermédio da Lei n. 13.964/2019, que entrou em vigor no dia 24/01/2020. É importante destacar, que o parágrafo 5º do art. 171 foi introduzido para estabelecer que o crime de estelionato é de ação pública condicionada à representação, ressalvados os casos excepcionais trazidos pelo próprio parágrafo.

Desta feita, a regra da norma estabelecida, passou a demandar a necessidade de representação da própria vítima, salvo nos casos em que a vítima do crime for a administração pública, for criança ou adolescente menor de 18 anos, pessoa com deficiência mental. Nesses casos, a necessidade de representação dependerá de uma perícia para determinar se a pessoa em questão tinha doença mental ou outra de outras provas. Além disso, quando o crime é praticado contra indivíduo maior de 70 anos ou incapaz, independentemente se essa incapacidade é decorrente de uma deficiência mental, conforme mencionado anteriormente, ou de outras causas que levam à incapacidade.

Convém ressaltar que, antes da implementação do pacote anticrime, a ação penal era de natureza pública incondicionada, ou seja, se alguém sofresse um estelionato, mesmo se a vítima não se manifestasse junto ao estado no sentido de representar contra aquela pessoa, o estado tomando conhecimento do crime poderia promover a ação penal independente da vontade da vítima. Além disso, mesmo que a vítima se recusasse a representar contra o agente, o estado, tendo acesso às informações que legitimassem o início do processo penal, poderia iniciar a ação.

## ESTELIONATO RELIGIOSO

Ao longo da história, a humanidade tem recorrido a métodos fraudulentos para ocultar suas verdadeiras intenções. O estelionato religioso emerge como uma prática

criminosa de crescente relevância no contexto brasileiro, sobretudo nas últimas décadas, evidenciando uma prática criminosa em constante ascensão. Apesar de o estelionato ser amplamente observado na sociedade, poucos são os precedentes na literatura que tratam especificamente do fenômeno do estelionato religioso, embora seja uma ocorrência comum no cotidiano.

De acordo com o conceito trazido por Mariano (1999, p. 158), o estelionato religioso é descrito como uma forma de fraude em que líderes religiosos usam sua posição de poder para enganar e explorar financeiramente seus seguidores, oferecendo promessas de curas, prosperidade financeira e até mesmo a salvação eterna em troca de doações e ofertas generosas.

Dessa forma, a complexidade do crime em questão é notável, uma vez que entra em conflito direto com o princípio constitucional da liberdade religiosa. O Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil assegura a liberdade religiosa, conferindo às religiões a prerrogativa de exercerem suas atividades (Brasil, 1988). Contudo, essa liberdade tem limitações quando colide com os direitos e garantias individuais das pessoas.

Moraes (2022, p. 63) reafirma que “as pregações e curas religiosas, realizadas pelas mais diversas religiões, devem ser analisadas de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas”.

Passa-se a discutir essa questão, uma vez que se trata de um delito grave, pois não viola apenas a liberdade de consciência e crença dos fiéis, mas também prejudica a saúde e o bem-estar das pessoas envolvidas.

Claramente, a fé é uma força poderosa que tem impulsionado a humanidade ao longo da história. Contudo, assim como em qualquer aspecto da vida humana, o poder da fé também pode ser explorado e abusado, dando origem a práticas ilegais.

A esse respeito, Berger (1985) destaca que o poder da fé reside na sua capacidade de atribuir sentido e significado à existência humana. Entretanto, quando esse poder é usado de forma manipuladora e coercitiva, o abuso é caracterizado. Nesse contexto, a manipulação emocional e psicológica é um dos mecanismos mais recorrentes de abuso do poder da fé. Esta prática é frequentemente observada em líderes religiosos que exploram a devoção de seus seguidores com o intuito de obter benefícios pessoais, acumular riquezas ou exercer controle sobre suas congregações (Berger, 1985).

É importante salientar que, nos dias atuais, diversas instituições religiosas enfrentam processos judiciais devido a essas práticas fraudulentas. Conseqüentemente, algumas delas são compelidas a restituir os valores arrecadados de forma indevida, devido à abordagem excessiva na solicitação de doações. Vale ressaltar, que embora o dízimo seja legítimo e constitua uma fonte fundamental de sustento para as instituições religiosas, ele também está sujeito a restrições legais.

Outro aspecto central relacionado ao abuso do poder da fé diz respeito à exploração financeira. Essas práticas são frequentemente identificadas em diversos locais de culto religioso, inclusive na mídia, prejudicando seus fiéis de forma ilícita, cujo objetivo principal é se apropriar indevidamente de doações generosas, o que resulta em danos irreparáveis

à fé, integridade moral e aos recursos financeiros dos fiéis.

É necessário analisar casos concretos, a fim de demonstrar os abusos cometidos dentro dos templos. Jim Jones, um suposto líder de uma seita chamada “O Templo do Povo”, é um exemplo real de como a religião pode ser manipulada e enganada. Jones conseguiu acumular uma fortuna considerável ao persuadir seus seguidores a doarem todos os seus bens. Em seguida, ele fundou a comunidade “Jonestown”, na Guiana, onde os abusos e práticas fraudulentas foram cometidos. Este episódio resultou no maior suicídio em massa da história, demonstrando o impacto devastador que líderes carismáticos podem ter sobre seus seguidores. Este caso ilustra como a fraude no contexto religioso pode ter consequências extremamente prejudiciais e irreversíveis.

Outro exemplo clássico de crime de estelionato religioso é o caso que envolve uma decisão relevante proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) no âmbito da Apelação Criminal APR XXXXX – 86.2018.8.26.0451.

Nesse contexto, um líder religioso foi condenado por estelionato, por ter persuadido uma fiel a realizar uma doação considerável de dinheiro em troca de supostos trabalhos espirituais que prometiam melhorias em sua vida. Para reaver os valores doados, a fiel recorreu ao judiciário, que, por sua vez, confirmou a decisão de que o templo deveria devolver os valores doados. O entendimento do tribunal foi enfatizando que a utilização da religião para obter vantagens indevidas constitui um agravante no delito de estelionato. Senão, vejamos:

**APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR “ESTELIONATO RELIGIOSO”. A DEFESA OBJETIVA A ABSOLVIÇÃO, DIANTE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA OU FRAGILIDADE DAS PROVAS. O MINISTÉRIO PÚBLICO ALMEJA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE, REGIME MAIS RIGOROSO E QUE SEJA AFASTADA A PERMUTA. ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL, POIS EVIDENTE O EMPREGO DA FÉ COMO ARDIL PARA ENGANAR A VÍTIMA E AUFERIR VANTAGEM PATRIMONIAL RELEVANTE. DOLO EVIDENTE DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO, A VÍTIMA PASSAVA POR MOMENTO DE DIFICULDADES EMOCIONAIS E FOI CONVENCIDA A FAZER DOIS DEPÓSITOS, DE QUANTIAS VULTOSAS (R\$ 107.000,00 E R\$ 9.000,00), DESTINADOS A “TRABALHOS ESPIRITUAIS”, QUE MELHORARIAM SEU DESTINO. A PENA COMPORTA ALGUNS AJUSTES, A PENA-BASE DEVE SER ELEVADA, POIS RELEVANTE O PREJUÍZO IMPOSTO - PELO MESMO MOTIVO, JUSTIFICA-SE O REGIME SEMIABERTO, PARA A HIPÓTESE DE EXPIAÇÃO - A SUBSTITUIÇÃO POR ALTERNATIVAS FICA MANTIDA - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE, PARA ELEVAR A PENA-BASE E FIXAR REGIME SEMIABERTO PARA A HIPÓTESE DE EXPIAÇÃO, MANTENDO-SE NO MAIS A R. SENTENÇA. (TJ-SP - APR: XXXXX20188260451 SP XXXXX-86.2018.8.26.0451, Relator: Euvaldo Chaib, Data de Julgamento: 28/01/2022, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 28/01/2022).**

Recentemente, outro caso que ganhou notoriedade e está sendo alvo de investigação pelo Ministério Público Federal, se refere a alegações de estelionato envolvendo um líder religioso que alegava ser capaz de curar o coronavírus por meio da oferta de feijão. O órgão solicitou a instauração de uma investigação sobre o caso. Segundo o procurador Wellington Saraiva, o líder da Igreja Mundial do Poder de Deus é acusado de se aproveitar de sua influência religiosa com o intuito de obter benefícios pessoais ou em prol da igreja, enganando as vítimas, uma vez que não existem evidências científicas que comprovem a eficácia deste método para a cura do vírus.

Nesse contexto, fica evidente o dolo por parte do agente e a intenção de enganar os fiéis e induzi-los ao erro. Em um vídeo, o pastor apresenta um suposto exame que afirma que alguém se recuperou da Covid após consumir uma semente, sem especificar de qual planta se trata. Além disso, sustenta que, após o plantio, a semente exhibe a inscrição “Sê tu uma benção”.

Ademais, após o pastor da Mundial ter anunciado suposta cura para o coronavírus, vendendo uma semente por valor exorbitante de R\$1.000,00 (mil reais), outro líder evangélico neopentecostal utilizou as redes para divulgar um suposto “milagre” em relação à doença. O mencionado pastor afirmou que membros da sua igreja, a Internacional da Graça, estavam se recuperando graças a uma água que ele consagrou em um ritual.

Cite-se, ainda, o caso de uma dona de casa de 57 anos que, em busca de ajuda religiosa para reatar seu relacionamento amoroso, acabou se tornando vítima de um golpe, em Porto Alegre. Nesse incidente, a vítima sofreu um prejuízo financeiro considerável, estimado em cerca de R\$ 200 mil reais, e teve sua residência invadida pelos golpistas, resultando no roubo de diversos pertences. A trama criminoso envolveu a participação de sua ex-empregada doméstica que alegava ter conexões com rituais religiosos e fazia promessas de que poderia trazer de volta o amado da dona de casa, conforme informações do site (Diário Gaúcho, 2012).

Outro caso relevante, que merece destaque, refere-se ao Ministério Público da Paraíba, que requereu a prisão de um pastor acusado de praticar atos fraudulentos que totalizaram um montante de R\$ 3 milhões de reais, perpetrados contra membros da Igreja Assembleia de Deus em João Pessoa. O caso ganhou ampla repercussão em julho de 2023. A investigação policial concluiu que cerca de 30 pessoas foram vítimas do referido pastor. As denúncias apresentadas indicam que o líder religioso teria usado sua posição religiosa para conquistar a confiança das vítimas, usando vários métodos para executar seus golpes. Dentre os métodos utilizados, incluem-se o uso indevido de cartões de crédito, a obtenção de cheques e notas promissórias dos fiéis, bem como a realização de empréstimos em nome de terceiros.

Outrossim, em um acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, manteve-se a condenação do réu pelo crime de estelionato, haja vista a comprovação dos elementos essenciais do delito, tais como a materialidade e a autoria. Em um trecho do acórdão, o desembargador argumenta que o direito constitucional à livre manifestação de crença e culto religioso não se aplica ao delito de estelionato, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - PREJUDICIALIDADE. O direito constitucional de livre manifestação de credo e culto religioso não se confunde com o delito de estelionato, que, para sua configuração, prescinde da obtenção para si ou para outrem de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, induzindo a vítima a erro. Deve ser mantida a condenação do acusado pela prática do delito de estelionato, vez que indubitavelmente a materialidade e a autoria delitiva, comprovadas, mormente, pelas declarações das vítimas. O pedido de isenção das custas processuais encontra-se prejudicado, eis que a sentença já o concedeu. Improvimento do recurso que se impõe. (TJ-MG - APR: XXXXX42534080001 MG, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 28/01/2020, Data de Publicação: 07/02/2020).



Em relação a esses crimes, Nucci (2022, p. 450) enfatiza que o estelionato envolve conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima, que coopera com o agente sem perceber que está despojando de seus pertences.

Por fim, constata-se que nos casos concretos abordados, todos os elementos que integram o crime de estelionato estão presentes, a saber: a obtenção da vantagem indevida, o prejuízo alheio e a indução ou manutenção de alguém em erro, ressaltando o que caracteriza a infração, mesmo quando se leva em consideração a existência do direito à liberdade religiosa.

## LIBERDADE RELIGIOSA

No contexto da história do Brasil, desde 1500 foram promulgadas sete Constituições. É importante destacar a importância da Constituição de 1824, conhecida como a Constituição Imperial, que, apesar de algumas restrições, assegurou a garantia da liberdade religiosa e proibiu a perseguição por motivos religiosos. Esse marco histórico ocorreu em um período em que o Brasil não era caracterizado como um Estado laico, uma vez que o catolicismo era a religião oficial, relegando que as religiões não oficiais eram restritas a locais específicos para a realização de cultos. A separação efetiva entre Igreja e Estado ocorreu somente com a promulgação da Constituição de 1891, a primeira Constituição Republicana.

Entretanto, o direito à liberdade religiosa continuou a ser garantido em todas as Constituições subsequentes, demonstrando a evolução do país em direção a um Estado laico. Um marco significativo desse processo foi a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em 1948, que, por meio do seu artigo 18, ressaltou a importância da garantia desse direito fundamental no contexto brasileiro. Vejamos:

Art. 18 - Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos. (Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948).

É relevante mencionar que a liberdade religiosa só foi incorporada ao texto constitucional através de uma emenda que acrescentou o §7º do art. 141 da Constituição de 1946. Essa emenda foi proposta por Jorge Amado, um escritor baiano, que na qualidade de deputado constituinte pelo Partido Comunista Brasileiro, propôs a Lei da Liberdade de Culto Religioso.

O inciso VI do artigo 5 da Constituição Federal de 1988 representa um dos pilares fundamentais da democracia brasileira, assegurando a liberdade de consciência e crença como um direito fundamental inviolável. Este direito desempenhou um papel crucial na construção de uma sociedade plural e diversificada, na qual todos os cidadãos, independentes de serem brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, tiveram garantido o livre exercício de cultos religiosos garantido e a proteção aos locais de culto e suas liturgias por meio da legislação.

O dispositivo em comento consagra, de maneira clara, a plena excitabilidade da

liberdade de crença, reforçando o direito dos indivíduos de escolher, praticar e professar sua religião, tanto em ambientes privados quanto em espaços públicos. Ademais, enfatiza que essa garantia abrange igualmente a opção de não adotar nenhuma religião, respeitando as convicções e escolhas individuais.

Considerando a relevância desse direito estabelecido em nossa Constituição, podemos afirmar que o Brasil é um Estado que busca promover a coexistência pacífica na sociedade, rejeitando preconceitos e extremismo no âmbito das crenças religiosas. Nesse contexto, como ressalta Castilho (2021, p. 7), a liberdade religiosa é protegida não apenas pela Constituição, mas também por outras legislações, com o objetivo de garantir que não ocorra, durante os cultos religiosos, incitação à violência ou práticas ilegais, ou imorais.

Além disso, Paulo Bonavides assevera que o direito à liberdade religiosa é considerado um direito fundamental, consagrado em tratados internacionais, e que é incumbência do Estado garantir a efetivação desse direito, bem como assegurar a inexistência de atitudes intolerantes, discriminatórias ou perseguições, seja por parte do próprio Estado ou de terceiros (Bonavides, 2020, p. 45).

Com a incorporação do princípio da liberdade de crença religiosa na Constituição, surgiram inúmeras oportunidades para que líderes religiosos desonestos disseminassem ideologias fraudulentas e aproveitassem a vulnerabilidade dos seus fiéis. A ausência de regulamentação das organizações religiosas, a fé cega, a busca por cura e orientação, a falta de conhecimento religioso e a falta de transparência têm facilitado a ação desses líderes que visam apenas vantagens pessoais.

Assim sendo, é necessário que o sistema jurídico estabeleça mecanismos de controle de atividades realizadas em locais de culto, com propósito de garantir a liberdade religiosa, desde que o seu livre exercício não viole direitos de terceiros, promovendo, assim, uma equidade. Logo, a liberdade de crença não pode ser utilizada como justificativa para práticas de atos fraudulentos em contextos religiosos.

## A tipificação do estelionato religioso

O termo “estelionato” deriva do latim *stellio*, que significa “camaleão do crime”. Segundo Hungria (1958, p. 164) “a fraude é o mimetismo dissimulador do camaleão”. Isso se deve ao fato de que o estelionato, tem a capacidade de se adaptar a diversas situações, manifestando-se em diferentes oportunidades de acordo com o contexto.

Quando se menciona o termo “estelionato religioso”, é relevante destacar que este não representa uma categoria jurídica específica. Trata-se, portanto, de uma categoria jurídica de natureza genérica, sendo denominada simplesmente “estelionato”, que remete à clássica prática fraudulenta. O estelionato, em sua essência, consiste em uma conduta fraudulenta que visa enganar pessoas com o intuito de obter ganhos econômicos indevidamente. O termo “estelionato religioso ou espiritual” surgiu como uma atribuição adjetiva para descrever situações em que, em nome de Deus ou de supostos milagres divinos, vantagens econômicas passaram a ser obtidas em determinados contextos religiosos.

Ressalta-se que, além da prática do estelionato religioso, é comum observar a

ocorrência de crimes como o charlatanismo e o curandeirismo, ambos definidos e tipificados pelo Código Penal. No entanto, há uma distinção fundamental entre esses dois crimes. De acordo com o artigo 283 do mencionado código, ocorre o charlatanismo quando alguém age de maneira fraudulenta e enganadora, fazendo anúncios de cura com o intuito de enganar as pessoas. A pena prevista para o referido crime é de 1 a 3 anos de prisão. Os charlatões se encontram em diversas religiões e crenças, geralmente, buscando apenas vantagens financeiras.

O crime de curandeirismo está tipificado no art. 284 do Código Penal e é considerado um crime contra a saúde pública. Nesse crime, o curandeiro é considerado um médico ilegal, que busca curar os enfermos utilizando métodos não comprovados cientificamente. O que o diferencia dos demais crimes que foram discutidos é a sua crença sincera na eficácia da ação. Apesar de agir de boa intenção, essa prática coloca em perigo a saúde do doente.

Dessa forma, é possível afirmar que a conexão entre o estelionato e a religião remonta há tempos antigos, associada a práticas fraudulentas e à comercialização de bênçãos divinas. Esse vínculo histórico se torna mais evidente com o movimento de reforma iniciada por Martinho Lutero em 1517, na Europa, que resultou na diversificação de vertentes religiosas, como o neopentecostalismo, surgido em 1960.

Com a separação da Igreja Católica, surgiram várias correntes religiosas, e o conceito de fraude ressurgiu, tornando-se relevante tanto para o sistema jurídico quanto para os estudiosos da religião. Além disso, a Igreja Católica enfrentou acusações de fraude ao promover a venda da salvação eterna e de um lugar garantido no Paraíso, o que culminou na ruptura liderada por Martinho Lutero.

Assim, ao longo da história, a relação entre o estelionato e a religião tem sido uma questão complexa, seja nos períodos históricos passados ou nos tempos atuais, destacando a importância de compreender e combater a fraude no contexto religioso.

Este cenário dá origem a conflitos entre o direito e a liberdade religiosa, de um lado, e os direitos ao patrimônio e à saúde, de outro. Esse conflito representa um rompimento das barreiras que estão relacionadas à religião, uma vez que a liberdade religiosa é usada para fins fraudulentos, o que resulta em uma infração ilegal.

Nesse contexto, o direito penal assume um papel de intervenção na liberdade religiosa sempre que esta é usada como justificativa para a prática de atos ilegais. Sob essa perspectiva, cabe ao Estado intervir, com o propósito de impedir uso indevido da liberdade religiosa como meio para perpetração de atos ilícitos. Essa intervenção torna-se necessária para garantir a integridade do bem jurídico em questão, o qual, nessas circunstâncias, se converte em um interesse indisponível, exigindo a proteção do ordenamento jurídico.

## **RAZÕES E VANTAGENS DA IMPLEMENTAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO ESPECÍFICA**

A tipificação do estelionato religioso, que requer a criação de uma legislação específica para abordar esse tipo de delito, é imperativa em diversos contextos. A inclusão desse tipo de crime no código penal é urgente para preservar os direitos individuais,

especialmente o direito à crença, que é um fundamento inalienável concedido a cada indivíduo, permitindo que cada um professe suas convicções sem que este direito seja flagrantemente transgredido pelo abuso da fé.

Essa preocupação advém do reconhecimento de que os direitos inerentes à liberdade religiosa, assim como outros direitos e liberdades, demandam proteção, e, portanto, devem ser sujeitos a limites. Assim, a tipificação desse delito desempenha um papel crucial na resguarda dos direitos individuais relacionados à liberdade religiosa, um princípio claramente estabelecido na Constituição Federal.

Por meio da promulgação de legislação específica que salvaguarde esse direito, os indivíduos que tenham esse direito violado estarão em condições de demandar a efetivação de uma obrigação por parte do Estado, uma vez que tem se observado um significativo aumento, na prática das violações desse direito.

Nesse contexto, a exploração da fé por líderes religiosos desonestos pode acarretar danos substanciais aos indivíduos, com inúmeros casos envolvendo a exploração financeira de fiéis. Portanto, a implementação de legislação específica pode contribuir para a prevenção de prejuízos econômicos significativos, assegurando que líderes religiosos não abusem de suas posições para iludir as pessoas em busca de contribuições financeiras.

No que concerne à proteção contra danos psicológicos, essa tipificação legal pode contribuir para resguardar os indivíduos contra abusos mentais, manipulações e coerções psicológicas, uma vez que tanto a exploração emocional quanto a psicológica em contextos religiosos constituem aspectos significativos do estelionato religioso.

A instituição de leis específicas para lidar com o estelionato religioso estabelece um arcabouço jurídico claro, proporcionando meios para responsabilizar líderes religiosos que abusem de sua autoridade e da confiança depositada neles. Isso, por sua vez, promoverá a transparência e a prestação de contas no âmbito religioso.

Por outro lado, a ausência de legislação específica para crimes religiosos pode resultar em conflitos prolongados e disputas entre líderes e fiéis. Dessa forma, a tipificação do estelionato religioso pode contribuir para uma resolução mais eficaz desses conflitos.

Por estas razões, é de suma importância que as autoridades competentes atuem de maneira rigorosa e eficaz no enfrentamento deste tipo de delito, a fim de salvaguardar a integridade física, psicológica e moral dos indivíduos. A participação da sociedade civil também se mostra crucial, uma vez que a conscientização e o envolvimento das pessoas podem contribuir de forma significativa para a prevenção e denúncia de tais práticas criminosas.

As legislações voltadas para o tema do estelionato religioso desempenharão um papel de relevância notável na proteção da integridade das religiões e na garantia do exercício legítimo de suas práticas, desempenhando uma função essencial na preservação do respeito pela fé e assegurando que as atividades religiosas se mantenham estritamente dentro dos limites da honestidade e legalidade, conforme preceitos da Constituição Federal e das normas éticas e morais que norteiam a sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o estudo realizado, conclui-se que a liberdade religiosa, embora seja um direito fundamental, encontra limites, especialmente quando envolve práticas ilícitas. O Estado brasileiro, por ser laico, busca assegurar a proteção de todas as expressões de natureza religiosa, garantindo a todos os praticantes o direito inalienável de professar qualquer que seja sua fé ou credo, respeitando os limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Por conseguinte, é relevante salientar que a utilização indevida da liberdade religiosa por parte de líderes religiosos para práticas ilícitas tem sido recorrente. Esses indivíduos, empregam discursos persuasivos para enganar seus fiéis, valendo-se da religião como subterfúgio para a prática de crimes. A partir da pesquisa realizada, constatou-se que casos de estelionato e manipulação financeira, disfarçados sob a justificativa de atividades espirituais ou curativas, têm sido alvo de atenção do judiciário e do Ministério Público.

Os resultados obtidos evidenciam a complexidade dessa situação. Quando os fiéis percebem que foram vítimas de um crime, buscam o judiciário na tentativa de reaver os seus bens. Entretanto, não existe uma ação penal específica para criminalizar essa conduta. Contudo, é notório que o judiciário tem desempenhado um papel crucial na proteção dos direitos patrimoniais dos fiéis, como observado na decisão que determinou a devolução de valores doados em um contexto de estelionato religioso. Além disso, o Ministério Público tem buscado investigar e responsabilizar líderes religiosos que se aproveitam de sua influência para cometer fraudes e enganar pessoas.

Outro aspecto relevante identificado no estudo revela a vulnerabilidade dos fiéis que, em busca de soluções para problemas pessoais, acabam por se tornar vítimas de práticas fraudulentas. Assim, diante dos fatos evidenciados, pode-se concluir que o estelionato religioso nos templos religiosos é, de fato, uma realidade. Portanto, é necessário buscar mecanismos de proteção eficazes para os fiéis sem comprometer a liberdade religiosa.

Dessa forma, destaca-se a necessidade uma abordagem jurídica e ética que considere a especificidade dessas situações, preservando o direito à manifestação de crença, mas coibindo práticas ilícitas em nome da religião.

## REFERÊNCIAS

BERGER, Peter L. **O Dossel Sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião**, 1985. Disponível em: [https://www.academia.edu/24608458/Berger\\_Peter\\_Dossel\\_Sagrado](https://www.academia.edu/24608458/Berger_Peter_Dossel_Sagrado). Acesso em: 09 de jun. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal Federal - STF. **Enunciado de Súmula. nº 521**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 18 de ago.2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, Art. 5º.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da

República. 1940, Art. 171, § 2º.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial - arts. 121 a 212**. v.2. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596045. Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 22 de out. 2023.

CASTILHO, Ricardo. **Liberdade: fundamento dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786553623071. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 02 de nov. 2023.

DIÁRIO GAÚCHO. “**Mulher cai em golpe e tem prejuízo de R\$ 200 mil na capital**”. 2012. Disponível em: <https://diariogaucha.clicrbs.com.br/noticia/2012/06/mulher-cai-em-golpe-e-tem-prejuizo-de-r-200-mil-na-capital-3791953.html>. Acesso em: 02 de nov. 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 23 de set. 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral - arts. 121 a 183**. v. 2. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 03 de nov. 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Direito Penal: Parte Especial**. (Coleção Esquematizado®). 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 03 de nov.2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo, R.; e LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555597738 Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 03 de nov. 2023.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7, p. 162. Disponível: <https://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2020/11/Comentarios-ao-Codigo-Penal-Volume7-Nelson-Hungria.pdf>. Acesso em: 01 de ago. 2023.

MARIANO, Ricardo. **Neopentecostais: Sociologia do Novo Pentecostalismo no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1999. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?redir\\_esc=y&hl=pt-BR&id=KY\\_a9KuzYC&q=158#v=snippet&q=158&f=false](https://books.google.com.br/books?redir_esc=y&hl=pt-BR&id=KY_a9KuzYC&q=158#v=snippet&q=158&f=false). Acesso em: 01 de ago. 2023.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral - Arts. 1º a 120**. v. 1. 14. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 01 de ago. 2023.

MORETZSOHN, Fernanda; FÁVERO, Lucas Henrique. **Direito Penal Decifrado: Parte Especial**. (Coleção Decifrado). São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646425. Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 23 de set. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Direito Penal: Partes Geral e Especial. (Esquemas & Sistemas)**. 8.ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645190. Disponível em: <https://integrada>.

minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 02 de nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal: Parte Geral e Especial**. (Esquemas & Sistemas). São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645190. Disponível em: Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 26 de ago. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. 19. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646630. Disponível em: integrada.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 25 de ago. 2023.

SUPERIOR Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Recurso Especial (RESP) 1532768/MG**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/893124772>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

SUPERIOR Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Recurso Especial (ARESP) 62781/RN**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/893124772>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

TRIBUNAL de Justiça de Minas Gerais. **Apelação criminal APR XXXXX – 42534080001**. Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/807469845>. Acesso em: 02 de nov. 2023.

TRIBUNAL de Justiça de São Paulo. **Apelação criminal APR XXXXX – 86.2018.8.26.0451**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1363672839>. Acesso em: 02 de nov. 2023.

## A graça concedida pelo presidente da república

### *Grace granted by the president of the republic*

**Fátima Beatriz de Barros Cassaro**

*Discente do 9º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.*

**Arthur Braga de Souza**

*Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Coordenador-Adjunto e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte.*

#### RESUMO

**Introdução.** O presente estudo trata da graça concedida pelo ex-Presidente Jair Bolsonaro ao ex-Deputado Federal Daniel Silveira e ações judiciais decorrentes, com ênfase nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 964, 965, 966 e 967. Também se analisa a extinção da punibilidade, caso concedida a graça. **Objetivo.** Diante desse contexto, procedeu-se o estudo da graça concedida ao ex-parlamentar, visto que a referida concessão repercutiu em âmbito nacional, e até internacionalmente, sendo assim o intuito do referido artigo é estudar a concessão da benesse. **Método.** Através de embasamento teórico e revisão bibliográfica exploraram-se acontecimentos, legislação, doutrina e jurisprudência, a fim de entender assuntos relacionados à concessão da graça constitucional por um Chefe do Executivo Federal no Brasil. **Resultados.** Logo, a concessão da graça pelo ex-Presidente trouxe importante mudança no entendimento acerca do tema, uma vez que foi originada jurisprudência com decisões atuais sobre a interferência do judiciário em situações exercidas exclusivamente pelo poder executivo. **Conclusão.** Portanto, tendo em vista que o decreto sancionado pelo ex-Presidente Jair Bolsonaro, na visão do Supremo Tribunal Federal, possuiu desvio de finalidade, foi declarado inconstitucional e, conseqüentemente, anulado. Além disso, o decreto mencionado afrontou Súmula do STJ acerca da matéria de extinção da punibilidade.

**Palavras-chave:** graça; extinção da punibilidade; prerrogativa; desvio de finalidade; inconstitucionalidade.

#### ABSTRACT

**Introduction.** This study deals with the grace granted by former President





Jair Bolsonaro to former Federal Deputy Daniel Silveira and resulting legal actions, with emphasis on Claims of Non-Compliance with Fundamental Precepts (ADPF) No. 964, 965, 966 and 967. It is also analyzes the extinction of punishment, if grace is granted. Goal. Given this context, we proceeded to study the grace granted to the former parliamentarian, since the aforementioned concession had repercussions nationally, and even internationally, therefore the purpose of the aforementioned article is to study the granting of the benefit. Method. Through theoretical basis and bibliographical review, issues, legislation, doctrine and controversies were explored, in order to understand issues related to the granting of constitutional grace by a Chief of the Federal Executive in Brazil. Results. Therefore, the granting of grace by the former President brought an important change in the understanding of the subject, since it was originated by current decisions on the interference of the judiciary in situations exercised exclusively by the executive branch. Conclusion. Therefore, given that the decree sanctioned by former president Jair Bolsonaro, in the view of the Federal Supreme Court, had a misuse of purpose, it was declared unconstitutional and, consequently, annulled. Furthermore, the normative decree contradicted the STJ Summary on the matter of extinguishing punishment.

**Keywords:** grace; extinction of punishability; prerogative; misuse of purpose; unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios, direitos e deveres fundamentais a qualquer um do povo e conforme o art. 5º da nossa carta Magna, todos são iguais perante a lei. O texto constitucional busca garantir a democracia e o respeito aos direitos individuais do ser humano e é a partir disto que existe a imunidade parlamentar, a qual é fundamental para proteger os atuantes do poder legislativo. Neste contexto, a concessão de graça a determinados parlamentares pode gerar grandes debates acerca dos limites deste benefício.

Sendo assim, a graça ou indulto individual são as duas formas de denominações desta benesse. Este instituto pode ser concedido pelo Chefe de Estado a uma pessoa determinada que cometa crime comum e seja condenado. Tal benefício extingue a punibilidade do autor do crime, de acordo com o art. 107, inciso II, do Código Penal.

Desta forma, o Ex-presidente da República, Jair Bolsonaro, concedeu graça, no ano de 2022, em favor do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ), ocasião que fez com que o fato repercutisse em todo o âmbito nacional, pois não se pode dizer que foi um caso inédito, mas raro devido este benefício jurídico não ser concedido com tanta frequência desde a promulgação da Constituição de 1988.

Por conseguinte, parlamentares e governistas reagiram à decisão do Chefe de Estado, havendo defesas e divergências sobre a determinação do Ex-presidente. Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal reagiu à decisão do então Presidente e declarou inconstitucional a graça concedida por não estar consoante a legislação brasileira.

Portanto, observando-se a grande repercussão do caso e os mais variados argumentos e opiniões acerca da concessão deste benefício, como também a atuação dos

ministros do Supremo Tribunal Federal e a divergência acerca dos efeitos penais da graça, o presente artigo apresenta as implicações legais e a opinião de grandes doutrinadores sobre o tema.

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Primeiramente, antes de tratar sobre a extinção da punibilidade em si, é importante explicar o que vem a ser punibilidade, para só assim passar ao conteúdo sobre a extinção dela. A punibilidade, de forma objetiva, nada mais é do que o poder jurídico de se aplicar uma sanção a um indivíduo que foi contra as normas e/ou regras de determinada legislação, neste raciocínio, a jurista Janaina Paschoal, discorre que “essa possibilidade jurídica de aplicar a sanção dá-se o nome de punibilidade, que funciona como condição para o próprio exercício da ação penal” (Paschoal, 2015, p. 162).

Na sequência, a extinção da punibilidade pode ser definida pelo desaparecimento ou limitação do poder estatal em punir penalmente alguém, cessando o *jus puniendi* e o *jus punitivis* estatal, em outras palavras, a perda da pretensão punitiva do estado, sob a existência de regras elencadas na lei, denomina-se extinção da punibilidade.

De acordo com o dicionário jurídico, escrito por Valdemar P. da Luz, é a “forma de exclusão da aplicação ou da continuidade da pena imposta ao autor de um delito, nos casos previstos em lei” (Luz, 2020, p. 202).

As causas que extinguem a punibilidade são tratadas pelo Código Penal brasileiro, em seu art. 107. Vide:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei (Brasil, 1940).

Para que um indivíduo seja condenado por algum fato delituoso, além das especificidades existentes no dispositivo determinante do suposto crime, também é necessário que durante o processo seja analisado o caso concreto, a fim de averiguar a existência de punibilidade, seja ela genérica ou específica.

As causas de punibilidade podem ser genéricas, denominadas também de gerais, ou seja, estas se aplicam a todos os delitos, exemplo disso é a morte do agente, pois qualquer

pessoa pode falecer no decurso do processo. Como também podem ser específicas ou especiais, as que se aplicam somente a determinadas infrações, como os crimes de ação privada, quando é aceito o perdão pelo ofendido.

Cabe lembrar que o rol das causas de extinção de punibilidade inseridas no art. 107, do Código Penal, é apenas exemplificativo, tendo em vista que existem várias outras formas que extinguem a punibilidade do agente, previstas em legislações especiais, tendo como exemplo crimes de sonegação fiscal (art. 34, da Lei 9.249/95).

Desta forma, serão destacadas as formas de extinção de punibilidade vigentes no art. 107, do Código Penal, como já expressado. Iniciando pela morte do agente, elencada no inciso I deste dispositivo, e apesar de parecer óbvio que com o falecimento do suposto infrator este não receba uma punição, existem dúvidas acerca da transferência de penalização aos sucessores, porém uma das características da condenação é a pessoalidade da pena, princípio constitucional (art. 5º, XLV, da Constituição Federal), ou seja, os sucessores do agente não podem ser presos em seu lugar, todavia possuem obrigação de reparar o dano causado até o limite de patrimônio transferido a eles.

Na sequência, outra causa de extinção da punibilidade é a concessão de anistia, graça ou indulto. A anistia, expressa na Constituição Federal de 1988, diz respeito sobre ato privativo do Congresso Nacional, com o fim de perdoar a coletividade que praticou crime. Sobre o tema, Janaina Conceição Paschoal afirma em sua doutrina a seguinte definição:

A anistia é concedida sempre por meio de lei federal. Trata-se de ato privativo do Congresso Nacional, sujeito à sanção do presidente da República. Pode ser concedida antes da condenação (anistia própria) ou após a condenação (anistia imprópria), sendo certo que, neste último caso, não só a aplicação da pena resta impossibilitada, mas a própria sentença condenatória deixa de ser considerada para efeitos futuros, a reincidência, por exemplo. A anistia pode ser utilizada tanto com relação a crimes comuns como com relação a crimes políticos (Paschoal, 2015, p. 163).

Por outro lado, a graça e o indulto diferem da anistia, em relação aos efeitos após concessão. Ainda na doutrina de Janaina Conceição Paschoal esta distinção mostra-se bem clara, de forma que a autora expõe a seguinte visão:

Diversamente ao que ocorre com a anistia, a graça e o indulto têm efeitos somente sobre a pena, não tendo reflexo sobre a condenação propriamente dita. Assim, um indultado tem sua pena perdoadada, mas a sentença condenatória é considerada para fins de reincidência (Paschoal, 2015, p. 164).

Nessa perspectiva, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci aborda sobre a graça ou indulto individual em sua obra com o seguinte texto:

Tratando-se de um perdão concedido pelo Presidente da República, dentro da sua avaliação discricionária, não sujeita a qualquer recurso, a graça deve ser usada com parcimônia. Pode ser total ou parcial, conforme alcance todas as sanções impostas ao condenado (total) ou apenas alguns aspectos da condenação, quer reduzindo, quer substituindo a sanção originalmente aplicada (parcial). Neste último caso, não extingue a punibilidade, chamando-se comutação (Nucci, 2021, p. 495).

Por conseguinte, resta o indulto coletivo que no entendimento de Guilherme de Souza Nucci é um ato de clemência concedida a um grupo de sentenciados, observando a duração das penas aplicadas, sendo exigidos requisitos subjetivos e objetivos para aplicação da benesse (Nucci, 2021, p. 496)

O inciso III, do art. 107, do CP, trata da *abolitio criminis*, mais uma forma de extinção de punibilidade que possui o efeito de cessar não somente a pena, mas também todos os efeitos da condenação, isto porque se há a revogação de um dispositivo que antes era denominado crime e a partir dali não será mais, não há que se falar no agente ser reincidente, tendo em vista a extinção do delito. Nesse sentido, o doutrinador Miguel Reale Júnior, traz a seguinte definição sobre o tema:

*A abolitio criminis* desfaz o fato de seu caráter delituoso. Isto é, o fato antes definido como típico, antijurídico, culpável e punível torna-se um indiferente penal. A ratio da incriminação penal perdeu o completo sentido em virtude da mudança dos valores ético-jurídicos imperantes, razão pela qual suficiente será a proteção por outros ramos do ordenamento jurídico ou, até mesmo, sua não tutela. A *abolitio criminis* pode ocorrer por expressa disposição legal que torne o fato um indiferente penal ou pode, de outro modo, ser colhida da nova lei que regula por inteiro a matéria, ainda que não realize a revogação expressa. Sucedeu a *abolitio*, p. ex., com a modificação operada pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que expressamente, no art. 5º, revogou, entre outros, o art. 240 do CP, que incriminava o adultério (Júnior, 2023, p.188).

Logo, a punibilidade é extinta quando a lei não considera mais o ato como crime, tornando-o atípico, lícito, não culpável e, conseqüentemente, impunível, ou, ainda, a *abolitio criminis* pode ocorrer pela criação de uma nova lei que contemple de forma mais específica tal delito, substituindo a matéria antiga pela atual.

Em seguida, há outras formas de extinção de punibilidade, sendo elas: prescrição, decadência e perempção. A prescrição é introduzida de forma implícita na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, o qual determina que o processo, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, deve ter duração razoável e celeridade, em outras palavras, o poder de punir deve obedecer ao prazo prescricional previsto em lei, caso contrário a pretensão punitiva do Estado se expira, como exemplo tem-se o art. 109 e seus incisos, do I ao VI, no Código Penal, que regula a prescrição para cada máximo da pena privativa de liberdade prevista ao crime cometido.

Já a decadência nada mais é do que a inércia do ofendido, quando este deixa de agir consoante os prazos decadenciais previstos em lei e o direito de ajuizamento da ação se expira pelo simples fato de permanecer inerte. Acerca do tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Trata-se da perda do direito de ingressar com ação privada ou de representação por não ter sido exercido no prazo legal. Atinge o direito de punir do Estado indiretamente, uma vez que, não mais existindo possibilidade de se instaurar o devido processo legal, não se pode impor condenação (Nucci, 2021, p. 499).

E a perempção, um pouco semelhante à decadência, se refere a irresponsabilidade da parte, na prática de atos processuais, estabelecido no art. 60, do Código de Processo Penal, onde destaca as incidências de perempção. Nas palavras de Nucci, a perempção “trata-se de uma sanção processual pela inércia do particular na condução da ação penal privada, impedindo-o de prosseguir na demanda” (Nucci, 2021, p.500).

O inciso V, do art. 107, do CP, especifica outra causa que retira o poder do Estado de aplicar sanção, estabelecendo que se o ofendido renunciar ao seu direito de apresentar queixa ou aceitar o perdão, apenas nos casos dos crimes de ação privada, a punibilidade é extinta.

Após, o inciso VI do referido dispositivo legal, expressa que pela retratação do agente, nos casos permitidos em lei, extingue-se a punibilidade, a exemplo disto, observa-se o art. 143, do Código Penal, que trata sobre a retratação, se referindo ao querelado que, nos crimes de calúnia ou difamação, se retratar devidamente será isento de pena. Ainda, o parágrafo único, do mesmo artigo, afirma que se as práticas destes delitos ocorreram por meios de comunicação, a retratação deverá ser feita pelos meios em que se praticou o ilícito, caso a parte queira.

Por fim, a última causa extintiva de punibilidade destacada no art. 107, do CP é o perdão judicial, o qual Guilherme de Souza Nucci define:

É a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu (Nucci, 2021, p. 502).

Finalizada a apresentação das formas de extinção da punibilidade, é importante tecer comentários acerca dos efeitos penais de uma sentença condenatória, que para Guilherme de Souza Nucci são divididos em primários e secundários, ao afirmar que “O efeito principal da sentença condenatória é fixar a pena. Outros efeitos podem daí advir. São os secundários, que não devem ser confundidos com as antigas penas acessórias(...)” (Nucci, 2021, p. 461). Portanto, o efeito primário da condenação é a fixação da pena, ou seja, a sanção penal.

A partir daí, surgem os efeitos secundários que se subdividem em genéricos e específicos, Janaina Conceição Paschoal sustenta em sua doutrina que os incisos I e II, do art. 91, do Código Penal trata dos efeitos genéricos da condenação (Paschoal, 2015, p.144), a saber:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Os efeitos genéricos possuem essa denominação, pois se aplicam a qualquer agente punido por sentença condenatória. Essa distinção entre genéricos e específicos se dá, porque recaem de maneiras diferentes a depender da especificidade do ato ilícito cometido. A doutrinadora, Janaína Conceição Paschoal, afirma que “fala-se em efeitos genéricos da condenação por se aplicarem a quaisquer delitos, independentemente da condição pessoal do condenado” (Paschoal, 2015, p. 144).

Seguindo para os efeitos específicos, a autora, Janaína Conceição Paschoal, os distingue dos genéricos da seguinte forma:

Os efeitos genéricos da condenação se verificam automaticamente, ou seja, não dependem de declaração na sentença, o que não ocorre com os efeitos específicos da condenação. Esses efeitos específicos estão previstos no art. 92 do Código Penal (Paschoal, 2015, p. 146).

Desta forma, o art. 92, do Código Penal, elenca os efeitos específicos, os quais são:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Por conseguinte, abstrai-se do parágrafo único deste referido dispositivo, que estes efeitos elencados acima não são automáticos, em vista disso devem estar declarados de forma motivada na sentença condenatória.

Então, após o cometimento de um crime e ter sentença transitada em julgado em desfavor de um agente, este terá, independente do caso concreto, automaticamente os efeitos genéricos (art. 91, inciso I e II, do CP) da pena aplicados em sua condenação, diferente dos efeitos específicos (art. 92, incisos I, II, e III, do CP), pois estes variam entre cada fato delituoso devendo estarem expressamente motivados na sentença.

Ainda, a Súmula n.º 631, do Superior Tribunal de Justiça, é bem clara ao tratar sobre a forma que os efeitos recaem na condenação quando o indulto (uma das formas de extinção de punibilidade já abordado) é concedido. Destaca-se: “o indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”.

Deste modo, através da referida Súmula, se verificará os efeitos da condenação no caso Daniel Silveira, quando foi concedida graça ao ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) pelo ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro.

