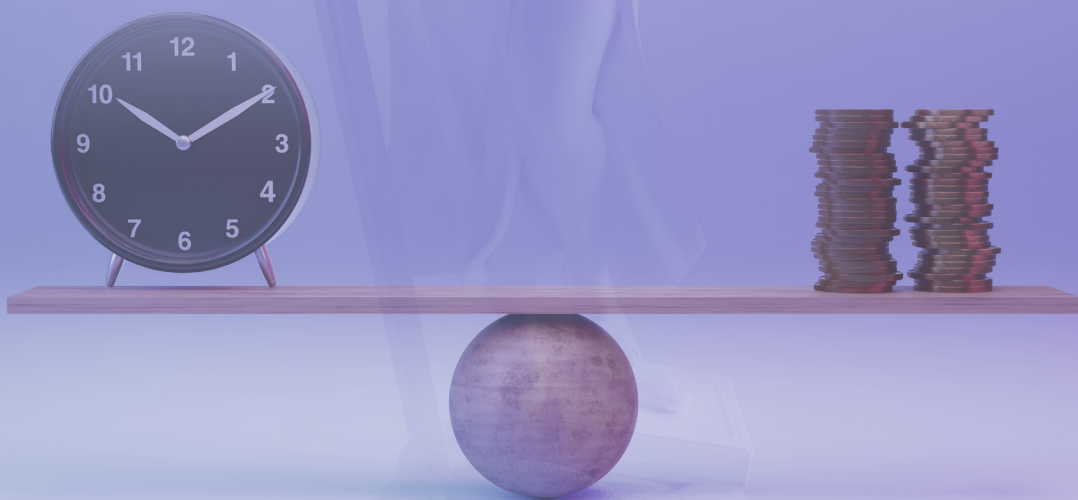


ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS  
(ORGANIZADOR)

# DIREITO:

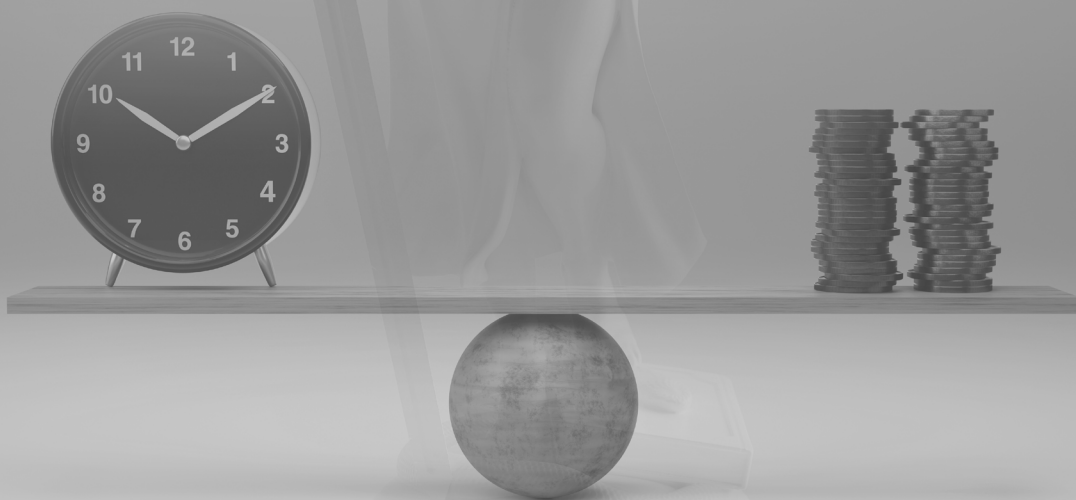
## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 3



ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS  
(ORGANIZADOR)

# DIREITO:

## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 3



**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-Não-Derivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina  
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
 Prof. Dr. Jodeyson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campina  
 sProf<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
 aProf<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste  
 Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
 Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
 Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia / Universidade de Coimbra  
 Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
 Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Flávia Roberta Barão  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

<b>Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)</b>	
D598	Direito: pesquisas fundadas em abordagens críticas 3 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. - Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.  Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-0962-5 DOI: <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.625231601">https://doi.org/10.22533/at.ed.625231601</a>  1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.  CDD 340
<b>Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166</b>	

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Em **DIREITO: PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 3**, coletânea de vinte e quatro capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, três grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito constitucional, direito do trabalho e administração pública; estudos em direito penal, direito processual penal e segurança pública; além de estudos em direito, história, literatura e educação.