## CASO DANIEL SILVEIRA

Daniel Lúcio da Silveira, formado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, em Petrópolis, no Rio de Janeiro – RJ, ocupou o cargo de policial militar e foi Deputado Federal (2019 - 2023) pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), no estado.

No dia 16/02/2021 o ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) divulgou em suas redes sociais um vídeo questionando as formas de atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, como também insultando-os. No vídeo, Daniel Silveira, menciona o Ato Institucional n.º 5, faz referência aos ministros com falas pesadas, afirma que a suprema

corte forma o arcabouço do crime do Brasil e expressa indignação aos membros dos tribunais superiores.

Posteriormente, o ministro Alexandre de Moraes decretou, em 16/02/2021 (mesma data em que o vídeo foi publicado), a prisão em flagrante do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ). No dia seguinte, após o decreto de prisão em flagrante, 17/02/2021, houve o julgamento, no plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), para decidir se a prisão seria mantida ou não, de modo que por unanimidade o plenário do STF votou por mantê-lo preso.

Conforme as notícias divulgadas pela página do STF, a Procuradoria-Geral da República denunciou Daniel Silveira pela prática de vários crimes, veja:

Na denúncia, a PGR imputa a Silveira a prática dos crimes de coação no curso do processo (artigo 344 do Código Penal) e incitação de animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis e incitação de outros crimes para tentar impedir, com o emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados, previstos no artigo 23, incisos II e IV, da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983). (Portal de Notícias STF, 2021, p. 1).

A decisão que manteve a prisão em flagrante do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) foi proferida no Inquérito n.º 4.781, que investiga denúncias caluniosas, ameaças à Corte e notícias fraudulentas. Para o ministro Alexandre de Moraes, a atitude do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) foi contra os princípios republicano e democrático, de forma que também afrontou a separação de poderes.

Ademais, o ministro declarou que as alegações feitas por Daniel Silveira, tais como, cassação, destituição e prisão dos membros do STF, não podem ser acobertadas pela imunidade parlamentar, pois de acordo com seu pronunciamento, no julgamento que manteve a prisão em flagrante do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ), “atentar contra as instituições, contra a democracia e o Estado de Direito não configura exercício da função parlamentar”. O ministro lembra ainda que Daniel Silveira, durante a ação do cumprimento do auto de prisão em flagrante dos policiais federais, foi até seu quarto e novamente fez um vídeo expressando menosprezo às instituições, como também desacatou um policial ao se recusar a usar a máscara.

O processo do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) foi conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, devido ao foro por prerrogativa de função, nos termos do art. 53, § 1º, da Constituição Federal. De acordo com o dicionário jurídico do Supremo Tribunal Federal, o foro por prerrogativa de função “é aquele ao qual se atribui a competência para processar e julgar determinadas pessoas, em razão da função pública que exercem” (Portal de notícias STF). Da mesma forma entende-se que é um direito do presidente da República, de governadores, de ministros, dos parlamentares e outras autoridades de serem julgados por tribunais específicos.

Na ocorrência da prisão, enquanto a Polícia Federal adentrava a residência do ex-Deputado Daniel Silveira (PTB-RJ), o mesmo tuitou em sua rede social que os policiais estavam na sua casa com ordem de prisão expedida por Alexandre de Moraes e que aos esquerdistas que estivessem felizes relaxassem, pois ele teria imunidade material, conforme o portal de notícias da câmara dos deputados.

Tendo em vista a fala de Daniel Silveira acima, o art. 53, da Constituição Federal, estabelece uma forma de imunidade aos deputados e senadores, na esfera civil e penal, referente às suas opiniões, palavras e votos, assim Daniel Silveira acreditava que não poderia ser responsabilizado pelo vídeo postado. Ocorre que, o § 2º, do mesmo artigo expressa o seguinte:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. [...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Desta forma, no caso do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ), o STF decidiu por unanimidade pela manutenção de sua prisão, pois o ministro Alexandre de Moraes afirmou que a conduta de Silveira exercida nas redes sociais afronta os princípios tanto da forma de governo (república) quanto do regime político (democracia) aplicados no Brasil, como também a separação de poderes, configurando crimes inafiançáveis, de forma que a imunidade parlamentar não alcança.

Neste sentido, em noticiário publicado pela Agência Câmara Notícias, a Câmara dos Deputados, no dia 19/02/2021, manteve a prisão em flagrante e sem fiança de Daniel Silveira, seguindo as normas da Constituição Federal. Na sessão de julgamento, 364 deputados acompanharam o voto da relatora, a deputada Magda Mofatto (PL-GO), que apresentou em seu parecer aversão ao comportamento de Daniel Silveira, sustentando que os atos por ele praticados acontecem frequentemente ofendendo as minorias e o Estado democrático de Direito. Para a relatora, as ameaças feitas pelo ex-Deputado Federal Daniel Silveira visavam limitar o livre exercício de poder da União, contrariando a Lei de Segurança Nacional, pois teve a finalidade de “intimidar os ministros do Supremo Tribunal Federal e de criar animosidade entre a Corte e as Forças Armadas”.

No dia 20/04/2021, nos termos da Ação Penal n.º 1.044/STF, Daniel Lúcio da Silveira foi condenado a 8 anos e 9 meses de reclusão, tendo regime inicial fechado, bem como a pagar pena pecuniária no valor de 5 salários-mínimos durante 35 dias. Ainda, como efeitos da condenação, foi determinada a suspensão de seus direitos políticos e a perda do mandato parlamentar.

Posteriormente, tendo em vista a condenação supracitada, o então Presidente, Jair Messias Bolsonaro, assinou, dia 21/04/2021, o decreto que concedeu graça constitucional a Daniel Lúcio da Silveira. Abaixo segue a íntegra da anúncio de Bolsonaro:

DECRETO DE 21 DE ABRIL DE 2022

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e

Considerando que a prerrogativa presidencial para a concessão de indulto individual é medida fundamental à manutenção do Estado Democrático de Direito, inspirado em valores compartilhados por uma sociedade fraterna, justa e responsável; Considerando que a liberdade de expressão é pilar essencial da sociedade em todas as suas manifestações; Considerando que a concessão de indulto individual é medida constitucional discricionária excepcional destinada à manutenção do mecanismo



tradicional de freios e contrapesos na tripartição de poderes; Considerando que a concessão de indulto individual decorre de juízo íntegro baseado necessariamente nas hipóteses legais, políticas e moralmente cabíveis;

Considerando que ao Presidente da República foi confiada democraticamente a missão de zelar pelo interesse público; e Considerando que a sociedade encontra-se em legítima comoção, em vista da condenação de parlamentar resguardado pela inviolabilidade de opinião deferida pela Constituição, que somente fez uso de sua liberdade de expressão;

DECRETA:

Art. 1º Fica concedida graça constitucional a Daniel Lucio da Silveira, Deputado Federal, condenado pelo Supremo Tribunal Federal, em 20 de abril de 2022, no âmbito da Ação Penal nº 1.044, à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos:

I - no inciso IV do caput do art. 23, combinado com o art. 18 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983; e

II - no art. 344 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 2º A graça de que trata este Decreto é incondicionada e será concedida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Art. 3º A graça inclui as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos. (Brasil. Decreto de 21 de abril de 2022. Dispõe sobre a concessão de graça. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022).

O ato do ex-Presidente gerou grande repercussão, com destaque nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 964, 965, 966 e 967, ajuizadas no STF pelos seguintes partidos políticos: Rede Sustentabilidade, Partido Democrático Trabalhista (PDT), Cidadania e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Em síntese, as alegações feitas nas ADPF's foram: (i) a violação de preceitos fundamentais, como a moralidade e a impessoalidade; (ii) o desvio de finalidade, pois o ato não foi proferido a fim de visar o interesse público; (iii) a ofensa ao princípio da separação de poderes; e (iv) que o decreto deve ser anulado por afrontar o bom andamento do processo.

Tendo em vista o ocorrido, o então Procurador Geral da República, Augusto Aras, rebateu as críticas sobre o desvio de finalidade alegado pelos partidos que foram contra a graça concedida. Para ele a concessão do instituto é ato meramente político, e não administrativo, desse modo, não havendo que se falar em desvio de finalidade. O Procurador defendeu a validade do decreto, pois é ato discricionário do Chefe de Estado, ressaltando, porém, que extingue apenas os efeitos primários da condenação, não alcançando os efeitos secundários, penais e extrapenais, conforme a Súmula 631 do Superior Tribunal de Justiça.

Na sequência, após a grande repercussão, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento das ADPF's mencionadas, que visam a nulidade da graça concedida por Bolsonaro. A decisão a ser tomada trata sobre a validade do ato do ex-Presidente da República. Nesta sessão, ocorrida em 27/04/2023, o representante do Partido Democrático Trabalhista (PDT) defendeu que o decreto do ex-Presidente não deve prosperar, pois o fez com desvio de finalidade, não se importando com o interesse público e servindo para beneficiar seu aliado político. De igual modo, o advogado do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) se expressou, afirmando até que esta atitude do ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) foi influenciada pelo ex-Presidente Jair Bolsonaro, que o perdoaria

posteriormente.

O representante do Cidadania aduziu que além de ter ocorrido desvio de finalidade na atitude de Bolsonaro, este também cometeu abuso de poder, pois não houve comoção pública e nem interesse humanitário para a tomada dessa decisão, que foi movida, apenas, por serem aliados.

Em seguida, na sessão de julgamento do dia 04/05/2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) formou maioria para anular o decreto de 21/04/2022, do ex-Presidente Jair Bolsonaro, que perdoou o ex-deputado Daniel Silveira, condenado pela Corte há oito anos e nove meses pelos crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo.

Nesta sessão, tendo como relatora a ministra Rosa Weber, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, acompanharam o voto de Rosa Weber, o qual afirma que o benefício concedido por Bolsonaro possui desvio de finalidade, o que leva a sua nulidade. Para Alexandre de Moraes, a graça concedida afronta a separação de poderes, de modo que o presidente assim fez com o intuito de ir contra a decisão do poder judiciário. Dois ministros se mantiveram a favor do indulto, são eles André Mendonça e Nunes Marques, a opinião de ambos é no sentido de que o ato de Bolsonaro está conforme a Constituição Federal, devendo ser válido.

O acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 964/DF, tem o argumento principal de que o ato administrativo foi exercido com desvio de finalidade. Primeiramente a Relatora, ministra Rosa Weber, decidiu acerca das preliminares arguidas na ADPF n.º 964/DF, entre as quais está a de competência do STF para tratar sobre a “amplitude, a extensão e os contornos do poder e a possibilidade de apreciação de atos de governo pelo STF”, ela defendeu que no Brasil o judiciário possui poder-dever de julgar tudo que chega a ele, e que cabe ao Supremo ser guardião da Constituição Federal.

Na sequência, Rosa Weber associa o presente caso à Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 5.874/DF, que trata sobre o indulto natalino de 2017, defendendo que foi deixado claro o poder do STF intervir em atos de clemência concedidos pelo ex-Presidente da República Michel Temer, ocorre que naquela ação não foram vistos motivos para que barrassem a concessão do indulto coletivo, acrescenta ainda que esta foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o benefício da graça (individual).

Ademais, argumenta que este ato político é uma espécie inserida no gênero de ato administrativo e que por isso deve ser sujeito às normas da administração pública. Ainda afirma que o ex-Presidente Jair Bolsonaro editou o decreto sem qualquer motivação de interesse público, visando apenas beneficiar seu aliado político.

Por fim, no dia 10/05/2023, foi firmada decisão em que a graça, ou indulto, para perdoar a pena imposta a Daniel Silveira seria anulada, a maioria seguiu o voto da relatora Rosa Weber, assim o ato do ex-Presidente Jair Bolsonaro não produziria mais efeitos por ter sido anulado com argumento de que houve desvio de finalidade.

## CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA GRAÇA E DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

No Brasil, o regime de governo adotado é o presidencialista, este sistema implica que compete ao Presidente da República o exercício administrativo interno do país, como também representar a nação em relações exteriores. Assim, Alexandre de Moraes afirma:

Ocorre, porém, que ao contrário das outras instituições, a Presidência é unipessoal; o país era liderado por uma pessoa eleita, direta ou indiretamente, por toda sociedade, para administrá-lo internamente e representá-lo externamente.

(...)

No Brasil, essa mesma tendência foi seguida, pois no final do ii reinado, sob o comando de d. Pedro II, o parlamentarismo nacional manteve-se estável, garantindo a unidade do país por algum tempo, até que a tendência de centralização do poder levou à adoção do presidencialismo republicano. (Moraes, 2013, p. 23 e 24).

Em função disso, há atribuições que são privativas do Chefe de Estado, elencadas no art. 84, da Constituição Federal, o fato de serem privativas enseja no entendimento de que estas atribuições, são exclusivas do Presidente, cabendo unicamente a ele decidir sobre exercê-las ou não.

Sendo assim, uma das atribuições privativas do Presidente da República é a concessão de indulto e comutação de penas, prevista no art. 84, inciso XII, da CF, podendo ser aplicadas com discricionariedade, através da conveniência e oportunidade.

Na doutrina de Alexandre de Moraes, é explícito o entendimento de que o presidente pode exercer livremente suas atribuições, de forma que a única limitação é a própria Constituição Federal. Transcreve-se trecho de sua obra:

A concessão de perdão e a comutação de penas são “exteriorizações de soberania”, exercidos em caráter privativo e discricionário pelo Presidente da República, tendo como limites somente o próprio texto constitucional (CF, art. 5º, XLIII) (Moraes, 2023, p. 574).

Tendo em vista este entendimento, pode-se afirmar que o exercício dessas prerrogativas exclusivas do Presidente não fere o princípio da separação de poderes, que está consagrado no art. 2º, da Constituição Federal, que evidencia “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, servindo como um mecanismo de freios e contrapesos, tendo grande importância para a justiça criminal, mantendo-a equilibrada.

Deste modo, o ministro Alexandre de Moraes segue afirmando em seu livro que o Presidente da República ao exercer atos de clemência não se vincula a jurisprudências e legislações penais, mas apenas às exigências constitucionais. Vide:

O exercício dessa competência constitucional pelo Presidente da República não está vinculado a política criminal estabelecida pelo legislativo, nem tampouco adstrita a jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freio e contrapesos na tripartição de poderes (Moraes, 2023, p. 575).

O ministro Alexandre de Moraes menciona ainda que a concessão dos atos de

clemência, por mais que sejam de exercício privativo e exclusivo do Chefe de Estado, devem, de forma excepcional, passar pela guarda do judiciário para que seja verificado o exercício da conveniência e oportunidade.

Em vista disso, é perceptível que com o “controle” do judiciário sobre os poderes privativos do Presidente da República faz com que perca a característica de exclusividade, pois a única forma de limitação ao exercício de concessão da graça, até então, era o disposto no art. 5º, inciso XLIII, da CF.

Desta forma, há liberdade de controle jurisdicional sobre o disposto no art. 84, inciso XII, da CF, não afrontando a tripartição de poderes, pois o judiciário tem esse controle em mãos, desde que atue dentro dos seus limites, senão os atos privativos do Chefe do Poder Executivo seriam imunes somente ao absoluto respeito à Constituição Federal (Moraes, 2023, p. 575).

Dito isso, no dia 10/05/2023, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para anular a graça concedida pelo ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro, que perdoou o ex-Deputado Federal Daniel Lúcio da Silveira (PTB-RJ), por meio do decreto de 21 de abril de 2022, publicado no Diário Oficial da União.

A ministra Rosa Weber, como já abordado, se manifestou aduzindo que foi concedido benefício com afronta aos princípios que baseiam a administração pública, os quais são: princípio da moralidade, impessoalidade e da isonomia. Apesar de mencionar estas questões, ela afirma que este tema está superado, tendo em vista que há outra fundamentação específica e autônoma para o deslinde do mérito.

Logo, observa-se que o decreto de 21 de abril de 2022, que concedeu graça a Daniel Lúcio da Silveira, foi considerado inconstitucional através do julgamento da ADPF n.º 964/DF, tendo como argumento a teoria do desvio de finalidade, pois se entendeu que a competência do presidente para conceder o ato pode ter parecido lícita, porém o objetivo foi contra ao disposto no ordenamento jurídico. Segue entendimento da ADPF n.º 964/DF:

Ementa Arguições de descumprimento de preceito fundamental. Decreto de 21 de abril de 2022, editado pelo Presidente da República. Preliminares. Rejeição. Competência do Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a amplitude, a extensão e os contornos das atribuições dos Poderes da República. Possibilidade de análise dos atos políticos pelo Poder Judiciário. *Clementia principis*. Instrumento do Poder Executivo de contrapeso ao Poder Judiciário. Indulto como ato político, espécie de ato administrativo. Elementos do ato administrativo. Controle pelo Poder Judiciário. Legitimidade. Desvio de finalidade caracterizado. Pedido subsidiário. Não conhecimento. Indulto não atinge os efeitos secundários da pena, tanto os penais quanto os extrapenais.

1. A jurisprudência desta Suprema Corte reconhece possível a utilização da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais para impugnar atos de efeitos concretos, sempre que – diante da inexistência de outro meio capaz de sanar a controvérsia de forma geral, imediata, eficaz – acarretarem grave violação da ordem constitucional, justificando a intervenção judicial para a tutela de direitos fundamentais ou de interesses políticos e jurídicos socialmente relevantes. Precedentes.
2. O adimplemento dos deveres constitucionais impostos a este Supremo Tribunal Federal pressupõe, de maneira inexorável e intransigente, o absoluto respeito, pelos Poderes Executivo, Legislativo e pelos demais órgãos do Judiciário, às suas deliberações plenárias, pois o atuar desta Corte Suprema consubstancia

expressão direta da superioridade da Constituição.

3. A esta Suprema Corte, no exercício de suas regulares atribuições, outorgadas direta e expressamente pela Carta Política, incumbe decidir sobre a amplitude, a extensão e os contornos que conformam as atribuições dos Poderes da República. Precedentes.
4. O perdão presidencial é um importante instrumento, à disposição do Poder Executivo, de contrapeso ao Poder Judiciário, revelando-se, pois, legítima, em tese, quando devidamente prevista no texto constitucional, a interferência de um Poder no outro.
5. Ao exame da ADI 5.874/DF, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 09.5.2019, DJe 05.11.2020, que versou sobre a constitucionalidade de indulto de caráter coletivo, este Supremo Tribunal Federal não afirmou que a competência privativa do Presidente da República para edição do decreto de indulto se reveste de caráter absoluto, sem qualquer tipo de restrição. Ressaltada, na ocasião, a inadmissibilidade de invasão da esfera de competência privativa do Presidente da República no que diz com o mérito da concessão da *clementia principis* (juízo de conveniência e oportunidade).
6. A existência de vício em quaisquer dos elementos constitutivos do ato administrativo permite a sua legítima invalidação pelo Poder Judiciário.
7. O ato de governo ou ato político, espécie do gênero ato administrativo, reveste-se de espectro mais amplo de discricionariedade. Disso não resulta, contudo, sua insindicabilidade absoluta perante o Poder Judiciário, até porque alguns dos elementos do ato administrativo são totalmente vinculados, como, por exemplo, o sujeito, a forma e a finalidade em sentido amplo.
8. Considerados os diferentes graus de vinculação, a menor vinculação do ato de governo faz-se presente no objeto, no motivo e na finalidade restrita, mas, ainda assim, é possível - mesmo que em menor extensão-, o devido controle externo pelo Poder Judiciário sem acarretar qualquer interferência no mérito administrativo e/ou violação da separação funcional de poderes.
9. A teoria do desvio de finalidade aplica-se quando o agente público competente pratica ato aparentemente lícito, mas com objetivo de atingir fim diverso do admitido pelo ordenamento jurídico, importando em violação de princípios constitucionais.
10. **Configurado, na espécie, o desvio de finalidade do Decreto de 21 de abril de 2022, porquanto o Presidente da República, a despeito das razões elencadas, subverteu a regra e violou princípios constitucionais, produzindo ato com efeitos inadmissíveis para a ordem jurídico. A concessão de perdão a aliado político pelo simples e singelo vínculo de afinidade político-ideológica não se mostra compatível com os princípios norteadores da Administração Pública, tais como a impessoalidade e a moralidade administrativa.**
11. Admitir que o Presidente da República, por supostamente deter competência para edição de indulto, possa criar, a seu entorno, um círculo de virtual imunidade penal é negar a sujeição de todos ao império da lei, permitindo a sobreposição de interesses meramente pessoais e subjetivos aos postulados republicanos e democráticos.
12. O pedido subsidiário não merece ser conhecido, pois o autor não se desincumbiu do ônus processual de realizar o cotejo analítico entre as proposições normativas e os respectivos motivos justificadores do acolhimento da pretensão de inconstitucionalidade.
13. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o indulto, em face da sua própria natureza jurídica, tem a aptidão apenas de extinguir a punibilidade, ou seja, atinge tão somente os efeitos principais da condenação, remanescendo íntegros os efeitos secundários penais e extrapenais.

14. Arguições de descumprimento de preceito fundamental conhecidas. Pedidos julgados procedentes. (STF. ADPF n.º 964/DF. Rel(a). Min(a). Rosa Weber. Tribunal Pleno. J:10/05/2023. DJe: 17/08/2023) – Grifei.

Diante dos fatos expostos, nota-se que em decorrência destas ADPF's originou-se nova jurisprudência acerca do tema, pois com este acórdão criou-se o entendimento de que há a possibilidade do Poder Judiciário adentrar em atribuições de competência exclusiva do Presidente da República, de forma que não interfira no mérito, mas sim na questão de ordem pública, defendendo que o Supremo Tribunal Federal deve guardar a Constituição Federal e tem o poder-dever de agir quando lhe for movida qualquer ação, não podendo permanecer inerte.

No decreto editado pelo ex-Presidente Jair Bolsonaro, é mencionado que o ex-Deputado Federal Daniel Silveira (PTB-RJ) apenas estava fazendo o uso de sua liberdade de expressão, o que de fato ocorreu, porém, as falas de Daniel Silveira foram inesperadas e de baixo nível configurando os delitos já mencionados no presente artigo, então mesmo que o ex-Deputado Federal tenha imunidade parlamentar, ele não pode fazer seu uso para o cometimento de crimes inafiançáveis, por isso foi condenado.

Se tratando dos efeitos penais da condenação, o decreto editado por Bolsonaro menciona sobre o indulto incidir sobre os efeitos secundários da pena, de modo que a simples observância do decreto já deixa isso claro, ocorre que há entendimento pacificado acerca dos efeitos do indulto. Observa-se trecho do acórdão:

O indulto, entretanto, é oportuno frisar, não afasta os efeitos civis e administrativos da condenação, de modo que seu campo de eficácia fica restrito à punibilidade. Como afirma Pontes de Miranda: o indultado é um delinquente perdoado, mas continua sendo delinquente para todos os outros efeitos da condenação (Pontes de Miranda. Comentários à Constituição de 1967, Tomo III (arts. 73-128), 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 118-9).

Ressalto, na mesma linha, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o indulto, em face da sua própria natureza jurídica, tem aptidão apenas de extinguir a punibilidade, ou seja, atinge tão somente os efeitos principais da condenação, remanescendo íntegros, contudo, os efeitos secundários penais e extrapenais (HC 121.907/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 30.9.2014, DJe 28.10.2014, v.g.).

É que, não obstante o instituto tenha como consequência factual a extinção da punibilidade, não apaga a prática delituosa em si tampouco extingue a condenação imposta. Uma vez indultado, o condenado terá reconhecida a extinção da punibilidade, permanecendo, contudo, íntegros os efeitos secundários da condenação. (Relator: Ministro Luiz Fux, ADI 7330 MC/DF)

No mesmo sentido, há súmula firmada no STJ, a qual afirma que “o indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”. Deste modo, nota-se que o entendimento da Súmula citada não está de acordo com o Decreto de 21 de abril de 2022.

Isto porque o referido decreto contraria o firmado na Súmula n.º 631, do STJ, já que pretende retirar os efeitos secundários, penais ou extrapenais da condenação de Bolsonaro.

De tal modo, o jurista e docente da Faculdade de Direito de São Paulo, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, afirma em análise feita sobre o indulto concedido, no portal da faculdade onde leciona, que: “(...) o Decreto pode ter efeito sobre o cumprimento da pena criminal,

mas não atinge os efeitos secundários da pena, como a perda dos direitos políticos, portanto a inelegibilidade” (Mafei, 2022, p. 01).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concessão da graça presidencial, geralmente, é vista como uma medida de clemência, concedida pelo Presidente através do poder discricionário, obtendo critérios subjetivos e políticos que possuem como base a justiça, a equidade, a repercussão pública, a opinião pública e a necessidade social.

Tendo em vista que o poder judiciário serve como um garantidor do exercício das leis, é no âmbito jurídico que se originam decisões a fim de manter o meio jurídico equilibrado, conforme leis e entendimentos já pacificados.

Ocorre que o mundo está em constante mudança, assim como as pessoas e consequentemente o Direito, deste modo os entendimentos jurisprudenciais precisam acompanhar esta constante evolução, ao passo que se criam decisões novas pelos responsáveis de garantir a segurança da organização social.

Portanto, neste contexto, verifica-se que o caso Daniel Silveira pode ser considerado um fato importante para o estímulo de decisão nova acerca da concessão da graça instituída por Chefe do poder executivo, haja vista o entendimento originado através da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º 964, que foi arguida em desfavor do decreto que concedeu a graça ao ex-Deputado federal Daniel Silveira (PTB-RJ).

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Câmara de Notícias. **Câmara decide manter prisão do deputado Daniel Silveira.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/729294-camara-decide-manter-prisao-do-deputado-daniel-silveira>. Acesso em 19 out. 2023.

AGÊNCIA Câmara de Notícias. **Deputado Daniel Silveira é preso por ordem do ministro Alexandre de Moraes.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/728380-deputado-daniel-silveira-e-presos-por-ordem-do-ministro-alexandre-de-moraes/>. Acesso em 20 out. 2023.

AGÊNCIA Câmara de Notícias. **Entenda o foro privilegiado e veja o que pode mudar.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/entenda-foro-privilegiado-e-veja-o-que-pode-mudar/index.html#>. Acesso em: 24 out. 2023.

AGÊNCIA Senado. **Perdão dado por Jair Bolsonaro ao deputado Daniel Silveira repercute entre senadores.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/22/perdao-dado-por-jair-bolsonaro-ao-deputado-daniel-silveira-repercute-entre-senadores>. Acesso em 19 out. 2023.

BOLSONARO, Jair Messias. Câmara dos Deputados. **Decreto de 21 de abril de 2022.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/2022/decreto-58416-21-abril-2022-792543-publicacaooriginal-165040-pe.html#>. Acesso em: 20 out. 2023.

CÂMARA dos Deputados. **Biografia do(a) Deputado(a) Federal Daniel Silveira**. Brasília - DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/204454/biografia>. Acesso em: 20 out. 2023.

HIRABAHASI, Gabriel. Porto, Douglas. Pinheiro, Marcio Tumen. CNN Brasil. **Bolsonaro decreta perdão da pena a Daniel Silveira, condenado pelo STF**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-assina-decreto-que-da-indulto-a-daniel-silveira-condenado-pelo-stf/>. Acesso em: 20 out. 2023.

JÚNIOR, Miguel R. **Código penal comentado**. Editora Saraiva. São Paulo, 2023. E- book Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599510/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional - 39ª edição**. Editora Atlas, Grupo GEN. Barueri/ SP, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 24 out. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Presidencialismo, 2ª edição**. Editora Atlas, Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788522478101. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478101/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

MORAES, Alexandre de. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do Acórdão da Ação Penal n.º 1.044**. Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043>. Acesso em: 20 out. 2023

MUZY, Gustavo. **Direito Constitucional Decifrado. (Coleção Decifrado)**. Editora Método, Grupo GEN. Rio de Janeiro, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646449/>. Acesso em: 24 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642830/>. Acesso em: 16 ago. 2023.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito Penal: Parte Geral**. Editora Manole, São Paulo, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449196/>. Acesso em: 16 ago. 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 964**. Brasília - DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur484731/false>. Acesso em: 24 out. 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Por unanimidade, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira**. Brasília - Distrito Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1>. Acesso em: 20 out. 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Partidos questionam graça concedida por Bolsonaro ao deputado Daniel Silveira**. Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485722&ori=1>. Acesso em: 20 out. 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **STF condena Daniel Silveira a oito anos e nove meses de prisão**. Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe>.



asp?idConteudo=485660&ori=1. Acesso em: 20 out. 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Partidos questionam graça concedida por Bolsonaro ao deputado Daniel Silveira.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485722&ori=1>. Acesso em: 20 out. 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário Jurídico.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=PRERROGATIVA%20DE%20FUN%C3%87%C3%83O#:~:text=FORO%20POR%20PRERROGATIVA%20DE%20FUN%C3%87%C3%83O,-NOTA%3A&text=NOTA%3A-,%C3%89%20aquele%20ao%20qual%20se%20atribui%20a%20compet%C3%A2ncia%20para%20processar,da%20fun%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20que%20exercem>. Acesso em: 05 março 2024

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 631.** Brasília - Distrito Federal. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5061/5187>. Acesso em: 19 out. 2023.

USP - Universidade de São Paulo - Faculdade de direito. **Professores analisam e repercutem condenação e o indulto concedido ao deputado Daniel Silveira.** São Paulo - São Paulo. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/511f74df482a-professores-analisam-e-repercutem-condenacao-e-o-indulto-concedido-ao-deputado-daniel-silveira>. Acesso em: 05 março 2024.

# A criminalização da pobreza por meio do tráfico de drogas ilícitas no Brasil

## *The criminalization of poverty through illicit drug trafficking in Brazil*

**Mariana Santos de Oliveira**

*Universidad De La Empresa – Ude Facultad De Ciencias Jurídicas*

**Gabriela Valadares Motta da Costa**

*Universidad De La Empresa – Ude Facultad De Ciencias Jurídicas*

### RESUMO

Este estudo aborda a questão da criminalização da pobreza por meio do tráfico de drogas ilícitas no contexto brasileiro. Partindo de uma análise crítica das políticas criminais e do sistema de justiça penal, examina-se como a legislação e sua aplicação contribuem para a marginalização e encarceramento em massa de jovens, negros e pobres. Utilizando referências teóricas e dados empíricos, o estudo destaca a influência de fatores sociais, políticos e culturais na construção dessa problemática. Por fim, são discutidas as implicações dessa dinâmica para os direitos fundamentais e a justiça social no Brasil.

**Palavras-chave:** criminalização; pobreza; tráfico de drogas; sistema de justiça penal; Brasil.

### ABSTRACT

This study addresses the issue of the criminalization of poverty through illicit drug trafficking in the Brazilian context. Starting from a critical analysis of criminal policies and the justice system, it examines how legislation and its enforcement contribute to the marginalization and mass incarceration of young, black, and poor individuals. Using theoretical references and empirical data, the study highlights the influence of social, political, and cultural factors in shaping this issue. Finally, the implications of this dynamic for fundamental rights and social justice in Brazil are discussed.

**Keywords:** criminalization; poverty; drug trafficking; justice system; Brazil.



## **INTRODUÇÃO**

A criminalização da pobreza é uma realidade profundamente enraizada no sistema de justiça penal brasileiro, especialmente no que diz respeito ao tráfico de drogas ilícitas. Neste contexto, indivíduos pertencentes a comunidades marginalizadas enfrentam um sistema que, em vez de abordar as causas subjacentes do crime, tende a perpetuar a exclusão social e econômica. Este artigo pretende explorar as dinâmicas que alimentam essa criminalização, examinando as políticas, práticas e discursos que perpetuam a estigmatização e o encarceramento em massa de certos grupos sociais.

## **DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA**

### **Referencial Teórico**

O referencial teórico deste estudo fundamenta-se em obras de pensadores como Zaffaroni, Becker e Andrade, que analisam criticamente as estruturas e práticas do sistema penal, destacando sua relação com a marginalização e exclusão social. Além disso, são exploradas teorias sociológicas que abordam a criminalização da pobreza e as interações entre drogas ilícitas, crime e desigualdade social.

### **Metodologia da Pesquisa/Materiais e Métodos**

A metodologia adotada envolve uma análise documental de legislação pertinente, jurisprudência e dados estatísticos relacionados ao sistema de justiça penal e ao encarceramento no Brasil.

### **Análise e discussão dos resultados**

A análise dos resultados revela uma tendência alarmante de criminalização seletiva, na qual jovens, negros e pobres são desproporcionalmente afetados pelas políticas de combate ao tráfico de drogas. O sistema de justiça penal muitas vezes falha em abordar as causas estruturais do crime, optando por uma abordagem punitiva que perpetua ciclos de marginalização e exclusão.

## **ARTIGO**

O controle exercido pelo governo que, apenas em teoria, deveria servir ao bem comum, o bem da sociedade em geral, tem o sistema de justiça penal como o seu principal instrumento.

As interpretações do sistema penal que, devido à insuficiente base empírica, perdem de vista a compartimentação e a diferença entre funções manifestas e latentes, correm o risco de confundir os discursos pelas suas conclusões, confundindo níveis discursivos com dados da realidade, se são conservadores ou tradicionais.

Assim, a lei como aparelho ideológico desenvolveu a sua legislação penal como

forma de reforçar esta ideologia, basta analisar o direito penal patrimonial existente no Brasil. Neste sentido, com base em textos legais, estas opressões tornam-se naturais e os seus praticantes não refletem ou questionam a prisão em massa dos pobres.

No Brasil, a criminalização das classes subalternas é também subjacente às expressões da “questão social”, como a pobreza e sua associação à noção de “classes perigosas”. Segundo Coimbra (2007, p. 132), desde o final do século XIX, as elites brasileiras construíram a noção da periculosidade com base na concepção de que, “dependendo de uma certa natureza (pobre, negro, semialfabetizado, morador de periferia etc.)”, o indivíduo poderia desenvolver atos perigosos e entrar para a criminalidade. (Criminalização das classes subalternas no espaço urbano e ações profissionais do Serviço Social *Criminalization of the subaltern classes in the urban space and Social Work professional actions* Maria Lúcia Duriguetto Professora associada da Faculdade de Serviço Social da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG, Brasil; bolsista – 2016)

Os reflexos deste sistema penal são a existência de uma arbitrariedade punitiva que pode ser racionalizada a partir de uma teoria já existente. Um exemplo disto poderia ser o Regime Nazi, que construiu a sua lei seguindo teorias conservadoras em vigor na altura, que visavam neutralizar os infratores incorrigíveis através da punição perpétua retributiva ou da pena de morte (Zaffaroni, 2003).

Porém, mesmo que hoje não vivamos em regimes totalitários, como é o caso do Brasil e da maioria dos outros países, é possível dizer que os países e a lei, especialmente o sistema de justiça penal, traz consigo traços de irrealidade, na medida em que funciona como um aparelho ideológico ao serviço do modo de produção capitalista, sem analisar as causas do crime ou as formas de o combater, apenas deslocando o foco da justiça penal para o perpetrador e normalizando os princípios positivistas (Andrade, 1997).

Esta irrealidade coloca o indivíduo como responsável pelo seu próprio destino e elimina a responsabilidade pré-determinada. Ao fazê-lo, aprisiona-os e criminaliza-os, utilizando clichés legais para justificar a ação do Estado. Temos instituições responsáveis por aplicação do direito penal como instituições governadas por engrenagens que servem os interesses da classe dominante.

É dizer, repita-se, diferentemente do que muitos pensam, o crime é um fenómeno cultural, sempre condicionado no tempo e no espaço, longe, portanto, de ser um conceito ontológico, a-histórico ou naturalmente ruim. O que percebemos é um processo de criminalização no qual determinadas condutas são selecionadas para merecer uma pena – uma seletividade que “pressupõe” atores específicos (Argolo Caroline, 2023).

O processo que transforma um fenómeno numa questão pública é geralmente iniciado por empresários morais. Um empresário moral é um indivíduo que quer transmitir a sua moralidade a outros. As regras existentes não o satisfazem. Alguns males incomodam-no profundamente, e esses males devem ser eliminados por novas regras (Becker, 1966: Capítulo 8).

Particularmente em relação às drogas, o aspecto objetivo da definição do fenómeno como um problema público deriva, em grande parte, da seleção e distribuição de casos extremos de dependência e compulsividade, e também de casos em que as drogas estão

associadas à criminalidade como a situação de pobreza. Apesar do fato, de os casos de uso imprudente tenderem a ser a exceção, e o de uso e consumo de drogas ser geralmente uma componente e não a causa de um comportamento criminoso, tais casos de comportamento são apresentados como o resultado padrão de qualquer experiências e hábitos relacionados com o consumo de drogas.

Porém, problemas concretos e frequentes de abuso, mas relativamente poucos, foram incorporados na opinião pública como o resultado inevitável da opinião pública em matéria de drogas, como o que são estranhas às prescrições oficiais de drogas.

Desse modo, a definição da questão e a sua consolidação como uma questão pública depende da capacidade de mobilizar recursos de áreas que possam adaptar a questão, tanto a nível institucional como a nível individual.

O cannabis e a cocaína são substâncias que passaram por este processo. Elas se tornaram questões públicas. Os objetos em que nos concentramos são as relações sociais que fazem com que as sociedades, modos e situações em que estas substâncias são consumidas sejam consideradas inadequadas. Isto acontece quase completamente e independentemente das propriedades farmacológicas das substâncias.

Assim, o nosso principal problema é corroborar a seguinte proposta: empresários morais, médicos, políticos, advogados, autoridades públicas e outros fatores construíram tais relações sociais e políticas, com base em concepções erradas sobre vários aspectos do fenómeno. Tais concepções muitas vezes preconceituosas, são divulgadas e incorporadas na opinião pública e resultam em políticas públicas dispendiosas e ineficientes, especialmente porque visam resolver problemas relacionados com a droga, concentrando os esforços nas leis do campo criminal.

Para Le Roy Ladurie, a cultura é também um fator que interfere com a consolidação e desmantelamento das estruturas sociais. Os padrões sociais presentes nessas duas fases não foram determinados apenas com base em transações econômicas: “as forças que primeiro se expandiram, depois suspenderam e finalmente as dissolveram, não eram apenas econômicas no sentido estrito, mas também cultural” (Le Roy Ladurie *apud* Burke, 1980, p. 95).

Se as drogas ilegais são uma anomalia na concepção funcionalista estrutural, porque é que o seu uso está tão difundido? Porque é que o uso destas drogas variou tanto (e talvez tenha aumentado) ao longo da história ocidental? Não seria mais coerente com a adaptação evolutiva uma certa constância ou redução no uso destas drogas como anomalias?

Podemos assim, pensar, que as oscilações no consumo de drogas, como variável, dependente da estrutura social (variável independente), não seriam um indicador de um sentido cíclico da estrutura social ou de uma estrutura social particular? As duas principais hipóteses avançadas em relação a estas questões são: as drogas ilícitas têm alguma função social (embora sejam condenadas pela sociedade), e são uma componente do sistema geral de ação; ou a transformação social (tendo como referência as oscilações do consumo de drogas) é incompatível com a concepção evolutiva, adaptativa e progressiva do funcionalismo estrutural.

Para garantir a sua existência e para cumprir os seus objetivos, foram necessárias outras ciências para vir em socorro do direito penal no Brasil. Considerando que o sistema penal brasileiro é uma manifestação complexa do poder social, é necessário compreender a “legitimidade do sistema” como uma propriedade dada pela sua racionalidade normativa na nossa cultura social (Zaffaroni, 1991, p. 16).

O sistema brasileiro penal se mostra como “um exercício de poder racionalmente planejado”, e é através do discurso jurídico-penal, ou “ciência penal”, que pretende explicar este planejamento por parte do Estado.

No entanto, se a ciência penal fosse racional e agisse nesse sentido, o Estado de acordo com a programação legal, só então haveria legitimidade e garantia efetiva dos direitos fundamentais (Zaffaroni, 1991, p.16).

No sistema penal, o poder de punir caracteriza-se atualmente por dois discursos legitimadores. Um deles é o discurso legitimador ou o discurso da legalidade no qual o seu exercício está enquadrado no âmbito do legal e normativo; o outro discurso é o utilitarista, segundo o qual o sistema penal procura associar-se ao objetivo expresso na defesa da sociedade. No mesmo sentido, o Estado moderno posiciona-se como um Estado de Direito, e o seu poder de punir é apresentado como o direito de punir a fim de garantir a defesa social (Andrade, 1997, p. 178).

Quando se trata de uma “produção ideológica que legitima o poder criminoso, baseada no princípio da legalidade, tem se seguido a história da justiça penal, essa baseada na legalidade desde o início”, segundo Andrade, (1997, p. 178).

Desse modo, quando analisado, existe um grande fosso entre o que o sistema de justiça criminal visa e o que se alcança. Na criminologia contemporânea, tornou-se comum descrever a operacionalização efetiva dos sistemas de justiça penal em termos que nada têm a ver com a forma como os discursos de justiça jurídico-criminal assumem o seu funcionamento. Diz Zaffaroni, que a programação jurídica se baseia numa realidade inexistente. Da mesma forma, a programação dos organismos funciona de uma forma completamente diferente (Zaffaroni, 1991, p.12).

Em uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça do Brasil, referente a característica dos presos no Brasil, temos que a faixa etária das pessoas privadas de liberdade no país, 30,52% têm entre 18 e 24 anos e 23,39% entre 25 e 29 anos de idade, demonstrando que mais da metade da população carcerária registrada no Banco tem até 29 anos. Quanto raça, cor e etnia das pessoas privadas de liberdade no país, dos dados incluídos no cadastro da pessoa privada de liberdade, o total de 54,96% foram classificados como pretos ou pardos.

No Brasil, conforme a previsão da lei, os elementos a serem analisados pelo magistrado são: a natureza da droga, a quantidade, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como a sua conduta e, quando existentes, os seus antecedentes (Argolo, 2006, p. 95-96).

Insta esclarecer que o legislador determinou critérios para a definição da droga, ou seja, para se determinar se a droga é destinada ou não ao consumo pessoal; entretanto,

não estabeleceu nenhuma preponderância entre eles. Todos os critérios estabelecidos têm igual peso, devendo o magistrado realizar uma análise do conjunto, nunca de forma isolada, considerando apenas um critério. Por assim ser, não se pode afirmar que, se a droga apreendida com o agente for cocaína, trata-se de tráfico. De igual modo, também não se pode afirmar que a pequena quantidade de maconha, por exemplo, é porte para uso pessoal. Em quaisquer casos, o Juiz deverá analisar todos os requisitos em conjunto, cotejados com o caso concreto (Habib, 2019; Argolo, 2006, p. 95-96).

Desta forma, existe uma abertura muito grande para a criminalização da pobreza através do tráfico de drogas no Brasil, diante da liberdade que o magistrado possui de classificar o tráfico e o resultado é um encarceramento em massa, de jovens, negros e pobres. Tudo isso ocorre, na percepção dessa pesquisa, em face da ausência de análise processual mais adequada do crime. Os resultados dessa ausência são a falta das garantias e de direitos a uma parcela da população brasileira que vive em estado de pobreza e marginalização econômica-financeira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da evidência apresentada, é fundamental repensar as políticas e práticas relacionadas ao tráfico de drogas e ao sistema de justiça penal no Brasil. Urge a necessidade de medidas que abordem as raízes da desigualdade e da exclusão social, ao invés de perpetuar a criminalização da pobreza. Somente através de uma abordagem holística e centrada nos direitos humanos, pode-se esperar uma mudança significativa na busca pela justiça social e pela igualdade de oportunidades.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARGOLO, Caroline. **O Racismo Estrutural Refletido na Política Criminal de Drogas**: a necropolítica como critério diferenciador entre usuário e traficante na Lei nº 11.343/2006. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023.

BECKER, Howard. **Marginais e desviantes**. In: Uma Teoria da Ação Coletiva. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, p. 53-57.

COIMBRA, Cecília Maria Rebouças. **Direitos humanos e criminalização da pobreza**. In: FREIRE, Silene de Moraes. (Org.). Direitos humanos, violência e pobreza na América Latina contemporânea. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

# A teoria do etiquetamento social nas sentenças do crime de tráfico de drogas no Brasil

## *The social labeling in trafficking drugs crime sentences in Brazil*

**Mariana Santos de Oliveira**

*Universidad De La Empresa – Ude Facultad De Ciencias Jurídicas*

**Gabriela Valadares Motta da Costa**

*Universidad De La Empresa – Ude Facultad De Ciencias Jurídicas*

### RESUMO

Este estudo investiga o impacto da teoria do etiquetamento social nas sentenças de crimes de tráfico de drogas no Brasil. Explora-se como a criminalização e a marcação social afetam a percepção e o tratamento de indivíduos envolvidos nesses crimes. O artigo destaca a seletividade do sistema penal, a estigmatização de determinados grupos sociais e as consequências disso para a justiça e a sociedade.

**Palavras-chave:** etiquetamento social; tráfico de drogas; criminalização; seletividade penal; estigma social.

### ABSTRACT

This study investigates the impact of social labeling theory on sentences for drug trafficking crimes in Brazil. It explores how criminalization and social marking affect the perception and treatment of individuals involved in these crimes. The article highlights the selectivity of the penal system, the stigmatization of certain social groups, and the consequences for justice and society.

**Keywords:** social labeling; drug trafficking; criminalization; penal selectivity; social stigma.





## INTRODUÇÃO

Este estudo oferece uma profunda reflexão sobre a dinâmica complexa que envolve a criminalização de determinados grupos sociais, especialmente no contexto brasileiro. Ele destaca como indivíduos são rotulados e estereotipados pelo sistema penal, criando uma marca que afeta profundamente suas vidas. A partir das análises de criminologistas, o texto descreve como jovens, especialmente aqueles pertencentes a comunidades marginalizadas, são frequentemente alvo de processos de criminalização.

A teoria do etiquetamento social é apresentada como uma ferramenta importante para entender esse fenômeno, desafiando noções tradicionais de criminalidade como inerentes a certos grupos. Em vez disso, enfatiza-se que o desvio é um resultado da interação social e da atribuição de significados pelos agentes de controle social.

Ao longo do texto, são discutidos exemplos concretos de como a seletividade penal opera, especialmente no contexto do tráfico de drogas. A abordagem crítica adotada revela como as políticas criminais muitas vezes exacerbam a exclusão social e contribuem para a perpetuação da desigualdade, especialmente entre os jovens pobres.

## DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

### Referencial teórico

A análise criminológica contemporânea concentra-se no estudo do indivíduo rotulado como criminoso pelo sistema penal, refletindo a perseguição e a rotulagem intensa por parte das instituições de controle, especialmente daqueles que se enquadram no estereótipo marginalizado. Esse fenômeno, exemplificado pela obra de Vera Malaguti Batista, "Difíceis Ganhos Fáceis", revela uma seletividade punitiva evidente nos registros do antigo Juizado de Menores. Enquanto os jovens das classes privilegiadas recebem tratamento médico, os jovens das classes marginalizadas são submetidos ao paradigma criminal.

### Metodologia da pesquisa

A pesquisa baseou-se em análises empíricas e sociológicas das causas e consequências da massificação e exclusão, com foco nas experiências individuais e coletivas. A abordagem interacionista e o estudo dos processos de rotulagem foram fundamentais para compreender como a criminalidade é construída socialmente.

Além disso, foram considerados estudos de casos práticos e dados concretos para examinar a aplicação prática das leis, especialmente no contexto do tráfico de drogas. A teoria do "Iceberg Invertido", por exemplo, ofereceu insights sobre as diferentes categorias de criminalidade e a seletividade penal.

### Análise e discussão dos resultados

Os resultados da pesquisa revelam a estigmatização e a discriminação sistemáticas enfrentadas pelos indivíduos envolvidos no tráfico de drogas, especialmente os mais pobres.

A aplicação desigual da lei, refletida na diferenciação entre posse para consumo e tráfico, ilustra a seletividade da justiça penal e o impacto dos estereótipos sociais na tomada de decisões judiciais.

A falta de critérios objetivos para distinguir entre usuários e traficantes permite que preconceitos e estereótipos influenciem as sentenças judiciais, resultando em uma criminalização ainda mais intensa dos mais pobres. A atual política de guerra contra as drogas, longe de alcançar seus objetivos declarados, serve principalmente como instrumento de controle social das classes marginalizadas.

## ARTIGO

O estudo do indivíduo como criminoso que ostenta o rótulo e a marca que lhe é atribuída pelo sistema criminoso é uma peculiar amostra do que se passa hoje em dia no campo criminológico, ou seja, a perseguição e a densa rotulagem por parte dos organismos de controle de pessoas que têm o estereótipo marginal. Sendo que o clichê esteriotipado do malfeitor pode ser tido como aquele que vive como um desviante, que vive no seu grupo ou fronteiras da sociedade. Nesse contexto:

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. Observa a criminóloga Vera Malaguti Batista”, que em seu livro *Difíceis ganhos fáceis*, consegue desvendar a seletividade punitiva nos arquivos do extinto Juizado de Menores. Aos jovens consumidores da Zona Sul aplica-se o paradigma médico, através de atestados médicos que garantem soluções correccionais fora dos reformatórios, ao contrário do destino dado aos jovens das classes baixas, para os quais se aplica o paradigma criminal (Zaccone, 2009).

O objeto de estudo torna-se então a pessoa e os processos de criminalização, uma vez selecionados pelo sistema penal é criada uma etiqueta sobre o indivíduo, que esse irá transportar ao longo da sua vida, facilitando a sua descoberta e o seu nome como criminoso.

A teoria do etiquetamento social, ratifica assim o pensamento crítico criminológico afirmando a sua completa ruptura e separação das teorias biológicas e psicológicas, desconstruindo a crença de que o desvio é um conjunto de características essenciais de um determinado grupo ou conjunto de pessoas, mas sim parte de um processo de interação entre indivíduos. Portanto se pode dizer, conforme Zaccone:

Apesar de a própria Secretaria de Segurança admitir diferentes níveis de delinquência ao tratar do tráfico, a conduta de quem dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia recebe o mesmo tratamento penal de quem tem o comando do negócio no varejo, bem como dos grandes produtores e daqueles respeitáveis. A Subsecretaria de Inteligência da SSP/RJ passou a adotar, após o término da Operação Rio, em maio de 1995, a “Teoria dos 3 Níveis ou do Iceberg Invertido”, desenvolvida pelo cel. Romeu A. Ferreira, que classifica a criminalidade no tráfico de entorpecentes em diferentes categorias. A teoria reconhece que o comércio ilícito de drogas nas favelas é a ponta de um iceberg invertido onde se concentra o maior número de pessoas que ficam expostas à repressão (criminalidade de nível 3), ao passo que os “novos ricos” e “os cidadãos acima de qualquer suspeita” estariam situados na criminalidade de níveis 2 e 1, que ilustrariam a ponta submersa (oculta) do iceberg invertido. empresários que financiam a produção e o comércio destas

substâncias com todos respondendo, em abstrato, pelo mesmo crime (Zaccone, 2009).

A compreensão destes aspectos e do seu impacto na existência individual e coletiva facilita a investigação empírico-sociológica das causas e consequências da massificação e exclusão. Mas não se pode perder de vista que o núcleo de referência de todo este processo é o “fator de comunicação”, que está presente nos processos que conduzem à complexidade sistêmica e histórica.

Durante anos, os estudos de criminologia começaram a partir da análise do crime cometido e do fato de o desvio ter sido praticado no grupo maior. Com as teorias da reação social ou abordagem de rotulagem, a definição do objeto da investigação criminológica já não é o criminoso ou o crime, mas a interação cognitiva e prática dos sujeitos envolvidos e a construção da sua experiência no meio da realidade social.

É nesse momento histórico que se introduz, a partir da criminologia, a noção de “periculosidade” na teoria penal, fazendo com que o indivíduo passe a ser considerado pela sociedade no nível de suas virtualidades e não no nível dos seus atos (Zaccone, 2009).

O que distingue a criminologia tradicional da sociologia do crime para os representantes da abordagem de rotulagem são os estudos sobre o interacionismo simbólico e a forma como os processos de interação entre indivíduos moldam as suas atividades. Assim, o crime e a criminalidade pertencem a uma realidade social que é gradualmente construída e elaborada a partir do processo de interação.

Aparece a ideia de uma penalidade que tem por função não ser uma resposta a uma infração, mas corrigir os indivíduos ao nível de seus comportamentos, de suas atitudes, de suas disposições do perigo que apresentam, das virtualidades possíveis (Zaccone, 2009).

Assim, não são apenas os organismos oficiais que são responsáveis pelos processos que definem o crime, mas também os conceitos que são formados através dos processos de interpretação e definição por pessoas que vivem numa determinada classe social e que compreendem um comportamento como desviante.

Dessa forma, os indivíduos que se envolvem em comportamentos desviantes são, por definição, estereotipados como desviantes e merecem receber tratamento diferenciado.

No entanto, Hassemer observa que a abordagem da rotulagem tem o seu significado quando caracteriza a rotulagem resultante de um processo de atribuição, quando o crime é um rótulo constantemente utilizado pela polícia, pelo procurador e pelo tribunal criminal, pelos órgãos formais de controlo social. Assim, “a abordagem da rotulagem refere-se em particular a dois resultados de reflexão sobre a realização concreta da lei: o papel do juiz como criador da lei e o caráter invisível do lado interior da lei” (Hassemer, 1984).

Para Zaffaroni (2007) “a escolha do sistema penal seletivo tal como o conhecemos é feita em função da pessoa (o bom candidato é escolhido com base num estereótipo”. Esse mesmo argumento foi utilizado pela Becker, nos seus estudos sobre forasteiros que engloba o conceito de rotulagem (Becker, 2008).

As contribuições da teoria analisada sublinham a transformação da sociedade atual, que torna o Direito Penal e as suas regras ultrapassadas face ao novo contexto de

uma sociedade pluralista que coexiste com a perspectiva alargada da globalização, e que deveria ultrapassar os conflitos através da tolerância e da alteridade.

No entanto, os comportamentos considerados desviantes provenientes de uma ilusão primária começam a sofrer severas críticas do grupo estabelecido, gerando a rotulagem do indivíduo.

É importante interpretar uma identidade que é degradada e se torna parte de uma lista de forasteiros, caracterizada tanto pelo sistema criminal como pela sociedade envolvente, e como esse estigma molda a personalidade da pessoa.

Sobre este ponto, a nova lei da droga aumentou a discricção dos agentes policiais ao descriminalizar o delito de posse para consumo. Nesse momento a diferença de punição entre tráfico e posse de drogas é ainda maior, a discricção policial aumentou muito. Portanto, em grande parte, está nas mãos da polícia escolher a pena a impor a alguém, a mais severa ou a menos severa.

Nesta ocasião, de acordo com o quadro teórico adotado, a tese de doutoramento da Professora Beatriz Vargas, da Universidade de Brasília, sobre a Ilusão do Proibicionismo trata-se de um estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de droga no Distrito Federal submetido a um questionário específico de 622 sentenças de casos arquivados em 2009 por tráfico de droga no Distrito Federal, nos quatro tribunais penais especializados.

A investigadora - pesquisadora acima declinada, sob o quadro teórico da criminologia crítica, desenvolveu a sua tese com base numa premissa anti-proibicionista, no sentido de que as políticas criminosas relativas às drogas, em vez de cumprirem a missão de promover a redução do consumo e proteger a saúde pública, “aprofundam a exclusão social da pobreza e contribuem para o aumento da violência que escolhe as suas vítimas entre as mais fracas e frágeis face ao sistema criminoso”.

Neste sentido, o processo de sentença é governado por critérios moralizadores e os juízes tendem a tomar decisões baseadas em estereótipos relacionados com a classe e a pertença social. Assim, os juízes só legitimarão, na sua maioria, a decisão discriminatória em que consumidores pobres e pequenos comerciantes são todos considerados e processados como traficantes.

A luz disto, a ausência de requisitos objetivos para determinar a distinção entre o utilizadores e traficantes é um fator crucial para que as decisões sejam tomadas com base em estereótipos sociais.

O fato de os processados em relação às drogas serem frequentemente consumidores e traficantes também contribui para uma criminalização mais dura dos mais pobres.

É fato que o número de consumidores de drogas aumenta gradualmente, dia após dia, em uma vertiginosa proliferação de drogas. Podemos desse modo afirmar ser esse um dos fenômenos mais relevantes na sociedade atual. Nesse sentido, esta situação é entendida como uma espécie de patologia social, uma vez que as drogas são um dos fenômenos mais relevantes.

Este tipo de problema não é exclusivo da esfera interna, e é considerado como um

dos principais conflitos da sociedade moderna em todo o mundo.

Entretanto, a ideia da formação de um “exército de marginais” através do comércio de drogas ilícitas é tão fantasiosa como a existência de armas químicas no Iraque. Pode até servir para justificar uma guerra, mas não se comprova através de dados reais. A imensa maioria das pessoas envolvidas no tráfico de drogas ilícitas ostenta uma realidade distinta de uma organização paramilitar voltada para a destruição do Estado e das instituições democráticas, conforme propõem as campanhas deflagradas pelos veículos de comunicação (Zaccone, 2009).

Diante de todo esse cenário global e midiático, a “guerra contra as drogas”, se tornou algo mundialmente conhecido, em uma tentativa de dar uma resposta a população à toda criminalidade existente, como se as pessoas que são presas, fossem realmente os verdadeiros traficantes, escondendo a realidade e dando uma resposta pragmática à sociedade.

A relação entre o tráfico de drogas e violência é um sentimento construído pelos mídia, produzindo a ideia de que todas as pessoas envolvidas no comércio de drogas ilícitas são “bárbaros” e insuscetíveis de recuperação, sendo o recrudescimento penal o único caminho possível para o Estado na questão das drogas (Zaccone, 2009).

Seguindo este contexto, o Brasil adotou a Lei 11.343/06 que surgiu como uma alternativa à Lei 6.368/2006.

No que diz respeito aos atos que facilitam o consumo, foi na Lei 11.343/06 que ocorreu a descriminalização, através da proibição de penas de prisão para aqueles que cometem as infrações previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Assim, há aqueles que consideram a nova lei como um avanço para uma política anti-proibicionista. Entretanto, nos parece, que continuou a agir de acordo com a lógica proibicionista típica dos países ocidentais, procurando travar o consumo e o tráfico de substâncias estupefacientes, as nuances da criminalidade moderna e não refletindo os avanços na investigação e estudos científicos sobre a droga.

Dado que, embora a lei tenha dado algumas orientações aos juízes sobre a diferenciação entre posse para consumo e tráfico ilícito, esses não são os dados apresentados no artigo 28, § 2 da Lei 11.343/06:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

[...]

§ 2º Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Diante disto, existe um leque realmente estigmatizado, já que o artigo não quantifica, mas apenas menciona natureza, quantidade, as circunstâncias sociais, abrindo margem para um etiquetamento do indivíduo ao considerá-lo traficante ou usuário.

Ademais, o insignificante índice de desclassificação é um dado que denuncia a predileção pela classificação da conduta como crime de tráfico mesmo diante de elementos que poderiam, em tese, caracterizar o consumo pessoal e, para além disso, conforme discutido na presente pesquisa, mesmo diante da dúvida, quando também opta-se pela classificação do tráfico em detrimento do uso (Argolo, 2016).

E mais, tais critérios não podem definir a sentença de atribuição em absoluto, como se fossem únicos e exclusivos, porque se referem a elementos objetivos do tipo.

O rótulo criminal passa a ser a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos, uma vez que a condenação criminal depende, além de distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais. A lógica construída é a de que a lei se destina à proteção dos interesses dos poderosos, enquanto a polícia e a prisão representam garantias violentas de uma ordem social injusta, pois se constituem como uma ameaça permanente contra sujeitos que historicamente são vítimas de opressão social (Argolo, *apud* Santos, 2006).

A atual política de guerra contra as drogas, para além de revelar um verdadeiro fracasso naquilo que se propõe, oculta sua real função que cumpre com magnitude: o controle social das classes perigosas (Zaccone, 2009).

Em suma, o resultado da seletividade da justiça penal, que é ativa em relação à droga, os delitos relacionados com a droga, não pode ser outra coisa, senão a crescente criminalização de jovens pobres, com nenhuma ou poucas qualificações profissionais, que superlotam as prisões em todo o país. Assim, mais uma vez, são eles que pagam o preço da desigualdade social, que é o setor mais pobre da sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, é essencial refletir sobre a dinâmica complexa que permeia o sistema de justiça penal e sua relação com a criminalização de determinados grupos sociais, em particular os jovens pobres. Através da lente da criminologia crítica e da teoria do etiquetamento social, torna-se evidente que a atribuição de rótulos criminais não é apenas uma questão de justiça, mas também um reflexo das estruturas de poder e das desigualdades sociais.

Ao examinar a interação entre indivíduos e instituições de controle social, compreendemos como as noções de periculosidade e desvio são construídas e perpetuadas, muitas vezes através de estereótipos e preconceitos. O sistema penal se revela seletivo, privilegiando certos grupos enquanto marginaliza outros, exacerbando assim as disparidades sociais e econômicas existentes.

## REFERÊNCIAS

ARGOLO, Caroline. **O Racismo Estrutural Refletido na Política Criminal de Drogas: a necropolítica como critério diferenciador entre usuário e traficante na Lei nº 11.343/2006**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2023.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Ver. Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984

ZACCONE, Orlando D' Elia Filho. **Acionista do nada**: quem são os verdadeiros traficantes de Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# Ineficácia da pena restritiva de liberdade

Cliciano Vieira da Silva  
Janildes de Moura Lino

## RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo sobre temas relativos ao sistema carcerário brasileiro, o código penal vigente, suas implicações e aplicações. Sendo assim, este trabalho tem grande relevância, uma vez que é notória a falência do sistema carcerário brasileiro, pois o sistema atual não mostra real capacidade de ressocializar os presidiários. Para tanto, primeiramente foi realizado um levantamento bibliográfico sobre o processo de encarceramento, os direitos humanos dos presos e suas garantias legais, a situação atual dos presídios brasileiros, breve histórico sobre a justificativa restaurativa e uma visão sobre a reincidência do preso como resultado da ineficiência do programa de ressocialização dos presídios brasileiros. Ficou demonstrado que é necessário substituir a pena privativa de liberdade por outras penas menos onerosas, que permitam ao condenado evitar a estigmatização provocada pela reclusão em estabelecimento penitenciário e pelo afastamento da família e da sociedade; bem como garantir a sua reabilitação.

**Palavras-chave:** execução penal; sistema prisional; pena restritiva de liberdade.

## ABSTRACT

The present work consists of a study on topics relating to the Brazilian prison system, the current penal code, its implications and applications. Therefore, this work is of great relevance, since the failure of the Brazilian prison system is notorious, as the current system does not show a real capacity to resocialize inmates. To this end, firstly, a bibliographical survey was carried out on the incarceration process, the human rights of prisoners and their legal guarantees, the current situation of Brazilian prisons, a brief history of the restorative justification and an overview of the prisoner's recidivism as a result of inefficiency of the resocialization program for Brazilian prisons. It has been demonstrated that it is necessary to replace the custodial sentence with other less onerous sentences, which allow the convicted person to avoid the stigmatization caused by confinement in a penitentiary establishment and separation from family and society; as well as guaranteeing their rehabilitation.

**Keywords:** criminal execution; prison system; freedom restrictive penalty.





## INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, é o Código Penal vigente em nosso país. A referida Lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento dos seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinuiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal.

Em contrapartida, a insegurança resultante do progressivo aumento da violência urbana e da criminalidade em geral não encontrou resposta na nova lei que, nesse passo, apenas possibilitou ao juiz a aplicação de penas mais elevadas nos crimes continuados praticados com violência ou ameaça.

O aumento da insegurança e violência resulta em um incremento significativo do número de pessoas encarceradas. O que agrava ainda mais a situação de superlotação do sistema prisional brasileiro. A falta de vagas no sistema penitenciário é notória, de modo que o apenado cumpre sua pena em condições que ferem a dignidade humana em total afronta ao disposto na Lei de Execuções Penais – LEP (Lei n. 7.210/1984). A Anistia Internacional em relatório sobre a situação dos presídios brasileiros destacou que “as prisões são uma masmorra, com condições de animais. São um depósito de seres humanos em péssimas condições. Há uma situação generalizada de superlotação, de péssimas condições de saúde, de higiene”.

Desde forma, faz-se necessário um estudo sobre temas relativos ao sistema carcerário brasileiro. Sendo assim, este trabalho tem grande relevância, uma vez que é notória a falência do sistema carcerário brasileiro, pois o sistema atual não mostra real capacidade de ressocializar os presidiários. Existe uma situação caótica no sistema e muitos prisioneiros continuam comandando as suas quadrilhas do interior do próprio presídio, agravando ainda mais a violência no país.

Neste trabalho, primeiramente será feito um levantamento bibliográfico sobre o processo de encarceramento, os direitos humanos dos presos e suas garantias legais, a situação atual dos presídios brasileiros, breve histórico sobre a justificativa restaurativa e uma visão sobre a reincidência do preso como resultado da ineficiência do programa de ressocialização dos presídios brasileiros.

De modo geral, esta pesquisa se desenvolve a partir de referências textuais documentais e bibliográficas, extraídas tanto de livros de renomados penais quanto da internet. Utilizou-se como metodologia pesquisa bibliográfica para o embasamento teórico necessário ao estudo. De acordo com Markoni e Lakatos (2006, p. 14) “a pesquisa bibliográfica tem como finalidade posicionar o leitor, o colocando em contato com tudo que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto”.

Assim, de posse do referencial bibliográfico, procedemos à leitura seletiva de capítulos, artigos, textos que contribuiriam com esta investigação. Desta forma, como objetivo geral deste trabalho pretende-se fazer uma pesquisa sobre o sistema carcerário

brasileiro, suas condições e implicações de medidas correccionais utilizadas atualmente.

Como objetivos específicos deste trabalho destacam-se:

1. Levantamento bibliográfico sobre o processo de encarceramento, os direitos humanos dos presos e suas garantias legais.
2. Tratar a questão da situação atual dos presídios brasileiros.
3. Discutir a Ineficácia da Pena Restritiva de Liberdade.

A ineficácia da pena restritiva de liberdade é um tema de grande relevância no campo do direito penal, suscitando debates contínuos sobre a efetividade do sistema carcerário como forma de punição e reabilitação. Uma justificativa para escrever um artigo sobre esse assunto em linguagem jurídica é a necessidade de explorar criticamente as limitações do atual paradigma punitivo e examinar alternativas mais eficazes para lidar com o crime e promover a justiça social.

Este estudo visa contribuir para o debate acadêmico e prático sobre políticas criminais, fornecendo uma análise aprofundada das razões pelas quais a pena restritiva de liberdade muitas vezes falha em alcançar seus objetivos declarados. Além disso, busca-se destacar o impacto negativo da prisão na vida dos indivíduos, nas comunidades e no sistema de justiça como um todo. Ao abordar o tema em linguagem jurídica, o artigo pretende oferecer uma análise fundamentada em princípios legais, jurisprudência e doutrina, a fim de embasar argumentos sólidos e fundamentados. Além disso, busca-se fornecer uma visão multidisciplinar, integrando *insights* da criminologia, psicologia, sociologia e outras áreas relevantes.

A intenção é não apenas apontar os problemas associados à pena restritiva de liberdade, mas também propor soluções e alternativas viáveis que possam melhorar o sistema de justiça criminal, promover a reabilitação dos infratores e reduzir a incidência de reincidência. Em última análise, este artigo busca contribuir para um maior entendimento dos desafios enfrentados pelo sistema de justiça penal e para o desenvolvimento de políticas mais eficazes e humanas no tratamento dos infratores.

## SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL

Nos dias atuais, o sistema prisional é visto como a última instância do macro sistema de segurança pública e de justiça, que começa com políticas preventivas e ostensivas, passando pela confrontação do delito e seu apuramento, procedimento do Ministério Público, responsável pela ação penal, e do Poder Judiciário, responsável por julgar e aplicar a pena. Por fim, acontece a execução da pena, que pode ou não envolver a prisão. Contudo, muitas vezes ocorre a prisão por tempo indefinido sem ao menos ter ocorrido um julgamento, sendo os presos maltratados nos cárceres. A maior parte da população carcerária não recebe as assistências previstas em lei, dentre muitos outros problemas, que incluem a morte de detentos nas prisões (Messias, Moraes, 2020).

A situação atual dos presídios brasileiros é complexa, incluindo grandes capitais como Salvador, a principal função da lei penal não está sendo alcançada que é a de

ressocializar os infratores que são encaminhados para as instituições prisionais. O sistema carcerário brasileiro atual encontra-se falido, sem qualquer perspectiva de mudança positiva. Dentre os problemas encontrados no sistema carcerário brasileiro, pode-se apontar, especificamente (Messias, Moraes, 2020):

- Espaço físico inadequado, superlotação;
- Atendimento médico, odontológico e psicológico insatisfatório;
- Direitos do preso tratados como liberalidades;
- Uma quantidade considerável de presos poderia estar nas ruas por causa da Progressão Penal ou pelo cumprimento da pena;
- Falta de acesso efetivo à Justiça ou Defensorias Públicas;
- Segurança Pública não consegue inibir as atividades do crime organizado que consegue orquestrar diversas atividades retaliativas junto à sociedade, como o ataque ordenado contra policiais, fechamento de comércio e escolas, execuções sumárias, paralisação dos transportes coletivos e atentados a prédios públicos;
- Tortura e maus-tratos, corrupção, negligência e outras ilegalidades praticadas pelos agentes públicos, além da conivência destes às movimentações que redundavam em fugas e rebeliões, inclusive com saldo em mortes de presos;
- Incapacidade da Segurança Pública em manter a ordem e aplicar a lei com rigor sem desrespeitar os Direitos Humanos dos apenados bem como incapacidade em cumprir as normas firmadas nos acordos internacionais, os quais o Brasil é signatário;
- Rebeliões e atentados frequentes nas prisões;
- Entrada de materiais proibidos que dão apoio ao crime dentro e fora da prisão, tais como aparelhos celulares e armas brancas.
- Estado não consegue aplicar a tecnologia existente de forma a prevenir ou combater o crime, tais como Bloqueador de Radiofrequência, Raio X, e Detector de Metais.

Dentre estes, a superlotação é o mais grave problema enfrentado atualmente, visto que o número de presos é superior ao número de vagas disponível para recebê-los. Sobre o assunto, Porto (2007, p. 22) destaca que:

A superlotação é o mais grave – e crônico – problema que aflige o sistema prisional brasileiro. A par de viabilizar qualquer técnica de ressocialização, a superlotação tem ocasionado a morte de detentos face à propagação de doenças contagiosas, como a tuberculose, entre a população carcerária.

Assim, acredita-se que a superlotação está no centro dos problemas, visto que impede que outras ações que visam a ressocialização sejam executadas, até mesmo os direitos humanos dos presos são ameaçados face a esses problemas, pois os presos passam a viver em condições subumanas.

Apesar dos presos terem cometido transgressão da ordem comum, a humilhação

que o Estado submete o apenado é injustificável. Foucault (1987, p. 73) pontuou “a atrocidade de um crime é também a violência do desafio lançado ao soberano: é o que vai provocar da parte dele uma réplica que tem por função ir mais longe que essa atrocidade, dominá-la, vencê-la por um excesso que a anula”. Acredita-se que a falta de investimentos e políticas públicas voltadas para o sistema prisional seja o principal problema enfrentado por essas instituições, sendo necessária a construção de mais presídios para a resolução desse problema. Barbosa (2007, p. 20) aponta outras soluções para a superlotação dos presídios:

A descriminalização das condutas de menor potencial ofensivo, a aplicação de penas alternativas (especialmente as que implicam na prestação de serviços à comunidade), o estímulo da “transação penal” nos juizados especiais (cíveis e criminais) e a suspensão condicional da pena (conhecida como sursis) são os caminhos mais aventados, no momento, para evitar o encarceramento (Barbosa, 2007, p.20).

Porém, Carvalho Filho (2002, p. 72) ressalta que as soluções apontadas por Barbosa ainda não são aceitas no Brasil, segundo o autor:

Há inconformismo com a perspectiva de o condenado deixar o cárcere antes de encerrar a pena prevista na sentença. [...] O sentimento de impunidade que percorre todos os estratos sociais também estimula os tribunais a agir com rigor acentuado, muitas vezes maior que o próprio espírito da lei.

Assis (2007) ressalta que a superlotação das celas traz para os presos, perigosidades, visto que a proliferação de epidemias e ao contágio de doenças, sem falar que acarreta também em má alimentação dos presos, sedentarismo, uso de drogas, falta de higiene, fazendo com o preso saia da condição privativa de liberdade com a saúde fragilizada.

Ainda de acordo com o autor, estima-se que 20% dos presos brasileiros estão acometidos pela AIDS/HIV, em decorrência do homossexualismo e violência sexual que ocorre no âmbito desses presídios. Fala-se ainda acerca da saúde mental desses presos, que de acordo com Assis (2007) é presente dentro dos presídios, bem como deficiências físicas e doenças de pele, tendo, portanto, a saúde precária. As condições de dormida e higiene também são precárias, os presos chegam a dormir pelo chão e os banheiros encontram-se sem condições de uso. A situação é fato deplorável.

## **Justiça restaurativa**

Trata-se a justiça restaurativa de um instituto que possui enfoque de conflitos diferente do tradicional sendo reconhecida em razão do fracasso das penas privativas de liberdade como meio de ressocialização do infrator (Braga, 2014). Pellenz e Bastiani (2015) consideram a justiça restaurativa um novo método de aplicação de justiça na qual vítima e agressor participam de forma ativa no processo através de entendimento e diálogo com vistas a reparar o dano e reintegrar o infrator na sociedade.

A prática restaurativa não precisa ser utilizada somente em contravenções penais, pois esta vem demonstrando que pode alcançar soluções eficazes em crimes de maior potencial ofensivo como em casos de violência contra a mulher. Deste modo, os envolvidos decidem de forma coletiva como lidar com a decorrência do ato danoso buscando fortalecer os laços comunitários e prevenir futuros conflitos.

A justiça restaurativa atua como um a articulação com o sistema de justiça criminal contribuindo para as abordagens de conflitos. Pode ser entendida como um método para abordagens de conflitos em que vítima, infrator e membros da comunidade participam de forma coletiva na construção de soluções para reparação do injusto causado (Braga, 2014).

O processo restaurativo é estritamente voluntário, informal e deve ocorrer preferencialmente em espaços comunitários. Dois mediadores participam do processo de modo a promover o encontro e alcançar o resultado restaurativo (BRAGA, 2014). Este processo pode ser considerado um meio de propiciar a ascensão do interprete no direito criminal para que se possa incentivar a decisão de responsabilização do crime através das partes envolvidas no delito (Luz, 2012). Nas palavras de Luz (2012, p. 107):

A adoção de práticas restaurativas não significa impunidade, tampouco leniência com o infrator. Com efeito, a Justiça Restaurativa não deixa de conceber que o crime gera obrigações para o ofensor, que deve ser responsabilizado, e deve, na medida do possível, reparar o dano causado a sua vítima.

Neste exposto, torna-se a justiça restaurativa um sistema essencialmente comunitário, em que se evita a punição e busca maior humanização, oferecendo ao infrator e à vítima a possibilidade de uma forma de pensamento diferenciado acerca da privação da liberdade, reabilitação, democracia, dentre outros (Gonçalves, 2015).

O termo Justiça Restaurativa foi empregado primeiramente pelo Americano psicólogo Albert Eglash, na década de 1950, para descrever um modelo alternativo de reabilitação do ofensor (Bianchini, 2012, p. 88). Porém, foi a partir da década de 1970 que a Justiça Restaurativa ganhou força no âmbito internacional nos países como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Colômbia, Argentina, entre outros. Para Bianchini (2012, p. 89):

O termo Restaurativo é o mais adequado a essa abordagem do crime. Pela raiz semântica as palavras 'restaura', cuja origem no latim '*restaurare*' significa: obter de novo a posse; curar, recuperar, reparar, reconquistar, reaver, restabelecer, restituir, indenizar e voltar ao estado primitivo; e 'tivo' formador de vocativo a partir de radicais verbais que se refere a 'agente' e o 'que é próprio para'. Logo, restaurativo é o restabelecimento por meio de um agente ou de alguém próprio a restaurar.

No que concerne o Conselho Nacional de Justiça, o parágrafo 1º, do artigo 1º da Resolução 225, de 2016, do CNJ, apresenta conceitos legais de Justiça Restaurativa:

§ 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se: I – Prática Restaurativa: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo; II – Procedimento Restaurativo: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo; III – Caso: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas; IV – Sessão Restaurativa: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo; V – Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos: a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; c) reparação dos danos sofridos; d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

Também no artigo 1º do CNJ, a Resolução 225 de 2016, no que se refere a Justiça Restaurativa, apresenta o conceito legal da respectiva Justiça: No que se refere a Justiça

## Restaurativa

Art. 1º. 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 na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Os princípios restaurativos são: humanidade, intervenção mínima, adequação social, proporcionalidade, razoabilidade, voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade, adaptabilidade, imparcialidade, entre outros. Segundo o artigo 2º da Resolução 225, de 2016, do CNJ, correspondem a Justiça Restaurativa os seguintes princípios: “a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade”.

A prática da Justiça Restaurativa é incentivada pelo CNJ e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), tendo inclusive sido firmado em agosto de 2014 um Protocolo de Cooperação para a Difusão da JR. A introdução da prática atende o disposto na resolução nº 125, que estimula a busca por soluções extrajudiciais para os conflitos.

É difícil determinar numericamente a quantidade de projetos em andamento no país. Os Tribunais pioneiros na inserção da Justiça Restaurativa, diante dos bons resultados alcançados, aumentaram suas áreas de atuação e estão interiorizando as práticas, projetos experimentais aparecem por todo o Brasil. Os resultados dessas experiências serão de grande valia com o objetivo de trilhar caminhos mais seguros e finalmente inserir essa alternativa de hoje como principal instrumento de resolução de conflitos em nossa sociedade.

## **A REINCIDÊNCIA DO PRESO COMO RESULTADO DA INEFICIÊNCIA DO PROGRAMA DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS**

A prisão deveria atuar como local de reabilitação. A reflexão se baseia nas teorias disponíveis, as quais mostram que a maioria dos crimes são cometidos por motivos fúteis ou por falta de perspectiva. Com isso, tem-se uma população carcerária passível de reabilitação. De acordo com o artigo da Rev. Adm. Contemp. (1998, p.131):

Mas a prisão também se fundamenta como papel de transformar indivíduos. A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo, deve tomar a seu cargo todos os aspectos dos indivíduos, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições, enfim ela dá um poder quase total sobre os detentos.

No código brasileiro, pode-se encontrar no artigo primeiro da Lei de Execução Penal o seu objetivo:

Art 1º- Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

De acordo com o artigo supracitado nota-se que a execução penal tem dupla finalidade, efetivar de maneira clara o que foi definido criminalmente além de criar ao encarcerado condições eficazes para que ele consiga se reinserir ao meio social e assim não cair na situação criminosa passada.

A reinserção social tem como foco a humanizar a passagem do detento na instituição carcerária, e busca passar uma orientação humanista colocando a pessoa que delinuiu como centro da reflexão científica.

De acordo com os juristas Nery e Júnior (2006, p.164):

Presos e direitos humanos. Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares.

É preciso que sejam criadas ações de políticas de penitenciária, de forma que auxiliem na recuperação do encarcerado. Não se pode omitir o fato de que a execução criminal passa pelas garantias constitucionais. Afirma Zacarias (2006, p. 35) que:

Apesar de moderna, procurando racionalizar, desburocratizar e flexibilizar o funcionamento do sistema prisional, a Lei de Execuções Penais não tem produzido os resultados concretos almejados por seus autores e esperados pela sociedade. Tal ineficácia está na omissão do Poder Executivo que, procurando de todas as formas dirimir e eximir-se de suas obrigações básicas no plano social, até a presente data não houve investimentos necessários em escolas, em fábricas e fazendas-modelo, ou mesmo comércio; em pessoal especializado e em organizações encarregadas de encontrar postos de trabalho para os presos em regime semiaberto e aberto, principalmente para os egressos dos estabelecimentos penais.

A Lei de Execução Penal possui em seu escopo os recursos teóricos necessários para modificar a situação em que hoje se encontra o sistema penitenciário. Se utilizada de forma efetiva ofereceria benefícios não só para os indivíduos que estão detidos, mas para a sociedade como um todo. A participação não só dos que tratam mais diretamente com os apenados, no caso dos funcionários, diretores de presídios, como também da família dos presos e do Poder Executivo é imprescindível. Este último tem a necessidade urgente de se conscientizar do seu papel e promover investimentos para esse programa ressocializador.

As penas de prisão devem determinar nova finalidade. Não apresenta efetividade nenhuma somente castigar o indivíduo, mas sim, proporcionar aos encarcerados condições para que eles possam ser reintegrados à sociedade de maneira eficiente e humana.

Fazer com que os presos se recuperem e passem a ter um convívio social é o objetivo principal da Lei Executória. A ressocialização do preso é o foco de fato, contudo, devido às estruturas físicas e organizacionais tal regeneração torna-se praticamente inviável, onde a prisão deveria ter caráter de estágio para o convívio social, muitas vezes se torna escola para o crime.

Baseando-se na lei de execução penal, quando ocorre a condenação do indivíduo pelo Estado, onde ao cometer um crime contra a sociedade ele perde o direito de liberdade, o mesmo deveria ter a seu dispor um sistema de qualificação visando o seu retorno à sociedade, ou seja, uma reeducação social.

Todavia, não é possível afirmar que tal artigo está sendo cumprido, haja vista que é comum nos noticiários de diversos meios de comunicação a publicação de matérias voltadas para a falta de humanização nas cadeias brasileiras, geralmente os presos encontram-se misturados em número bem mais alto que o suportado pelas celas, vivendo em condições subumanas. Mirabete (2012, p. 24) salienta que:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior [...]. A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação.

Deve-se destacar, no que concerne à ineficiência da ressocialização pelos presídios brasileiros, o aprendizado de atividades criminosas que os encarcerados passam a ter, visto que se encontram misturados, com tempo ocioso, fazendo com que conversem e percebam novas chances de adquirir dinheiro fácil. Muitos, inclusive, comandam o crime de dentro dos presídios, por meio de aparelho celular.

Pinheiro (*apud* Cintra Jr., 1993, p. 106):

As prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime. Ainda que as pesquisas oscilem quanto aos números precisos, seria realista dizer que mais da metade dos condenados egressos das prisões voltam ao crime. E seria de se espantar que assim não fosse. Não se pode esperar que cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições dos guardas de presídio, afinal os executantes da pena. A pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias, sem regras fixas, sem defesa, que por um sim ou por um não “condena” os internos a isolamentos e castigos físicos. As humilhações são estendidas às famílias dos criminosos, submetidas a vexações que contribuem para agravar o isolamento do preso, objetivo máximo do sistema penitenciário.

Acredita-se que as falhas presentes no sistema prisional são decorrente de um desinteresse por parte dos poderes governamentais, visto que se nota um desleixo para essas questões, os presídios estão lotados, os presos estão submetidos à condições subumanas e a pena de execução penal nesse contexto não encontra possibilidade para sua efetiva aplicação.

Assim, observando os presídios como empresas que devem ser geridas de forma eficiente, com investimentos e atenção holística, tem-se que muitos dos problemas do sistema prisional brasileiro são de ordem administrativa.

Sobre as possibilidades de regeneração/ressocialização do indivíduo, Fernandes (2000, p. 455) elucida que:



A recuperação do criminoso, portanto, visando a sua não reincidência na prática delituosa; entre nós, é um mero sonho de verão, um sonho vazio, uma quimera grotesca, um mero devaneio romântico. E ainda existem aqueles que, erroneamente, pensam que a redenção dos criminosos é algo absolutamente impossível! Ora, por pior que seja o delinquente, sempre resta dentro dele uma partícula, por mais pequena que seja, no entanto, com o condão de a qualquer momento, poder propiciar-lhe a recuperação. O delinquente, mesmo que se mostre um ser humano de comportamento violento, contraditório, místico, misterioso, incoerente, paradoxal, frio e calculista, é perfeitamente passível de emenda se submetido a um adequado tratamento moral, intelectual, psicossomático (*sic*) profissionalizante, etc., disso não se tem dúvida, mesmo em sabendo que a personalidade humana, muitas vezes, é o mais estranho polígono de forças físicas e psíquicas ou morais que, não raro se chocam violentamente entre si.

Assim, pode-se dizer que é perfeitamente possível ressocializar um indivíduo que entrou para o mundo do crime, todavia, não com o sistema vigente nos dias de hoje, faz-se necessárias novas propostas que visem a melhoria do sistema prisional, promovendo possibilidades de ressocialização do preso, com condições humanas para sobreviver, acreditando-se que atividades laborais se fazem de suma importância para ocupar o tempo ocioso, bem como, ensinar uma nova profissão visando a sua volta para a sociedade.

É necessária e urgente a transformação do sistema para que a regeneração do condenado seja realizada através de ferramentas como a educação e o trabalho, de modo a dar-lhe condições de levar uma vida digna quando sair do estabelecimento prisional, e evitar que o cárcere seja mais penoso do que deve ser. A discussão sobre a ineficácia da pena restritiva de liberdade geralmente gira em torno de argumentos que questionam a efetividade dessa medida como forma de punição e reabilitação. Aqui estão alguns pontos que podem ser abordados nessa discussão:

Muitos estudos mostram que a prisão por si só não é eficaz na redução da reincidência criminal. Os detentos muitas vezes saem do sistema penitenciário sem terem recebido a reabilitação adequada, o que aumenta as chances de cometerem novos crimes. A manutenção de sistemas prisionais é extremamente custosa para o Estado e para a sociedade em geral.

Os recursos financeiros gastos na construção e operação de prisões poderiam ser direcionados para programas de prevenção ao crime e de reintegração de ex-detentos à sociedade. A prisão pode levar à estigmatização e criminalização dos indivíduos, dificultando sua reintegração social após o cumprimento da pena. Isso pode resultar em marginalização, desemprego e alienação, o que por sua vez pode contribuir para um ciclo de criminalidade contínua (Da Silva, 2014; Bianchini, 2012, Carvalho Filho, 2002).

Muitos defensores argumentam que existem alternativas mais eficazes à prisão, como programas de liberdade condicional, penas alternativas, justiça restaurativa e reabilitação baseada na comunidade. Essas abordagens focam na reforma do indivíduo, na responsabilização pelos danos causados e na reintegração à sociedade. Argumenta-se também que é mais eficaz investir em medidas de prevenção do crime, como educação, acesso a oportunidades de emprego, assistência social e apoio à saúde mental, do que apenas punir os infratores após a ocorrência do delito (Bianchini, 2012).

Em suma, a discussão sobre a ineficácia da pena restritiva de liberdade no contexto jurídico é complexa e envolve considerações sobre justiça, reabilitação, custo-benefício e

impacto social. É importante explorar diferentes perspectivas e evidências empíricas ao avaliar a eficácia das medidas punitivas e buscar abordagens mais holísticas e centradas na pessoa para lidar com a criminalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi estabelecido que as penas privativas de liberdade não cumprem seu propósito; preventivo e ressocializante. Foi demonstrado que o sistema de administração da justiça criminal sofre de algumas falhas, relacionadas aos integrantes das instituições que compõem o referido sistema. Também está provado que o sistema penitenciário não garante o cumprimento dos fins da pena; fazendo com que os condenados, longe de serem ressocializados, tenham maior tendência à prática de crimes, uma vez cumprida a pena privativa de liberdade.

Por último, ficou demonstrado que é necessário substituir a pena privativa de liberdade por outras penas menos onerosas, que permitam ao condenado evitar a estigmatização provocada pela reclusão em estabelecimento penitenciário e pelo afastamento da família e da sociedade; bem como garantir a sua reabilitação.