Estudos em direito constitucional, direito do trabalho e administração pública traz análises sobre imunidades parlamentares, liberdade de expressão, redes sociais, discurso de ódio, proteção de dados, processo do trabalho, uberização, administração pública, leis das estatais, compliance e sociedades de economia mista.

Em estudos em direito penal, direito processual penal e segurança pública são verificadas contribuições que versam sobre garantismo constitucional, inquisitorialidade, realidade carcerária, superencarceramento, drogas, pessoas egressas do sistema prisional, racionalidade penal moderna, proporcionalidade e provas ilícitas, audiência de custódia, falsificação das lembranças, leis penais e comunidades indígenas e operações complexas.







O terceiro momento, estudos em direito, história, literatura e educação, traz conteúdos de direito militar, Lei n. 11.645/2008, cinema, literatura e ensino jurídico, plágio e ambiente digital.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.


Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos



<b>CAPÍTULO 1 .....</b>	<b>1</b>
O STF E O LIMITE DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES: UMA ANÁLISE DOS CASOS DELCÍDIO DE AMARAL E DANIEL SILVEIRA	
Victorya Carolynne Oliveira Alves	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316011">https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316011</a>	
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>16</b>
LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DO HABEAS CORPUS 82.424 RS	
Lazaro Matos Lemos da Silva Junior	
Jackson Novais Santos	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316012">https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316012</a>	
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>30</b>
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS: LIMITES EXTRAPOLADOS	
Werberson de Souza Colares	
Davi Gentil de Oliveira	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316013">https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316013</a>	
<b>CAPÍTULO 4 .....</b>	<b>40</b>
NOTAS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO	
Francisco Meton Marques de Lima	
Francisco André dos Santos Rodrigues	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316014">https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316014</a>	
<b>CAPÍTULO 5 .....</b>	<b>61</b>
O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA	
Adriel Luís da Silva	
Quezia Fideles Ferreira	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316015">https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316015</a>	
<b>CAPÍTULO 6 .....</b>	<b>70</b>
PROCEDIMENTOS, PROCESSOS E DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – DO DOGMATISMO À EPISTEMOLOGIA – OS PRIMEIROS PASSOS...	
José Wilson de Assis	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316016">https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316016</a>	
<b>CAPÍTULO 7 .....</b>	<b>86</b>
LEI DAS ESTATAIS E SUAS INOVAÇÕES: O COMPLIANCE NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	
Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza	

Sandra Filomena Wagner Kiefer  
 Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316017>

**CAPÍTULO 8 .....99**


O GARANTISMO CONSTITUCIONAL E OS FRAGMENTOS DA INQUISITORIEDADE NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Franciney Colares de Oliveira

Idalécio Silva de Lima

Marcos Andrades Melgueiro

Davi Gentil de Oliviera

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316018>

**CAPÍTULO 9 .....112**

OS PRINCÍPIOS PENAIIS FUNDAMENTAIS EM CONTRASTE COM A REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA

Luíza Leite Vieira


Marcelo Alves P. Eufrásio

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316019>

**CAPÍTULO 10..... 126**

O SUPERENCARCERAMENTO À LUZ DA PERSPECTIVA DA POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS: UM RECORTE PUNITIVISTA E SELETIVISTA ACERCA DA PROBLEMÁTICA CONTEMPORÂNEA

Natan Nogueira Lopes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160110>


**CAPÍTULO 11 ..... 139**

REDE DE ATENÇÃO ÀS PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL: MECANISMO DE GARANTIA DE DIREITOS E CONTROLE SOCIAL