A política penitenciária deve ser repensada, dotando o sistema de execução penal de melhor logística, tanto em infraestrutura (escritórios administrativos e centros penitenciários), quanto em recursos humanos, para os quais o pessoal que trabalha nesse sistema deve ser treinado e sensibilizado. Os profissionais que participam da avaliação dos presidiários devem ser capacitados; como psicólogos e assistentes sociais; para que emitam relatórios próximos ao grau de ressocialização que o condenado atingiu. Da mesma forma, devemos ter juízes especializados em direito penal que procedam a uma análise exaustiva e minuciosa do respaldo dos relatórios dos psicólogos, assistentes sociais que avaliaram o condenado; bem como o indicado por este último.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ. Brasília, Ano x1, nº 39, P. 74 – 78. out/ dez. 2007.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**/Cezar Roberto Bitencourt. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA, Maria do Socorro P. **Justiça Restaurativa: Benefícios para sociedade e justiça**. Trabalho de Conclusão de Curso. Monografia apresentada ao Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra como requisito à obtenção do diploma do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia (CAEPE). 2014.

BRASIL, **Lei n. ° 10.792, de 1° de dezembro de 2003**. Altera a Lei n. ° 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n. ° 3.689. <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em: 02 mar. de 2024.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 02 mar. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 44.049/SP. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Julgado pela Sexta Turma em 12 de jun. de 2006.** Publicado no Diário da Justiça de 19 de dez. de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=630511&sReg=200500778098&sData=20071219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=630511&sReg=200500778098&sData=20071219&formato=PDF)>. Acesso em: 02 de mar. de 2024.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão.** São Paulo: Publifolha, 2002.

DA SILVA, Deivid Ferreira. **A ineficácia do sistema prisional brasileiro frente à necessidade da ressocialização do preso.** Violência e Criminologia I, p. 4, 2014.

FERNANDES, Newton. **A falência do sistema prisional brasileiro.** São Paulo: RG Editores, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GONÇALVES, Conrado Cabral Ferraz. **A justiça restaurativa e o sistema jurídico socioeducativo brasileiro.** Dissertação. Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a racionalidade criminal da ascensão do intérprete.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador. 2012.

MARCONI, M. A; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; MORAES, Gabriella Argenta Gomes. **A privatização dos presídios e a crise do sistema prisional.** Revista da AJURIS, v. 46, n. 147, p. 129-162, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral, arts. 1º ao 120 do CP. Volume 1. 28ª edição revista e atualizada. Editora Atlas, São Paulo. 2012.

PELLENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De. **Justiça restaurativa e resolução de conflitos familiares.** Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 17, n. 1, p. 231-250, jan./abr. 2015.

PORTO, Roberto. **O crime organizado e sistema prisional.** São Paulo: Atlas, 2007.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada.** 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

## A (in)eficácia legislativa brasileira diante do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual

**Jhonathan César Alves Figueiredo**

*Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMoc*

**Lara Gonçalves Rabelo**

*Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMoc*

**Alícia Cária da Silva**

*Discente do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMoc*

### RESUMO

O presente texto irá abordar como o tráfico de pessoas vem se desenvolvendo de forma frenética, e quais circunstâncias levam as pessoas a se tornarem vítimas dessa rede de tráfico. Observando quais são as medidas tomadas pelo Estado e outros entes da federação, quando o crime ocorre dentro do território Nacional. Será analisado ainda, como ocorre o funcionamento das redes de tráfico, que fazem o mundo da prostituição gerar milhões por ano, tornando-se assim um dos negócios ilegais mais rentáveis no século XXI. Será exposto o contexto histórico, desde o surgimento da prostituição até os dias atuais, mostrando as diversas brechas legislativas e a impunidade que as seguem. A presente pesquisa tem por objetivo estudar o Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual com o auxílio da legislação brasileira. O objeto da pesquisa foi escolhido para análise porque o tráfico de pessoas é um assunto delicado e também bastante discutido, uma vez que este é um crime complexo e que viola diretamente os direitos humanos. Nestes crimes, os indivíduos abusam de outro ser humano de diversas formas, com o intuito de capital, e apesar disso o assunto abrange diversas áreas científicas, ainda assim, não é o suficiente para diminuir o índice que este crime representa maleficamente para a sociedade brasileira. Estes crimes não só se limitam para a exploração sexual, ele também se ramifica a diversas formas de exploração, como por exemplo: a exploração do trabalho, que poderia resultar também em trabalho escravo; a remoção de órgãos e de outras partes dos indivíduos para transplantes; há casos para casamento servil onde o indivíduo é praticamente um escravo da outra parte e por fim existe também crimes contra a Criança e adolescentes que estão relacionados à adoção irregular

**Palavras-chave:** tráfico de pessoas; território nacional; brechas legislativas.



## INTRODUÇÃO

Conforme a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, popularmente conhecida como Convenção de Palermo, o tráfico de pessoas é o acolhimento de pessoas diante coação ou uso de força, além da fraude ou abuso de vulnerabilidade para obter aceitação da vítima para fins de exploração, incluindo prostituição e outras formas de exploração sexual, ou trabalho ou serviço forçado, práticas próximas a escravatura, remoção de órgãos, entre outros.

Só mesmo o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000) trouxe o ganho da expressão “exploração sexual”, de qualquer tipo de trabalhador, como digna de duro combate, além de todas as demais motivações do odioso e, via de regra cometido em organização criminosa, tráfico de pessoas: Artigo 3. Definições. Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos (Faleiros, 2019).

O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, foi adotado em 2000 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Ele surgiu como uma resposta à crescente preocupação global com o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, para exploração sexual e outras formas de escravidão moderna. O protocolo estabelece medidas para prevenir o tráfico, proteger e assistir às vítimas e punir os traficantes. A aplicação do protocolo varia de acordo com cada país, com alguns implementando legislações mais rigorosas e programas de assistência às vítimas, enquanto outros podem enfrentar desafios na implementação de medidas eficazes devido a questões políticas, econômicas e culturais. O contexto em que foi feito é o reconhecimento da necessidade de uma abordagem coordenada e global para combater o tráfico de pessoas, dadas as dimensões transnacionais do problema e a vulnerabilidade específica de mulheres e crianças a esse crime.

1. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento global de combate ao crime organizado transnacional, foi aprovado em 15 de novembro de 2000, pela Assembleia-Geral da ONU. Foi complementada por três protocolos, os quais abordam áreas específicas do crime organizado. São eles: 1.2. O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, aprovado pela resolução da Assembleia-Geral no. 55/25. Entrou em vigor em 25 de dezembro de 2003, mas só foi promulgado no Brasil em 12 de março de 2004, por meio do Decreto no. 5.017/2004. Os Estados-Membros que ratificaram o Protocolo se comprometeram a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional, bem como a capacitação e aprimoramento de policiais e servidores públicos. Hoje, conta com 178 Estados partes. A expressão de “tráfico de pessoas” segundo o protocolo significa o transporte, transferência o alojamento ou acolhimento de pessoas recorrendo a ameaça ou ao uso de força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao

engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega e aceitação de pagamentos ou benéficos para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. 1.3. O Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, aprovado pela Resolução da Assembleia-Geral no. 55/25, entrou em vigor no dia 28 de janeiro de 2004, sendo que no Brasil foi promulgado em 12 de março de 2004, por meio do Decreto no. 5.016/2004, segundo o qual: O protocolo lida com o problema crescente de grupos criminosos organizados para o contrabando de imigrantes, atividade que muitas vezes representa um alto risco para os migrantes e grandes lucros para os infratores. A grande conquista do protocolo foi que, pela primeira vez, um instrumento internacional global chegou a uma definição consensual do contrabando de migrantes. O protocolo visa à prevenção e ao combate desse tipo de crime, bem como a promover a cooperação entre os países signatários, protegendo os direitos dos migrantes contra- bandeados e prevenindo a exploração dessas pessoas.

Nessa perspectiva de combate ao tráfico internacional de pessoas e, especificamente, migração ilegal, no ano de 2004 surge o protocolo adicional à convenção das nações unidas. Colocado em vigência através do decreto de nº 5.016, de março do mesmo ano e teve em sua premissa confutar o crime organizado transnacional, o tráfico de migrantes. Pautou como plano estratégico uma cooperação mútua entre os estados partes das nações unidas para evidenciar esforços e inibir a propagação da migração ilegal. Dentre as medidas traçadas nesse protocolo está a profissionalização dos agentes, trocas de informações entre os Estados entes e a fiscalização tríplice: via terrestre, marítima e aérea.

Ademais, tem como objetivo recíproco trazer melhores resultados na prevenção à criminalidade fronteiriças, na qual são usadas pessoas que são exploradas para trabalhos de servidão e outras atividades ilícitas. O referido protocolo procurou definir tráfico de migrantes como: “qualquer vantagem, seja ela direta ou indireta, advinda através da entrada ilegal de uma pessoa num Estado do qual ela não é nacional”. Logo pode mensurar que o tráfico de pessoas é algo proveitoso que aguça traficantes fazendo com que eles criem ramificação hierarquizada e extensa que utilizam de todos os meios logísticos e intelectuais para burlar as leis e consumir a prática delitiva.

Ademais, o termo tem como finalidade, além do combate à criminalidade, buscar maior proteção aos cidadãos e garantia aos direitos fundamentais dos migrantes, e dar-lhes o mínimo de dignidade humana. Tendo em vista que os meios para o tráfico dessas pessoas envolvem além de documentações falsas, também, acomodações desumanas, alimentação precária, meio de transporte inadequado e, conseqüentemente, a exposição de risco à vida.

Nesse azo, importante se faz mencionar a falta de políticas públicas que contribuam de maneira incisiva para essa modalidade de crime internacional. A presença efetiva do Estado ainda é tímida em ações que possam oferecer uma igualdade social às pessoas. O que facilitada a finalidade das organizações criminosas aproximarem e recrutarem pessoas através de falsas promessas que acreditam em melhoria de vida.

Do exposto, vislumbra-se que apesar de existir textos normativas a nível nacional e de cooperação internacional para coibir o tráfico de migrantes, esse problema pode perdurar por um logo prazo. Seja ele por falta de investimento estatal nas políticas públicas sociais

previstas constitucionalmente e em leis, ou mesmo na baixa eficiência dessas normas na prática. O Estado não tem feito ou pouco tem agido de forma ad cautelam em prol das pessoas, o que facilita serem vítimas de grandes organizações criminosas que buscam a lucratividade. Conclui-se que o poder estatal entrou em *capitis diminutio* e está aquém perante as grandes máfias criminosas.

## SEÇÃO 1 – CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

O tráfico de pessoas tende a partir de motivações essenciais das vítimas, em circunstância de sua necessidade, decorrente, em geral, de uma desigualdade socioeconômica, situações de conflitos geopolíticos, falta de políticas públicas básicas em regiões periféricas e falta de oportunidade para ascensão socioeconômica, desse modo, as vítimas tendem a se expor aos riscos do tráfico internacional em busca de melhores oportunidades, como ofertas de emprego, de viagem, companhia, entre outras. Basicamente, a razão para a ascensão do tráfico internacional decorre da violação de direitos humanos, sociais, econômicos e culturais das vítimas, que por não haver tal amparo tem como resultado a sua exposição ao crime na condição de vítimas. Além disso, viola o direito de ir e vir, garantia fundamental a qualquer cidadão, além de violar a igualdade de gênero. Outros fatores favorecem tal ato, como a pobreza, difícil acesso à educação e oportunidade de emprego, violência doméstica. Diversos estudos reiteram a situação em que a vítima vive e está sujeita para que o tráfico ocorra, gentilmente a pobreza e a falta de conhecimento estão presentes em todas elas, a maioria com dificuldades até de sobrevivência, o que facilita a atividade dos traficantes que exploram tal condição das vítimas e assim concluem seu objetivo. Além disso há a promessa de melhor qualidade de vida e a oportunidade de enviar auxílio aos familiares que ficam nas regiões de origem, fazendo com que se sintam seduzidas. Os traficantes utilizam destas estratégias para coagir as vítimas. A maioria são mulheres jovens em situação de vulnerabilidade destinadas aos crimes de exploração sexual, uma decorrência da fama internacional carregada pelo Brasil em relação à beleza. Fatores que aumentam as condições de atração para o tráfico e a facilidade para que sejam comercializadas, chegando até a ser valoradas pelos traficantes.

## SEÇÃO 2 – CONTEXTO LEGISLATIVO ATUAL

Diante deste cenário é válida a ressalva de que a questão discutida abrange discussões em diferentes prismas. Como a desigualdade social, a inefetividade da assistência pública, a ineficácia da legislação. Pois os traficantes exploram estas situações de carência estatal e vulnerabilidade social para atrair as vítimas, coagidas em torno de todas as situações que as envolvem, abandonam seus lares, familiares e filhos em busca de uma jornada independente. Se deparando com jornadas de trabalho abusivas, pagamento mínimo, quando ocorre, endividamento forçado, cárcere privado e maus tratos.

Pesquisa de Avaliação de Necessidades sobre o Tráfico Internacional de Pessoas e Crimes Correlatos aponta que os maiores alvos dos criminosos são as mulheres, com a finalidade de exploração sexual. A partir de levantamento da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (CTETP/UFMG), com base em dados relativos a 144 processos, foram identificadas 714 vítimas das quais 688 são do sexo feminino

(96,36% do total) e seis, masculino (0,84%). Nos demais casos, as decisões judiciais não informaram o gênero. Os resultados foram divulgados nesta segunda-feira (5/12). De acordo com a advogada e pesquisadora da Clínica de Trabalho Escravo da UFMG, Ana Luiza Nogueira Pinto, embora em mais de 50% dos casos tenha havido condenação total dos réus, em 26% eles foram absolvidos. “O motivo mais frequente é insuficiência de provas”, diagnosticou. Ela destacou que, em entrevistas com profissionais, o sucesso das ações esteve relacionado ao acompanhamento de todo o processo por parte da Polícia Federal, providenciando as provas requeridas (CNJ, 2022).

Além destes fatores que atraem as vítimas, parte delas aceitam a exploração e violação de direitos que virão a enfrentar em busca de melhorias em sua qualidade de vida, geralmente são moradoras de bairros periféricos de grandes centros urbanos, com carência de assistência à serviços públicos, falta de saneamento, sem condições mínimas de desenvolvimento, sem oportunidade de emprego, possibilidade de transporte, que reside em moradias precárias, entre outras dificuldades que as impedem de exercer uma vida Digna, muitas das vezes por questões primárias. Estas vítimas, que muitas vezes já tiveram experiência em prostituição, além de trabalhos com péssima remuneração em jornadas de trabalho exaustivas que estavam reféns de seus empregadores enxergam a exploração decorrente do tráfico internacional como uma oportunidade e optam por seguir tal caminho.

Posto isso, é notório salientar ao efeito da falta de recursos financeiros, pois propicia uma coação à vítima que, em experiência de situações como fome, propensão à criminalidade, falta de assistência médica, contato com drogas, entre outros fatores os quais estão expostos os jovens de regiões de extrema pobreza no país, faz com que encarem a exploração sexual decorrente do tráfico internacional como uma última chance para conquistarem a ascensão social. Pois possuirão a oportunidade de buscar por novos empregos em países capazes de fornecer uma melhor qualidade de vida e assistência social, o que proporciona a sensação de que irão conquistar um melhor future posteriormente após enfrentarem as tribulações temporárias dos anos iniciais, nos quais estarão submetidas à exploração sexual. Numa perspectiva de direitos humanos, algumas ONGs internacionais, como a Aliança Global contra o Tráfico de Mulheres, a Fundação contra o Tráfico de Mulheres e o Grupo Jurídico Internacional de Direitos Humanos, vêm definindo, nas últimas décadas, os Padrões de Tratamento para Pessoas Traficadas. Estes padrões têm por objetivo garantir os direitos fundamentais das pessoas traficadas, oferecendo assistência e proteção legal, tratamento não discriminatório, restituição e compensação aos danos sofridos e possibilidades de recuperação aos impactos que estes danos proporcionaram em suas vidas. Possuem como principais objetivos, garantir mínimos direitos à vítimas tão expostas e desamparadas. Uma das medidas determina que os países não podem discriminar pessoas que foram sujeitas ao tráfico internacional de suas políticas públicas, sendo obrigados a prestar todos os serviços de forma equânime, sejam elas em suas práticas ou políticas públicas. Além disso, devem promover a segurança e o tratamento justo, devem reconhecê-los e tutelar todos os seus direitos, mesmo que sem uma documentação oficial, além de protegê-las dos perigos que podem estar sujeitas. Conforme reitera o autor Theodoro Junior (2008):

A ação civil pública pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, Municípios e por associações civis, considerando os critérios do artigo 5º, incisos I e 11 e parágrafos 1º a 6º da referida lei. No caso de trabalho escravo uma eventual condenação em dinheiro para pagar uma indenização pelo dano causado é revertida para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e nunca diretamente ao trabalhador lesado, conforme artigo 13º da Lei da Ação Civil Pública. A ação civil



coletiva, por sua vez, tem sim como objetivo obter indenização por dano moral para as vítimas individualmente ou em grupo, de acordo com os artigos 91 a 100 da Lei nº8078/1990 (CDC). Trata-se da tutela dos chamados direitos individuais homogêneos, possibilitando indenizações individuais, pois são definidos em artigo 81, inciso III como “[...] os decorrentes de origem comum”. “Em suma, não se pode confundir defesa de direitos coletivos (objeto da ação civil pública) com defesa coletiva de direitos (realizável pela ação coletiva de consumo em prol dos titulares de direitos individuais homogêneos).

Em grande parcela dos casos o tráfico de pessoas ocorre entre imigrantes, geralmente oriundos de países subdesenvolvidos, pessoas menos favorecidas economicamente, o que demonstra a ineficácia de um Estado, como o brasileiro, em amparar tal parcela e em coibir a prática deste crime.

A ação penal cabível ao antigo delito de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, atualmente incorporado no crime de promoção de migração ilegal, continua sendo pública incondicionada. A competência para propor a ação é do Ministério Público Federal. O art. 109 da Constituição brasileira determina a competência *ratione materiae* da Justiça Federal. Nos termos do seu inciso V:

Aos juízes federais compete processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Assim, como o tráfico internacional de pessoas é um delito transnacional, previsto no Protocolo de Palermo, é fixada a competência da Justiça Federal. Nos termos do art. 234-B do Código Penal os processos que apuram os crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça (Brasil, 1988).

### SEÇÃO 3 – AS FORMAS DE COMBATE E A ATUAÇÃO LEGISLATIVA

Sob outra perspectiva, é importante ressaltar que no Brasil e no restante do mundo, o combate ao tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual conseguiu diversos avanços, todavia ainda existem casos em que as necessidades das vítimas ainda motivam a sua prática. Por se tratar de uma atividade extremamente lucrativa, muitas organizações criminosas criam grandes e complexas redes de tráficos, munidas, inclusive, por influências políticas e econômicas na região em que atuam. Nesse interim, para que haja um combate eficiente a tal conduta criminosa é necessário um maior investimento em órgãos atuantes, maior preparação dos agentes responsáveis pela investigação deste crime, desenvolvendo sua capacidade de lidar com a complexidade de tal problema

Deste modo, vem sendo definido pelos padrões de direitos humanos para o tratamento de pessoas traficadas, a partir de instrumentos internacionais com a função de garantir todos os direitos às pessoas traficadas, com principal ideia de restituir, compensar e recuperar a vítima.

O Código penal brasileiro fornece algumas concepções no conceito de violência sexual e de satisfação sexual, definindo os limites interpretativos de tais atos. Tal definição constitui a conduta daquele que tira proveito de outrem, tornando-o como um objeto ou mercadoria e promovendo a sua degradação ou comercialização de sua sexualidade. Em relação ao combate, a prioridade é aperfeiçoar a legislação frente ao tráfico de pessoas, ampliar e aprofundar sobre o tema nos órgãos de combate ao crime e foco na repressão e responsabilidade dos autores, além de incentivar a cooperação entre todos os órgãos

vigentes.

Para a nova lei sobre crimes de tráfico de pessoas, é considerado tráfico:

Promover ou facilitar a entrada, no território nacional de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-lo no estrangeiro a pena cominada à forma simples do tráfico de quatro a oito anos de reclusão. Essa pena deverá ser agravada pelo juiz (quatro a dez anos de reclusão) se 'a vítima é maior de catorze e menor de 18 anos ou se o agente é seu ascendente, descendente, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda'. Mais agravada ainda será a pena (cinco a doze anos) se há "emprego de violência, grave ameaça ou fraude", além da pena cumulativa e correspondente à violência (Brasil 20019).

No Brasil e no mundo ainda são prematuros os esforços para o combate aos tráficos de pessoas.

A corrupção, o despreparo da polícia, de agentes de fronteira ou de saúde, o descaso dos governos, a pobreza, a falta de oportunidades no país de origem, são fatores que contribuem com o crescimento desse crime. Todos podem contribuir de alguma forma para acabar com a mercancia de escravos. Advogados e promotores são necessários para proteger os direitos das vítimas e processar os criminosos; empresários precisam acabar com o trabalho escravo em suas empresas e não negociar com grupos que adotem essa prática; estudantes precisam desenvolver pesquisas sérias que influenciem políticas públicas; e profissionais da área da saúde são necessários para restabelecer a saúde física e psicológica das vítimas.

Em verdade, verifica-se que ambas as hipóteses em pauta – que, ressalta-se, versam sobre o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, de modo que os diferentes prismas analisados no decorrer do texto possam ser analisados e facilitar um entendimento sobre o tema.

Desse modo, a fim de compreender perfeitamente a temática, faz-se necessário o estudo mais aprofundado das novas perspectivas legislativas que combatem o atual problema, além do contexto histórico e geopolítico que o englobam. Ante os argumentos apresentados, é possível concluir que a presente pesquisa acadêmica terá como objeto de estudo analisar o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, pautando-se, para tanto, em aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

Durante o projeto, de acordo com pesquisas por meio de doutrinas, jurisprudências, documentários, o que se pôde concluir é que se trata de um crime despercebido, talvez até um pouco desprezado pelo direito penal.

Finalmente após muito tempo, foi definido melhor o significado da exploração sexual, antigamente havia um vazio sobre as interpretações diferentes foi necessário analisar o crime de Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, a luz da legislação brasileira.

Não é notável atualmente estatísticas mesmo com pesquisas extensas e confiáveis números precisos em relação do Tráfico de pessoas, deixando assim por entender que este crime está presente em todos os países envolvendo violações severas aos direitos humanos.

O tráfico de pessoas não se limita apenas no código penal, é exigido um melhor

esforço para entender e ser evitado, por isso foi criado em outubro de 2016 uma nova lei que visa justamente defender e punir os envolvidos, pois afinal enquanto as vítimas não possuírem nomes ou vínculo, estas serão facilmente ignoradas aos olhos da sociedade.

Não existem hoje estatísticas ou pesquisas abrangentes e confiáveis para informar números ou características precisas relativas ao tráfico de pessoas, o que se pode afirmar é que o delito está presente em todos os continentes e envolve graves violações aos direitos humanos. Mas, após fazer um estudo aprofundado está claro que esse tipo de crime dever ser eliminado e seus criminosos devidamente punidos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de tudo o que foi apresentado neste trabalho é válido ressaltar que o problema discorrido acima é extremamente abrangente, pois é visto que diversos contextos são ressaltados para finalizar o processo.

Desse modo para intensificar o combate ao tráfico de pessoas é necessário não só uma nova observância legislativa, além do aumento das penas e de jurisprudências mais solidas, além do contexto global, o que nesse aspecto significa novas convenções internacionais e novos tratados.

Nos últimos anos a legislação brasileira começou a dar sinais de possíveis mudanças para combater de forma mais sólida tal ameaça, entre as medidas em 2016 foram incluídas outras modalidades, após os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Tráfico de Pessoas, que funcionou no Senado entre 2011 e 2012. O relatório final da CPI mostrou que o Brasil aparece na rota do tráfico humano, tanto como origem quanto como destino final.

Foram identificadas 110 rotas de tráfico interno e 131 de tráfico internacional, sendo a maioria na região Norte, onde se localiza a maior parte das fronteiras internacionais. As ações da CPI resultaram na Lei 13.344, de 2016, que incluiu na legislação novas modalidades do crime: trabalho análogo à escravidão, servidão, adoção ilegal e remoção de órgãos e tecidos. Ainda há normas a serem aperfeiçoadas.

O senador Magno Malta (PL-ES) propôs neste ano o PL 1.668/2023, que permite o confisco de bens utilizados por acusados nos crimes de tráfico de criança ou adolescente ou contra a liberdade e dignidade sexual deles. Pela proposta, esses bens podem ser revertidos em indenização à vítima ou ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente do estado em que foi cometido o crime. O intuito do projeto ao alterar é coibir pessoas ou grupos que praticam esses crimes com o objetivo de obter lucro.

O projeto foi criado com base nas conclusões da CPI dos Maus-tratos, instalada no Senado em 2017 e presidida por Magno Malta. O senador conta que a comissão identificou a atuação de uma verdadeira máfia da pedofilia no país, com estrutura e organização sofisticadas.

Desse modo se vê necessário uma legislação específica para desmobilizar essas organizações criminosas, confiscando os bens e valores utilizados ou obtidos com esses

crimes. A ideia é combater o comércio, a distribuição e o armazenamento de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, que têm se tornado cada vez mais frequentes com o avanço da internet.

A CPI apresentou 33 projetos de lei em 2018. As propostas tratavam de temas como fornecimento de atendimento psicológico e educação emocional no currículo escolar; aumento de punição para abusos praticados por profissionais e pessoas responsáveis por menores; e a proibição da entrada de crianças e adolescentes em bailes funk, ou em qualquer outro evento em que haja o livre fornecimento de bebidas alcoólicas. Além disso é necessária uma melhoria nas condições básicas de vida em regiões periféricas do país, visto que as vítimas desses crimes são diretamente ligadas a falta de acesso à educação de qualidade ou saneamento básico, fazendo então que muitas delas sejam seduzidas por uma condição de vida melhor.

Além disso é necessário a união entre países nesse combate, a final uma das principais brechas usadas são a dificuldade de investigação entre diferentes países.

Desse modo é necessário que haja novos encontros internacionais para que o tema seja discutido, com um papel importante das nações unidas em buscar novas soluções para o combate de um crime que viola diversos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 21/02/2024.

BRASIL. **Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os Direitos Humanos**. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha\\_traficodepessoas\\_uma\\_abordagem\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf).

BRASIL. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**.

[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DEC%205.017-2004?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%205.017-2004?OpenDocument).

BRASIL. Decreto Nº 5.017, 12 de março de 2004 - **Protocolo adicional à convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças**. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm). Acesso em 21/02/2024.

LIMA, Paola - **Tráfico de pessoas, exploração sexual e trabalho escravo: uma conexão alarmante no Brasil**. Agência Senado 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/07/trafico-de-pessoas-exploracao-sexual-e-trabalho-escravo-uma-conexao-alarmante-no-brasil#:~:text=Como%20medida%20de%20prevenção%2C%20repressão,enfrentamento%20e%20combate%20ao%20crime>.

CNJ – 2022 **Pesquisa de avaliação de necessidades sobre o tráfico internacional de pessoas e crimes correlatos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mulheres-correspondem-a-9636-das-vitimas-de-traffic-internacional-de-pessoas/>

FALEIROS, Eliana. **Revista especial – Tráfico de pessoas**: Dados de 2019. [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-TRF-3R\\_ed.Especial-julho\\_2019.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-TRF-3R_ed.Especial-julho_2019.pdf)

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos Especiais**. 39ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ONU. Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional comemora 10 anos**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/16-un-convention-against-organized-crime-celebrates-10-years.html>.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Gilberto Florencio, por ter sido meu orientador e ter desempenhado tal função com dedicação e maestria.

## Perfil das pessoas privadas de liberdade que cometeram crimes contra a vida e o patrimônio

Lucineide Clemente Amâncio

*Formada em psicologia pela Universidade Católica, Pós Graduada em Direitos Humanos e Segurança Pública, Policial no Rio Grande do Sul/Brasil*

### RESUMO

O público inicial deste estudo era 442 pessoas privadas de liberdade, destas, 266 estavam presas pelos crimes tipificados nos Artigos 121 e 157 do Código Penal Brasileiro, 119 participantes tinham sentenças julgadas, nos crimes de homicídio e latrocínio. O objetivo foi identificar o perfil destes apenados por meio de levantamento do Sistema de Informação de Pessoas Presas do Rio Grande do Sul – INFOPEN, informações que foram organizadas em categorias. Os resultados na categoria naturalidade 89% eram do Rio Grande do Sul. Em relação ao acompanhamento familiar, 94% dos presos receberam visitas no último ano. A escolaridade e profissão como grande parte da população carcerária do país, 49% dos presos tinham ensino fundamental incompleto. Em relação à primeira prisão, 42% dos participantes tinham entre 18 e 21 anos, seguido por 27% entre 22 e 25 anos. A idade atual em 61% dos participantes tinha entre 18 a 35 anos, 27% tinham entre 36 a 45 anos. Referente ao tempo de condenação, 35% dos apenados foram condenados até 20 anos e 32% entre 21 a 29 anos. Ficando em 20% os participantes que foram condenados entre 30 e 49 anos. Ao analisar o comportamento dos presos em relação às faltas cometidas dentro do sistema penitenciário, aconteceram 119 apreensão de celulares, nove brigas entre detentos, seis apreensão relacionados a bebidas e drogas e uma fuga. E por último a reincidência ficou de 61% dos apenados com dois ou mais crimes julgados.

**Palavras-chave:** sentença; idade; crime; família.

### INTRODUÇÃO

- **Crime**

Crime é a violação das regras jurídicas impostas. De acordo com Noronha (1991, p.20) “A história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”, mesmo sendo um fenômeno social, não teve definição no Código Penal. Em 1941 o decreto



de Getúlio Vargas sancionou a Lei de Introdução ao Código Penal, 3.914, buscando definir, em seu artigo 1º:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativas ou cumulativamente.

Sendo uma conceituação complexa, que vai além da colocação feita pelo Direito Penal, cabendo à doutrina a definição de crime. Nesse sentido existem três conceitos que são considerados mais importantes: analítico, material e formal.

No conceito analítico de crime Mirabete (2000) relata ser uma conduta típica, antijurídica e culpável. Já Stefam e Gonçalves, (2013), para entender a estrutura deve conceituar melhor os elementos do crime, sistematizados de forma organizada e inter-relacionada. Para Mirabete (2000, p.130), conduta típica é “ação ou omissão praticada com dolo ou culpa, que se ajusta a um tipo penal”. Sendo considerada antijurídica quando violar a norma penal incriminadora e esta não estiver amparado por excludentes de ilicitude, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito. A culpabilidade é “a ação típica quando reprovável, ou seja, quando há imputabilidade do agente, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa”. Já Nucci (2014), coloca a conduta típica, antijurídica e culpável sendo uma:

Ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijurídica) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (Nucci, 2014, p. 120).

Delmanto (2000, p.18) definiu crime em seu conceito material sendo “a violação de um bem jurídico penalmente protegido”. Já para Stefam e Gonçalves (2013), conceito material de crime é:

O que se ocupa da essência do fenômeno, buscando compreender quais são os dados necessários para que um comportamento possa ser considerado criminoso ou, em outras palavras, o que significa seja uma conduta considerada penalmente relevante aos olhos da sociedade (Stefam Gonçalves, 2013, p. 265).

Prado (2014, p. 201) em seu conceito formal define que “o delito é definido sob a vista do direito positivo, é uma relação de contrariedade entre o fato e a lei penal”.

### • **Criminologia**

A Criminologia é a ciência que, utilizando o método empírico e interdisciplinar, tem como objeto o estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social. Segundo a doutrina majoritária, é uma ciência autônoma e não apenas uma disciplina. Adota uma abordagem interdisciplinar. Cabe ao criminológico adaptar as eventuais incongruências decorrentes dos outros saberes parciais criminológicos, utilizando a Criminologia como instância superior, para harmonizar as complexas fontes do saber criminológicos derivados dos modelos biológicos, sociológicos e psicológicos. O método de trabalho utilizado pela criminologia é o empírico. Busca-se analisar e, através da observação, conhecer o processo, utilizando-se da indução para depois estabelecer as suas regras, Calhau (2009).

Considerando a Lei de Introdução ao Código Penal, (Número 3.914 de 1941), Criminoso é aquele que viola as regras jurídicas impostas, contrariando uma perspectiva jurídica legal, norma jurídica específica. Conforme veremos abaixo para a criminologia, o criminoso é o indivíduo que viola a lei considerando os fatores, sociais, biológicos e psicológicos.

Etimologicamente a palavra criminologia vem do latim crimino (crime) e do grego logos (estudo, tratado), dessa forma “o estudo do crime”. Para Júnior (2016) a criminologia não estuda apenas o crime, como também a pessoa que comete e os motivos que levou esse comportamento, buscando meios de solucionar qualitativamente problemas relacionados ao crime. É de grande importância a ciência promover estudos que possam dar transparência sobre o fenômeno do crime. Para melhor compreensão são necessários estudos sobre perfil de pessoas que são mais propensas a comportamentos contrários à harmonia social. Como também o que leva o sujeito cometer um delito. Podendo estes fatos propiciar uma política pública para agir de forma mais eficaz. A criminologia vai além de estudar o criminoso, pois estuda as dinâmicas sociais, a vítima, o prognóstico do delito e muitos outros fatores. Em 1883 Paul Topnar usou pela primeira vez o termo criminologia. Foi internacionalmente aplicado em 1885 no livro de Raffaele Garófalo.

Para Júnior (2006) a criminologia tem função de propiciar verdadeiras descrições e conhecimentos, podendo subsidiar a sociedade, o poder público, o controle social, o infrator e a vítima. Favorecendo cientificamente a compreensão da problemática criminal de forma neutra. Criando possibilidade para agir na pessoa do criminoso, prevenindo futuros comportamentos, com técnicas racionais e eficazes. A criminologia vai além de trabalhar apenas com dados estatísticos, sendo necessário que esses dados tenham sempre a interpretação embasada cientificamente. Buscando a ciência para interpretar os fenômenos criminológicos, com soluções que visam a prevenção, interferindo no comportamento delinquente e identificando os motivos dos comportamentos desviantes.

De acordo com Nucci, (2014) a criminologia é uma ciência que estuda os aspectos relacionados ao crime, onde abrange além da pessoa do criminoso, não apenas no contexto da norma penal, mas os fatores que levam a criminalidade, favorecendo a melhora dos dogmas do sistema penal. Para Menezes (2014) a palavra criminologia foi empregada na França por Topinard entre 1830 a 1911, mas a sua criação foi atribuída a Raffaele Garofalo na Itália entre 1851 a 1934. Para Sutherland a criminologia é o estudo dos fenômenos da delinquência, do comportamento criminoso e dos meios de ressocialização. O trabalho de Menezes (2014) traz que a criminologia na concepção de Newton Fernandes e Valter Fernandes é “tratado do Crime”, por fazer parte de um contexto histórico com sua interdisciplinaridade, observando que os precursores foram três pessoas de áreas distintas, sendo o médico Cesare Lombroso, o jurista sociólogo Enrico Ferri e o magistrado Raffaele Garofalo.

Para Menezes (2014), o crime, as circunstâncias, o controle social, o autor e as vítimas são os objetos da criminologia, como também o controle social. Orientando a política criminal, podendo assim prevenir os crimes considerados socialmente relevantes, intervindo nas suas manifestações e nos efeitos. Orientando também de forma geral a Política social. De acordo com Menezes academicamente a criminologia começa com a



publicação “*Uomo Delinquente*, em 1876” de Cesare Lombroso, onde a sua tese era o delinquente nato. Lombroso acreditava que era possível encontrar características físicas e psíquicas da pessoa do criminoso. O autor usava o método positivista para classificar o sujeito delinquente em seu trabalho “*O homem Delinquente*”, foi um avanço para a criminologia. Para Menezes, o mérito por realizar estudos na criminologia é de Lombroso, usando a antropologia criminal, possibilitou dar origem a criminologia, posteriormente estudos comprovaram que não existia relação física, psíquica ou fisiológica que pudesse esclarecer o perfil do criminoso.

Para Menezes (2014) o único pressuposto que mantém inalterado nesse processo ao longo do tempo é que as pessoas que envolvem em crimes são diferentes, independente se essa diferença é no ramo da psicologia, biologia, ou social, essa diferença que explicaria para prever e buscar a prevenção dos comportamentos delinquentes.

- **Sentença**

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia em seu artigo 162, parágrafo 1.º, “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Sendo assim, sentença é o ato em que o juiz extingue o processo com ou sem resolução de mérito, ou que rejeita ou acolhe os pedidos do autor.

- **Pena**

O Estado tem o poder/dever de punir, ou seja, o Estado deve agir tão logo tenha conhecimento do cometimento de fato descrito na legislação Brasileira como Crime. Este poder/dever de punir se concretiza por meio de uma pena, a qual é aplicada após o autor do fato ser processado e julgado, com a observação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. No Brasil, as penas podem variar, de acordo com a regra balizadora contida no artigo 59, do Código Penal, a qual determina que no ato da dosimetria da pena deve-se observar à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Vejamos abaixo o que está descrito no Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Observados estes critérios, a pena será aplicada, podendo esta ser privativa de liberdade; restritiva de direitos; e de multa. Neste contexto, temos que a pena privativa de liberdade nada mais é que a prisão do autor do fato criminoso e, de modo que o início de cumprimento da pena privativa de liberdade pode ser iniciado no regime fechado, no regime semiaberto, ou no regime aberto, variando de acordo com o crime cometido e as regras de aplicação da pena contida no artigo 59 do Código Penal Brasileiro que assim determina: As penas restritivas de direitos vêm elencadas no artigo 43 do Código Penal Brasileiro, sendo elas prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

Vale lembrar que dentre as penas restritivas de direitos, a mais conhecida, popularmente, é a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na qual a pessoa condenada a este tipo de pena deve prestar serviços gratuitos conforme determinado na decisão judicial à sociedade em geral, ou a uma entidade pública.

Por fim, temos a pena de multa, que nada mais é que a condenação do autor do fato ao pagamento de um valor estipulado, por meio de um cálculo específico, sendo este valor direcionado ao fundo penitenciário. Em que pese este tipo de pena ser pouco conhecido pela população em geral, é muito aplicado pelo judiciário, tanto de forma isolada, ou seja, a pessoa é condenada apenas à pena de multa, ou cumulada com outra pena, ou seja, a pena de multa pode ser aplicada acompanhado de outro tipo de pena.

Vale esclarecer que as penas aqui relacionadas são aplicadas somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou seja, a pena só é aplicada a partir do momento em que não houver mais nenhuma possibilidade de recurso da decisão e, por fim, importante lembrar que após o trânsito em julgado a pena aplicada é executada pelas varas de execuções penais, sob a égide da lei de execução penal, lei 7.210, de julho de 1984.

- **Estudos realizados**

Em um estudo realizado em 2004 com 124 presos pelo Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania Dr. Aldo José Parzianello, que buscou dimensionar o Perfil Sociodemográfico e Criminal dos Presos no Estado do Paraná sob o Ângulo da Reincidência. Esses 124 detentos correspondem a 7% dos reincidentes, que foram escolhidos por meio de um sorteio aleatório de um total de 1800 presos distribuídos em 12 Unidades Penais.

Em relação ao estado civil, 47% dos entrevistados eram solteiros, 29% amasiados, 10% casados, e 9% separados, 2% desquitados, 2% divorciados e 1% viúvos. A faixa etária dos entrevistados foi 81% entre 21 e 40 anos, 14% entre 21 e 25 anos, 36%, entre 26 a 30 anos, 16%, de 31 a 35 anos, 15% de 36 a 40 anos, 10% de 41 a 45 anos, 1%, de 46 a 50 anos, 2% de 51 a 55 anos 6% não responderam.

Quanto à cor de pele, a amostra apresentou 62% de brancos, 13% de pretos e 23% de pardos, e 2% de indígenas. De acordo com a pesquisa, os detentos não conseguem competir no mercado de emprego devido às suas deficiências com baixa escolaridade, ou por não terem se capacitado através de cursos profissionalizantes.

A faixa de escolaridade foi de 61% com Ensino Fundamental incompleto, 12% concluíram o Ensino Fundamental, 19% Ensino Médio incompleto, 7% com ensino médio completo e apenas 1% com ensino superior incompleto.

Em relação a religião 54% católicos, 36% evangélicos, 2% espíritas e 8% não tinham religião. Dos sujeitos da pesquisa, 48% tiveram problemas com a polícia na adolescência.

A pesquisa concluiu que a maior parte da população pesquisada vem de camadas mais pobres da sociedade. A maioria de cor branca e situação civil com maioria solteiro e amasiado. Afirmaram que tiveram oportunidade de ocupação dentro das unidades penais, mas ao irem para a sociedade não conseguiram ingressar no mercado de trabalho formal.

Monteiro (2007) realizou um estudo com 60 detentos (reincidentes e não reincidentes)

de uma população de 600 na cidade de Praia Grande. Para o autor, as atividades de reinserção social são de fundamental importância por ajudar a melhorar a vida e ocupar a mente com fatores positivos. Como também o acompanhamento após a saída em liberdade.

Em sua pesquisa em relação ao estado civil das pessoas reincidentes em 76% dos reincidentes e 86% dos não reincidentes eram solteiros, os casados em 21% dos reincidentes e 13% dos não reincidentes, os viúvos foi de 2,6% dos reincidentes.

Em relação a religião o catolicismo aparece com 66% dos presos reincidentes e com cerca de 59% os presos não reincidentes. O protestantismo tinha 5,3% (reincidente) e 4,5% (não reincidentes). Os adventistas com 7,9% para os reincidentes e 18,2% para não reincidentes. Os que não tinham religião contavam com 18,4% para os reincidentes e 13,6% para não reincidentes.

Em relação ao delito, verificou-se que em relação aos reincidentes o roubo ou furto é o delito mais comum com (50%), enquanto que nos participantes não reincidentes este valor se divide entre os delitos de homicídio e tráfico com (27%) cada um. Roubo e furto ocuparam o terceiro lugar (23%).

Em relação à escolaridade, teve ocorrência significativa, tanto para os reincidentes como para não reincidentes, o Ensino Básico Integrado (EBI), com valores respectivos de 50% e de 46%. Para a alfabetização ficou em 15,8% (reincidentes) e 22,7% (não reincidentes). O Ensino Secundário em 23,7% (reincidente) e 13,6% (não reincidente). Curso superior ficou com 18,2% dos não reincidentes. Em relação à profissão, 42%, para os presos reincidentes são as ligadas à construção civil (pedreiro, servente, carpinteiro, eletricitista), sendo que também representam cerca de 27% para os não reincidentes. O comércio com 13,2% dos reincidentes e 4,5% dos não reincidentes, a agricultura tinha 10,5%(reincidente) e 22,7% (não reincidente).

Pode notar que em relação a receberem visitas em média, tanto os reincidentes, quanto os não reincidentes, em mais de 90% recebia visitas, cerca de 35% recebem visitas dos pais e 32% das visitas são por parte dos irmãos e filhos, as visitas de irmãos e filhos, acontece em cerca de 45% reincidentes 25% dos pais dos presos não reincidentes (Monteiro, 2007).

## **CONTEXTO PENITENCIÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL**

Conforme dados no site da SUSEPE, os estabelecimentos prisionais no estado são divididos por Regiões, com 10 Delegacias Penitenciárias Regionais e um Núcleo de Gestão Estratégica do Sistema Prisional, o sistema prisional gaúcho, é composto por 112 casas prisionais para cumprimento de pena. Com uma população carcerária de 43.153 pessoas privadas de liberdade, conforme dados coletados na primeira semana do mês de janeiro de 2023. Destes 40.730 homens e 2.423 mulheres.

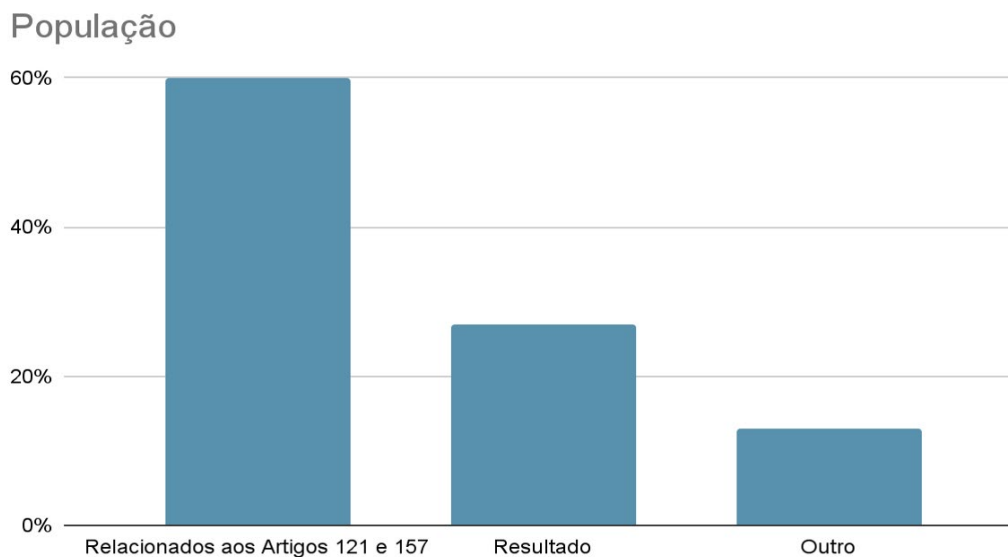
Este estudo foi realizado com o objetivo de identificar o perfil das pessoas que estavam cumprindo pena por terem cometido crimes de homicídio e latrocínio consumados. Inicialmente o público-alvo desta pesquisa foi uma população de 442 pessoas privadas de liberdade no Presídio Regional de Caxias do Sul, primeiramente foi retirado um relatório do

Sistema INFOPEN/RS, para identificação do público relacionado à pesquisa.

Ao analisar todos os 442 presos, foi selecionado inicialmente os que estavam presos pelos artigos 121 e 157, totalizando 266 que haviam cometido crimes naqueles artigos. Após identificar as 266 pessoas privadas de liberdade foi preciso realizar uma busca minuciosa possibilitando identificar apenas os que haviam cometido os crimes de homicídio e latrocínio consumados, restando 119 apenados com processos julgados, totalizando o público específico deste estudo.

Desta forma podemos perceber que, conforme Gráfico 01, que dos 442 apenados, 60% (totalizando 226) dos casos analisados havia praticado crimes dos artigos 121 e 157, parágrafo 3º, 27% tinham passado por processo de julgamento com pena descrita, e em 13% da população carcerária estava em outras situações que não poderiam ser analisadas devido estarem em situações de não condenação ou crimes de outros artigos.

**Gráfico1 - Distribuição dos crimes e situações judiciais entre apenados.**



**Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)**

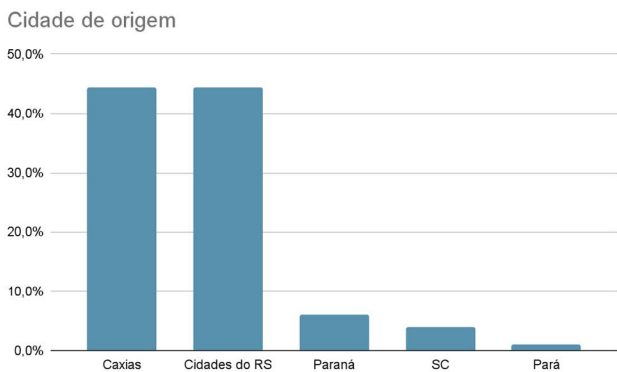
Todos os participantes da pesquisa foram identificados com um código numérico para que não seja identificado e relacionado às informações.

Para melhor organização foram criadas doze categorias, sendo elas: cidade de origem, visita de familiares, estado civil, etnia, escolaridade, profissão, crimes por artigo, idade a primeira prisão, idade atual, anos de condenação, ocorrência cometida dentro da prisão, quantidade de processos julgados.

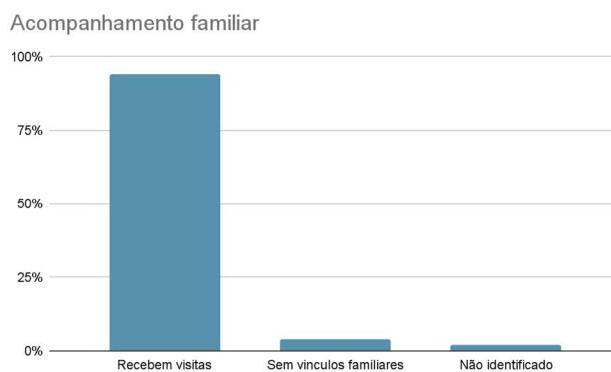
Na gráfico abaixo é analisada a cidade de origem e o acompanhamento familiar.

Observa-se presente gráfico 2 que 89% dos presos eram do Rio Grande do Sul, destes 50% eram de Caxias do Sul, 6% são do Paraná e 4% de Santa Catarina, e 1% do Pará. Em relação ao acompanhamento familiar, no gráfico 3 abaixo mostra que 94% dos familiares realizaram visitas no último ano. Apenas 6% dos presos não receberam nenhuma visita nos últimos 12 meses, sendo um do Pará e quatro do Rio Grande do Sul, especificamente das cidades de Caxias do Sul, Canela, Monte Negro e Santo Augusto.

**Gráfico 2**



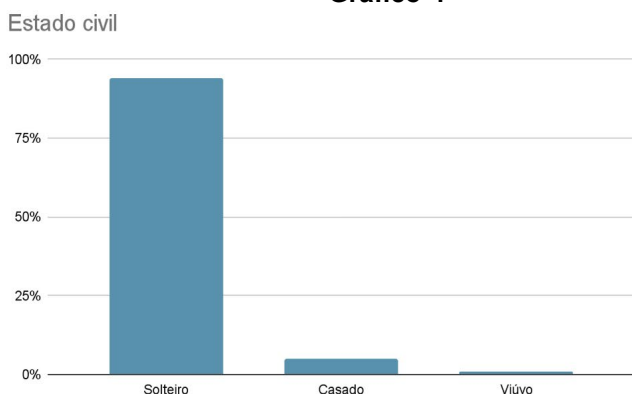
**Gráfico 3**



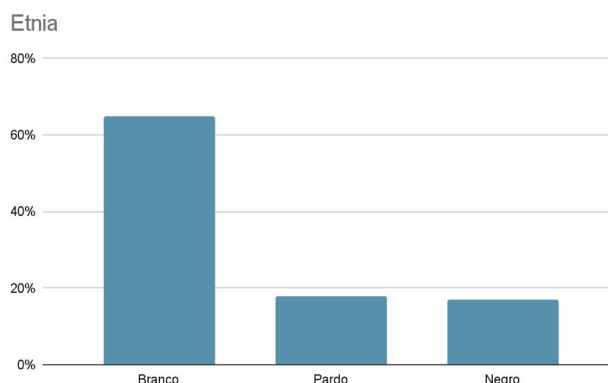
**Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)**

Em relação ao estado civil, pela dificuldade de entender os dados analisados, percebemos que em muitos casos o preso se declarava solteiro, mas recebia visitas de companheiras, desta forma a melhor alternativa foi olhar nos registros no sistema INFOPEN, os presos que tinham companheiros cadastrados e realizaram visita durante o período de cárcere. Assim é possível perceber no gráfico 4 “Estado Civil” 94% tinham recebido visitas durante o cumprimento da pena. Em relação ao gráfico 5 a etnia constatou-se maioria dos presos, isto, em 65%, são brancos, 18 são pardos e 17% são negros.

**Gráfico 4**



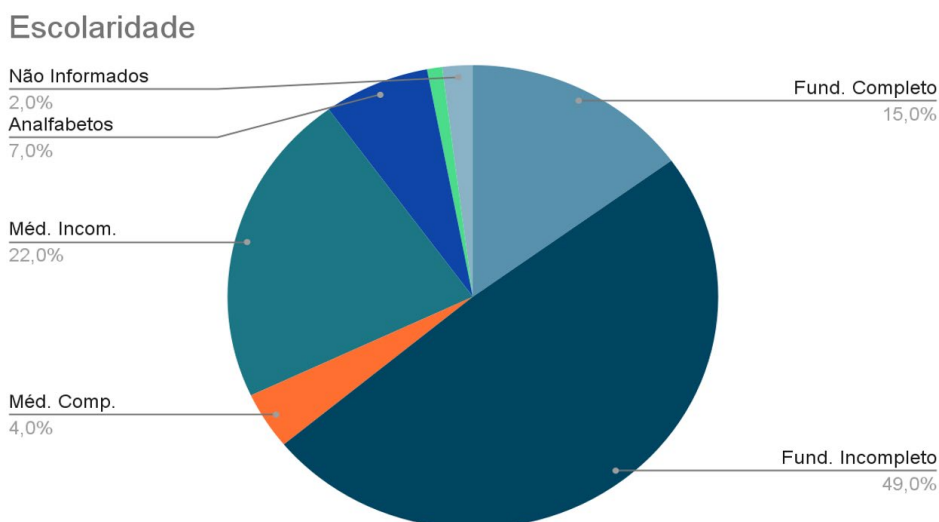
**Gráfico 5**



**Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)**

Em relação ao gráfico 6, a escolaridade e profissão, como grande parte da população carcerária do país, a maioria não completou o Ensino Fundamental, com 49% de presos com fundamental incompleto e 22% com Ensino Médio incompleto. Ao relacionar-se com a profissão percebe-se que grande parte desenvolvia trabalho braçal. Onde a maior concentração de trabalho está na construção civil, com 29% dos participantes.

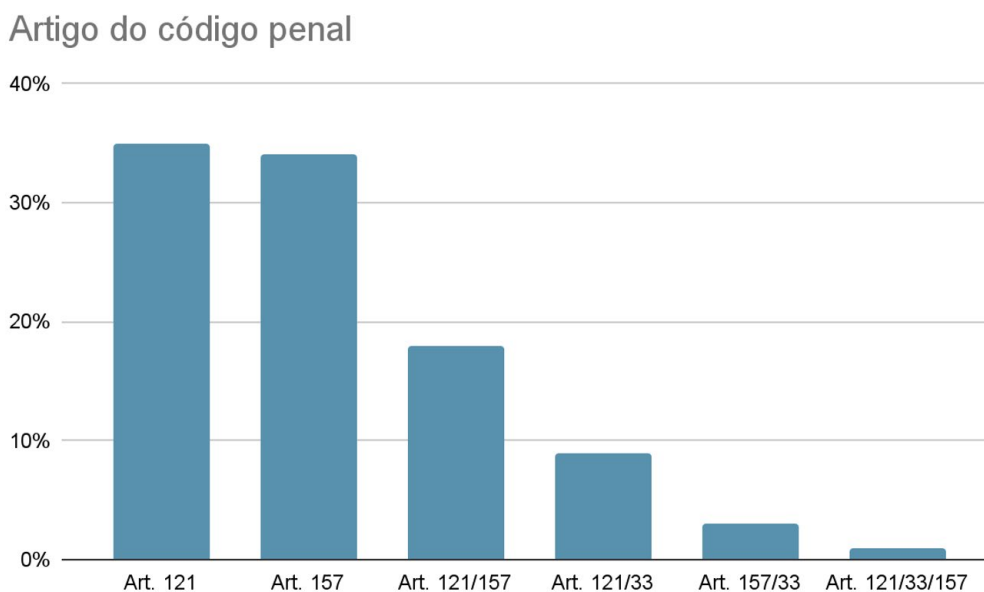
**Gráfico 6**



Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)

Ao analisar o crime conforme os artigos do Código Penal podemos observar no gráfico 7 abaixo que em 34% dos participantes da pesquisa cometeram crimes do artigo 121 (homicídio) e 35% do artigo 157 (latrocínio), enquanto 18% dos presos haviam cometido crimes nos dois artigos. Estes cumprem pena tanto por homicídio quanto por latrocínio. Em 11% dos casos há crimes de homicídio ou latrocínio referentes ao envolvimento com drogas. Apenas 1% cometeu os três tipos de crimes.

**Gráfico 7**

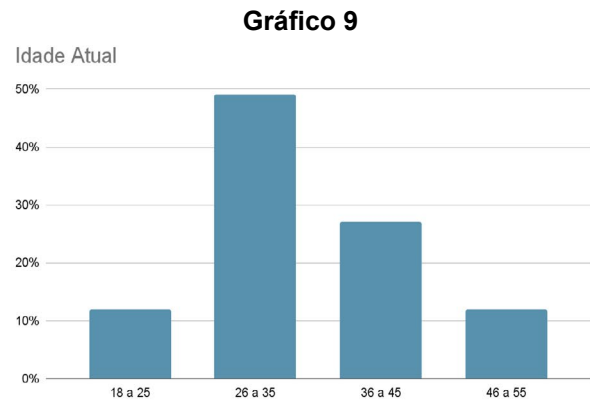
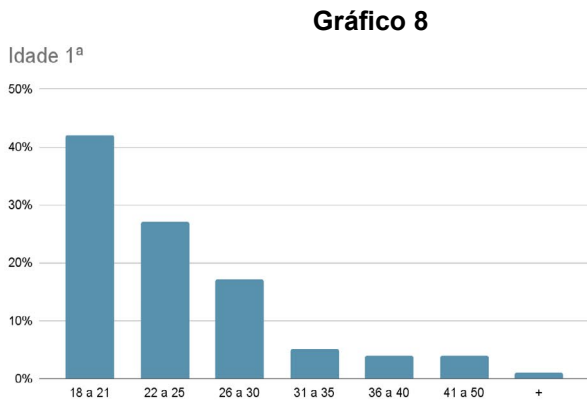


Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)

No gráfico 8 abaixo descreve a primeira prisão, mostrando que aconteceu quando eram ainda muito jovens, pois em 42% tinham entre 18 e 21 anos, seguido por 27% entre 22 e 25 anos desta forma 69% começaram na vida do crime antes dos 25 anos. O restante dos 31% dos participantes ficou com 17% para até 30 anos e 14% com pessoas com idade superior a 31 anos.

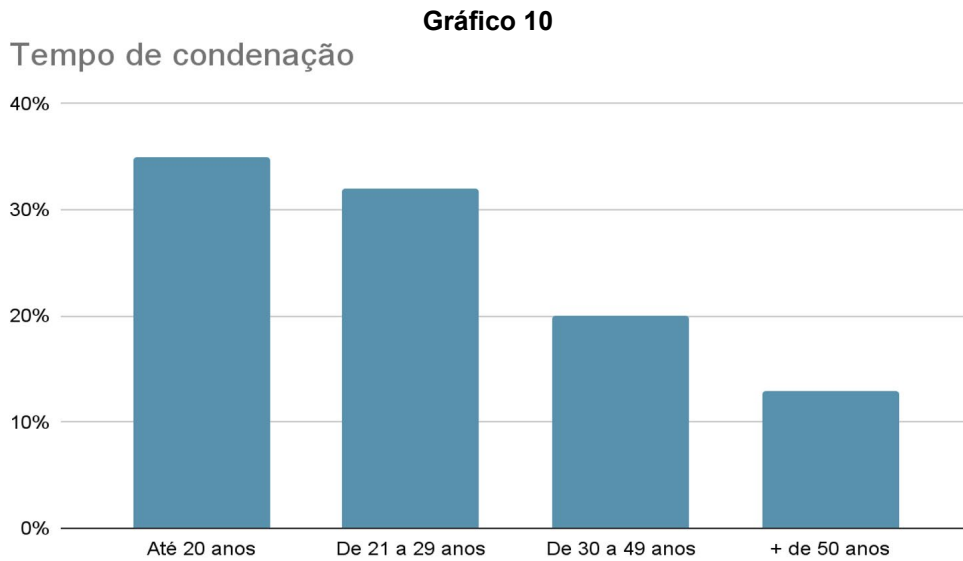
No Gráfico 9 analisou-se a idade atual dos participantes ficando grande parte de 18 a 35 anos com 61%, enquanto 27% dos participantes tinham entre 36 a 45 anos e 12%

entre os 46 e 55 anos no momento da realização deste estudo.



Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)

No gráfico 10 a seguir foram colocadas informações referente ao tempo da condenação, onde 35% dos apenados, sendo em até 20 anos de condenação, 32% tinham condenação entre 21 a 29 anos. Em 20% dos participantes a condenação era entre 30 a 49 anos. E 13% com mais de 50 anos de condenação. As informações abaixo foram realizadas por meio de uma busca, onde filtramos os apenados que cometeram faltas após o encarceramento relacionados ao comportamento dos mesmos.



Fonte: Sistema INFOPEN/RS (2023)

As informações abaixo foram realizadas por meio de uma busca, onde filtramos os apenados que cometeram faltas após o encarceramento relacionados ao comportamento dos mesmos. Ao analisar o comportamento dos presos, foram contabilizados 119 apreensões de celulares, nove brigas entre detentos, seis apreensões relacionadas a bebidas e drogas, e uma fuga. As faltas foram contabilizadas, independente ou não de reconhecimento pelo judiciário. Foi identificado que 66 participantes não tinham nenhum tipo de falta desde a entrada no sistema prisional. E por último, a reincidência de 61% dos apenados são reincidentes com dois ou mais crimes julgados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo permitiu identificar que, apesar da privação de liberdade, não ocorreu uma ruptura familiar, permanecendo os vínculos durante o encarceramento. Outro fator que pode ser confirmado nos estudos de Dr. Aldo José Parzianello, é que as pessoas iniciam na vida do crime muito jovens. A baixa escolaridade e a inserção no mercado de trabalho confirmam as atividades laborais realizadas pelos participantes antes do cumprimento da pena, e grande parte tinha atividades em serviços de manutenção e limpeza, ou na construção civil. Ao olhar o cumprimento de pena no lugar de origem, ou próximo aos familiares, podemos ver neste estudo que mais da metade estão em cidade diversa da residência familiar, conforme o artigo 103 da Lei de Execução Penal o preso deveria cumprir pena perto da família. Neste sentido, podemos citar o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pois o interesse público vem primeiro que o particular, a pretensão do indivíduo só será acolhida quando viável para o poder público. O deferimento depende da vaga na unidade pretendida, como também da necessidade da determinação do juiz da execução de origem, respeitando a concordância do juiz para a unidade pretendida.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios. 3ª vara criminal.** file:///D:/Meus%20Documentos/1338414.pdf
- BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.
- BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Penal.** Decreto Lei Nº 3914, de 09 de dezembro de 1941.
- BRASIL. **Lei de introdução do Código Penal** (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941.
- CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Impetus, 2009.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 5ª Edição. São Paulo: Renovar, 2000, p.18.
- FERRARI. Iracema Pimentel. **A prisão e as consequências na vida dos familiares.** Faculdade Meridional – IMED. Passo Fundo, 2011. 29/11/2016. Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1358361387\\_A%20Prisao%20e%20as%20Consequencias%20na%20Vida%20dos%20Familiares\[1\].pdf](http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1358361387_A%20Prisao%20e%20as%20Consequencias%20na%20Vida%20dos%20Familiares[1].pdf).
- JUNIOR. Amadeu Campos Batista. **O que é a Criminologia?** Faculdade Maurício de Nassau Especialização em Direito Penal e Processo Penal. [http://www.policiacivil.pa.gov.br/sites/default/files/artigos/o\\_que\\_e\\_criminologia.pdf](http://www.policiacivil.pa.gov.br/sites/default/files/artigos/o_que_e_criminologia.pdf). Dia 24/11/2006.
- MAGALHÃES. Carlos Augusto Teixeira. **O Crime Segundo o Criminoso: Um Estudo de Relatos Sobre a Experiência da Sujeição Criminal.** Instituto de Filosofia e Ciências Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.
- MENEZES Cristiano. **Noções de Criminologia.** Instituto Marconi. <http://www.doraci.com.br/files/criminologia.pdf>. São Paulo, 2014.



MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000, p. 130.

MONTEIRO. Lucinda Eduarda Carvalho. **A Reinserção Social dos Reclusos da Cadeia Central da Praia**. Universidade Jean Piaget de Cabo Verde. Santiago. Cabo Verde, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2003. NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal – vol.** São Paulo: Saraiva. 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 120.

PARANÁ. **Pesquisa do Perfil Sociodemográfico e Criminal dos Presos no Estado do Paraná Sob o Ângulo da Reincidência**. Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania. Departamento Penitenciário do Estado. SEJU, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 201/202.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 201.

SANTOS. Maria Alice de Miranda dos, **Ressocialização do Preso no Brasil e suas Consequências Para a Sociedade**. E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências

JURÍDICAS. **Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte**. vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. 27/11/2016. Disponível em: [www.unibh.br/revistas/ecivitas/](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas/).

STEFAM. André; GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. P. 265.

STEFAM. André; GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013i

## Ensaio jurídico sobre a viabilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas em sede dos juizados especiais cíveis

Pâmela Cristina de Lima

*Pós-Graduada em Contabilidade, Perícia e Auditoria. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.*

### RESUMO

O microsistema dos Juizados Especiais Cíveis tem como objetivo proporcionar uma justiça célere, simplificada e acessível para a resolução de litígios de menor complexidade. No entanto, essa finalidade não deve ser interpretada como uma restrição ao direito de recurso das partes, especialmente quando se trata de decisões interlocutórias que possam causar prejuízo relevante às partes ou afetar o regular andamento do processo. Assim, considerando a Consistência Organizativa dos Juizados Especiais estabelecida na Constituição é possível concluir que a lacuna existente quanto à interposição do Recurso de Agravo de Instrumento em relação às decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis pode ser suprida por meio da aplicação analógica de outras leis que compõem o microsistema dos Juizados Especiais, bem como do Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** ensaio jurídico; estudo de caso. juizados especiais cíveis; irrecurribilidade das decisões interlocutórias; recurso de agravo de instrumento.

### ABSTRACT

The microsystem of Special Civil Courts aims to provide fast, simplified and accessible justice for the resolution of less complex disputes. However, this purpose should not be interpreted as a restriction on the parties' right to appeal, especially when it comes to interlocutory decisions that could cause significant harm to the parties or affect the regular progress of the process. Thus, considering the Organizational Consistency of the Special Courts established in the Constitution, it is possible to conclude that the existing gap regarding the filing of the Interlocutory Appeal in rela-



tion to interlocutory decisions in the Special Civil Courts can be filled through the analogous application of other laws that make up the microsystem of Special Courts, as well as the Civil Procedure Code.

**Keywords:** legal essay; case study special civil courts; non-appealability of interlocutory decisions; interlocutory appeal.

## INTRODUÇÃO

Este Ensaio tem como objetivo contribuir com a promoção do consenso hermenêutico, a luz da legislação vigente e do entendimento jurisprudencial, acerca da viabilidade da interposição do Recurso de Agravo de Instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas em sede dos Juizados Especiais Cíveis.

A questão suscitada assume relevância substancial, uma vez que a inexistência de disposição normativa que estabeleça recurso ou outro instrumento impugnativo diante das decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis propicia um cenário de insegurança jurídica, podendo resultar em prejuízos de reparação difícil ou incerta.

Primeiramente, serão feitas sucintas considerações acerca da previsão normativa dos Juizados Especiais na Constituição Federal de 1988, bem como dos instrumentos legislativos promulgados posteriormente à Carta Magna que regem tais juizados. Adicionalmente, serão analisadas as possibilidades de supressão legislativa aplicáveis no contexto dos Juizados Especiais Cíveis por meio de analogia e integração jurídica.

Em seguida, proceder-se-á à elaboração de um estudo de caso referente a um processo que foi objeto do recurso de Agravo de Instrumento no âmbito do Juizado Especial Cível, culminando, na sua admissibilidade e, no mérito, com a concessão parcial do referido recurso. O propósito é evidenciar que, na prática jurídica, é viável impugnar as decisões interlocutórias por intermédio desse recurso.

O ensaio jurídico e o estudo de caso jurídico constituem ferramentas fundamentais no campo do direito, cada qual com suas características distintas e objetivos específicos. Enquanto o ensaio jurídico representa uma análise teórica e crítica de questões jurídicas, o estudo de caso jurídico envolve a investigação minuciosa e empírica de uma situação legal específica. Nesse sentido, essa simbiose entre métodos enriquece a pesquisa, promovendo a produção de conhecimento não apenas acadêmico, mas também aplicável e relevante para as questões contemporâneas.

Por fim, em sede conclusivas, serão efetuadas considerações que respaldam a tese da utilização do Recurso de Agravo de Instrumento como meio de impugnação das decisões interlocutórias proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis.

## A LIMITAÇÃO RECURSAL PRESUMIDA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A RESPOSTA JURISPRUDENCIAL PARA O SILÊNCIO DA LEI ACERCA DA (IR)RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

A Constituição Federal de 1988, no art. 98<sup>1</sup>, determinou a criação dos Juizados Especiais Cíveis, compostos por Juízes togados ou Juízes togados e leigos, competentes para julgar e executar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, tendo como principal objetivo uma prestação jurisdicional efetiva e célere. *In verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (Brasil, 1988).

Percebe-se que o art. 98, da Constituição Federal de 1988, ao tratar da estruturação do rito procedimental dos Juizados Especiais, revela-se como uma norma de eficácia limitada, carecendo de normas infraconstitucionais para sua regulamentação. Essas normas, de eficácia limitada, demandam complementação legislativa para efetivar todos os seus efeitos, servindo como princípios programáticos que exigem desenvolvimento pelo legislador ordinário.

Neste momento, impende esclarecer que, em razão da natureza doutrinária da discussão, existem diversas classificações acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. No entanto, este Ensaio fundamentou-se na classificação proposta pelo Jurista José Afonso da Silva, que as categorizou em três tipos: eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

A classificação delineada por José Afonso da Silva tem como objetivo discernir as normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade direta e imediata, assim como a exigência de complementação legislativa para sua concretização. Importa ressaltar que essa categorização não possui caráter absoluto, sendo suscetível a divergências na interpretação de determinadas normas, bem como sujeita a possíveis ajustes ao longo do

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

tempo, em consonância com a evolução da jurisprudência e das interpretações doutrinárias.

Assim, em razão da necessidade de normas para efetivação da aplicabilidade do art. 98 da Constituição Federal de 1988, surgiram três leis no cenário jurídico brasileiro, objetivando regulamentar os Juizados Especiais. Essas leis são: a Lei nº 9.099/1995, que versa sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário Estadual, aplicável tanto para matérias cíveis quanto criminais; a Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, aplicada aos processos da União, Autarquias e Empresas Públicas Federais; e, por fim, a Lei nº 12.153/2009, que trata dos Juizados de Fazenda Pública, aplicada aos processos contra Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e respectivas Autarquias e Empresas Públicas.

Face à promulgação dessas três leis, presume-se a existência de um “microsistema dos Juizados Especiais”, incumbindo aos juristas a padronização dos procedimentos e métodos pertinentes a esse contexto.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior<sup>2</sup> explica que:

Pela comunhão de princípios informativos, pela adoção de procedimento sumaríssimo basicamente igual, e pela própria remissão legal feita entre os três diplomas informativos, deve-se reconhecer que todos eles formam uma unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja, o estatuto legal dos Juizados Especiais Brasileiros. Não havendo, portanto, conflito entre regras explícitas, os dispositivos de quaisquer das três leis podem ser aplicadas nos procedimentos de qualquer diferentes Juizados [...].

Os Juizados Especiais, conforme dispõe o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, positivado no art. 5º, inciso LX da Constituição de 1988, possuem juízo recursal e, nesse cenário, surge a problematização da recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas no curso do processo do Juizado Especial Cível.

Ocorre que, a lei nº 9.099/1995<sup>3</sup>, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito do Poder Judiciário Estadual, estabeleceu o Recurso Inominado como meio de impugnação da Sentença, com ou sem resolução do mérito; os Embargos de declaração quando há obscuridade, contradição, omissão ou erro material em Sentenças ou Acórdãos proferidos por Juiz ou Turma Recursal; o Recurso Especial direcionado o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal, nos casos em que houver matéria constitucional ou infraconstitucional relevantes.

Entretanto, a Lei nº 9.099/1995 apresenta omissão em relação ao meio de impugnação das decisões interlocutórias, gerando, no âmbito jurídico, a presunção de sua irreCORRIBILIDADE. Essa presunção baseia-se, principalmente, no princípio da oralidade, previsto na referida lei.

Em contrapartida, diante das decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Federais, disciplinados pela Lei n. 10.259/01<sup>4</sup>, é admissível a interposição de Recurso de Agravo de Instrumento destinado à Turma Recursal, conforme entendimento da

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009).pág.04 Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/207/176>. Acesso em: 30 nov. 2023.

3 BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Brasília, DF: Senado, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

4 BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Brasília, DF: Senado, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10259.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

Turma Nacional de Uniformização<sup>5</sup>. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. PREJUDICIAL DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO-ACOLHIDA. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

1. O recurso contra decisão interlocutória de caráter emergencial, previsto no art. 5º da Lei n. 10.259/2001, deve seguir o procedimento do Agravo de Instrumento do Código de Processo Civil sem deixar de atender os princípios norteadores dos Juizados Especiais Federais, especialmente os da informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade. Nesse sentido, é indispensável que o mencionado recurso seja instruído com cópias da decisão recorrida, da certidão de intimação da decisão e das procurações dos advogados das partes, de acordo com o art. 525, I, do Código de Processo Civil.
2. Como não foram juntadas aos autos as cópias da certidão de intimação da decisão recorrida e da procuração do advogado do recorrido, o recurso não deve ser conhecido, por falta de pressupostos objetivos de admissibilidade recursal.
3. Recurso não conhecido. (Recurso Inominado n. 200238007007994, Turma Nacional de Jurisprudência, Relator Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, Data do Julgamento 22/10/2002, Data da Publicação 06/11/2002)

Em consonância com a Lei n. 10.259/01<sup>6</sup>, os Juizados Especiais da Fazenda Pública, disciplinados pela lei nº 12.153/2009<sup>7</sup>, admitem o Recurso de Agravo de Instrumento contra decisões interlocutórias que deferem liminarmente providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar danos de difícil ou de incerta reparação, nos termos do art. 4º do referido dispositivo legal.

Ademais, com o advento do Código de Processo Civil<sup>8</sup>, em 2015, o recurso de Agravo de Instrumento foi estabelecido como meio de impugnação para insurgir contra as decisões interlocutórias, conforme dispõe o art. 1.015 do referido diploma legal.

Percebe-se que o Código de Processo Civil, a legislação dos Juizados Especiais Federais e a Lei dos Juizados da Fazenda Pública, que estabelecem a admissibilidade do recurso de Agravo de Instrumento em face das decisões interlocutórias, foram promulgados posteriormente à edição da Lei dos Juizados Especiais Cíveis. Diante dessa cronologia, sustenta-se a argumentação da viabilidade desse recurso nos Juizados Especiais, não apenas pautada em uma interpretação literal do texto legal, mas também por meio de métodos de interpretação e analogia.

Por conseguinte, ao analisar a Lei nº 9.099/95, responsável por disciplinar o procedimento dos Juizados Cíveis, verifica-se que esta norma não abrange nem as medidas de urgência nem o recurso das decisões interlocutórias. Contudo, as leis posteriormente promulgadas abordaram tanto a possibilidade de medidas cautelares e antecipatórias como delineararam a recorribilidade desses provimentos. Essa regulamentação, portanto, pode ser estendida aos Juizados Especiais Cíveis, a fim de suprir as lacunas deixadas pela Lei nº 9.099.

5(Recurso Inominado n. 200238007007994, Turma Nacional de Jurisprudência, Relator Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, Data do Julgamento 22/10/2002, Data da Publicação 06/11/2002)

6 BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Brasília, DF: Senado, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

7 BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 dezembro de 2009. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm). Acesso em: 30 nov. 2023.

8 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 30 jul. 2023.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior<sup>9</sup> ensina que:

(...) a Lei nº 9.099, ao disciplinar o procedimento dos Juizados Cíveis, não cuidou nem das medidas de urgência nem do recurso das decisões interlocutórias. As leis subsequentes, relativas aos Juizados da Fazenda Pública, regularam tanto a possibilidade das medidas cautelares e antecipatórias como previram a recorribilidade dos respectivos provimentos. Essa disciplina, portanto, pode ser aplicada também nos Juizados Especiais Cíveis, de modo a preencher as lacunas da Lei nº 9.099.

Nessa perspectiva, é digno de nota que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio do art. 80 do Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Distrito Federal e dos Territórios<sup>10</sup>, veiculado pela resolução nº 20 de 21 de dezembro de 2021, estabeleceu a interposição do Recurso de Agravo de Instrumento em situações em que a decisão interlocutória não é passível de ataque por outro recurso, desde que fundado na constatação de erro ou em ato capaz de ocasionar dano irreparável ou de difícil reparação na fase de execução ou de cumprimento de sentença, nos seguintes termos:

Art. 80. É cabível o agravo de instrumento contra decisão:

I - que deferir ou indeferir providências cautelares ou antecipatórias de tutela, nos juizados especiais da fazenda pública;

II - no incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos juizados especiais cíveis;

III - não atacável por outro recurso, desde que fundado na ocorrência de erro de procedimento ou de ato apto a causar dano irreparável ou de difícil reparação na fase de execução ou de cumprimento de sentença (Brasil, 2021).

Ademais, a título de ilustração da aplicação do recurso de agravo de instrumento em resposta a decisões interlocutórias emitidas nos Juizados Especiais Cíveis, expõe-se uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *In verbis*:

Ementa. Juizado Especial Cível Agravo de instrumento Espécie de recurso que se admite excepcionalmente nos processos que tramitam perante o Juizado Especial Cível, nos termos do disposto no Enunciado nº 60 do Conselho Supervisor do Sistema de Juizados Especiais Admissibilidade no caso em espécie, porque a decisão pode causar à parte lesão grave e de difícil reparação Agravo de instrumento que objetiva o desbloqueio de valor depositado em conta bancária, de corrente de verba salarial Impenhorabilidade do valor por força do disposto no artigo 833, IV do CPC, aplicado subsidiariamente à Lei nº 9.099/95 A interpretação sistemática da Lei nº 9.099/95 não pode prescindir, subsidiariamente, da aplicação do NCPC Inteligência do disposto no artigo Art. 1.046, §2º do CPC: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.” Natureza alimentar do valor efetivamente demonstrada Levantamento da penhora e liberação do valor bloqueado determinada - Agravo a que se dá provimento.<sup>11</sup>

Com base nas considerações apresentadas somadas as decisões dos Tribunais de Justiça, infere-se que a omissão referente à admissibilidade do Recurso de Agravo de Instrumento diante das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis pode ser remediada por meio da analogia com outras normas integrantes do microsistema dos

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)*. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/207/176>. Acesso em: 30 jul. 2023.

10 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DF). Resolução 20 de 21/12/2021, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF, que aprova o Regimento Interno das turmas recursais, das Turmas Recursais Reunidas e da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos juizados especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/regimentos/regimento-interno-das-turmas-recursais/ritrje-resolucao-20-2021-1.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

11 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). Agravo de Instrumento 0100056- 88.2020.8.26.9007, relator: Ricardo Hoffmann, data de julgamento: 15/02/2021, Colégio Recursal de Campinas.



## Juizados Especiais e/ou do Código de Processo Civil.

O microsistema dos Juizados Especiais Cíveis tem como desiderato proporcionar uma prestação jurisdicional célere, simplificada e acessível para a solução de litígios de menor complexidade. Contudo, tal desiderato não deve ser interpretado como uma limitação ao direito de recurso das partes, sobretudo quando se trata de decisões interlocutórias que possam acarretar prejuízos significativos ou comprometer o curso regular do processo.

À luz da consistência organizativa dos Juizados Especiais estabelecida na Constituição, é factível concluir que a lacuna existente quanto à interposição do Recurso de Agravo de Instrumento em relação às decisões interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis pode ser suprida mediante a aplicação analógica de outras normas que compõem o microsistema dos Juizados Especiais, assim como do Código de Processo Civil.

## ESTUDO DE CASO JURÍDICO

Neste tópico, proceder-se-á à elaboração de uma análise de caso, objetivando a avaliação da viabilidade de interposição do recurso de Agravo de Instrumento em resposta às decisões interlocutórias emanadas no âmbito do Juizado Especial Cível. Dessa forma, busca-se, concomitantemente, fomentar o consenso hermenêutico, colaborando para aprimorar as tomadas de decisões.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o estudo de caso jurídico é uma metodologia utilizada no campo do Direito para analisar e compreender situações concretas, envolvendo questões jurídicas específicas. É uma forma de examinar um caso real, geralmente de natureza judicial, a fim de compreender os aspectos legais, os argumentos das partes envolvidas, as decisões judiciais e as consequências jurídicas decorrentes.

Chizzotti<sup>12</sup> explica que o estudo de caso “é a pesquisa para coleta e registro de dados de um ou vários casos, para organizar um relatório ordenado e crítico ou avaliar analiticamente a experiência com o objetivo de tomar decisões ou propor ação transformadora.”

Nota-se que estudo de caso é uma ferramenta importante para o ensino, pesquisa e prática do Direito. Ele permite uma análise aprofundada de situações reais, auxiliando na compreensão da aplicação das normas jurídicas, na identificação de argumentos e na reflexão sobre as decisões judiciais. Além disso, o estudo de caso jurídico contribui para o desenvolvimento do raciocínio jurídico e a formação de uma visão crítica do sistema jurídico.

Efetuados os esclarecimentos preliminares acerca do estudo de caso, procederemos à análise, tendo como objeto o processo nº 0054693- 31.2019.8.13.0518, no qual estão claramente delineadas três<sup>13</sup> partes que, exclusivamente para fins didáticos, serão designadas como demandante A, demandada B e demandada C. É relevante frisar que a

<sup>12</sup> CHIZZOTTI, Antonio. *Pesquisa em ciências humanas e sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

<sup>13</sup> O termo “partes” aqui utilizados refere-se aos sujeitos envolvidos em uma ação judicial, que são designados para ocupar posições específicas nos “polos” do processo que, por sua vez, se referem às posições assumidas pelas partes durante o litígio, sendo os principais o polo ativo e o polo passivo. O “polo ativo” é ocupado pela parte que move a ação judicial, buscando resolver um conflito ou reivindicar um direito perante a lei. Por outro lado, o “polo passivo” é ocupado pela parte contra quem a ação é movida. Dessa forma, as partes ocupam posições específicas nos polos do processo, sendo o polo ativo destinado à parte demandante e o polo passivo destinado à parte demandada.



demandante A ocupou o polo ativo, ao passo que as demandadas B e C figuraram no polo passivo do mencionado processo.

No caso em análise, em 09 de setembro de 2019, foi proferida Sentença que condenou solidariamente as demandadas B e C em duas obrigações. A primeira, referente à obrigação de pagar, implicava o montante de R\$1.040,44 (mil, quarenta reais e quarenta e quatro centavos) a título de restituição, bem como o pagamento de R\$3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por danos morais. A segunda, referente à obrigação de fazer, consistia na efetivação da portabilidade de uma linha telefônica da demandada B para a demandada C.

Em 01 de outubro de 2019, a demandante A requereu o cumprimento da sentença em face das demandadas B e C, distribuído sob o número 5000522- 05.2020.8.13.0518, alegando o descumprimento das obrigações estabelecidas.

Após devidamente citadas, a demandada B opôs Embargos à Execução e a Demanda C chamou o feito à ordem. Como resultado, foi proferida uma Decisão Interlocutória que acolheu os pleitos apresentados pela demandante A, nos seguintes termos:

Isso posto, com suporte no que acima mencionado, este Juízo REJEITA os argumentos sustentados pelas empresas executadas, APLICANDO-SE a multa cominatória fixada para tanto, sendo devida, em sua integralidade, o valor apurado no demonstrativo de ID nº 1193109823.

Verificando-se a insuficiência da multa, MAJORA-SE para o patamar de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por evento, restando LIMITADA, ao menos por ora, em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), o que independe daquela arbitrada ainda na fase de conhecimento (Brasil, 2020, grifo meu).

Em face da Decisão Interlocutória supracitada, a Demanda B interpôs Recurso Inominado. No entanto, os autos não foram remetidos para à Turma Recursal, sob alegação que a Decisão não resultou na extinção do feito, nos seguintes termos:

Cumprе salientar, por fim, que o mesmo entendimento também foi exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.698.344, onde entendeu-se que o recurso de apelação somente é cabível quando há a extinção da execução, subentendendo-se, nesta esteira, que em hipótese semelhante seria possível a interposição de Recurso Inominado, o que não é o caso dos autos.

Isso posto, com suporte no acima mencionado, este Juízo torna sem efeito a determinação de ID nº 2211671434, deixa de conhecer do recurso inominado de ID nº 2155271459 (Brasil, 2020).

Observa-se que a Decisão supracitada se baseou no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.698.344, que sustentou a admissibilidade do recurso de apelação apenas em caso de extinção da execução. Contudo, em que pese a Decisão interlocutória proferida nos autos em análise não tenha extinguido a execução, deve-se considerar que os autos tramitavam o âmbito do Juizado Especial Cível, onde não há previsão literal para interposição de Agravo de Instrumento contra decisões interlocutórias. Por esse motivo, a Demanda B pode ter optado pela interposição do recurso previsto no artigo 41 da Lei 9.099/95.

Nota-se que a carência de previsão normativa que institua recurso ou outro meio impugnativo diante das decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis

suscita um ambiente de insegurança jurídica, passível de ocasionar prejuízos de reparação difícil ou incerta. Tal ausência não deve ser interpretada como uma restrição ao direito de recurso das partes, especialmente quando se trata de decisões interlocutórias capazes de acarretar danos significativos ou comprometer o fluxo regular do processo.

Após uma análise analítica do recurso apresentado pela Demandante B, infere-se que seu propósito consistia na revisão da decisão interlocutória, em conformidade com o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição consagrado no art. 5º, inciso LX da Constituição de 1988, o qual abrange o Juizado Especial Cível, independentemente da denominação da peça processual a qual atribuiu à época.

Diante da recusa em encaminhar os autos à Turma Recursal e da inexistência de meio de impugnação previsto na Lei 9.909/95, a Demandante B efetuou o adimplemento da obrigação de pagar imposta, enquanto, no que tange à obrigação de fazer, requereu a conversão em perdas e danos. Como desdobramento, uma nova Decisão Interlocutória foi proferida, a qual deixou de apreciar os pleitos de conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, impondo, em contrapartida, uma penalidade em virtude do descumprimento.

Em decorrência da segunda Decisão Interlocutória mencionada, as Demandas B e C reiteraram a solicitação de conversão da obrigação de fazer. Contudo, uma terceira Decisão Interlocutória foi proferida que não acolheu as alegações das demandadas, nos termos a seguir:

Isso posto, com suporte no que acima mencionado, este Juízo aplica a multa já arbitrada em desfavor das empresas executadas, mantendo-se o valor diário fixado e majorando-se, para todos os fins, a limitação ao montante de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Outrossim, expeça-se alvará judicial, em favor da parte exequente, correspondente à quantia de ID nº 2715256535.

Diante da conduta perpetrada pelas partes executadas, aplica-se, em seu desfavor, multa, a título de litigância de má-fé, no importe equivalente a 3 (três) salários-mínimos, bem como, pelo não cumprido com exatidão a decisão jurisdicional (inciso IV do art. 77 do Código de Processo Civil), multa, a título de ato atentatório à dignidade da Justiça, no valor equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (Brasil, 1988).

Diante da mencionada Decisão Interlocutória, a Demandante C interpôs Recurso Inominado. Todavia, mais uma vez, os autos não foram encaminhados à Turma Recursal, sob a alegação de que a referida Decisão não culminou na extinção do feito, conforme os seguintes termos:

Cumprе salientar, por fim, que o mesmo entendimento também foi exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.698.344, onde entendeu-se que o recurso de apelação somente é cabível quando há a extinção da execução, subentendendo-se, nesta esteira, que em hipótese semelhante seria possível a interposição de Recurso Inominado, o que não é o caso dos autos.

Isso posto, com suporte no acima mencionado, este Juízo DEIXA de conhecer do recurso inominado de ID nº 7144058239 (Brasil, 1988).

No transcorrer do procedimento, constata-se a emissão de diversas decisões interlocutórias, dentre as quais duas deixaram de encaminhar os autos à Turma Recursal para análise dos recursos interpostos. Assim, com o objetivo de atingir a conclusão do

processo, a Demandante B opôs Embargos à Execução, enquanto a Demandada C interpôs Impugnação à Penhora. Subsequentemente, foi prolatada uma Decisão Interlocutória que refutou as impugnações apresentadas pelas partes, nos termos a seguir:

Isso posto, com suporte no que acima mencionado, este Juízo rejeita as impugnações apresentadas pelas empresas impugnantes nos ID's nº 7689077994 e 7966013019. Via de consequência, expeça-se alvará judicial em favor do impugnado, correspondente às quantias constringidas no ID nº 7353968067, mediante termos nos autos, devendo ser observadas as subdivisões presentes no item "b" do petítório de ID nº 8035353038. Outrossim, com fundamento no inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil, oficie-se à ANATEL comunicando-se a inércia das partes impugnantes quanto ao cumprimento das decisões jurisdicionais proferidas nestes autos, a fim de que sejam, eventualmente, aplicadas eventuais multas em decorrência de infrações administrativas.