Mariana Leiras

Edite Rosa de Mesquita


Lobelia da Silva Faceira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160111>

**CAPÍTULO 12..... 157**

TEORIA DA PENA, RACIONALIDADE PENAL MODERNA E A REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Leticia Pacher

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160112>

**CAPÍTULO 13..... 174**


PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROVAS ILÍCITAS A LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Ezequiel Rodrigues de Figueiredo

Wandrews Roger Nascimento de Abreu

Adriano José Frizzo

Davi Gentil de Oliveira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160113>

**CAPÍTULO 14..... 186**

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ESTUDO EMPÍRICO ACERCA DO TEMPO NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DA CUSTÓDIA NA COMARCA DE FORTALEZA/CE


Nestor Eduardo Araruna Santiago

Italo Farias Braga

Jéssica Ramos Saboya

Jessyka Mendes Dias Simões

Amanda Furtado Mendes


 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160114>

**CAPÍTULO 15.....191**

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL: OS REFLEXOS DA FALSIFICAÇÃO DAS LEMBRANÇAS

Daiana Cristina Pereira


Lisandro Luís Wottrich

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160115>

**CAPÍTULO 16.....211**

A APLICAÇÃO DAS LEIS PENAIS NAS COMUNIDADES INDIGENAS

Brenda Angelica Nobre da Silva

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160116>

**CAPÍTULO 17..... 221**

OPERAÇÕES COMPLEXAS DOS COMITÊS DE CRISE INSTRUMENTALIZADAS A PARTIR DO DECRETO N. 10.277/2020

Orleilso Ximenes Muniz

Helyanthus Frank da Silva Borges

Alexandre Gama de Freitas

Alexandre Costa Martins

Suiane de Souza Mota

José Ricardo Cristie Carmo da Rocha

Noeme Henriques Freitas

Raquel de Souza Praia

Eduardo Araújo dos Santos Neto

Rita Márcia Gomes da Silva Pessoa


Midian Barbosa Azevedo







Fabrcia da Silva Cunha

Warllison Gomes de Sousa

Euler Esteves Ribeiro

Ciro Felix Oneti

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160117>

<b>CAPÍTULO 18.....</b>	<b>230</b>
O DIREITO MILITAR E A CONQUISTA DE CÓRDOBA POR FERNANDO III (1236)	
Lucas Vieira dos Santos Jaime Estevão dos Reis	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160118">https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160118</a>	
<b>CAPÍTULO 19.....</b>	<b>244</b>
TAMBOR TUPINIKIM E A INDÚSTRIA DE PAPEL E CELULOSE: ABORDAGEM DA LEI 11.645/2008 NO IFES ARACRUZ	
Thiago Zanotti Pancieri Giovane do Nascimento	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160119">https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160119</a>	
<b>CAPÍTULO 20 .....</b>	<b>253</b>
CINEMA - A SÉTIMA ARTE NO ENSINO DO DIREITO	
Marco Antônio César Villatore Maria Raquel Duarte Michelle de Medeiros Fidélis	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160120">https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160120</a>	
<b>CAPÍTULO 21.....</b>	<b>265</b>
DIREITO, LITERATURA E UMA (RE)CONSTRUÇÃO DE UM ENSINO JURÍDICO	
Maurício Dal Pozzo Schneider Michelle de Medeiros Fidélis Joana Stelzer	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160121">https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160121</a>	
<b>CAPÍTULO 22 .....</b>	<b>280</b>
PLANEJAMENTO DE ENSINO COM OS PROFESSORES DO CURSO DE DIREITO COM A UTILIZAÇÃO DO FISH BOWL	
Elenir Cardoso Figueiredo Igo Yossi Lima Fonseca	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160122">https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160122</a>	
<b>CAPÍTULO 23 .....</b>	<b>283</b>
PLÁGIO DE ARTIGO CIENTÍFICO EM AMBIENTE DIGITAL	
Ilton Pinto Seixas Lorena Contis Rodrigues Debora Moraes Gomes	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160123">https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160123</a>	
<b>CAPÍTULO 24 .....</b>	<b>298</b>
A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA DIFUSÃO VOLUNTÁRIA DE DADOS PESSOAIS NÃO CONSENTIDA PELO TITULAR	
Catiane Medianeira Milani	