Finalizando, manifeste-se o impugnado, no prazo de 10 (dez) dias, pleiteando o que de direito, sob pena de extinção (Brasil, 1988).

Ao agregar os recursos nominados, as manifestações, os Embargos à Execução e a Impugnação à Penhora, verificam-se que nenhuma peça processual foi eficaz em Impugnar as Decisões interlocutórias.

Em seguida, em 26/04/2022, a Demanda B interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão interlocutória acima, que foi distribuído por sorteio à 01ª Turma Recursal do Grupo Jurisdicional de Poços de Caldas (Composição Integral), sob nº 6900071-64.2022.8.13.0518.<sup>14</sup>

Acertadamente, em 10/02/2023, a Turma Recursal proferiu um Acórdão que admitiu o Agravo de Instrumento interposto, valendo-se da analogia. Nos seguintes termos:

Tratando-se de recurso contra decisão interlocutória, recebo como agravo de instrumento, nos termos dos arts. 3º e 4º, da Lei 12.153/2009, que aplico por analogia. Pretende a agravante a reforma da decisão que lhe aplicou multa cominatória pelo inadimplemento de obrigação reconhecida em sentença(...) (Brasil, 2023).

Na fundamentação, nota-se que não passaram despercebidas as diligentes iniciativas da Demandante B, manifestadas através de distintas peças processuais, com o intuito de solucionar o intrincado cenário processual. A seguir, apresenta-se um excerto para escrutínio:

(...)

No entanto, em havendo sido comprovada a impossibilidade de se realizar a obrigação específica que foi imposta à agravante pelo juízo a quo, está autorizada a conversão em perdas e danos.

Com efeito, a legislação processual civil prevê, em seu art. 499, a possibilidade de conversão da obrigação específica em perdas e danos em duas hipóteses: no caso de requerimento realizado pelo autor; ou quando impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

(...)

Deste modo, especialmente diante das inúmeras manifestações da agravante, aliado ao fato de ter restado comprovado que a linha telefônica encontra-se em nome de terceiro, de rigor a conversão da obrigação em perdas e danos (...) (Brasil, 2023).

<sup>14</sup> BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG)*. Agravo de Instrumento 6900071-64.2022.8.13.0518, relator: Raphael Ferreira Moreira, data de julgamento: 10/02/2023, 1ª Turma Recursal do Grupo Jurisdicional de Poços de Caldas.

Por fim, no tocante ao mérito, o Acórdão outorgou parcial provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto, determinando a conversão da obrigação de fazer em indenização por perdas e danos, nos termos a seguir:

Neste sentido, pautado pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, fixo o valor das perdas e danos no importe de R\$8.000,00 (oito mil reais). Pelo acima exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, apenas para converter a obrigação de fazer em perdas e danos, no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais), mantendo-se incólume os demais termos da r. decisão hostilizada. Remeta-se cópia ao eminente Juízo de primeiro grau, para a juntada aos autos (...) (Brasil, 2023, grifo meu).

Conforme evidenciando no presente estudo de caso, a admissibilidade do Agravo de Instrumento nos Juizados Especiais Cíveis, através da analogia, preencherá uma lacuna normativa, assegurando, por conseguinte, a justiça e a efetividade do sistema.

Por fim, conclui-se que admissibilidade do Agravo de Instrumento nos Juizados Especiais Cíveis se coaduna com os princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça, garantindo às partes o direito de recorrer das decisões interlocutórias que possam acarretar prejuízo relevante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Juizados Especiais foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, conforme preceitua o art. 98, com o propósito de dirimir conflitos de menor complexidade de maneira célere e eficiente, promovendo a democratização do acesso à justiça e simplificando a participação dos cidadãos no sistema judicial.

No entanto, para que os Juizados Especiais cumpram plenamente seus propósitos, é necessário estabelecer normas específicas que regulem seu funcionamento e procedimentos. Com base nessa necessidade, surgiram três leis relevantes no cenário jurídico brasileiro: a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001) e a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009). Fundamentando-se na convergência de princípios informativos, na implementação de procedimento sumaríssimo e na remissão legal entre os diplomas normativos que orientam os Juizados Especiais no Brasil, chega-se à conclusão de uma unidade institucional coesa e harmônica, cuja configuração possibilita a aplicação dos dispositivos de qualquer das três leis nos seus respectivos procedimentos, diante o uso da analogia, desde que não haja conflito com as regras literais, garantindo uma interpretação sistemática, preenchendo eventuais lacunas normativas e assegurando a observância dos princípios fundamentais desse sistema, como a celeridade, a simplicidade e a acessibilidade.

Conforme demonstrado no caso em análise, a aderência estrita à literalidade da lei, sem ampliar ao contexto e sem recorrer à utilização da analogia, resulta em prejuízos para as partes, uma vez que o processo permanece inerte, sem uma resposta eficaz à demanda, devido à ausência de norma literal que discipline o caso. Nesse contexto, é fundamental que o Poder Judiciário, ao analisar casos envolvendo essa questão, adote uma postura interpretativa voltada à eficácia e à correta aplicação da legislação vigente, buscando suprir

as lacunas normativas de forma consistente com os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis.

Portanto, diante da lacuna normativa em relação à interposição do Recurso de Agravo de Instrumento nos Juizados Especiais Cíveis, é plausível e adequado supri-la por meio da analogia com outras leis que compõem o microsistema dos Juizados Especiais ou o Código de Processo Civil. Tal interpretação busca preservar os princípios e finalidades dos Juizados Especiais, garantindo a justiça e a efetividade do sistema.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30/11/2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 30/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Brasília, DF: Senado, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 30/11/2023;

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Brasília, DF: Senado, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm). Acesso em: 30/11/2023.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 dezembro de 2009**. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm). Acesso em: 30/11/2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DF)**. Resolução 20 de 21/12/2021, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF, que aprova o Regimento Interno das turmas recursais, das Turmas Recursais Reunidas e da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos juizados especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/regimentos/regimento-interno-das-turmas-recursais/ritrje-resolucao-20-2021-1.pdf>. Acesso em: 30/11/2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DF)**. Agravo de Instrumento nº 0700686-23.2016.8.07.0000, relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, data de julgamento: 7/6/2016, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, data de publicação: 21/6/2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)**. Agravo de Instrumento 0100056-88.2020.8.26.9007, relator: Ricardo Hoffmann, data de julgamento: 15/02/2021, Colégio Recursal de Campinas.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG)**. Agravo de Instrumento 6900071-64.2022.8.13.0518, relator: Raphael Ferreira Moreira, data de julgamento: 10/02/2023, 1ª Turma Recursal do Grupo Jurisdicional de Poços de Caldas.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DF)**. Agravo de Instrumento nº 0701791-59.2020.8.07.9000, relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, data de julgamento:

26/04/2021, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, data de publicação: 5/5/2021.

CHIZZOTTI, Antônio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)**. Disponível na internet: <<<https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/207/176>>>. Acesso em: 30/11/2023.

# O *Gun Jumping* em operações de combinação de negócios submetidas ao controle prévio de estruturas das autoridades concorrenciais

**João Marcelo Novaes Risi**

*Graduado e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pelo IBMEC Advogado*

**Pedro Alves Lavacchini Ramunno**

*Graduado, Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Professor de Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado*

**Renan Pereira Dias**

*Graduado e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Penal pelo IBMEC Advogado*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar a delimitação conceitual e as principais características dos atos de concentração econômica, do controle prévio de estruturas, modelo de atuação preventiva observado pela autoridade concorrential brasileira e das principais normas que definem os procedimentos e penalidades a serem observadas pelos agentes de mercado quando do desenvolvimento de tratativas que visam à concentração de negócios, especialmente àquelas constantes na Lei nº 12.529/2011 – Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além disso, aborda-se brevemente as discussões relacionadas às premissas das condutas que configuram violação aos dispositivos legais, bem como dados relacionados a julgados do CADE em operações de concentração econômica para fins de determinação do padrão de conduta da autoridade.

**Palavras-chave:** *Gun jumping*; análise prévia; CADE.; controle de estruturas.

## ABSTRACT

This study aims to address the conceptual delimitation and main characteristics of acts of economic concentration, prior control of structures, preventive action model observed by the Brazilian antitrust authority and the main regulations that define the procedures and penalties to be observed by market's agents when developing negotiations aimed at business concentration, especially those contained in Law n. 12.529/2011 – Law of the



Brazilian System for the Defense of Competition. In addition, discussions related to the premises of conduct that constitute a violation of legal provisions are briefly discussed, as well as data related to CADE judgments in economic concentration operations for the purpose of determining the authority's standard of conduct.

**Keywords:** *Gun jumping*; premerger analysis; CADE.; merger review.

## INTRODUÇÃO

As economias capitalistas espalhadas ao redor do globo apresentam, dentre diversas outras, uma especial característica em comum: a ocorrência de operações empresariais cuja finalidade, na maioria das vezes, busca a expansão de posição de mercado ou manutenção de posição dominante<sup>1</sup>.

Tais operações – que podem ser traduzidas de inúmeras formas, incluindo, mas não se limitando, a compra de ativos, a aquisição de participação societária, incorporações, fusões e aquisições – não representam, por si só, algo negativo. Ocorre que, a fim de efetivar a manutenção de determinados parâmetros que confirmam contextos mercadológicos que promovam o desenvolvimento – como a concorrência, por exemplo –, a atuação livre e desregulada de todo e qualquer *player* pode gerar efeitos mais negativos do que positivos, passíveis de gerar impactos irreparáveis em determinado cenário.

Sendo assim, determinadas autoridades possuem a atribuição de evitar abusos de posição dominante e reprimir condutas anticoncorrenciais – o que, no Brasil, pode ser visualizado por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal cujas atribuições são previstas na Lei nº 12.529/2011, dentre as quais se destaca a missão de zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável não só por investigar e decidir sobre matérias concorrenciais, mas, também, fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência<sup>2</sup>.

Nesse cenário, são estabelecidos determinados procedimentos a serem observados para sua atuação, dentre os quais se incluem aqueles relacionados aos atos de concentração (controle de estruturas), que, para as finalidades pretendidas neste trabalho, serão especialmente objeto de análise. Não obstante, no âmbito dos procedimentos relacionados ao seu escopo de atuação, estão inseridas regras estritamente relacionadas à natureza de sua atuação – de cunho eminentemente preventivo –, mas, também, relacionadas às possíveis atitudes sancionadoras impostas a agentes que violem determinadas regras de conduta (controle de condutas).

Sendo assim, o presente estudo será dividido em três principais seções.

Inicialmente, na primeira seção, busca-se delimitar o conceito de “ato de

<sup>1</sup> Desnecessário mencionar que diversas motivações relacionadas às chamadas operações de combinações de negócios que podem acabar levando à concentração de mercado: além dos mencionados incrementos da posição de mercado e manutenção da posição dominante, merecem destaque o acesso a tecnologias e a superação de barreiras de entrada (regulatórias, por exemplo).

<sup>2</sup> Essas considerações justificam o fato de o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se alinhar à ideia de concorrência-meio, para o qual a tutela da concorrência é um meio para alcançar outros interesses, a exemplo do desenvolvimento econômico ou do desenvolvimento tecnológico.



concentração” e suas principais características, bem como a natureza das atribuições do CADE no âmbito do controle das estruturas adotadas para a operacionalização dos atos de concentração – com a finalidade de coibir a ocorrência de condutas que possam acarretar impactos negativos para o mercado, especialmente de cunho concorrencial.

Na seção subsequente, serão abordadas as principais implicações relacionadas às seguintes esferas: (i) consumação de atos de concentração, contemplando o marco temporal em que determinado ato é considerado consumado, especialmente para os fins de análise das condutas dos agentes em relação à necessidade de autorização prévia da autoridade concorrencial; (ii) ocorrência de *Gun Jumping*, com os respectivos critérios considerados para os fins de avaliar sua efetiva ocorrência, bem como as penalidades aplicáveis aos agentes econômicos em decorrência de sua prática e, ainda, um breve levantamento histórico dos dados referentes aos atos de concentração que tenham sido objeto de avaliação do CADE historicamente, para fins de estabelecer eventual tendência ou padrão nos critérios de julgamento adotados pela autarquia.

Por fim, com base nas reflexões realizadas no decorrer deste trabalho, são expostas algumas considerações a título de conclusão.

## ATOS DE CONCENTRAÇÃO E ANÁLISE PRÉVIA NO ÂMBITO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS

Previamente à efetiva análise do *Gun Jumping* e suas respectivas implicações, esta seção tem como finalidade expor algumas considerações relacionadas (i) à definição de atos de concentração e sua relevância no contexto econômico-concorrencial, bem como (ii) à análise prévia de atos de concentração. Essas temáticas configuram pressupostos lógicos para a prática do *Gun Jumping*.<sup>3,4</sup>

Nesse sentido, pontua-se que os atos de concentração são marcados por sua perenidade e estabilidade, sendo uma das modalidades de condutas regidas pelo direito concorrencial<sup>5</sup>. Não obstante, os atos de concentração geram alterações duradouras nos incentivos competitivos, tanto em razão da transferência de ativos produtivos quanto da consolidação de centros decisórios dos agentes de mercado – englobando, a título exemplificativo, operações de fusões e aquisições e as mais diversas modalidades de

3 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Limites da Coordenação Entre Empresas no Âmbito da Análise Prévia dos Atos de Concentração*. Orientador: José Marcelo Martins Proença. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 20.

4 A despeito de a abordagem dos conceitos mencionados ser imprescindível para a análise do *Gun Jumping*, cumpre-se destacar que o presente artigo não pretende abordar integralmente a origem e o fundamento do controle prévio de estruturas, tampouco realizar uma interface sob a ótica do direito comparado – que, em razão de sua relevância e complexidade, podem (e devem) ser objeto de um estudo dedicado. Dessa forma, busca-se definir seu conceito e delimitar suas finalidades para permitir a compreensão do objeto principal deste trabalho: *Gun Jumping* e suas principais implicações.

5 As regras de direito concorrencial se aplicam, de forma geral, a três tipos de conduta: (i) coordenadas; (ii) unilaterais; e (iii) atos de concentração econômica. As condutas coordenadas e unilaterais, nas palavras de Guilherme Morgulis, “serão objeto da legislação concorrencial quando sua realização gerar efeitos negativos à concorrência no mercado ou o fortalecimento injustificado de uma posição de dominância.” (MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 20).

combinações de negócios.<sup>6,7</sup>

Pode-se destacar, ainda, que os atos de concentração não são usualmente sujeitos a um regime sancionatório – o que decorre de seu potencial de gerar eficiências ao mercado, bem como por serem sujeitos à revisões que têm por finalidade analisar o controle do poder de mercado<sup>8</sup> –, mas a uma análise prospectiva, que tem por objeto avaliar os potenciais impactos a serem causados no futuro, com base em elementos do presente.

Sendo assim, o controle prévio de estruturas a que se sujeitam os atos de concentração, como o próprio nome sugere, é considerado um “controle ex ante”, ou seja, ocorre antes da efetivação do fato. Desse controle, decorre uma obrigação de não fazer que cessa mediante a aprovação (com ou sem ressalvas) pelo CADE. Ou seja, “as partes de uma operação devem se abster de implementá-la, total ou parcialmente, até que permitido pela autoridade concorrencial”.<sup>9</sup>

No Brasil, a adoção de um sistema que promove uma análise prévia de operações pelas autoridades concorrenciais é inspirada no direito estrangeiro, em ordenamentos “com maior prática e tradição no direito antitruste, como dos Estados Unidos da América e da União Europeia”<sup>10</sup> e, portanto, ainda que apresente diversas diferenças em relação a institutos estrangeiros, pode-se observar inúmeras semelhanças entre tais institutos e a realidade nacional.<sup>11</sup>

Não obstante, é de se destacar que o sistema de controle de estruturas brasileiro é baseado em duas principais premissas: (i) alto custo de monitoramento de condutas anticompetitivas realizadas por um agente dominante; (ii) eficácia limitada do controle de condutas ex post, em razão da assimetria informacional entre agentes privados e autoridades públicas.<sup>12</sup>

Além disso, estudos econométricos demonstram que a utilização de legislações

6 Os atos de concentração são marcados por sua “perenidade e estabilidade, características que importam alteração duradoura nos incentivos competitivos dos agentes envolvidos, seja pela união de seus centros decisórios, seja pela transferência de ativos produtivos entre si.” Além disso, enquadram-se nessa categoria os “atos que geram alteração na estrutura de mercado (alteração no número de agentes ou em sua independência) como, por exemplo, as operações de fusões e aquisições.” (MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 21)

7 A Lei nº 12.529/11 define, em seu artigo 90, um rol de operações consideradas atos de concentração, que são configurados quando: “(i) 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) 1 (uma) ou mais empresas adquiram, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.”

8 BOK, DEREK C. *Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics*. *Harvard Law Review* 74, nº 2, 1960, pp. 226–355. Disponível em: “<https://doi.org/10.2307/1338755>” e “<https://doi.org/10.2307/1338755>”. Acesso em: 28 de maio de 2023.

9 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 22.

10 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 24.

11 Naturalmente, a importação de normas jurídicas de outros ordenamentos demanda que tais regras passem por adaptações e modificações, em maior ou menor grau, para que sejam compatíveis com o ordenamento no qual estão inseridas. De toda forma, presume-se que, “if one society copies the rules, institutions, concepts and structures of another, then it is profoundly influenced by that society’s law” (WATSON, Alan. *Legal Transplants and European Private Law*. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 4.4, 2000, p. 10. Disponível em: “[http://awf.ius.bg.ac.rs/legal\\_transplants.pdf](http://awf.ius.bg.ac.rs/legal_transplants.pdf)” e “[http://awf.ius.bg.ac.rs/legal\\_transplants.pdf](http://awf.ius.bg.ac.rs/legal_transplants.pdf)”. Acesso em: 28 de maio de 2023) e, portanto, tais regras podem ser utilizadas como fonte interpretativa auxiliar.

12 Nesse sentido: “o controle de estruturas também se justifica pelo fato de que uma operação de concentração econômica pode gerar efeitos não passíveis de sancionamento ex post pela autoridade concorrencial no contexto do controle de condutas. Esse pode ser o caso, por exemplo, do aumento de preços realizado pelos demais agentes de mercado após a entidade fusionada – e dominante – aumentar unilateralmente seus preços (comportamento ‘follow the leader’). Assim, o controle de estruturas não se limita à função de meramente prevenir o exercício abusivo do poder de mercado, mas também o de manter (mas não alterar) estruturas de mercado que gerem mais bem-estar ao consumidor.” (MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, pp. 25-26).

voltadas à defesa da concorrência (dentre as quais se inclui o controle dos atos de concentração) enseja efeitos positivos no desenvolvimento econômico de um país. Por outro lado, no âmbito de países em desenvolvimento, são observados maiores benefícios resultantes do fortalecimento de instituições de controle em comparação aos decorrentes da legislação propriamente dita.<sup>13,14</sup>

Focando novamente a lente de análise no cenário brasileiro, é justamente o fortalecimento das instituições que se pretende com a adoção do modelo de controle *ex ante*, uma vez que a autoridade atua diretamente na regulação da concorrência por meio de uma análise prospectiva e preventiva – abstendo eventuais efeitos negativos (e potencialmente irreversíveis) decorrentes de operações anticompetitivas, antes mesmo de sua efetivação.<sup>15,16</sup>

A este despeito, apesar de sua maior eficiência – seja em relação à mitigação de custos ou aos efeitos gerados –, a atuação das autoridades não está restrita à abordagem preventiva, de modo que, antes mesmo da edição da Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já havia previsões que regulavam a análise prévia dos atos de concentração com sanções específicas para *Gun Jumping* (que será objeto de análise dedicada no capítulo subsequente).

De toda forma, ainda que estabelecido um arcabouço teórico-legislativo que enderece as preocupações descritas acima, sua efetividade naturalmente depende da análise das informações e demais diligências atribuídas à autoridade concorrencial, bem como as atitudes efetivamente resultantes de tal análise – o que, na prática, pode ensejar incontáveis resultados distintos.

Feitas essas considerações iniciais sobre os atos de concentração e o controle prévio de estruturas, cujas respectivas definições e reflexões servirão como base para

<sup>13</sup> Nesse sentido, para dados mais detalhados e acesso à íntegra do estudo, vide: SAMÀ, Danilo. *The effectiveness of competition policy: an econometric assessment in developed and developing countries*. Law & Economics LAB, LUISS “Guido Carli” University, Rome, Italy, 2013, pp. 1-50.

<sup>14</sup> MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>15</sup> Em relação à dificuldade de reversão de efeitos e aumento de custos transacionais de um ato de concentração: “uma vez integradas as operações de duas empresas, ativos podem ser alienados ou desativados, funcionários dispensados, contratos com clientes e fornecedores rescindidos, entre tantas outras medidas possíveis para promover sinergias entre suas atividades. Essas mesmas medidas, contudo, também dificultam a reversão dos efeitos de uma operação, já que a linha que separa as atividades das partes torna-se menos clara e, conseqüentemente, os custos do desfazimento do ato de concentração aumentam.” (MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 28). Não obstante, a Lei nº 8.884/94, em seu artigo 54, §8º, previa o procedimento a ser observado no caso de um ato de concentração que tenha sido consumado e, a posteriori, tenha sua desconstituição (total ou parcial) determinada pela autoridade concorrencial – procedimento que, cumpre mencionar, desconsidera plenamente os efeitos gerados perante terceiros, bem como os efeitos passíveis de serem gerados em razão do desfazimento dos atos para retornar ao status quo ante, conforme pode-se extrair do texto legal: “se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

<sup>16</sup> Pontua-se, ainda, que a abordagem preventiva do controle de estruturas observado no Brasil gera maior eficiência. Nesse sentido: “Note-se também que esse controle dos comportamentos proporcionado pelo compromisso de desempenho é mais efetivo exatamente porque, sendo baseado em dados estruturais colhidos no momento da análise do ato de concentração, é um controle preventivo. Visa não a coibir abusos, condutas desleais ou tendentes à dominação de mercado, mas, sim, a garantir o cumprimento de objetivos que evitem que esses fatos venham a ocorrer. Há, ainda, um último dado de política concorrencial que torna extremamente sadia a existência de um controle estrutural. Trata-se da já mencionada preferência pela atuação preventiva em comparação com a atuação sancionatória. Especialmente em um campo como esse, em que da prevenção em campo microeconômico podem derivar importantes efeitos positivos macroeconômicos. Essa tendência foi acentuada com a aprovação da nova Lei da Concorrência (Lei 12.529/2011), que prevê o controle prévio dos atos de concentração.” (Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 110).

os capítulos subsequentes, passa-se, então, ao enfrentamento do *Gun Jumping* e suas implicações.

## CONSUMAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO, GUN JUMPING E A ATUAÇÃO DO CADE

Com base nas considerações realizadas anteriormente para a definição dos conceitos e procedimentos a serem observados em determinados atos de concentração, a presente seção tem por objeto definir o marco temporal em que se considera consumado determinado ato de concentração, bem como diversas questões referentes à inobservância ao procedimento imposto aos agentes participantes da operação.

Para que se possa definir o momento em que determinada operação se encontra consumada, deve-se, previamente, delimitar o próprio conceito de “consumação” – cujo significado é utilizado, nacional e internacionalmente, como base interpretativa para a análise de violação a uma obrigação de não fazer decorrente do controle prévio.<sup>17,18</sup> Destaca-se, contudo, que a legislação brasileira veda não apenas a consumação da operação previamente à análise da autoridade concorrencial, mas, também, a alteração das condições de concorrência entre as partes.

A ocorrência do *Gun Jumping*, portanto, se dá:

Quando se identifica a existência da integração prematura entre os agentes econômicos participantes de determinada operação antes de sua aprovação pela autoridade antitruste”, o que pode ser caracterizada de diversas formas, como a “transferência de ativos, valores mobiliários com direito a voto, troca indevida de informações sensíveis ou mesmo a prática de quaisquer atos que possam caracterizar exercício de influência.<sup>19</sup>

Ou, ainda, quando se vislumbra a alteração das condições concorrenciais entre as partes envolvidas na operação.<sup>20</sup>

Todavia, a despeito do significado de “consumação”, do ponto de vista terminológico, ser bastante delimitado, a expressão “alteração das condições de concorrência entre as partes”, como prevista no art. 88, §4º, da Lei 12.529/2011, possui uma abrangência nitidamente mais ampla – de modo que, estressando seu escopo, poderia abranger até mesmo a negociação entre duas empresas. Sendo assim, deve-se valer de uma interpretação

17 A atribuição de um ou outro significado ao termo poderia acarretar interpretações inadequadas ao diploma que rege o controle prévio de estruturas. Isso se dá, pois, valendo-se da interpretação literal do termo, pode-se entender que “a consumação do ato ou fato indica, portanto, a sua efetiva execução ou realização, com todos os elementos que os tornam perfeitos e acabados” (SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 362) bem como que consumir “é concluir inteiramente, completar, aperfeiçoar o ato ou o negócio, consumir a venda; consumir o contrato” (NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 608). Essa definição, além de adequada, é de suma importância para a interpretação de cada caso concreto, uma vez que, caso fosse adotado o entendimento de que, a título exemplificativo, a consumação ocorre quando da celebração de um contrato definitivo, a operação deveria ser submetida à autoridade concorrencial em fases preliminares, ainda que sem natureza vinculativa – como no momento de celebração de um *term sheet* ou NDA, o que não parece adequado e, tampouco, eficiente.

18 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, p. 59

19 Parecer nº 182/2013 da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE nos Autos de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás e Petróleo Brasileiro S.A.), Conselheira-Relatora Ana de Oliveira Frazão, j. em 28.08.2013.

20 Em relação à alteração das condições de concorrência, é de se destacar que o CADE, em certa medida, equipara as duas condutas, conforme pode-se extrair do “Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do CADE”.



que garanta o atingimento dos objetivos da norma, bem como sua efetividade<sup>21</sup> - podendo-se adotar, para tanto, que são vedadas as condutas em que (i) não seja possível conferir reversibilidade à operação específica; ou (ii) resultem em alterações no comportamento competitivo das partes envolvidas.<sup>22</sup>

Ocorre, contudo, que alterações nas atividades dos agentes econômicos – inclusive no âmbito concorrencial – são comuns no cotidiano empresarial e limitar sua atuação de forma excessivamente rigorosa durante o período de análise poderia causar sérios impactos ou, até mesmo, inviabilizar a continuidade de determinada atividade econômica. A situação fica ainda mais sensível quando se considera que para muitas operações de combinações de negócios que caracterizam atos de concentração, a troca de informações negociais sensíveis para o mercado é pressuposto da realização da operação, sendo inviável imaginar que os agentes econômicos envolvidos irão desconsiderar as informações trocadas até a chancela definitiva do órgão da concorrência.

No entanto, conforme pode-se extrair do Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, a autoridade concorrencial compactua com esse posicionamento e expressa que *“a lei não impede a realização de qualquer ato, desde que não tenha por objetivo antecipar a integração das atividades das empresas (efetivando, no plano dos fatos, a operação submetida ao crivo da autoridade)”*.<sup>23</sup>

Naturalmente, a percepção exata da *intenção* de determinado ato realizado pelos agentes participantes de uma operação de concentração econômica é algo complexo e, justamente por isso, as decisões a eles relacionadas são pautadas em parâmetros pré-estabelecidos e aplicados ao contexto fático específico em que tal ato está inserido. Adicionalmente, a fim de garantir uma aplicação mais eficiente da norma, além de a ilicitude de qualquer ato praticado antes da análise da autoridade não dever ser adotada como regra, o exame da conduta deve ser realizado tendo em vista os efeitos concretos (pretendidos e causados), prevalecendo uma análise da substância em detrimento da análise estritamente formal.<sup>24</sup>

Sob uma ótica eminentemente abstrata, a complexidade em avaliar a finalidade de determinada conduta pode ser subestimada. Em casos concretos, a limitação entre um ato necessário para viabilizar a efetivação de uma operação e atos que gerem alterações nas características concorrenciais dos agentes envolvidos pode ser ainda mais sutil – como é o caso, por exemplo, do compartilhamento de informações confidenciais de cunho comerciais entre as partes.

21 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. Op. Cit., p. 66.

22 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. Op. Cit., p. 67.

23 MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. Op. Cit., p. 68.

24 Nesse sentido: *“(...) a questão que surge é, mais uma vez, como atingir a interpretação que viabilize os objetivos da norma (prevenir efeitos negativos sobre o mercado, mesmo que transitórios) e, ao mesmo tempo, sua efetividade (segurança jurídica que assegura maiores incentivos a seu cumprimento). Em nossa opinião, a resposta pode ser encontrada partindo-se da constatação de que a lei não busca inviabilizar a realização de operações, mas apenas assegurar (i) sua reversibilidade e (ii) a ausência de alteração no comportamento competitivo das partes. Portanto, a realização de atos que sejam necessários para a realização de uma operação e para a materialização de suas eficiências não deve, em regra, ser considerada ilícita. Não se deve, além disso, fixar-se em uma interpretação estritamente formal dos atos praticados, devendo-se atentar para seus reais efeitos práticos (prevalência da substância sobre a forma). (...) Nesse sentido, cumpre distinguir, como fazem as autoridades estadunidenses, as condutas que têm por objetivo viabilizar uma operação daquelas que buscam antecipar seus efeitos. Estas últimas, ao fazer com que as partes passem a atuar como se sua operação já houvesse sido realizada, deve ser evitada.”* (MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. Op. Cit., p. 69).

Tendo em vista essa “zona cinzenta” que permeia a caracterização das condutas per se como lícitas ou ilícitas, entende-se que, ao menos em relação a cenários em que a ilicitude dos atos não se manifesta de forma evidente ou óbvia<sup>25</sup>, a interpretação que apresenta maior confiabilidade será aquela que decorre da jurisprudência do CADE – em que, valendo-se de analogia, pode-se equiparar determinadas condutas similares àquelas que tenham sido, no passado, objeto de julgamento.<sup>26</sup>

Inobstante, de forma complementar, em estudo empírico voltado à análise das decisões proferidas pelo CADE, Rodrigo Fialho Borges, em sua tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, identificou que a autarquia atua de forma pouco intervencionista no âmbito do controle de estruturas brasileiro, de modo que, agregando dados oriundos dos julgados realizados entre 11 de junho de 1994 e final de 2018, o CADE: (i) aprovou, sem qualquer tipo de restrição, aproximadamente 94,42% dos atos de concentração econômica submetidos à análise; (ii) aprovou, com restrições, aproximadamente 5,37% das operações; e (iii) reprovou apenas 0,21% do total de operações, o que, em números absolutos, totaliza 21 dos 9859 casos considerados nesse período - em média, menos de 1 caso por ano.<sup>27</sup>

Dessa forma, a despeito da complexidade que permeia as mais diversas matérias relacionadas aos atos de concentração – que, repisa-se, merece e deve ser objeto de análise mais aprofundada em estudo específico –, o contexto prático demonstra que a atuação da autoridade concorrencial ocorre de maneira substancialmente mais simplificada e, inclusive, enseja o questionamento da efetiva necessidade de assumir riscos decorrentes da realização de condutas que violem o diploma legal<sup>28</sup>, uma vez que, com base nos números apresentados, praticamente 95 em cada 100 operações submetidas à análise prévia são aprovadas sem qualquer tipo de ressalva.

Com base nas reflexões expostas neste trabalho, tece-se, por fim, no capítulo subsequente, algumas considerações a título de conclusão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões realizadas no decorrer deste estudo, pode-se concluir que o modelo de atuação da autoridade concorrencial brasileira, cuja natureza se mostra majoritariamente preventiva – sem prejuízo da possibilidade de imposição de eventuais medidas de cunho sancionatório –, mostra-se como sendo a atuação que garante ao

25 Conforme pode-se extrair em BORGES, Rodrigo Fialho. *Descontrole de Estruturas: Dos Objetivos do Antitruste às Desigualdades Econômicas*. Orientador: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa. 2020. *Dissertação (Mestrado em Direito Comercial)* – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 267), em que os dados levantados pelo autor, oriundos dos julgados proferidos pelo CADE entre meados de 1994 e final de 2018, apontam que “é preciso que os possíveis problemas concorrenciais sejam ainda mais relevantes e elevados para se superar a linha a ponto de se tomar, por unanimidade, uma decisão de imposição de restrições ou reprovação”, bem como apontam que, “nos casos em que há dúvida, a tendência é a aprovação sem restrições ou então a aprovação com imposição de restrições ancilares” (BORGES, Rodrigo Fialho. *Op. Cit.*, p. 269).

26 Para fins ilustrativos, Guilherme Morgulis, ao analisar as principais características relacionadas à atuação do CADE, listou, com base em diversos julgados da autoridade, as principais condutas que podem ser caracterizadas como violações às previsões constantes da Lei de Defesa da Concorrência. Vide: MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. *Op. Cit.*, pp. 78 e seguintes.

27 BORGES, Rodrigo Fialho. *Op. Cit.*, p. 267.

28 Conforme art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011, a multa por consumação de atos de concentração previamente à análise do CADE pode chegar ao valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), sem prejuízo da instauração de processo administrativo.

mercado maior efetividade na prevenção de ocorrência de impactos econômicos negativos, especialmente relacionados à concorrência.

Nesse contexto, as regras e premissas adotadas para a efetivação das condutas atribuídas à autoridade têm como finalidade não só evitar a materialização dos mencionados impactos negativos, mas, também, as implicações que eventualmente possam resultar da impossibilidade de desfazimento dos atos de concentração, caso fossem submetidos a uma análise posterior à sua ocorrência.

Com essa finalidade, não só o ordenamento reflete o modelo preventivo – estruturado por meio de uma lógica de controle prévio –, mas, também, normas que imputam determinadas penalidades pecuniárias e administrativas expressivas para os agentes que descumprirem referidas disposições (em outras palavras, reprimir a ocorrência do *Gun Jumping* e demais condutas passíveis de originarem impactos anticompetitivos).

Por fim, conclui-se que, a despeito da abrangência de condutas passíveis de serem caracterizadas como violação às normas dispostas na Lei nº 12.529/2011, especialmente nos artigos 88 e seguintes, a atuação do CADE, quando do julgamento de requerimentos de atos de concentração formulados por agentes de mercado, ocorre de forma notadamente branda – em que a expressiva maioria das solicitações foi aprovada sem qualquer tipo de restrição imposta pela autarquia, denotando que (i) eventuais impactos concorrenciais negativos potencialmente decorrentes de operações dessa natureza devem ser substancialmente expressivos e evidentes para que sejam objetos de restrições ou rejeição, e (ii) que os agentes de mercado que pretendam realizar um ato de concentração podem presumir, com razoável convicção, a aprovação da operação, para os fins de desenvolvimento das tratativas negociais referentes à operação.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de Concentrações de Empresas**: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da Lei nº 8.894/94. São Paulo: Singular, 2002.

BARBOSA JÚNIOR, Alberto Lúcio. **Antitruste e Política de Emprego**. Orientador: José Marcelo Martins Proença. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

BLUMENTHAL, William. **The Rhetoric of Gun-Jumping**. Remarks before the Association of Corporate Counsel in the Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. Nova Iorque, 10 de novembro de 2005. Disponível em: “<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>”<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>”. Acesso em: 28 de maio de 2023.

BOK, DEREK C. **Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics**. Harvard Law Review 74, nº 2, 1960, pp. 226–355. Disponível em: “<https://doi.org/10.2307/1338755>”<https://doi.org/10.2307/1338755>”. Acesso em: 28 de maio de 2023.

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de Estruturas**: Dos Objetivos do Antitruste às Desigualdades Econômicas. Orientador: Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa. 2020. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São

Paulo, 2020.

BOTTA, Marco. **Multi-Jurisdiction Mergers and Acquisitions in an Era of Globalisation: The Telecom Italia-Telefónica Case**. *Global Antitrust Review*, v. 1, pp. 97-116, 2008. Disponível em: "<https://hdl.handle.net/1814/14952><https://hdl.handle.net/1814/14952>". Acesso em: 28 de maio de 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **CADE**. Resolução Nº 2, de 29 de maio de 2012. Disponível em: "<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=241834><https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=241834>". Acesso em: 28 de maio de 2023.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

FUCCI, Paulo Ruggiero. **Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Um Estudo Crítico Sobre a Competência do CADE em Atos de Concentração**. Orientador: Calixto Salomão Filho. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

HARTY, Ronan P.; KIRATZIS, Nathan. **The Guide to Merger Remedies**. *Global Competition Review – GCR*, 2008. Disponível em: "[https://www.davispolk.com/sites/default/files/gcr\\_merger\\_remedies.pdf](https://www.davispolk.com/sites/default/files/gcr_merger_remedies.pdf)[https://www.davispolk.com/sites/default/files/gcr\\_merger\\_remedies.pdf](https://www.davispolk.com/sites/default/files/gcr_merger_remedies.pdf)". Acesso em: 28 de maio de 2023.

HEMEL, Daniel J. **Regulation and Redistribution with Lives in the Balance**. *University of Chicago Law Review*: Vol. 89: Iss. 3, Article 2, 2022. Disponível em: "<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol89/iss3/2><https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol89/iss3/2>". Acesso em: 28 de maio de 2023.

LAPLANE, Andrea. **Direito, Concorrência e Desenvolvimento: A Atuação do CADE no Caso da Indústria Petroquímica**. Orientador: Francisco Satiro de Souza Júnior. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. **Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o CADE**. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 22, pp. 57-80, jul./dez., 2012. Disponível em: "[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/86454/mod\\_folder/content/0/Gun%20Jumping%20-%20Martins.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/86454/mod_folder/content/0/Gun%20Jumping%20-%20Martins.pdf?forcedownload=1)<https://edisciplinas.usp.br/>". Acesso em: 28 de maio de 2023.

MORGULIS, Guilherme El Hadi Franco. **Limites da Coordenação Entre Empresas no Âmbito da Análise Prévia dos Atos de Concentração**. Orientador: José Marcelo Martins Proença. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário enciclopédico de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PELTZMAN, Sam. **Stigler's Theory of Economic Regulation After Fifty Years**. University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research. Paper No. 925. Disponível em: "<https://ssrn.com/abstract=3785342><https://ssrn.com/abstract=3785342>". Acesso em: 28 de maio de 2023.



SAITO, Carolina. **Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 1, n. 2, pp. 92-118, 2013. Disponível em: “<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70>” Acesso em: 28 de maio de 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WATSON, Alan. **Legal Transplants and European Private Law**. Electronic Journal of Comparative Law, vol. 4.4, 2000, p. 10. Disponível em: “[http://awf.ius.bg.ac.rs/legal\\_transplants.pdf](http://awf.ius.bg.ac.rs/legal_transplants.pdf)”. Acesso em: 28 de maio de 2023.

## O estado de exceção e o direito à moradia: reflexões sobre a população em situação de rua

**Gabriela Oliveira Freitas**

*Pós-Doutoranda em Direito pela UNIBO – Universidade de Bologna. Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Coordenadora-Adjunta do IMDP – Instituto Mineiro de Direito Processual. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*

**Selma Ferreira da Silva**

*Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Oficial de Apoio Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*

### RESUMO

Este estudo científico aborda a interseção entre o estado de exceção, o direito à moradia e a vulnerabilidade da população em situação de rua, valendo-se dos estudos sobre o conceito de Estado de Exceção de Giorgio Agamben como marco teórico. Explora-se como a ideia de exceção, que deveria ser temporária para enfrentar crises, tem-se tornado uma ameaça aos direitos fundamentais, especialmente ao direito constitucional à moradia. A análise se aprofunda na situação da população em situação de rua, evidenciando como esta parcela da população está, frequentemente, à margem do acesso à moradia adequada e, por consequência, de outros direitos fundamentais, sendo vítima da falta de políticas públicas eficazes. O artigo discute como a população de rua, muitas vezes invisível aos olhos da sociedade, representa uma manifestação concreta do Estado de Exceção, em que os direitos mais básicos são sistematicamente negados. Propõe-se que a compreensão do Estado de Exceção, à luz da teoria de Agamben, pode fornecer elementos valiosos para a formulação de políticas públicas mais justas e eficazes que garantam o direito à moradia para todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica.

**Palavras-chave:** direito à Moradia; população em situação de rua; estado de exceção.

### INTRODUÇÃO

Nem sempre a instalação de um Estado de Exceção ocorre de forma clara e visível, com a ocupação de cargos de autoridade por déspotas e tiranos. A partir das pesquisas desenvolvidas por Giorgio Agamben, o que se extrai é a contínua e silenciosa exceção, mesmo nos Estados que se autoproclamam democráticos.

Por isso, a partir de uma revisão da obra do referido filósofo, pretende-se, nesta pesquisa, lançar luz sobre os mecanismos de exceção



que permeiam as estruturas políticas contemporâneas, notadamente quanto ao direito fundamental à moradia no contexto brasileiro.

O direito à moradia somente foi inserido dentre os direitos sociais, previstos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Todavia, é inegável que se trata de direito essencial para que se concretiza a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, II, do texto constitucional.

Apesar dessa imprescindibilidade e da expressa previsão constitucional, esse direito é constantemente ameaçado e violado, haja vista os crescentes números da população em situação de rua, o que representa uma das manifestações mais dramáticas e visíveis dessa violação.

A população em situação de rua enfrenta uma série de desafios e vulnerabilidades que tornam sua condição ainda mais precária. Entre eles, estão a falta de acesso a serviços básicos, como água potável, saneamento e saúde, além da exposição a violências físicas, psicológicas e sociais. Nesse contexto, a falta de moradia adequada não apenas compromete a integridade física e emocional dessas pessoas, mas também as coloca em uma posição de extrema vulnerabilidade diante das intempéries e das adversidades do ambiente urbano.

Para fins de demarcação teórica, é importante enfatizar que, em 1988, com a promulgação da Constituição da República, findou-se no Brasil um extenso período ditatorial. A Constituição, em seu artigo 1º, funda no Brasil o paradigma do Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal. Com essa mudança tão significativa, não se pode ignorar que a construção do Estado Democrático de Direito trouxe consigo a consagração de diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito à moradia.

O presente estudo se propõe a investigar essa interação complexa e muitas vezes negligenciada entre o estado de exceção, o direito constitucional à moradia e a realidade da população em situação de rua. Os estudos de Giorgio Agamben proporcionam um arcabouço teórico relevante para esta análise, uma vez que sua obra oferece uma compreensão profunda das implicações do estado de exceção na sociedade contemporânea.

Pretende-se demonstrar que, no que concerne à população em situação de rua, permanece instaurado um constante estado de exceção, com a constante suspensão da norma e violação diária de direitos fundamentais.

A relevância da presente pesquisa se encontra na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e a superação de qualquer forma de Estado de Exceção.

Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método hipotético dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do ponto controvertido em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

## O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

O direito fundamental à moradia foi introduzido no texto constitucional, com a Emenda Constitucional nº 26, datada de 14 de fevereiro de 2000, passando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a prever, em seu artigo 6º, que: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

Embora a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais do artigo 6º somente tenha ocorrido em 2000, é possível aferir que esse direito já se encontrava mencionado no artigo 7º, da Constituição, que, ao tratar dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu inciso IV, prevê o direito a um salário-mínimo capaz de garantir, dentre outras necessidades, a moradia.

O texto constitucional não delimita o conceito de moradia, de modo que se adota aquele estabelecido no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) de 1966, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591 de 1992, que assim dispõe:

Artigo 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (Brasil, 1992).

Diante disso, tem-se que não se assegura apenas o direito de ter onde residir, mas também que a moradia seja considerada adequada, de forma a permitir, a partir de uma contínua melhoria nas condições de vida, a concretização da dignidade da pessoa humana.

Em complemento, o Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define o que se considera uma moradia adequada:

Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.

Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.

Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.

Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta.

Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.

Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (United Nations, 1991).

Tem-se, portanto, que o direito à moradia abrange condições de habitação que garantam dignidade, segurança, privacidade, acesso a serviços básicos e integração na comunidade.

Por isso, este direito está intrinsecamente conectado à dignidade da pessoa humana e aos demais direitos fundamentais, já que não é possível o exercício de nenhum outro direito sem que antes se exerça o direito de ter um lugar para se abrigar, de modo permanente. Trata-se do primeiro passo para o desenvolvimento de outras atividades do indivíduo, tais como educação, trabalho e lazer. Assim, “a ausência do direito à moradia digna reverbera na vulnerabilidade em outras áreas da vida, como trabalho, educação, saúde, entre outros” (Carneiro; Lourinho; Pimentel, 2018, p. 63).

Nesse sentido, informa a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

O direito à moradia adequada abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, proibir as remoções forçadas e a discriminação, focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e garantir que a habitação de todos seja adequada (Brasil, 2013, p. 16).

Portanto, assegurar o direito à moradia é de extrema importância para a concretização de outros direitos, porque somente a partir do exercício desse direito pode-se falar no exercício de outros direitos elencados como fundamentais pelo constituinte, o que é essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Ao tratar do direito à moradia, Ingo Sarlet destaca a indissociável vinculação entre dignidade humana e direito à moradia:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física e, portanto, seu direito à vida.

Não é por outra razão que o direito à moradia tem sido, também entre nós – e de modo incensurável – incluído no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida (Sarlet, 2010, p. 15).

Diante desse cenário, torna-se imperativo, para a concretização do Estado Democrático de Direito, que se promova a implementação de políticas públicas abrangentes direcionadas à promoção de moradias acessíveis, à prevenção da discriminação habitacional e, conseqüentemente, à inclusão social e econômica da população em situação de rua.

Lamentavelmente, mesmo depois da expressa previsão constitucional do direito à moradia como direito fundamental de natureza social, o problema habitacional perpetua-se no contexto brasileiro. São inúmeras as pessoas que vivem em condições precárias, sem acesso à saneamento básico, em áreas de risco geológico, além de outras tantas que se encontram em situação de rua.

Em razão desse cenário, pretende-se neste artigo abordar, com enfoque na população em situação de rua, a insuficiência da previsão constitucional sobre o direito à

moradia e, por consequência, correlacionar este problema com o conceito de Estado de Exceção, trabalhado por Giorgio Agamben.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Giorgio Agamben, ao analisar a sociedade contemporânea, reconhece que ainda se vive um Estado de Exceção, compreendido como aquele em que a “vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão” (Agamben, 2014, p. 16). Essa exclusão se refere àquelas vidas em que, apesar de existirem, não participam da vida política.

A noção de estado de exceção, inicialmente concebida como uma medida temporária para lidar com crises e ameaças extraordinárias, é central para a obra de Agamben. No entanto, o autor argumenta que essa exceção pode se tornar a regra, uma situação em que os direitos e as liberdades individuais são sistematicamente suspensos, minando os alicerces da democracia e dos direitos humanos. Nesse contexto, o direito à moradia emerge como um exemplo particularmente significativo, pois a falta de acesso a uma habitação adequada não apenas nega um direito fundamental, mas também perpetua a marginalização e a vulnerabilidade de indivíduos que vivem em situação de rua.

O Estado de Exceção se constitui como um espaço – físico, geográfico, sociológico e temporal – em que direitos, inclusive aqueles tidos por fundamentais, podem ser afastados. Ao reconhecer que diversas pessoas que vivem em uma espécie de lugar sem direitos, reconhece-se que, na prática, em dados contextos, vivem fora do alcance das normas jurídicas, dentro de uma espécie de zona de indeterminação.

Agamben apresenta um estado no qual algumas pessoas são “despojadas de suas identidades jurídica e de cidadania, são expostas a um arbítrio implacável, mesmo que, paradoxalmente, estejamos num fosco Estado de Direito” (Silva, 2016, p. 174). E o principal ponto da análise crítica do filósofo italiano consiste no fato de que o Estado de Exceção não ocorre somente a partir de uma expressa declaração, mas silenciosamente, a todo o tempo, mesmo nos Estados que se autoproclamam democráticos.

Assim, mesmo diante da instituição, com expressa previsão constitucional, de direitos fundamentais, ainda se observa a existência de pessoas localizadas numa zona sem direitos. Isso porque o mencionado paradigma de governo organiza-se a partir da biopolítica, ou seja, de controle sobre a vida, inclusive determinando “que vidas devem ser conservadas e quais vidas podem ser eliminadas, que são passíveis de descartabilidade” (Pontel, 2019, p. 60).

O autor ainda se vale da figura do *homo sacer*, a fim de se referir às pessoas ou parcelas da população são colocadas em uma zona de indeterminação do Direito, na qual seus direitos são relativizados ou relativizáveis e, alguns casos, até mesmo ignorados. Trata-se do homem que vive uma vida despida de direitos e, por isso, matável, “aquele que qualquer um podia matar impunemente, não devia, porém, ser levado à morte nas formas sancionadas pelo rito” (Agamben, 2014, p. 79).

Assim, afirma:

A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono (Agamben, 2014, p. 85).

Em síntese, para Agamben “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive democráticos”, de maneira que “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea” (Agamben, 2004, p.13).

Assim, “é como se o soberano, que a partir da relação política originária de bando captura o vivente por meio de sua exclusão (exclusão-inclusiva), se tornasse impotente exatamente porque este se esquece daquela figura” (Gomes, 2017, p. 218).

Roberta Gresta esclarece que “a civilização ocidental é, paradoxalmente, um projeto de sociedade que inclui pela exclusão. O destino do povo é ditado por normas pensadas em favor dos patrimonializados” (Gresta, 2019, p. 162). E, diante desse cenário, “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea” (Agamben, 2004, p. 13), de modo a integrar ao direito a ideia de exclusão de uma parcela da população, enquanto uma outra parcela sobrevive com seus direitos fundamentais plenos e efetivados.

Desse modo:

Se ao soberano, na medida em que decide sobre o estado de exceção, compete em qualquer tempo o poder de decidir sobre qual vida possa ser morta sem que se cometa homicídio, na idade da biopolítica este poder tende a emancipar-se do estado de exceção, transformando-se em poder de decidir sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante (Agamben, 2014, p. 138).

Aponta Maria da Glória Gohn que “o Estado não integra, ele desagrega, suas políticas sociais consolidam a fragmentação social por intermédio das ações compensatórias que não tem resolvido os problemas de ordem estrutural” (Gohn, 2014, p. 233).

Todavia, em um contexto democrático, impõe-se o pleno exercício de direitos fundamentais, de modo que a vida não pode se restringir à mera existência, à sobrevivência, mas deve passar pela “compreensão da linguagem, da argumentação e da reivindicação de direitos” (Del Negri, 2009, p. 337). Por isso, inadmissível que, proclamado o Estado Democrático de Direito, em que todo o poder emana do povo, parte da população seja excluída até mesmo da integração desse conceito de povo. Constata-se, assim, a necessidade urgente de repensar o paradigma de governo contemporâneo, que tende a se fundamentar no estado de exceção e na exclusão de parte da população.

Diante de tais considerações é que se interroga: as pessoas em situação de rua podem ser consideradas como cidadãos no Estado Democrático de Direito ou estão relegadas a um permanente Estado de Exceção?

## O ESTADO DE EXCEÇÃO DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

A história da população em situação de rua está marcada pela despatrimonialização, pela exclusão e pela violência, de modo que se configura a permanência de um Estado de Exceção. Para as pessoas em situação de rua, a realidade se apresenta em um contexto de exceção, em que a marginalização social e a violação de direitos são recorrentes.

Conforme previsto no art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de rua:

(...) considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (Brasil, 2009).

A população, cuja situação aqui se analisa, consiste naquela que, ante a contínua dificuldade de acesso ao direito à moradia, seja pela impossibilidade econômica de custeá-lo ou por qualquer outro motivo, estabelece-se nas ruas e áreas públicas, sem acesso ao mínimo de conforto, segurança ou higiene. Trata-se de lamentável situação, cuja solução é impostergável.

Analisando a violência de autoridades públicas contra pessoas em situação de rua, Raiol define população de rua nos seguintes termos:

A população em situação de rua é um grupo que reúne diferentes matizes sociais e, corresponde, portanto, a um segmento social extremamente heterogêneo, apresentando especificidades em sua configuração, com múltiplas subjetividades individuais e coletivas, perfis socioeconômicos bastante diversificados, e que tem em comum a condição de pobreza extrema, o absoluto despojamento material, o extremo da exclusão social, o elevado grau de miserabilidade e sofre com o risco social, resultado de tormentosas desigualdades sociais (Raiol, 2018, p. 637).

Conforme pesquisa realizada pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a população em situação de rua no Brasil cresceu 38% entre 2019 e 2022, quando atingiu 281.472 pessoas, sendo que, em uma década, de 2012 a 2022, o crescimento desse segmento da população foi de 211%. (IPEA, 2022).

A situação também foi objeto de análise pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio do relatório “Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, publicado em 2021. Consta de tal relatório:

A CIDH destaca a importância de se abordar as violações do direito à moradia na sua intersecção com a pobreza e a vulnerabilidade advinda de outros processos de exclusão. Esses fatores levaram, por um lado, ao aumento desordenado das ocupações urbanas, popularmente conhecidas como favelas e, por outro, ao aumento considerável da população em situação de rua. Além disso, a realocação de famílias pobres as obriga a deixar áreas centrais para morar em bairros mais distantes sem infraestrutura. Nesse sentido, faz-se necessário que, a despeito das medidas de austeridade fiscal, sejam mantidas e ampliadas as políticas habitacionais e de atendimento à população em situação de rua (CIDH, 2021, p. 51).

E ainda:

(...) a CIDH reitera a recomendação sobre o dever dos Estados de desenvolver estratégias coordenadas de forma intersetorial, articulando o direito à moradia, a



garantia de participação democrática e o empoderamento das pessoas que vivem na pobreza e na pobreza extrema (CIDH, 2021, p.52).

Diante dessas análises, questiona-se como é possível que um país, que há mais de trinta anos inaugurou em seu texto constitucional o Estado Democrático de Direito, persista uma realidade em que considerável parcela da população permanece completamente excluída do exercício da cidadania.

A exclusão sistemática desses indivíduos do pleno exercício de seus direitos fundamentais representa não apenas uma violação flagrante dos princípios democráticos, mas também uma negação da própria humanidade e dignidade dessas pessoas.

Gilberto Bercovici argumenta haver um Estado de Exceção permanente na periferia do capitalismo. Para o autor:

Nos Estados periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, bem como a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular (Bercovici, 2006, p. 95).

Assim, segundo o autor, no Brasil, bem como nos demais países da América Latina, a soberania exercida pelas forças de mercado e pelas elites funciona como um fator limitador de avanços de direitos e de cidadania. Diante dessa constatação, verifica-se existir um arbítrio das forças econômicas que submetem o Brasil a uma espécie de exceção econômica de maneira contínua, o que atinge, de modo geral, todos os despatrimonializados, mas, principalmente, as pessoas em situação de rua.

O direito à moradia, formalmente garantido no texto constitucional, é negado a essa população e são vários percursos sociais e históricos que explicam o motivo da existência e permanência dessa realidade.

Assim, ainda que em um proclamado Estado de Direito Democrático, persistem no Brasil, de maneira institucionalizada, condições desumanas a que são submetidas determinadas parcelas da população, que não condizem com um ordenamento democrático.

Vale destacar que esse Estado de Exceção foi denunciado por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976, movida pelo Partido Rede Sustentabilidade propôs uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que se aponta uma contínua omissão dos órgãos públicos acerca dessa situação. Extrai-se da peça inicial da referida demanda:

Tal estado de coisas também se revela presente na cidade de São Paulo, onde, em 2021, a população em situação de rua atingiu o assombroso número de 31.884 pessoas, 7.540 a mais do que o registrado no ano de 2019 e 15.979 a mais do que o registrado em 0158. Ou 31%, de acordo com o Censo da População em Situação de Rua, feito pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS) da prefeitura.

Requer-se uma atuação constitucional deste e STF como instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos gravíssimos conflitos no plano constitucional (conforme lição de Paulo Bonavides<sup>21</sup>), orientada à adequação da atuação do Estado aos comandos constitucionais, pelo crivo da Constituição e visando a proteção, a realização e defesa dos direitos fundamentais e o controle do Estado. Essa atuação da Justiça Constitucional, no caso da população em situação de rua, é condição de credibilidade de qualquer regime constitucional e democrático (São Paulo, 2021).

Em medida liminar, proferida na ADPF 796, determinou-se que os Estados, Distrito Federal e Municípios passem a observar as diretrizes do Decreto 7.053, de 2009, bem como que o governo federal elabore um plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política nacional para a população de rua, com medidas que respeitem as especificidades dos diferentes grupos familiares e evitem sua separação.

Embora, desde 2009, exista uma Política Nacional para a População em Situação de Rua, instituída por meio do supramencionado Decreto 7.053/2009, o que se observa, a partir dos dados aqui citados, é que são crescentes os números da população excluída do direito à moradia.

Isso evidencia a necessidade urgente de políticas públicas eficazes e abrangentes para enfrentar essa realidade. É imprescindível que o Estado, em todas as suas esferas, assuma a responsabilidade de garantir moradia digna para todos os cidadãos, incluindo aqueles em situação de rua. Isso envolve não apenas a oferta de abrigos temporários, mas também a implementação de programas de assistência social, saúde mental, capacitação profissional e inserção no mercado de trabalho.

Diante dessas considerações, tem-se por configurado o Estado de Exceção como um quadro permanente para pessoas em situação de rua, que se encontram completamente à margem do ordenamento jurídico, cada vez mais distanciadas do exercício dos direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do conceito de Estado de Exceção, trabalhado por Giorgio Agamben e dos dados referentes à população em situação de rua, constata-se que se vive uma constante suspensão do ordenamento jurídico, em um estado de emergência permanente. Conclui-se que a população em situação de rua no Brasil enfrenta uma realidade de exclusão e vulnerabilidade extrema, configurando um verdadeiro Estado de Exceção.

Apesar da inclusão do direito à moradia dentre os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, tem-se que a efetivação desse direito ainda se encontra bastante distanciada da realidade, já que os números crescem exponencialmente e as condições de vida dessas pessoas permanecem precárias e desumanas.

Nesse contexto, é imprescindível que o Estado reconheça a situação das pessoas em situação de rua como um quadro de contínua violação de direitos fundamentais e promova ações efetivas para garantir sua inclusão social e proteção. Isso envolve não apenas a oferta de abrigo e assistência básica, mas também a implementação de políticas que visem à reintegração dessas pessoas à sociedade, com acesso a moradia digna, trabalho e serviços de saúde.

Somente com uma abordagem integrada e comprometida, partindo do reconhecimento de que está instaurado um Estado de Exceção em que vivem tantas pessoas em situação de rua no Brasil, será possível recuperar sua dignidade e seu lugar na sociedade, o que é imprescindível para que se dê continuidade ao projeto de construção

do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Promulgação. [1992]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009. **Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências**. [2009]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm). Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF determina que entes federados adotem providências para atendimento à população em situação de rua. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=511160&ori=1>. Acesso em 11 fev. 2024.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Pensar. Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006.

CARNEIRO, Alexandre; LOURINHO, Lídia Andrade; PIMENTEL, Lídia Valesca. **Políticas Públicas e População em Situação de Rua: os limites e as possibilidades de efetivação dos direitos no município de Fortaleza**. Revista Diálogo Jurídico. V. 17, n. 01, 2018.

CORTE interamericana de direitos humanos. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. OEA, 2021.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Fórum: Belo Horizonte, 2009.

GOMES, Ana Suelen Tossige. **O Direito no Estado de Exceção Efetivo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GOHN, Mária da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 1997.

GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

IPEA. **População em situação de rua supera 281,4 mil pessoas no Brasil**. Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13457-populacao-em-situacao-de-rua-supera-281-4-mil-pessoas-no-brasil#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de,2022%2C%20quando%20atingiu%20281.472%20pessoas. Acesso: 14 fev. 2024.>

PONTEL, Evandro. **Estado de Exceção e a Governamentalidade da Vida**: A guerra como paradigma político. Veritas. Porto Alegre, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição**: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. n.20, dez./jan./fev. 2009/2010.

RAIOL, Raimundo Wilson Gama. **Mais vulnerabilizadas à violência urbana**: pessoas em situação de rua e a suposta segurança pública. Revista Jurídica, vol. 04, n°. 53, Curitiba, pp. 633-658, 2018.

UNITED NATIONS. **Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR)**. Comentário Geral nº 4. Genebra: Organização das Nações Unidas, 1991.

## A garantia da ampla defesa como Direito Humano

### *The guarantee of a broad defense as a human right*

**Josenira Ilze da Silva Nascimento**

*Mestranda em Teoria do Direito e Justiça no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE - 2016). Pesquisa Direitos Humanos, Justiça de Transição, Decolonialidade e processos constitucionais latino-americanos. Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça de Pernambuco e reúne experiência profissional em advocacia cível, processo legislativo e assessoria jurídica feminista, antirracista, anticapitalista e popular.*

#### RESUMO

O presente trabalho explora a garantia constitucional da ampla defesa a partir da perspectiva de defesa dos Direitos Humanos. Para isso, discorri brevemente sobre a referida garantia, as principais normativas internacionais e nacionais sobre Direitos Humanos e propus, por fim, com a ajuda de teóricos sobre a ampla defesa e sobre os Direitos Humanos, uma interação entre esses dois grandes arcabouços políticos, legais e teóricos, especialmente no que diz respeito à garantia da ampla defesa para populações socialmente vulnerabilizadas socialmente pelo racismo, machismo, capacitismo, patriarcado, LGBTQIAPN+fobia, desigualdades regionais e pelos próprios estados. Concluí que a garantia da ampla defesa não apenas fortalece o sistema de justiça, mas também contribui para a promoção e proteção dos Direitos Humanos em sua totalidade.

**Palavras-chave:** ampla defesa; direitos humanos; enfrentamento às desigualdades; judiciário.

#### ABSTRACT

This paper explores the constitutional guarantee of ample defense from a human rights perspective. To do this, I briefly discussed this guarantee, the main international and national regulations on Human Rights and finally proposed, with the help of theorists on the ample defense and Human Rights, an interaction between these two great political, legal and theoretical frameworks, especially with regard to the guarantee of the ample defense for socially vulnerable populations by racism, machismo, ableism, patriarchy, LGBTQIAPN+phobia, regional inequalities and by the states themselves. I concluded that the guarantee of a broad defense not only strengthens the justice system, but also contributes to the promotion and protection of human rights in their entirety.



**Keywords:** broad defense; human rights; confronting inequalities; judiciary.

## INTRODUÇÃO

Este artigo começou a ser gestado em uma aula da disciplina Garantias Constitucionais do Processo, ministrada pelo professor Sérgio Torres Teixeira, no Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), em que um grupo de mulheres, do qual fiz parte, apresentou um seminário, no primeiro semestre de 2023 com reflexões sobre os princípios do contraditório, ampla defesa, igualdade processual e também acerca do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

A parte que me coube no trabalho foi a de apresentar considerações acerca da garantia constitucional da ampla defesa. Durante meus estudos para a apresentação do seminário, acabei, sem nenhuma intenção, pelo menos consciente, conectando esta garantia constitucional, aos meus estudos em Direitos Humanos. Não consigo pesquisar sem este norte, pois, as minhas vivências pessoais e profissionais me levaram por este caminho. Não por acaso, a linha de pesquisa a qual estou vinculada no PPGD da UFPE é a 3.1, Justiça e Direitos Humanos na América Latina.

Dito isso, na minha apresentação do seminário narrado, fiz reflexões que ligavam o princípio da ampla defesa aos Direitos Humanos.

Além disso, a partir de uma reflexão feita por Guilherme César Pinheiro, que observei nos estudos para a apresentação, compartilhei a dificuldade em coletar materiais de estudo sobre a ampla defesa sem que estivessem atrelados ao contraditório, ou seja, tendo ela como o centro de debates e reflexões, com o aprofundamento que lhe é devido

Ao final da apresentação, e a partir destas reflexões, lancei um convite para a turma, de que escrevessem sobre a ampla defesa porque há um vasto espaço para debatê-la, doravante a constatação de que ela está sendo subutilizada pelos estudos acadêmicos.

Até o momento da finalização deste trabalho, agosto de 2023, não sei se meus colegas de turma aceitaram meu convite, até porque cada um(a) tem seus interesses particulares no campo das garantias constitucionais processuais, mas, como visto aqui, eu aceitei o desafio lançado por mim. Provavelmente, o objetivo da minha fala na apresentação do trabalho era esse mesmo.

No texto artigo aqui elaborado, aliei a necessidade de debruçar-me sobre a ampla defesa, a partir da percepção do potencial dessa garantia e a escassa literatura sobre o tema, à reflexões sobre os Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que traz em suas garantias judiciais vários dispositivos que podem ser atrelados à ampla defesa.

Para isso, discorri brevemente sobre a garantia constitucional da ampla defesa, com a ajuda de professores que formularam conceitos clássicos sobre o princípio e identifiquei o cerne da ampla defesa, a fim de verificar se haveria conexão com os Direitos Humanos.

Nessa discussão trouxe também a perspectiva constitucional da ampla defesa, a partir do disposto na Constituição de 1988, marco nacional dos Direitos Humanos no Brasil, acerca do princípio e verifiquei que ela está garantida em outras importantes normativas infraconstitucionais brasileiras, como os códigos de processo civil e penal, e nas leis de Execução Penal e Estatuto da Advocacia.

Depois, utilizei o marco internacional dos Direitos humanos, qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos para verificar se o seu texto trazia o direito à ampla defesa como um direito inerente às pessoas desde o seu nascimento, independente de sua nacionalidade, religião, cor, raça, etnia etc.

Em seguida, observei outra normativa internacional de extrema importância, qual seja a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), aprovada em 1969 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos e ratificada pelo Brasil em 1992, que coloca os Direitos Humanos no centro dos debates políticos e institucionais da região, para verificar se a ampla defesa estava ali como Direito Humano.

A partir dos elementos que foram coletados e trazidos ao texto, visualizei uma importante conexão entre a garantia da ampla defesa e os Direitos Humanos e discorri sobre essa interação e possibilidades de trabalhar com esses dois marcos teóricos, em conjunto. Trouxe exemplos de que ampla defesa precisa estar conectada aos Direitos Humanos

Também trouxe um apontamento feito pelo filósofo Sílvio Almeida de que o racismo, e podemos verificar que outras desigualdades são estruturantes na nossa sociedade e que o Direito precisa enfrentar essas questões.

Por fim, trouxe considerações finais pautadas nos debates formulados ao longo do artigo, especialmente da verificação da garantia da ampla defesa com um Direito Humano que, por assim o ser, é indivisível conectada aos demais direitos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Convenção sobre Direitos Humanos e pela nossa Constituição Federal.

## **CONSIDERAÇÕES ACERCA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA**

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe em seu Art. 5º, inciso LV, que está incluído no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais E Coletivos que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes (Brasil, 1988).

Após essa menção, a nossa carta política, trata da ampla defesa, de forma solitária, sem o contraditório precedendo-lhe, em uma dezena de vezes, todas essas em relação à garantia, de que em processos administrativos contra servidores públicos, deputados ou juízes, seja ela assegurada.

Isso não retira ou diminui a importância da ampla defesa para o seio constitucional, pelo contrário, o fato de ela estar inserida no rol das Garantias e Direitos Fundamentais já lhe

concede prestígio o suficiente para que seja largamente conhecida, citada e reivindicada, mas, normalmente como uma dupla com o contraditório.

Como já anunciado no capítulo introdutório deste estudo, Guilherme César Pinheiro (2022), apontou uma importante reflexão, da qual, transcrevo e faço destaques em itálico:

A literatura jurídica especializada no assunto centrou estudos sobre o direito ao contraditório, *preterindo a importância à ampla defesa*. Delfino e Rossi (2013, p. 229) alertam que *o contraditório adquiriu prevalência* sobre as outras garantias processuais. De fato, muito se escreve a respeito da teoria do processo como procedimento em contraditório e das garantias decorrentes de sua compreensão dinâmica. Talvez isso tenha ocorrido porque tais estudos marcaram a virada democrático-constitucional do processo, sedimentando as bases teóricas necessárias à superação da ideia autoritária de processo como relação jurídica entre pessoas: – autor, réu e juiz (Bülow, 2008, p. 9-12) –, e instrumento de exercício da jurisdição (Pinheiro, 2022, p. 100).

Nesse sentido vale conceituar essas duas garantias, a fim de diferenciá-las. Segundo o ministro Alexandre de Moraes (2013, p.109):

Ampla defesa é a garantia é dada ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, já o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Além disso, assevera Jorge que, como no contraditório, a ampla defesa carrega em si prerrogativas, que vão desde a defesa pessoal e a defesa técnica, passando pela acusação clara e precisa, a concessão de tempo e meios adequados para a preparação da defesa, até o direito de não ser obrigado a depor contra si (Jorge, 2007, p.41).

Importante apontamento faz o renomado processualista brasileiro Fredie Didier Jr. Em seu livro “*Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito processual Civil, Parte Geral e de Conhecimento*” acerca do princípio da ampla defesa. Segundo ele, a ampla defesa garante o próprio exercício do contraditório (Didier Jr, 2015, p. 85).

Desse modo, a ampla defesa dá ao indivíduo não apenas o direito de se defender, mas também de participar ativamente do processo, assegurando-lhe uma oportunidade justa e equitativa de contraditar as acusações e argumentações apresentadas contra si.

O ordenamento jurídico brasileiro precisa seguir o princípio da ampla defesa porque ele está garantido na Constituição Federal. Desse modo, outras importantes legislações do país assim a seguem, como por exemplo, o Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de Março de 2015) em seus artigos 7º e seguintes, que estabelece os princípios fundamentais do processo civil, incluindo o princípio da ampla defesa. É ele quem regula o procedimento nos processos judiciais cíveis (Brasil, 2015a).

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941), em seus artigos 261 e seguintes, estabelece as regras e garantias processuais no âmbito criminal, incluindo o direito à ampla defesa para os acusados em processos penais (Brasil, 2015b).

A Lei de Execução Penal<sup>1</sup> (Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984) regula a execução

<sup>1</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 14/04/2024.



das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança no Brasil, estabelecendo os direitos e garantias dos presos, incluindo o direito à ampla defesa em processos administrativos e judiciais relacionados à execução penal (Brasil, 1894).

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906 de 4 de Julho de 1994) dispõe sobre o exercício da advocacia no Brasil e estabelece as prerrogativas dos advogados e advogadas, incluindo o direito de exercer a ampla defesa em favor das pessoas a quem eles e elas representam (Brasil, 1994).

Vimos neste capítulo que a ampla defesa é um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, estabelecido tanto na Constituição Federal quanto em diversas leis do país, uma vez que, porque além de estar presente no texto constitucional, foi esculpido nas principais legislações brasileiras acerca de procedimentos judiciais.

Para a Constituição Brasileira e todas as leis do Brasil, a ampla defesa é essencial para garantir a justiça e a equidade nos processos legais. Ela está intimamente ligada ao princípio do devido processo legal, que visa garantir que todas as partes envolvidas em um processo tenham direitos iguais perante a lei e sejam tratadas de forma justa e imparcial.

Desse modo, já é de se perceber que a garantia da ampla defesa está intrinsecamente ligada à defesa da liberdade, dignidade, é uma defesa da cidadania e da condição de ser humano, questões essas que também são muito caras aos Direitos Humanos.

## **AMPLA DEFESA E AS PRINCIPAIS NORMATIVAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS**

Vimos que a ampla defesa é um importante princípio constitucional que garante a um indivíduo a busca por justiça através de uma participação processual ativa. Agora, veremos que este mesmo princípio que está esculpido em nossa Constituição Federal já estava escrito em importantes mecanismos de Direitos Humanos antes mesmo de 1988.

Há um consenso entre os estudiosos e estudiosos dos Direitos Humanos que, no plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um marco teórico, político e legal no tema. Proclamada em 10 de dezembro de 1948, no pós-segunda guerra mundial e regimes liberticidas e totalitários, essa normativa surgiu com a tarefa de que novas guerras e horrores desumanos fossem evitados (Tosi, 2005, p. 14).

Leonardo Jun Ferreira Hidaka afirma que a Declaração citada é considerada o “marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e conseqüentemente, da tutela universal dos direitos humanos, que visa à proteção de todos os seres humanos, independente de quaisquer distinções” (Hidaka, 2002, p. 8).

A garantia da ampla defesa aparece na declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) relacionada à garantia de um julgamento justo. O artigo 10 da Declaração, por exemplo, estabelece que:

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida (ONU, 1948).

Este artigo destaca a importância de um julgamento justo, no qual todas as partes envolvidas tenham a oportunidade de ser ouvidas e de apresentar sua defesa perante um tribunal competente e imparcial.

Além disso, o dispositivo 1 do 11 da Declaração afirma que:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas **todas as garantias necessárias à sua defesa** (ONU, 1948, grifo meu).

Aqui, vemos a garantia da presunção de inocência no início do dispositivo, e, em seguida, mais explicitamente, a garantia à ampla defesa. Mesmo sem a expressão “ampla”, o contexto nos permite dizer que a garantia está presente na Declaração se trata deste princípio, uma vez que a expressão “todas as garantias necessárias à sua defesa” tem o mesmo dispositivo do princípio aqui estudado.

Importante dizer que os direitos citados na Declaração Universal dos Direitos Humanos são indivisíveis, interconexos, e indissociáveis uns dos outros, como bem nos alertou Giuseppe Tosi (2005, p. 23), o que nos faz concluir que a ampla defesa é um princípio extremamente importante para a condição de ser humano, oposto a todos e todas, inclusive ao estado.

Dessa forma, os dispositivos, princípios e o próprio texto da Declaração dos Direitos Humanos nos fornecem uma base sólida para a proteção do direito de defesa em diversos contextos, tanto no âmbito criminal quanto em outras esferas da justiça. Assim, a DUDH serve como um documento fundamental na promoção dos direitos humanos e na garantia de um julgamento justo para todas as pessoas.

Outro importante marco para os Direitos Humanos na região brasileira é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) aprovada em 22 de novembro de 1969 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos e ratificada pelo Estado brasileiro em 1992, através do Decreto nº 678/1992 que reafirma o propósito de consolidar no continente um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do ser humano (Brasil, 1992).

O documento instituiu o denominado Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), composto por dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O Brasil reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte IDH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 através do Decreto n. 4.463/2002 (Brasil, 2002).

Nesse sentido, é importante destacar que a referida Convenção traz em seu Artigo 8, diversas garantias judiciais, das quais destaco em *itálico*, palavras do texto que conectam o dispositivo à ampla defesa. Seguem abaixo:

Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem

direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (ONU, 1948).

Interessante notar que o Artigo 8 da Convenção em análise menciona o “direito a ser ouvida”, uma vez que, de nada adianta a melhor defesa, provas de inocência se não há a disposição de que a pessoa seja escutada e seus argumentos levados em consideração. Essa interpretação da garantia de ser ouvida, a partir da perspectiva da ampla defesa, levamos a reforçar a necessidade de visualizarmos as garantias judiciais ou processuais, em consonância com os Direitos Humanos.

Após caminhar pela presunção de inocência, o Artigo 8 apresenta o que chamou de garantias mínimas de todas as pessoas acusadas de um delito. Logo de início, mais uma vez, de nada adianta ampla defesa, se ela não é escutada, ou ainda, não há ampla defesa sem que os argumentos da pessoa acusada sejam compreendidos. Nesse sentido, a língua, comunicação da pessoa precisa ser entendida, seja ela qual for, logo, a Convenção acertou neste dispositivo.

O tempo também é necessário para uma ampla defesa. A produção de provas através de qualquer meio, escrito, mídia, testemunhas pedem um intervalo razoável para a sua confecção. Junto ao tempo, a Convenção destaca como garantia mínima judicial, a informação dos meios adequados para a defesa.

Além disso, o Artigo 8 também é categórico ao dizer que o Estado precisa garantir um defensor às pessoas acusadas que não têm condições materiais para contratar um profissional de sua escolha para defender-lhes. Aqui há espaço para a defesa do fortalecimento da Defensoria Pública.

A Convenção traz como garantia mínima, o direito a inquirir testemunhas presentes no tribunal que, além da obtenção de prova para a ampla defesa, também pode configurar um direito à possibilidade de ressignificação dos fatos apresentados por quem acusa, para que possam ser confrontados a partir de outras vozes, a fim de que a defesa seja ampla.

Percebemos também no trecho do artigo em tela, a afirmação categórica de que “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”. Esse compromisso extravasa a esfera judicial da ampla defesa. Ele foi reafirmado pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada pelo Estado brasileiro através do Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989 (Brasil, 1989). Mais um momento em que garantias judiciais são fortalecidas em consonância com os Direitos Humanos.

Pelo exposto, verificamos a expressão da ampla defesa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em uma significativa variedade, a partir da perspectiva dos Direitos Humanos.

Um exemplo emblemático da aplicação desse princípio é o caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”<sup>2</sup>, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana. Nesse caso, a Corte condenou o Estado brasileiro por violações aos direitos humanos de pacientes psiquiátricos, incluindo a falta de acesso efetivo à defesa e à assistência jurídica adequada durante os processos de internação compulsória. A decisão da Corte ressaltou a importância da ampla defesa como um elemento essencial para garantir a proteção dos direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade.

No âmbito nacional, o marco dos Direitos Humanos do Brasil é a Constituição Federal de 1988 que surgiu após o fim da ditadura militar no país, cujo fim ocorreu em 1985. A carta política refletiu em seu texto os debates acerca dos Direitos Humanos que já estavam consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O tratamento pela Constituição Federal de 1988 à ampla defesa foi tratado também no tópico anterior. Verificar que a ampla defesa está nesta carta que, como pontuado, segue as principais normativas internacionais de Direitos Humanos é um indício da conexão da ampla defesa com os Direitos Humanos no âmbito internacional e nacional.

## AMPLA DEFESA E DIREITOS HUMANOS

Diante dos elementos trazidos nos tópicos anteriores, verifiquei a existência de uma importante conexão entre a garantia da ampla defesa com os Direitos Humanos. Para que haja uma participação ativa, justa e equitativa no processo, como defendem a Constituição e a doutrina ao invocarem a ampla defesa, é necessário que o procedimento judicial garanta, através de seus atores e de suas previsões legais, o enfrentamento às desigualdades que possam existir na vida das suas partes. Isso, nada mais é do que atenção humanista do processo judicial.

Vale ressaltar a importância da igualdade de armas entre as partes no processo. Como dito, em uma sociedade marcada por desigualdades sociais e econômicas, é imprescindível que o sistema judiciário assegure que todas as partes envolvidas tenham acesso equitativo aos recursos e oportunidades necessários para exercerem plenamente seus direitos.

Isso implica, por exemplo, na disponibilização de tradutores e intérpretes para pessoas que não falam o idioma oficial do tribunal, ou na garantia de um ambiente seguro e livre de coação para testemunhas e partes vulneráveis, uma maneira de garantir a ampla defesa para as pessoas com deficiência auditiva, por exemplo, que tem, além da garantia deste princípio, a previsão nesse mesmo sentido prevista no Estatuto da Pessoa com deficiência, Lei 13.146, de 6 de Julho de 2015 (Brasil, 2015b).

Outro exemplo da atenção aos Direitos Humanos ao lado da ampla defesa é,

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso em 04/04/2024.

no enfrentamento à violência de gênero, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero<sup>3</sup>. O referido protocolo surgiu a partir da Resolução nº 492 de 17 de março de 2023 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro que estabelece as diretrizes para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário através de um protocolo cujo objetivo é o de enfrentar as desigualdades de gênero e suas repercussões e consequências jurídicas.

No que diz respeito ao princípio da ampla defesa, por exemplo, o protocolo traz um exemplo de como este princípio deve ser utilizado em casos em que esteja se investigando a prática do tráfico transnacional, por exemplo, já que não raro, envolve estrangeiros(as) sem laços no território brasileiro e que enfrentam a barreira da língua, assegurando-se, entre outras coisas, a atuação de tradutores e intérpretes que garantam a plena compreensão de todo o processado.

O protocolo reconhece uma desigualdade de gênero para com as mulheres, percebida nos mais diversos âmbitos da vida e visa garantir que os julgamentos considerem adequadamente as questões de gênero, reconhecendo as diferentes formas como mulheres e homens podem experimentar e ser afetados pelo crime, pela justiça criminal e pelo processo judicial.

Uma das principais preocupações do protocolo é assegurar a ampla defesa para as mulheres envolvidas no sistema de justiça. Isso significa garantir que as mulheres tenham acesso a uma defesa robusta e eficaz, que respeite seus direitos e considere suas experiências específicas como mulheres.

O protocolo afirma estar alinhado aos objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 5 e 16 da Agenda 2030 da ONU, o primeiro visa a igualdade de gênero e este último, paz, justiça e instituições eficazes. Os ODS's estão em consonância com os Direitos Humanos em nível internacional.

Nessa mesma perspectiva, o filósofo e jurista Almeida (2020, p. 35) afirma que o racismo é estruturante no Brasil e que pessoas negras, indígenas, ciganas, atravessam o racismo no judiciário e, por consequência, devem ter sua ampla defesa afetada por esse mesmo estruturante da sociedade do país.

Silvio Almeida refere-se a uma forma de discriminação racial que está enraizada nas estruturas sociais, políticas e econômicas de uma sociedade. Em sua análise, Almeida argumenta que o racismo não se limita a atos individuais de preconceito ou discriminação, mas é também perpetuado e mantido por instituições e sistemas que reproduzem desigualdades raciais de forma sistemática (Almeida, 2020, p. 35).

O autor também faz uma importante consideração acerca de figuras importantes que utilizaram o Direito numa perspectiva antirracista, como a mulher escravizada Esperança Garcia que endereçava cartas às autoridades brasileiras, no século XVIII contra o sofrimento e a desumanidade causada pela escravização de pessoas negras (Almeida, 2020, p. 149.). Ou seja, o direito reproduz o racismo e precisa estar atento para enfrentá-lo, especialmente numa garantia essencial para pessoas negras como a ampla defesa.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 01/04/2024.

Da mesma forma, percebemos como a ampla defesa precisa estar preparada para a garantia de que pessoas com deficiências variadas, como de locomoção, visão, audição, possam apresentar seus argumentos em processos em que porventura estejam como partes. Uma rápida observação no cotidiano do judiciário brasileiro é fácil contatar que não há um número suficiente de intérpretes da língua brasileira de sinais (LIBRAS) nem um grande treinamento no atendimento de pessoas com deficiência, o que pode ser uma mácula nesta garantia para essas pessoas.

Nesse sentido, também verificamos dificuldades na ampla defesa de pessoas hipossuficientes que não podem pagar seus(uas) defensores(as). Aqui o fortalecimento da Defensoria Pública está aliado à garantia da ampla defesa.

No mesmo sentido, as pessoas LGBTQIAPN+ não estão imunes aos preconceitos relacionados à orientação sexual que podem estar refletidos no judiciário. Esse poder precisa garantir que os Direitos Humanos dessas pessoas, aqui especialmente o da ampla defesa, seja garantido a partir das especificidades das vivências de cada uma delas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise realizada, é possível concluir que a garantia da ampla defesa está intrinsecamente ligada aos Direitos Humanos, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Através de uma abordagem interdisciplinar que combina os princípios processuais com as normativas de Direitos Humanos, este trabalho demonstrou a importância de assegurar a todos os envolvidos em processos judiciais uma participação ativa, justa e equitativa. A ampla defesa não é apenas um direito processual, mas também uma defesa da liberdade, dignidade e condição de ser humano, estando diretamente relacionada à igualdade de armas entre as partes, à presunção de inocência e ao direito a um julgamento justo.

Pelo tratado neste estudo, vimos que a ampla defesa é um Direito Humano garantido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e um Direito fundamental esculpido na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, ela precisa estar aliada à defesa dos Direitos Humanos, caso contrário, não será garantida para todas as pessoas, principalmente aquelas em condições de vulnerabilidade social.

A ampla defesa é um direito garantido pela Declaração que inaugura o Direito Internacional dos Direitos Humanos, qual seja a Universal de Direitos Humanos, nesse sentido, violar esta garantia é uma agressão direta a um direito considerado inerente à própria garantia de ser humano.

Na mesma perspectiva seguem a Convenção Americana de Direitos Humanos e a constituição Federal de 1988 ao garantirem a ampla defesa como direitos fundamentais à existência. A referida Convenção, por exemplo, traz detalhes enriquecedores para esta garantia, como a necessidade de meios adequados para esta defesa, defensores(as) públicos disponíveis a quem necessita etc.

Dessa maneira, essa importante garantia constitucional estará em ordem também com os mandamentos da carta política brasileira que, além de trazê-la como uma garantia

fundamental, incorporou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento jurídico do país. A ampla defesa de tão importante ao ser humano foi garantidas nas principais legislações brasileiras em matéria de direito processual, inclusive no Estatuto da Advocacia.

Verificamos que o princípio da ampla defesa tem terreno fértil para ser efetivado em conjunto com os Direitos Humanos no processo judicial e no judiciário, com exemplos exitosos como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

No entanto, apesar dos avanços na proteção dos direitos humanos e da garantia da ampla defesa, ainda enfrentamos desafios significativos, especialmente no que diz respeito à efetivação desses direitos na prática. A falta de acesso à justiça, a morosidade dos processos judiciais e a falta de recursos adequados para a defesa são apenas algumas das questões que continuam a desafiar o pleno exercício da ampla defesa e dos direitos humanos em nossa sociedade.

Portanto, é fundamental que o Estado e a sociedade civil trabalhem em conjunto para promover a conscientização sobre a importância da ampla defesa e dos direitos humanos, bem como para fortalecer as instituições e os mecanismos de proteção desses direitos. Somente assim poderemos garantir que todas as pessoas tenham acesso igualitário à justiça e sejam tratadas com dignidade e respeito em todos os aspectos de suas vidas.

Em suma, a garantia da ampla defesa não apenas fortalece o sistema de justiça, mas também contribui para a promoção e proteção dos Direitos Humanos em sua totalidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro / Jandaíra, 2020. 255 p.

BRASIL (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (1894). Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (1988). [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL (1989). Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. Brasília, DF, 9 nov. 1989. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/d98386.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (1992). Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (1994). Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF, 4 jul. 1994. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (2015a). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (2015b). Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF, 6 jul. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL (2002). Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. DF. ed. Brasília, 8 nov. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 1 v.

JORGE, André Guilherme Lemos. **A efetividade dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Civil**. 2007, p. 41. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp041079.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. **Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos**. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Manual de Direitos Humanos Internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Loyola, 2002. p. 4-16. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2313424>. Acesso em: 13 abr. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 940.

OLIVEIRA, L. A. DE. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa nas medidas de proteção à luz do estatuto da criança e do adolescente**. *Virtuajus*, v. 5, n. 9, p. 310-325, 14 mar. 2021. Disponível em: Acesso em 15 ago. 2023.

ONU. Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 217 A(III), de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 18 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 ago. 2023.

PINHEIRO, Guilherme César. **Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 99-115, jan./mar. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril\\_v59\\_n233\\_p99](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p99). Acesso em: 05 ago. 2023.



TOSI, Giuseppe. **Os Direitos Humanos**: reflexões iniciais. In: TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos: história, teoria e prática. João Pessoa: Universitária, 2005. p. 18-46. Disponível em: [https://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/2005.DH\\_-historia-teoria-pr%C3%A1tica.pdf](https://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/2005.DH_-historia-teoria-pr%C3%A1tica.pdf). Acesso em: 13 abr. 2024.