Otávio Augusto Milani Nunes  
João Pedro Seefeldt Pessoa  
Tainara Mariana Mallmann  
Otávio Martins Finger  
Luiz Henrique Silveira dos Santos  
Alessandra Staggemeier Londero  
Nathalia Zampieri Antunes  
Danilo Martinez Brandão

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.62523160124>

**SOBRE O ORGANIZADOR.....309**

**ÍNDICE REMISSIVO..... 310**

## O STF E O LIMITE DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES: UMA ANÁLISE DOS CASOS DELCÍDIO DE AMARAL E DANIEL SILVEIRA

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Victorya Carolynne Oliveira Alves**

Graduanda em Bacharel em Direito,  
Centro Universitário Adventista de São  
Paulo campus Engenheiro Coelho,  
Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

**RESUMO:** A imunidade parlamentar trás várias discussões dentro do mundo jurídico ao qual se obstina a construir uma sociedade em pleno desenvolvimento para viabilizar a paz social, apresentando uma proposta para contribuir com o desenvolvimento na sociedade que seja capaz de refletir os traços sociais através dos poderes regentes da federação. O presente artigo objetiva analisar julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) que estão relacionados com as imunidades parlamentares, para entender seu posicionamento perante as imunidades e apontar a contrariedade dessa atuação em relação a proteção constitucional das imunidades. Desse modo a presente pesquisa examina o contexto histórico das imunidades, avalia o instituto e esclarece o motivo pelo qual são prerrogativas e não privilégios, e esmiúça a imunidade com seus limites legais e jurisprudenciais e sua relativização pela

Corte do STF. Para tanto se analisou os limites jurisprudenciais estabelecidos pelo STF, tendo em perspectiva as balizas legais, partindo do estudo técnico dos casos Daniel Silveira e Delcídio de Amaral. Constatou-se que em determinados atos o STF, apesar de polêmico, agiu conforme sua competência e prerrogativa e em alguns pontos se excede e prejudica a garantia constitucional dos parlamentares.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imunidade Parlamentar; Jurisprudência; Estudo de casos; Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** Parliamentary immunity brings several discussions within the legal world to which it is obstinate to build a society in full development to make social peace viable, presenting a proposal to contribute to the development in society that is able to reflect the social traits through the governing powers of the federation. This article aims to analyze judgments of the Federal Supreme Court (STF) that are related to parliamentary immunities, to understand its position on immunities and to point out the contrariety of this action in relation to the constitutional protection of immunities. In this way, the present research examines the historical context of immunities, evaluates the institute

and clarifies the reason why they are prerogatives and not privileges, and scrutinizes immunity with its legal and jurisprudential limits and its relativization by the STF Court. In order to do so, the jurisprudential limits established by the STF were analyzed, having in perspective the legal beacons, starting from the technical study of the Daniel Silveira and Delcídio de Amaral cases. It was found that in certain acts the STF, despite being controversial, acted according to its competence and prerogative and in some points it exceeds and undermines the constitutional guarantee of parliamentarians.

**KEYWORDS:** Parliamentary Immunity; Jurisprudence; Case Study; Federal Court of Justice.

## 1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho não tem como finalidade tratar politicamente dos casos analisados e nem presumir que a postura do Supremo é inescusável, pelo contrário, busca-se analisar tecnicamente os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal em relação as imunidades parlamentares tomando como plano de fundo os casos do ex-senador Delcídio de Amaral e deputado Daniel Silveira. A atuação do STF em ambos os casos foi nova e sem precedentes, causando vários pontos de debate jurídico e divergência doutrinária.