# O sistema interamericano e a ADPF 320: uma proposta de efetivação do direito internacional dos direitos humanos no Brasil a partir da (re)leitura da ADPF 153

## *The inter-american system and ADPF 320: a proposal to international human rights law in Brazil from ADPF (re)reading 153*

Célia Dias Rodrigues de Souza

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar em até que ponto a ADPF 320 é capaz de contribuir com a concretização do Direito internacional dos Direitos Humanos no Brasil. O trabalho se estrutura em três tópicos, no fulcro de corresponder à seguinte problemática: em que medida a ADPF 320 pode alterar o entendimento do STF na ADPF 153, de modo a viabilizar a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil? Nesse sentido, o presente trabalho foi realizado por estudo consultivo e crítico, mediante: doutrina, artigo científico, bem como julgados nacionais e internacionais. Assim, o primeiro tópico busca abarcar um panorama do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Já no segundo capítulo, abarca o controle de convencionalidade e uma síntese do caso. No mais, o terceiro capítulo se dedica a aplicação do arcabouço teórico à ADPF. Desse modo, a pesquisa alcançou o resultado do potencial da ADPF 320 para a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil, em que pese não procure esgotar o tema.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, ADPF 320, Sistema Interamericano.



## ABSTRACT

The present work aims to investigate the extent to which ADPF 320 is capable of contributing to the implementation of international Human Rights Law in Brazil. The work is structured around three topics, with the aim of responding to the following problem: to what extent can ADPF 320 change the STF's understanding of ADPF 153, in order to enable the implementation of International Human Rights Law in Brazil? In this sense, the present work was carried out through consultative and critical study, using: doctrine, scientific article, as well as national and international judgments. Thus, the first topic seeks to cover an overview of the Inter-American System for the Protection of Human Rights. The second chapter covers conventionality control and a summary of the case. Furthermore, the third chapter is dedicated to the application of the theoretical framework to the ADPF. In this way, the research achieved the result of the potential of ADPF 320 for the implementation of International Human Rights Law in Brazil, although it does not seek to exhaust the topic.

**Keywords:** Human Rights, ADPF 320, Inter-American System.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, imbuído pelo atual contexto de alarde em que se encontra inserido o Brasil, em especial no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, refletindo, dentre outros, nos diversos casos em que o país foi submetido ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência de violação à direitos deste cunho, se lança à pesquisa no que tange a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, se pautando, para tanto, no julgamento da ADPF 153, a partir do caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, e no advento da ADF 320.

Assim, abarcaremos o caso *Gomes Lund vs Brasil*, envolvendo o sistema interamericano. O caso trata da responsabilidade do Estado, em sede internacional, em razão de detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado, ocorridos entre 1972 a 1975. Nesse sentido, questão central diz respeito à divergência, quanto a lei de anistia, entre decisão do STF (Supremo Tribunal Federal), no bojo da ADPF 153, e a decisão da Corte, ao proferir sentença condenatória do caso.

Diante disso, em 2014, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou a ADPF 320 onde “questionou os efeitos da Lei de Anistia de 1979 diante da condenação do Brasil no caso *Gomes Lund* na Corte Interamericana de Direitos Humanos” (ANTUNES, 2017, p. 180). Concomitante à isto, o *Caso Herzog e outros Vs. Brasil*, com sentença condenatória de março de 2018, abarca fatos semelhantes, leia-se crime continuado ocorrido no contexto da ditadura. Assim, frente à dicotomia instaurada pela ADPF 153, interessante lograr também tal caso no ensejo da paradigmática ADPF 320.

Nesse sentido, todo o arcabouço informacional é movido no escopo de atentar ao seguinte problema de pesquisa: Em que medida a ADPF 320 pode alterar o entendimento do STF na ADPF 153, de modo a viabilizar a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil?

Desse modo, o cerne do trabalho encontra raízes na dicotomia existente entre a decisão do STF e a da Corte Interamericana. Posto isto, o objetivo é investigar em até que ponto a ADPF 320 é capaz de contribuir para a concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil.

No mais, faz-se mister elencar os objetivos específicos constantes no desaguar do trabalho, quais sejam: apresentar uma abordagem acerca do Sistema Interamericano; analisar a decisão relativa a ADPF 153, no tocante ao exercício do controle de convencionalidade, pelo Brasil, a partir do *Caso Gomes Lund Vs. Brasil*; investigar o advento da ADPF 320, sob o enfoque do *Caso Vladimir Herzog vs Brasil*, como a deontologia internacionalista.

Já no que se limita ao aspecto estrutural, elencamos que o desenvolver do mesmo encontra-se estruturado em subtítulos no fito de contextualizar, explorar e aplicar os resultados açambarcados, de modo a viabilizar a melhor compreensão de como se deu o desdobramento da pesquisa e, por conseguinte, do raciocínio empregado para tanto.

Por fim, quanto a metodologia lograda, a fim de florescer e de lapidar o trabalho em escopo, nos detemos ao estudo consultivo e crítico, por meio de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura, relativo à: doutrina, artigo científico, bem como julgados nacionais e internacionais.

## O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, em razão do propósito ao qual se lança o trabalho, nos ocuparemos de tratar da chamada OEA (Organização dos Estados Americanos). Assim, paralelo ao sistema da ONU (Organização das Nações Unidas), temos os sistemas regionais. Dessa forma, referidos sistemas de proteção de Direitos Humanos, não vêm para competir com o sistema global, leia-se sistema da ONU. O sistema da ONU vai andar em conformidade com os sistemas regionais.

Os sistemas regionais constituem papel salutar no que diz respeito à Proteção Internacional dos Direitos Humanos, inclusive sendo considerados, ao serem criados, como uma de suas maiores projeções. A razão para tanto reside no fato de que, nos sistemas regionais, a atenção se volta para um contexto delimitado, no sentido de se aprofundar na temática de determinada região específica. Em outras palavras, é como se fosse um sistema preocupado com as adaptações culturais e com as adaptações políticas de uma determinada região.

Neste diapasão, temos o sistema regional europeu, o africano e o interamericano. Quanto ao sistema interamericano, é aquele voltado para países que passaram por uma justiça de transição, os quais pretenderam se esvaír da história, porém a tentativa se mostrou infrutífera, já que os casos chegaram até o sistema internacional. Referido sistema rege ambos os casos objeto da presente pesquisa, quais sejam: *Caso Gomes Lund Vs. Brasil* e *Caso Valdimir Herzog Vs Brasil*, os quais tratam de questões pertinentes à justiça de transição, como de práxis.

Assim, a partir da assinatura da Carta, em Bogotá, em 1948, o Brasil e alguns

outros países americanos, criaram a Organização dos Estados Americanos, dando forma à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A referida Comissão Interamericana, à época, tinha, e ainda tem, a função de receber denúncias acerca da violação de Direitos Humanos.

No mais, outro documento que ganhou destaque no Sistema Interamericano foi o Pacto de San José da Costa Rica, também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado em 1969. Este foi o documento responsável por estruturar a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No que pese o exposto, os Países Membros são aqueles que ratificaram a Carta da OEA e, já no que tange ao Pacto de San José da Costa Rica, nem todos o fizeram.

Desse modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possui uma dupla normatividade, ou seja, é regida por dois institutos: a Carta da OEA e o Pacto de San José da Costa Rica. Por conseguinte, se o Estado ratificou a Convenção, a Comissão aplica a mesma a este Estado, caso contrário aplica o disposto na Carta da OEA e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (RAMOS, 2016).

Quanto ao Brasil, o País ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, se submetendo, portanto, a jurisdição da Corte. Assim, caso um contencioso internacional envolva o Brasil, no bojo do sistema interamericano, em um primeiro momento este caso será apresentado à Comissão, a qual emitira um relatório, contendo recomendações ao Estado. Será concedido um prazo para que o Estado acate as recomendações, constantes no relatório, as quais, por óbvio não possuem caráter vinculante, porém se o Estado assim não o fizer, o caso será passível de submissão à Corte, a qual emitira sentença.

## **O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O CASO GOMES LUND VS BRASIL SOB A ÓTICA DA ADPF 153**

Conforme explanado, a Nação é um dos países-membros da OEA, mais especificamente, do sistema interamericano, bem como signatária de diplomas internacionais, dentre os quais a Convenção Americana de Direitos Humanos. Este instrumento submete o País à jurisdição da Corte.

Disso decorre que o Brasil deve atuar no exercício do controle de convencionalidade, assumindo postura de respeito à compatibilidade das normas e das práticas internas com a Convenção Americana, com a jurisprudência da Corte e com os demais tratados internacionais em que o Estado é parte. “El control de convencionalidad es un ‘potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos’. [...] los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno” (Steiner; Uribe, 2014, p. 13).

Frente à esse contexto, temos o *Caso Gomes Lund Vs. Brasil* o qual, em síntese, trata da responsabilidade Internacional do Estado pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de cerca de setenta pessoas, na região do Araguaia, atual Tocantins, durante o lapso temporal de 1972 à 1975. Essas pessoas eram integrantes do movimento “Guerrilha do Araguaia” que atuavam em forte oposição ao governo. Assim, o

governo teria o objetivo de exterminar os membros desse grupo, logrando exitoso em tal aspiração.

Em 1979, o Brasil edita lei 6.683/79, popularmente conhecida como a lei de anistia. Esta lei objetiva perdoar crimes políticos e conexos, praticados no período de ditadura militar, impedindo a investigação e punição dos crimes, inclusive daqueles praticados durante a Guerrilha do Araguaia.

Diante da omissão estatal, o Brasil é denunciado perante a Comissão Interamericana, em 07/08/1995. Em 21/11/2008, a Comissão aprova seu relatório de mérito sobre o fato, entendendo que o Brasil violou Direitos Humanos e determina uma série de recomendações ao Estado. Entretanto, o Brasil não as cumpriu, sendo o caso encaminhado para a Corte.

Diante da rejeição das exceções preliminares, a Corte adentra ao mérito e preleciona que o Brasil violou direitos previstos na Convenção. Assim, “a corte IDH considerou que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana [...]” (Ramos, 2016, p. 398).

Neste cenário, o Brasil encontra-se devendo resposta à comunidade Internacional. A sentença foi parcialmente cumprida visto que foi criada, a Comissão Nacional da Verdade (lei 12.528/11). A mesma constatou que, de fato, houveram graves violações de Direitos Humanos, no período da ditadura.

Soma-se a isto o fato de que, em 2008, o Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados Brasileiros) propôs a ADPF 153, para que o STF se manifestasse acerca da recepção da lei de anistia pela CF/88. Em abril de 2010, o STF entende pela recepção da lei de anistia. Em novembro, a Corte profere a decisão contrária à da suprema corte do País: a lei de anistia é uma enorme violação de Direitos Humanos e o Brasil, como signatário da Convenção Americana, e no dever do exercício do controle de convencionalidade, deveria revogar esta lei.

## **O ADVENTO DA ADPF 320 COMO O “DEVER SER” PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Ocorre que, em 2014, temos a ADPF 320 trazendo uma nova etapa para (re) leitura da lei de anistia. A mesma inflama um espírito de esperança: “a ADPF nº 320/DF propiciou ao STF uma nova oportunidade de adequar o direito interno às diretrizes internacionais que vedam de forma contundente a auto-anistia para autores de graves violações de direitos humanos” (Antunes, 2017, p.182).

No mais, à luz desta ótica, é possível depreender que a ADPF 320 tem potencial para lograr efeitos, no que tange à efetivação das sentenças da Corte que tratam de referida temática. Nesse roll, temos também o já mencionado caso *Vladimir Herzog vs Brasil*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a ADPF 320 é instaurada com finalidade semelhante à da ADPF 153, porém não se confunde à ela. Nesse novo estágio, é logrado ao STF nova possibilidade de julgar em ditames adequados a lei 6.683/79, esvaindo na expectativa de que o Brasil cumpra com as determinações da Corte Interamericana.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Fernando Luis Coelho. **O controle de convencionalidade e as transformações no constitucionalismo contemporâneo**: a ADPF 153 e a decisão da corte interamericana de direitos humanos no caso Gomes Lund. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, p.153-190, dez. 2017.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer ADPF nº 320/DF**, Brasília, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 6 ago. 2010.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 28 ago. 2014.
- CORTE interamericana de direitos humanos. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)> Acesso em: 21 ago. 2019.
- OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em 21 ago. 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- STEINER, Christian; URIBE, Patrícia. **CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**. 2014.

**Direito processual civil e o recurso especial nº 1.286.273 – SP: uma (re)leitura do instituto da prova a partir de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça**

*Civil procedure law and special appeal no. 1,286,273 – SP: a (re) reading of the evidence institute based on a judgment of the High Court of Justice*

Célia Dias Rodrigues de Souza

**RESUMO**

Esta pesquisa tem por objetivo de analisar o instituto da prova a partir de acórdão do STJ. O trabalho se estrutura em quatro tópicos, no fulcro de corresponder à seguinte problemática, a qual configura o problema de pesquisa em que medida o ordenamento jurídico brasileiro se amolda à decisão proferida no RESP Nº 1.286.273 – SP? Nesse sentido, o presente trabalho floresceu por intermédio de estudo consultivo e crítico, pautado em pesquisa dedutiva, traduzida em revisão de literatura, bem como análise doutrinária e de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Assim, o primeiro capítulo busca abarcar um panorama geral dos princípios aplicáveis às provas, em uma abordagem que busca tecer comentários iniciais acerca da temática. Já no segundo capítulo, corresponde ao protagonismo do instituto da inversão do ônus da prova, onde se explana o assunto no fito de facilitar a compreensão do assunto e facilitar uma leitura crítica posterior. No mais, o terceiro capítulo se dedica a sintetizar o caso que ocupa o centro da pesquisa, qual seja o Recurso Especial Nº 1.286.273 – SP. Quanto ao quarto capítulo, suas linhas se dedicam à aplicação prática do arcabouço teórico pontuado e explicado ao longo da pesquisa ao caso em pauta. Desse modo, a pesquisa alcançou o resultado da não compatibilidade do RESP 1.286.273 – SP ao Ordenamento Jurídico, em que pese não procure esgotar o tema.

**Palavras-chave:** prova, acórdão, processo.





## ABSTRACT

His research aims to analyze the institute of proof based on the STJ ruling. The work is structured into four topics, with the aim of corresponding to the following problem, which configures the research problem: to what extent does the Brazilian legal system conform to the decision made in RESP No. 1,286,273 – SP? In this sense, the present work flourished through a consultative and critical study, based on deductive research, translated into a literature review, as well as doctrinal and jurisprudence analysis of the Superior Court of Justice (STJ). Thus, the first chapter seeks to cover a general overview of the principles applicable to tests, in an approach that seeks to make initial comments on the topic. In the second chapter, the institute of reversing the burden of proof corresponds to the leading role, where the subject is explained in order to facilitate understanding of the subject and facilitate subsequent critical reading. Furthermore, the third chapter is dedicated to summarizing the case that occupies the center of the research, which is Special Appeal No. 1,286,273 – SP. As for the fourth chapter, its lines are dedicated to the practical application of the theoretical framework highlighted and explained throughout the research to the case at hand. In this way, the research reached the result of the non-compatibility of REsp 1,286,273 – SP with the Legal System, although it does not seek to exhaust the topic.

**Keywords:** proof, judgment, process.

## INTRODUÇÃO

O conceito de prova tende a ter essa grande ramificação, visto que abarca um campo plurisignificante. Em que pese a base originária dela seja no Direito Civil, o Direito Processual será um dos seus pilares. A interdisciplinariedade vai para além do Direito, abarcando um aporte filosófico e sociológico.

No Brasil, o Código de Processo Civil (CPC), ao tratar das provas, foi condizente com a sua ontologia e elucidou todo o aspecto abrangente que ela irradia. Assim, o art. 369 do CPC adota o regime da atipicidade de prova. Em outras palavras, todos os meios de prova serão admitidos desde que legais e moralmente legítimos. Nesse sentido, fica explícito a carga substancialista que a prova carrega, não se limitando a ser um código meramente procedimental.

Assim, o escopo da pretensa pesquisa é fazer um recorte no tema das provas, a partir de um caso concreto, qual seja um acórdão do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial Nº 1.286.273 – SP. No que tange ao acórdão, o cerne da discussão paira em torno da inversão do ônus da prova na análise da apelação. Para a quarta turma, a inversão do ônus da prova no julgamento da apelação viola direito de defesa, não sendo cabível em momento posterior ao da instrução.

Nesse sentido, o foco do trabalho seria atentar para o seguinte problema de pesquisa: em que medida o ordenamento jurídico brasileiro se amolda à decisão proferida no REsp Nº 1.286.273 – SP?

Assim, cumpre atentar para o objetivo geral da pesquisa. O mesmo se traduz em investigar o tratamento dado para as provas, no âmbito do direito processual civil brasileiro.

No mais, faz-se mister elencar os objetivos específicos, quais sejam: apresentar um panorama acerca dos princípios incidentes no REsp Nº 1.286.273 – SP; analisar o tema das provas e da inversão do ônus da prova, a partir de uma apresentação básica do tema; construir crítica ao referido acórdão prolatado pelo STJ.

Já no que se limita ao aspecto estrutural da presente obra, elencamos que a mesma se divide em três tópicos os quais pretendem contextualizar, explorar e aplicar o rol abarcado ao julgado do STJ.

Além disso, quanto a metodologia lograda a fim de elaborar a pesquisa em escopo, nos detemos ao estudo consultivo e crítico, por meio de pesquisa bibliográfica bem como revisão de literatura.

## **PRINCÍPIOS A PARTIR DA ÓTICA DAS PROVAS**

Primeiramente antes de adentrar na tese principal, ou seja, os princípios, devemos levar em consideração a sua relevância no ordenamento jurídico, tendo em vista que estes se diferenciam das normas pois estas em sua literalidade denotam uma conduta não permitida já em relação aos princípios temos que existe uma carga valorativa bem maior que nas normas uma vez que englobam em si o direito e a justiça.

Dessa forma, cabe destacar que embora muitas vezes as normas denotem maior força de aplicação pois estão positivadas, os princípios em nada deixam a desejar pois elaboram critérios para facilitar a compreensão destas no caso concreto.

Podemos perceber a sua importância com o advento do neoconstitucionalismo o qual agregou ainda mais força aos princípios do direito processual civil, uma vez que sendo a Constituição o embasamento para demais normas, ocorreu a neoconstitucionalização onde as regras do processo civil, assim como seus princípios passam a ser observados sobre a ótica da Constituição, de modo que passam a ter maior efetividade, mesmo porque muitos destes além da previsão no Código de Processo Civil estão assegurados na própria constituição como normas fundamentais.

Assim, diferente das normas os princípios podem até mesmo serem contrapostos, oportunidade em que o julgador deverá analisar o caso para ver qual se sobrepõe o que em hipótese alguma poderia acontecer com as normas.

Ademais, cabe adentrar no arcabouço dos principais princípios norteadores das provas para o processo civil, dentre os quais, destacam-se: boa fé, lealdade, cooperação e o contraditório.

Em pese mencionar o princípio do contraditório o qual está relacionado em todo o processo e em diferentes fases, não poderia deixar de ser relevante quando se trata de provas, tendo em vista este assumir um desdobramento no que tange a participação da parte em sua produção, proibição de não se admitir prova produzida secretamente, bem como oportunidade das partes estarem cientes da data e local onde a prova seria produzida.

De tal modo, se traduz nas palavras a seguir:

De pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-lo. Se a prova foi produzida, é porque o órgão julgador a considerou relevante para a causa; essa decisão gera para a parte a expectativa legítima de que a prova seja valorada. Trata-se de imposição do princípio do contraditório, mais uma vez, e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela respeito do juiz pela atuação processual da parte (Didier, 2016, p. 48).

Importante mensurar também a correlação do contraditório com o momento de inversão do ônus da prova, uma vez que, ocorrendo este fenômeno a parte que estiver com o ônus terá a oportunidade de defesa.

Forte nesse raciocínio, convém destacar a importância do princípio da cooperação no artigo 6º do Código de Processo Civil, o qual menciona que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Dessa forma, como descrito no próprio texto de lei temos que a cooperação relaciona todos aqueles que envolvem o processo, sejam os autores principais, os quais tem interesse direto na resolução da lide até a figura do juiz, o qual proferirá a decisão. De modo que todos estes possam ser úteis ao processo.

Assim as partes cooperando no sentido de elencar todos os meios de provas admitidas para formação da opinião do julgador e o juiz livre para decidir cooperando motivando o seu convencimento com todo o aparato que lhe possa ser levado. Ademais, confirma este entendimento Humberto Theodoro ao esclarecer que:

A cooperação, assim entendida, compreende o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (Júnior, 2016, p. 84).

Por fim, e não menos importante, cabe comentar, outro princípio importante no Código de Processo civil, previsto no artigo 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Nesse sentido temos que a boa fé e lealdade processual impactam de forma significativa quando se está diante do processo, porém no que tange ao ônus da prova é interessante pontuar e analisar o caso concreto levando-se em conta de que as partes dos polos da ação seja o que ingressa com a ação como o que está no polo passivo, estão em interesses opostos e em busca de uma decisão favorável, todavia isso não pode impactar de forma negativa ao processo se uma das partes gerar embaraços ou até mesmo situações que prejudiquem no andamento da lide.

Posto isso, a parte que está com o ônus, deve sempre atentar a observância da boa-fé, para que não prejudique, mas sim contribua para a melhor decisão ao caso.

Assim é que afirma Daniel Amorim Assumpção Neves quando relata que:

Sendo objetiva, a exigência de conduta de boa-fé independe da existência de boas ou más intenções, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal (Neves, 2016, p. 208).

Dessa forma, feito esta analogia resta claro que a boa-fé objetiva no processo se traduz na própria postura das partes envolvidas, as quais devem zelar pela honestidade, coerência e lealdade em sua postura.

## A PROVA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, interessante pontuar que a prova possui um campo interdisciplinar, abrangendo área para além do Direito. Então, o conceito de prova tende a ter essa grande ramificação. No mais, o legislador do processo usou um aporte filosófico arriscado ao enfrentar a teoria da decisão; se buscou um patamar filosófico de força que não sabemos utilizar. Em outras palavras, não é um código meramente procedimental, a prova não é meramente procedimental. Vejamos: “a prova é um fenômeno multifacetado, cuja natureza e definição variam de acordo com distintos fatores históricos, culturais e jurídicos”(Taruffo, 2014, p. 57).

Nesse sentido, destacamos que a prova não se materializa somente na fase de instrução. O intuito do CPC/15 foi acabar com a delonga que ocorria com o método anterior, onde na audiência de instrução eram reveladas várias “surpresas” que nada mais eram que as provas. Inegável que a técnica empregada pelo Código de 2015 se mostrou melhor que a do CPC anterior.

O processo evoluiu muito, em especial, ao começar com princípios. O problema é a pauta fluida de indeterminação que estes carregam na sua essência e que, por vezes, os atores judiciais ainda não sabem instrumentalizar.

Sendo assim, o ganho que tivemos foi a transparência no processo (*accountability*). Para a sociedade, o processo tem de ser um livro aberto. É um “V”, vem a petição e depois a contestação. Em outras palavras,

Os sistemas probatórios têm sofrido mudanças dramáticas desde a época dos romanos [...] um fator adicional de complexidade e diferenciação é que são muitas as coisas que podem ser usadas como fontes de prova (Taruffo, 2014, p. 57).

Em síntese, prova é mostrar para o juiz o ambiente do fato e pedir. A funciona como aposte de estudo, ou seja, fazemos referência à doutrina em uma peça como exceção e não à algo rotineiro e já consolidado.

O ônus da prova é regra de julgamento, ou seja, para julgar dentro de uma lógica, mas eu não preciso dele no meio do processo. Hoje, com a cooperação e com a abertura do processo para terceiros, o que vier é prova e adere no processo. Não importa de quem venha, o juiz precisa julgar. Assim:

O ônus da prova, cujo estudo foi considerado a coluna vertebral do processo civil, possui como ideia básica, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes (Godinho, 2015, p. 176).

Já a dinamização do ônus da prova, vai ocorrendo no meio. O ônus estático é o que diz que ao autor cabe o fato constitutivo do direito e ao réu o modificativo/impeditivo/extintivo do direito do autor. O ônus estático é regra de julgamento. O ônus dinâmico não pode ser regra de julgamento, já que ele vai depender do que o juiz observa no processo; sendo, portanto, regra no procedimento. O ônus dinâmico é regra de instrução, uma vez que vou precisar instruir melhor.

As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória (Godinho, 2015, p. 178).

Aplicando os dois institutos acima explanados, começamos com o art. 373 do Código de Processo Civil o qual traz a regra geral de como deve ocorrer a distribuição do ônus da prova. Vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. [...] (BRASIL, 2015).

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), trouxe uma exceção à essa regra ao prever o instituto da inversão do ônus da prova, a qual vai tratar de situações em que o autor, preenchido os requisitos elencados pelo dispositivo, estará desincumbido do ônus da prova, passando ao réu o encargo. Nesse sentido,

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...] (BRASIL, 1990).

## COMENTÁRIOS AO RESP N° 1.286.273

A fim de que possamos tecer uma crítica à decisão exarada, pelo STJ, no REsp N° 1.286.273 – SP, essencial sintetizar o curso do processo. Nesse tópico, destinado à

esclarecer a posterior leitura que faremos do recurso em pauta, destacaremos os principais pontos para compreendermos o eixo principal do presente trabalho: a crítica ao presente acórdão. Vejamos a ementa do REsp Nº 1.286.273 – SP:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - NEGATIVA DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA PELA SEGURADORA FUNDADA EM SUPOSTA APURAÇÃO DE FRAUDE - PROCEDIMENTO ILÍCITO DOLOSAMENTE ENGENDRADO PARA POSSIBILITAR A RECUSA DO PAGAMENTO DO CAPITAL SEGURADO, VISANDO A CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO, COM O ENVOLVIMENTO DE DOCUMENTOS FALSOS OBTIDOS NO ESTRANGEIRO - TRIBUNAL DE ORIGEM QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO COM BASE NA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICADA ENQUANTO REGRA DE JULGAMENTO NO ÂMBITO RESTRITO DA SEGUNDA INSTÂNCIA. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. Existência de omissões relevantes cujo saneamento, pelo Tribunal a quo, se afigura imprescindível ao correto deslinde da controvérsia.

2. Julgamento empreendido pela Corte local mediante a aplicação da inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, já em sede de apelação.

2.1 A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, motivo pelo qual a decisão judicial que a determina deve ocorrer antes da etapa instrutória, ou quando proferida em momento posterior, garantir a parte a quem foi imposto o ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes.

2.2 Inviabilidade da inversão do ônus probatório em sede de apelação, notadamente quando fundado em premissa equivocada atinente a suposta hipossuficiência da parte autora, visto que o órgão do Ministério Público não é de ser considerado opositor enfraquecido ou impossibilitado de promover, ainda que minimamente, o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, para cassar os acórdãos dos embargos de declaração e apelação relativamente ao recurso manejado pela seguradora e determinar o retorno dos autos à instância precedente para, uma vez afastada a inversão probatória, proceda a Corte local a análise da apelação interposta pela ré como entender por direito. Ficam prejudicadas as demais teses arguidas no reclamo (Superior Tribunal de Justiça. **REsp Nº 1.286.273 – SP**. Acórdão, 2021, p. 1).

A decisão foi originada em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de uma seguradora que, supostamente, teria utilizado documentos falsos para gerar aos seus clientes o crime de fraude contra seguros e, assim, se escusar da responsabilidade de pagar indenizações decorrentes de furto de veículos.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, restando comprovada a conduta ilícita e abusiva da empresa. Já em sede de sentença, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) afirmou que o caso poderia autorizar inversão do ônus da prova com base no CDC.

Por fim, em grau de recurso, por unanimidade, a Quarta Turma determinou o retorno dos autos ao TJSP para nova análise da apelação da seguradora, afastada a inversão probatória com base na própria jurisprudência, a qual confirma esta inversão como regra de instrução e não julgamento.

Nesse sentido, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que a inversão do ônus da prova no julgamento da apelação viola o direito de defesa. Firme nesse entendimento, confirmam que a decisão judicial, a qual determina a inversão do ônus da

prova prevista no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, tem que ocorrer antes da etapa de instrução do processo e, caso proferido em momento posterior, deve garantir à parte a quem foi imposto esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas.

## ABORDAGEM CRÍTICA

No julgamento do recurso especial em questão, uma das teses apontadas para que este não fosse então provido foi:

Por ser regra de instrução e não de julgamento, acaso aplicada a inversão do ônus da elaboração das provas essa deve ser comunicada às partes antes da etapa instrutória, sob pena de absoluto cerceamento de defesa (Superior Tribunal de Justiça. **REsp N° 1.286.273 – SP**. Acórdão, 2021, p. 21).

Todavia, embora seja grande o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução- e não de julgamento- motivo pelo qual deve ser realizado na fase de instrução, para que as partes possam exercer o contraditório, por ser a inversão do ônus de prova um fato excepcional, não pode deixar de ser considerado sobre a ótica dinâmica, a qual inclui outro contexto para o mesmo.

Alicerçado no princípio da isonomia, onde os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades eis que surge nas relações de consumo considerando as situações fáticas do consumidor a necessidade de agregar nova hipótese para ônus da prova como é o caso do acórdão mencionado que retrata a inversão. Forte neste pensamento, e no próprio artigo 373 do Código de Processo Civil, o qual prevê essa hipótese, ao discorrer que:

Art. 373 O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (Brasil, 2015).

Nota-se com isso que o próprio texto literal do artigo não descreve sobre o momento para ocorrer a inversão, descreve apenas a possibilidade da inversão do ônus da prova bem como os encargos do juiz ao exercer a faculdade de distribuir tal ônus de modo diverso da regra geral, a qual estamos tratando.

Dessa forma, como menciona o próprio autor Fredie Didier ao tratar dos princípios norteadores da distribuição da carga dinâmica, quais sejam a isonomia, a cooperação e o contraditório, descreve que:

Segundo, o princípio da igualdade, pelo qual o efetivo acesso à jurisdição ficaria comprometido se as partes não recebessem um tratamento diferenciado para afastar as desigualdades que lhe são inerentes. Tem-se por base a máxima de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade (Didier, 2016, p. 244).

Assim é que com a lacuna retratada no trecho da lei e levando em consideração o princípio descrito há relevância no que diz respeito a verificar o momento oportuno para

que ocorra a inversão considerando as peculiaridades da causa, como: impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário é que pode o juiz realizar a inversão.

Nesse sentido, como estamos neste caso diante de relação de consumo existe essa possibilidade, porém não há expressa previsão do momento para que ocorra, onde parece mais correto que o juiz sempre atentando a este princípio e para que equilibre a relação bem mais no que tange ao aspecto processual conceda a inversão do ônus da prova.

Forte neste pensamento, vale mencionar também o princípio da cooperação. Vejamos o que destaca a doutrina:

Primeiro o princípio da cooperação, pelo o qual as partes têm o dever de colaborar mútua e harmonicamente com o órgão jurisdicional na busca da verdade real, sem se refugiar no seu exclusivo interesse particular. Por esta teoria a atuação probatória é obrigatória a parte que tem melhores condições de cumpri-la. (DIDIER, 2015, p. 244)

Note-se que neste princípio mais vale a colaboração para que o órgão jurisdicional tenha artifícios na tomada de decisão do que o momento em que será mais apropriado chegar a esta, logo, é necessário inverter o ônus da prova sempre que uma parte possa mais facilmente cumprir em detrimento da outra, de tal modo a colaboração surge disto também pois ligada a um dever mútuo entre as partes na busca da verdade e consequente decisão justa e satisfatória ao processo.

Por fim, e não menos importante, temos o princípio do contraditório, o qual é utilizado em todo o processo, em diferentes fases é primordial sendo o próprio exercício de um direito fundamental, na medida em que agrega as partes o conhecimento da demanda e a oportunidade de que possam exercer sua defesa sobre fatos e provas do processo.

Assim, confirma o autor Didier (2015, p. 246) ao mencionar que:

A oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído é decorrência do princípio do contraditório, algo tão caro para o desenvolvimento válido do processo e tratado com suma importância pelo legislador no novo CPC.

Desse modo, parece que é muito mais importante que o juiz ao optar pela inversão confira a parte encarregada do ônus a possibilidade de manifestação do que mais especificamente o momento mais adequado para fazer a inversão, pois se de outro modo fosse indispensável o momento e de alguma forma pudesse acarretar prejuízo as partes estaria expresso no texto de lei o que não é o caso.

Ademais, por todo o exposto, o que parece bem mais importante é avaliar o caso concreto sobre a ótica dos princípios supramencionados e após conceder a inversão do ônus da prova, dar a oportunidade de defesa pela parte- já que o contraditório pode ser exercido até na fase de execução- fazendo com que a isonomia esteja presente, no sentido de equilíbrio da relação, e a cooperação ganhe voz no processo; vez que ao ser exercido o contraditório na inversão, a parte com o encargo poderá agregar outros fatos e provas que até então não estavam incorporados ao processo. A fim de rechaçar esta ideia:



O novo Código de Processo Civil, por sua vez, alarga as hipóteses nas quais o ônus da prova pode ser imputado à parte diversa da que alega o fato, desde que a realidade da demanda se enquadre nos requisitos previstos no dispositivo legal e sempre respeitando a devida fundamentação e o contraditório. (Didier, 2016, p. 248)

Posto isto, note-se que em nenhum momento o autor menciona sobre a ocasião em que ocorrerá a inversão da prova e sim a importância da hipótese, de acordo com a lei, e que a faculdade desse exercício seja fundamentada e a parte possa se manifestar sobre o assunto.

No mais, essencial destacar que o caso abarca uma relação de consumo: a relação entre a seguradora, prestadora de serviço, e seus clientes, os consumidores. Esse ponto é interessante pois, já que se trata de uma relação de consumo, podemos presumir a hipossuficiência do consumidor frente ao polo passivo. É cediço na doutrina consumerista que, em uma relação de consumo, a parte consumidora seria a “mais fraca” e, para que possamos efetivar os princípios mencionado devemos conferir certas regalias ao consumidor.

Em outras palavras, para que tenhamos atingido os princípios da equidade e do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, precisamos conferir certas “regalias” para que ambas as partes dessa relação estejam, de fato, em pé de igualdade e possam discutir seus direitos de forma efetiva, garantindo o exercício deles. Sendo assim, nasce a inversão do ônus da prova, no bojo do art. 6º, VIII do CDC, para conferir essa oportunidade em algumas situações que clamam por uma exceção à regra prevista no CPC.

Como já mencionado, em outra oportunidade ao longo do presente trabalho, a hipossuficiência é um dos pré-requisitos previstos no artigo que trata sobre a inversão do ônus da prova. Em que pese o entendimento elucidado pelo STJ, no bojo do REsp Nº 1.286.273 – SP, o Ministério Público, no caso em questão, pode sim ocupar a cadeira de hipossuficiente. Isso ocorre na medida em que devemos analisar o caso concreto, visto que o órgão está defendendo direito alheio, pertencente aos consumidores no bojo de uma ação consumerista, vez que discute a própria relação.

Nesse sentido, não comungamos com o entendimento proferido no acórdão, o qual fica explícito no seguinte trecho:

Certamente, a inversão do ônus da prova como regra de procedimento ocorrerá quando forem verificados os requisitos cumulativos da verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência, os quais como visto, não estão presentes na hipótese por faltar ao órgão do Parquet a característica da inferioridade/fraqueza frente à parte adversa. (Superior Tribunal de Justiça. **REsp Nº 1.286.273 – SP**. Acórdão, 2021, p. 19)

Ademais, um quesito que também deve ser observado é que o próprio artigo do CDC que trata sobre a inversão do ônus da prova não faz nenhuma espécie de limitação temporal. Compreendemos que não cumpre fazer uma interpretação restritiva do mesmo, já que o intuito dele é garantir a efetividade dos princípios e do exercício dos direitos conferidos no ordenamento jurídico.

Portanto, reforçamos no sentido de que prova é mostrar o ambiente do fato para o juiz o ambiente do fato e pedir, bem como muitas são as possibilidades de prova e que elas carregam um aporte filosófico. Desse modo, interpretando de tal forma, podemos vislumbrar que a restrição de momento a se inverter o ônus não merece prosperar, já que

não há aporte legal e a interpretação restritiva não se coaduna com o ordenamento jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema explorado abarca o REsp Nº 1.286.273 – SP. Trata-se de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de uma seguradora. Alega o polo ativo que a seguradora seria responsável por forjar situações por meio da utilização de documentos falsos para poder se escusar da responsabilidade de pagar indenizações decorrentes do furto de veículos.

O caso chegou ao Superior de Tribunal de Justiça, gerando o REsp Nº 1.286.273 – SP. Fato que o caso abarca o tema da inversão do ônus da prova. O trabalho em pauta não comunga com o entendimento proferido pelo STJ no caso em questão. A pesquisa concluiu da seguinte maneira: em virtude de se tratar de relação de consumo, a hipossuficiência da parte resta comprovada, ainda que o MPSP seja quem ingressou com a ação; que não há limitação temporal na lei para o instituto da inversão do ônus da prova; os princípios dispostos no CPC e na CF/88, a partir das duas premissas elencadas, se amoldam a conferir a inversão no caso em pauta.

Para tanto, o trabalho foi construído em tópicos, a fim de que colaborasse com a explicação dos institutos e com a elucidação dos fatos do acórdão. Inicialmente, tecemos breves explicações acerca dos princípios que pairam os fatos e o âmbito das provas. Em um momento posterior, abarcamos o instituto das provas em si e da inversão do ônus da prova. Ao final, sintetizamos o acórdão e, então, tecemos a crítica ao mesmo, destacando o conteúdo que trouxemos para o trabalho, quais sejam os princípios, as provas e a inversão do ônus da prova.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: Ed. Jus Podivm, v. 2, 2016.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. 1, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, v. único, 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial Nº 1.286.273 - SP (2011/0236096-1)**. Acórdão

de 08 de junho de 2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2065120&num\\_registro=201102360961&data=20210622&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2065120&num_registro=201102360961&data=20210622&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 16/01/2023.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

---

## Organizador

## **Pedro Fauth Manhães Miranda**

Doutor em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), e em Ciência Política, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor do curso de Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisador junto ao Núcleo de Pesquisa em Estado, Políticas Públicas e Práticas Sociais (UEPG). Advogado inscrito na OAB/PR.

# Índice Remissivo

## A

administração pública 8, 40, 42, 43, 45, 47, 53, 138,  
142, 144, 146, 147, 148, 149, 152  
análise prévia 154, 255, 257, 258, 259, 262  
audiência pública 32  
autoridades públicas 31, 32

## C

carta magna 15  
condenação judicial 13  
crime 118, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149,  
150, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164,  
165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 177, 178,  
179, 180, 181, 182, 183, 184, 195, 196, 199, 200,  
203, 206, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 219,  
220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230,  
231, 232, 233, 238, 240  
crime cibernético 78  
crimes 8, 10, 22, 25, 26, 83, 109, 112, 113, 114, 115, 125,  
126  
crimes funcionais 138, 144  
crimes julgados 230, 239  
criminalização 21, 112, 114, 115, 119, 123, 124, 126,  
127, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 202, 204, 206  
criminologistas 201

## D

desenvolvimento 113, 114, 130, 131, 132, 133, 135,  
139, 157, 210, 224, 244, 248, 255, 256, 259, 263  
desigualdades 206, 272, 277, 279, 284, 285  
desvio de finalidade 176, 185, 186, 188, 189  
direito 8, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 30,  
37, 55, 59, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74,  
75, 76  
direito constitucional 27, 30  
direito dos animais 95, 97  
direitos da natureza 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135,  
136  
direitos humanos 112, 113, 115, 116, 125, 126, 133, 134,  
199, 208, 209, 210, 211, 215, 220, 223, 224, 225,  
226, 227, 268, 270, 275, 277, 281, 282, 284, 287, 288

---

discricionariedade judicial 64, 66, 69, 70, 71, 73  
discriminação 89, 112, 114, 115, 116, 118, 119, 123,  
125, 126  
diversidade 131, 133, 134, 135, 136

## E

ensaio jurídico 242, 243  
epistemologia jurídica 64, 67  
estigma social 200  
etiquetamento social 200, 201, 202, 206  
execução penal 208, 215, 216, 218, 219  
extinção da punibilidade 176, 178, 179, 181, 190

## F

filosofia da linguagem 7, 64, 66, 71, 75

## H

hidrelétricas 6, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38  
homicídios 113  
homofobia 7, 112, 114, 115, 116, 119, 123, 125, 126,  
127  
homofóbica 118

## I

imunidade parlamentar 6, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22,  
23, 24, 25, 26  
imunidades 13, 20, 21  
inconstitucional 121, 122, 176, 177, 188  
inconstitucionalidade 140, 176, 189  
instrumento 141, 152, 153, 189, 195, 202, 214, 216, 221,  
222, 242, 243, 247, 251  
interferência do judiciário 176

## J

judiciário 119, 121, 141, 167, 173, 176, 186, 188, 191, 234, 239, 277, 284, 285, 286, 287

jurídicas 13

jurisprudência 129, 130, 134, 135, 139, 141, 142, 147, 148, 176, 187, 188, 189, 190, 195, 210, 245, 247, 262, 293, 296, 302

justiça e a sociedade 200

justiça penal 194, 195, 196, 198, 199

justiça social 194, 199

## L

legislação 114, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 130, 131, 132, 133, 140, 146, 158, 159, 169, 171, 172, 176, 177, 178, 187, 194, 195

legislação brasileira 40

legisladores 118, 120

liberdade 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26, 27, 124, 125, 126, 127, 157, 158, 159, 161, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 180, 182, 184, 185, 188, 190, 198, 199, 208, 210, 212, 213, 216, 217, 218

licitação 40, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59

licitações públicas 40, 43, 44, 46, 48, 56

## M

máfias criminosas 223

meio ambiente 17, 30, 33, 34, 35, 36, 37

## N

normativas 189, 222, 252, 253, 277, 279, 281, 284, 286

# O

ordenamento jurídico brasileiro 7, 91, 95, 96, 143, 280, 281, 296, 297

# P

participação societária 256  
patrimônio público 33, 37  
pena restritiva 151, 208, 210, 217  
pessoa não humana 95  
pobreza 133, 194, 195, 196, 197, 199  
políticas criminais 194  
políticas públicas 132, 133, 197, 212, 222, 223, 224, 226, 266, 269, 274  
população carcerária 198, 210, 211, 214, 230, 235, 236, 237  
positivismo jurídico 15, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 74, 75, 77  
prerrogativa 121, 166, 176, 183, 184  
presidiários 208, 209, 218  
princípio da insignificância 138, 139, 141, 142, 143, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154  
privacidade de dados 78, 80  
processo 119, 120, 121, 122, 124, 132, 143, 147, 152, 153, 164, 165, 169, 178, 179, 180, 183, 185, 186, 196, 197, 202, 203, 204, 208, 209, 210, 212, 213, 224, 227, 231, 233, 236, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 262, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 296, 298, 299, 300, 301, 303, 304, 307  
proteção legislativa 7, 95, 96  
prova 150, 283, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307

# R

reabilitação 208, 210, 213, 214, 217, 218  
regime democrático 18, 25  
regularidade fiscal 6, 40, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63  
restrições parlamentares 13  
revolução jurídica 128



---

# S

segurança jurídica 6, 31, 36, 40, 45  
segurança pública 112, 114  
seletividade penal 200, 201  
sentença 168, 179, 181, 182, 185, 204, 206, 212, 215,  
230, 233  
sentenças julgadas 230  
serviços públicos 14  
sistema 5  
sistema carcerário brasileiro 208, 209, 211  
sistema de justiça 157, 194, 195, 196, 198, 199, 206,  
210, 213, 277, 285, 287  
sistema de justiça penal 194, 195, 196, 199  
sistema penal 139, 143, 195, 196, 198, 199, 200, 201,  
202, 203, 206  
sistema penitenciário 209, 215, 216, 217, 218, 230  
sistema prisional 208, 209, 210, 211, 212, 215, 216,  
217, 219

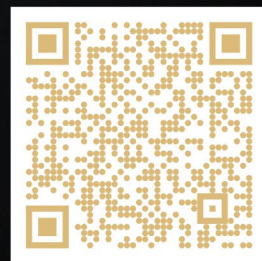
# T

teoria jurídica 64  
tráfico de drogas 194, 195, 199, 200, 201, 202, 205

# V

violência 12, 24, 25, 92, 112, 113, 114, 115, 116, 118,  
123, 126  
visão antropocêntrica 128, 130, 136  
visão ecocêntrica 128, 129  
vulnerabilidade 170, 173, 221, 222, 223, 266, 267, 269,  
270, 272, 274





**AYA EDITORA**

**2024**