Primeiramente, o trabalho pretende analisar o contexto histórico das imunidades e a razão pelo qual elas foram criadas, para dessa maneira se entender o motivo pelo qual a Constituição de 1988 trouxe este instituto. Com isso em mente observa-se o quão importante são as imunidades parlamentares para a harmonia entre os poderes e conseqüentemente para a proteção do estado de direito.

Avançando, é explorado o conceito das imunidades, tanto material quanto formal, demonstrando seus limites legais e jurisprudenciais, analisando casos concretos para melhor percepção dos institutos e sua diferenciação, além de apontar para algumas situações peculiares de relativização das imunidades feitas pela Corte. Ademais, se analisa os limites jurisprudenciais estabelecidos pelo Supremo, tendo em perspectiva as balizas legais, partindo do estudo técnico dos casos Daniel Silveira e Delcídio de Amaral para discutir acerca de questões em que o STF pode ter se excedido nas decisões e em que situações, apesar de controvérsias, o supremo agiu conforme sua competência e prerrogativa.

## 2 | IMUNIDADES E O ESTADO DE DIREITO

Primeiramente é feita uma análise do contexto histórico das imunidades parlamentares, para se identificar a razão pela qual a Constituição de 1988 trouxe esse instituto. Em seguida trata-se de como as imunidades são importantes para garantir a harmonia entre os poderes e para a proteção do estado de direito. Por fim indica-se a premissa que fundamenta o motivo desse instituto ser uma prerrogativa e não um privilégio.

Para compreender esse instituto, é necessário conhecer sua origem, que se inicia na Inglaterra com um caráter protetivo da autonomia do parlamentar. Sua função era garantir

o direito de fala contra os arbítrios da monarquia, para que seus discursos não tivessem interferência da coroa e nem por conta deles fosse julgado em nenhum tribunal (CEIA, 2017, p.19). Piovesan e Gonçalves (2003, p.190-206) apontam a França como o berço do surgimento das imunidades, pois foi na pós-revolução francesa, por meio da primeira assembleia nacional francesa, que se instituiu que cada deputado era inviolável.

A constituição francesa reforçou a separação de poderes com o parlamento em destaque, portanto em seus artigos 7º e 8º trouxeram a proteção dos parlamentares de serem processados, acusados ou julgados pelo que tiverem falado no exercício da função, nem poderiam ser presos, salvo por situações específicas com procedimento diferenciado do comum, bem parecido com as imunidades estabelecidas na constituição brasileira de 1988 (KURANAKA, 2002, p.95).

Ao decorrer dos anos esse instituto foi se adequando as realidades sociais de cada país e de cada momento histórico, mas sempre mantendo um caráter protetivo contra arbitrariedades dos outros poderes, essa prerrogativa se mostrou tão importante e indispensável para garantir um bom funcionamento dos regimes políticos que até mesmo países ditatoriais preveem imunidades em suas constituições (RIBEIRO,2016, p.12).

Um exemplo disso é ela estar estabelecida na constituição chinesa, que é vista como um governo arbitrário e que controla a liberdade de expressão e ainda assim em seu artigo 74 traz a disposição de uma espécie de imunidade formal, pois afirma que nenhum deputado poderá ser preso sem consentimento do Congresso Nacional Popular ou de sua Comissão permanente (CHINA, 1982).

A constituição brasileira de 1988 não foi diferente e adotou esse instituto como uma garantia constitucional do parlamentar o dividindo em formal e material que será esmiuçado em tópico próprio e tinha como finalidade trazer condições e prerrogativas para que os parlamentares possam realizar suas atividades típicas com autonomia e liberdade (BRASIL, 1988).

Como aponta Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2015,p.1038), a atual Constituição brasileira visava assegurar a autonomia dos representantes do povo para que dessa maneira possa certificar a proteção do parlamento e sua própria existência.

Vale ressaltar que as garantias constitucionais uma vez determinadas e consagradas fazem parte do patrimônio jurídico dos indivíduos e compõem a ordem jurídica que deve ser harmônica e organizada e sua delimitação arbitrária ou mudança de interpretação com intuito de favorecer ou desfavorecer algum dos poderes ou alguma das instituições democráticas gera instabilidade jurídica que como afirma Ribeiro (2016, p.12) “é a raiz de todas as instabilidades jurídicas que ameaçam a segurança, moral, política e econômica”.

O parlamentar é elemento essencial da democracia que é um regime político baseado no governo que o povo que exerce soberania e o povo faz isso por meio de eleição dos seus dirigentes e o principal papel do parlamentar é a representação do povo, nota-se portanto a necessidade que o congressista tem de ter essa prerrogativa (SANTOS,2009,



p.47).

Ademais, o princípio da separação de poderes representa um pressuposto do estado democrático de direito e a imunidade é um meio que visa efetivar esse princípio criando um mecanismo que garante independência e harmonia dos poderes, pois garante ao poder Legislativo desenvolvimento de suas funções sem submissão aos outros poderes, visando o pleno exercício das instâncias de representação do povo (MELLO, 2016, p.130).

Como aponta o Ministro Cezar Peluso (2003, p.99), em seu voto no julgamento do inquérito 1958/AC é exatamente na atividade parlamentar que essa prerrogativa é relevante, pois sem isso existiria uma limitação tamanha no exercício do congressista que seria “um desserviço à democracia”, pois o parlamentar deve ter a permissão para sem medo ou restrição possa exercer uma das suas principais funções “fazer crítica política”.

Ao partir da premissa que essa prerrogativa é do povo, para garantir a soberania da vontade do povo pode-se observar de maneira mais clara que essa proteção dos atos, palavras, discursos, opiniões e votos visa promover a subsistência da própria democracia e o estado de direito, então garantir o uso desse instituto é observar e cuidar da própria democracia (SOARES; COSTA, 2014, p.68).

Portanto, a imunidade é do cargo e não do parlamentar, é da condição de membro do poder legislativo que precisa ser preservado, para que as atribuições possam ser cumpridas por isso que em situações onde um parlamentar vire ministro de estado por exemplo ele perde essa prerrogativa e seu suplente terá as imunidades (BATISTA; NAPOLI, 2021, p.256).

Como já dito anteriormente as imunidades tem a finalidade de assegurar o livre desempenho da atividade legislativa e por isso não são privilégios, pois não trazem qualquer privilégio de ordem pessoal, pelo contrário esse instituto é um direito do cidadão, para que seu representante possa cumprir com independência o que se comprometeu a fazer e para tanto deve ser limitado, assim como consolida a ministra Cármen Lúcia em seu voto no Habeas Corpus no 89.417:

A regra limitadora do processamento de parlamentar e a proibitiva de sua prisão são garantias do cidadão, do eleitor para a autonomia do órgão legiferante (no caso) e da liberdade do eleito para representar, conforme prometera, e cumprir os compromissos assumidos no pleito. Não configuram aqueles institutos direito personalíssimo do parlamentar, mas prerrogativa que lhe advém da condição de membro do poder que precisa ser preservado para que preservado seja também o órgão parlamentar em sua autonomia, a fim de que ali se cumpram as atribuições que lhe foram constitucionalmente cometidas (BRASIL, 2006, p. 899 – 900).

O Brasil por ser uma democracia no sentido amplo se caracteriza por governo do povo, portanto as garantias constitucionais devem ser usadas com respeito as regras legais, ou seja, não podem ser utilizadas em excesso principalmente as imunidades, pois se empregadas abusivamente seriam um privilégio pessoal (SANTOS, 2009, p.10).

Com o voto o eleitor escolhe seu representante para que em sua atuação parlamentar possa exprimir a vontade dele, possa representa-lo de maneira ampla em seus votos e discursos, o intuito do eleitor é permitir que alguém que divide as mesmas ideologias e senso moral que ele possa atuar de forma que materialize os anseios do eleitor (SANTOS, 2009, p. 48)

Vale ressaltar que o eleitor nem sempre faz as melhores escolhas e não é sobre isso a democracia, mas o eleitor ter participação nos poderes, principalmente no processo de criação de leis, proporcionando esse processo um espaço amplo de diversas ideologias respeitadas e de igual valor, para garantir o estado democrático de direito (AZAMBUJA, 2008, p. 265).

Visto que o legislativo é essencial para a democracia e a estrutura de representação para que possam formar a vontade da maioria é primordial a garantia da autonomia desse poder, para que desenvolvam seus papéis de maneira mais fidedigna aos interesses de seus representados (AZAMBUJA, 2008, p.245).

O Impasse está no mau uso dessa prerrogativa por parte dos parlamentares que em determinados momentos a usam com finalidade diversa da qual foram instituídas, causando na sociedade uma sensação de impunidade e conseqüentemente visto como um privilégio pessoal (SANTOS, 2009, p. 49).

Por conta disso as imunidades encontram limites constitucionais e jurisprudenciais, para garantir que essa prerrogativa seja aplicada da maneira correta e garantir a autonomia do legislativo independente das pressões do momento, para que dessa forma garanta a liberdade de expressão e pensamento do parlamentar e decorrente disso o estado democrático de direito (BULOS, 2015, p. 1103).

### **3 I IMUNIDADE MATERIAL E FORMAL**

A palavra imunidade vem do latim *immunitas* que significa isenção ou dispensa, usa-se para descrever uma prerrogativa dada a um indivíduo, para que ele se isente de fazer ou cumprir obrigação determinada a todos, logo, ela atribui a esse indivíduo uma espécie de proteção especial em relação as outras pessoas (SILVA, 1990, p.436).

As imunidades na Constituição Federal de 1988 são divididas em formal e material, com limites instituídos constitucionalmente e na jurisprudência, portanto esse capítulo tratará de forma minuciosa cada espécie das imunidades com seu conceito e limitação para facilitar a compreensão e importância dessa prerrogativa para o ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 Imunidade Material**

Trata-se da imunidade que tem por finalidade garantir a opinião do parlamentar e está previsto no art.53 caput da Constituição Federal que reconhece a inviolabilidade dos deputados e senadores em relação a seus votos, discursos e opiniões. Vale ressaltar que

serão invioláveis tanto civilmente quanto penalmente (BRASIL,1988).

A jurisprudência e doutrina limitaram essa prerrogativa pela própria finalidade da imunidade material, pois como se trata de uma prerrogativa do povo para garantir a liberdade nada mais lógico que essa opinião ou discurso tenha sido praticado em conexão com exercício do mandato (MENDES; BRANCO, 2020, p.1039).

O posicionamento majoritário da jurisprudência ainda aponta que é absoluta a imunidade material do que é proferido dentro das casas legislativas, mas o que é falado fora das casas legislativas deve ser avaliado se foi em virtude do mandato ou tem conexão com sua função para que haja a proteção da imunidade material (BULOS,2014, p.1107-1108).

Com a mudança do art.53 em 2001 e a introdução de “quaisquer opiniões, palavras ou votos”, houve o entendimento minoritário de que a imunidade material é absoluta não precisando ter vínculo com o exercício do cargo, mas esse entendimento parece ir contra a finalidade inicial para qual as imunidades foram instituídas e dão a sensação de serem benefícios pessoais.

Em relação a ofensas proferidas pelos congressistas o STF tem se posicionado de forma que em relação as ofensas proferidas dentro das casas não há que se falar em conexão com o cargo, pois estas estão protegidas pela imunidade material cabendo a cada casa resolver os eventuais excessos, já ofensas proferidas fora das casas tem que ser avaliados o vínculo com o mandato (BRASIL, 2003).

Marcelo Novelino (2014,p.799), apesar de ter entendimento bem parecido com a doutrina majoritária, seu pensamento se difere no ponto das ofensas proferidas em sessão. Enquanto a maioria defende a tese de ter que haver conexão com o cargo, Novelino entende que independente de ter conexão com a atividade parlamentar o pronunciamento estará protegido pela imunidade, fazendo ressalva é claro aos excessos, ele ainda defende que a imunidade material se estende até a pronunciamentos feitos de maneira eletrônica por meio das redes sociais, nesse caso terá que ter vínculo com a atividade parlamentar.

O STF admite a extensão da proteção para qualquer meio de comunicação, incluindo as redes sociais e para verificar se será protegido basta usar como base as atribuições dos cargos dos congressistas, o direito de se pronunciar em redes sociais e postagens em meios de comunicação de grande alcance deve ser protegido, pois isso faz parte da função parlamentar e a proteção se estende a qualquer âmbito da atuação (CEIA, 2017, p.22).

Exemplo dessa extensão seriam os depoimentos prestados por parlamentares em CPI, estão protegidas suas falas visto que tem estrito vínculo com o exercício do cargo, portanto a narração dos fatos e suas falas mesmo que contenham ofensas morais se estiver conexão com o mandato ou visa esclarecer fatos estarão protegidas (MORAES,2005, p.1060-1061).

Um caso peculiar que trata dos limites das imunidades materiais aconteceu com a deputada Maria do Rosário e o na época deputado Jair Bolsonaro que em 2014 proferiu as

seguintes palavras na tribuna da câmara “Fica aí, Maria do Rosário, fica. Há poucos dias, você me chamou de esturpador, no salão verde, e eu falei que não ia esturpar você porque você não merece” (BARBOSA,2017,online) , como já visto anteriormente os parlamentares tem imunidade absoluta em relação a palavras proferidas em plenário, logo, o então deputado estaria protegido pela imunidade material nesta ocasião (LINS, 2018, p.53).

Posteriormente o deputado em explicação a sua fala em entrevista ao jornal zero hora disse “Ela não merece porque é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a esturparia. Eu não sou esturpador, mas, se fosse, não iria esturpar, porque não merece” (BARBOSA,2017,online), além disso ele compartilhou essa entrevista em suas redes sociais, nesse caso a aplicação da imunidade muda e deve portanto ser verificado se o ato estaria vinculado a sua atividade congressista.

Para analisar esse ato de Jair Bolsonaro vale lembrar que como já dito anteriormente a doutrina majoritária e a jurisprudência já tinham um posicionamento quanto a falas dessa natureza feitos pelos congressistas:

Embora a Constituição não se tenha referido à cláusula “no exercício do mandato”, o certo é que a inviolabilidade em nada protege o congressista por atos desvinculados de sua função parlamentar. A prerrogativa compreende, todavia, atos praticados fora do Congresso, inclusive pela imprensa, desde que vinculados ao exercício do mandato. (...) É cediço nos pretórios, inclusive na Corte Suprema, que, mesmo se as manifestações políticas forem feitas fora do recinto do Parlamento, mas em virtude do exercício do mandato, elas estarão abrangidas pela imunidade material (BULOS, 2014, p.1107-1108).

Portanto, o que se nota na fala do deputado é uma opinião meramente pessoal e uma ofensa a honra subjetiva da deputada, portanto não se observa vínculo com o exercício do cargo, logo a deputada poderia entrar com ação contra Jair Bolsonaro e o fez, o deputado foi condenado no STJ a pagar indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ele entrou com recurso no STF que manteve a decisão (FERREIRA; QUEIROZ FILHO, 2021, p.350).

No recurso para o STF o deputado alegou ter sido ofendido pela deputada primeiro, o que reforçou ainda mais a quebra de nexo de causalidade, revelando de maneira mais notória que as palavras foram ditas para ofender com cunho pessoal o que ressalta a falta de vínculo com a atividade parlamentar (BRASIL,2019, p.4)

Portanto a jurisprudência nesse caso específico tratou como majoritariamente já havia fazendo, ao falar de imunidade material tem que se observar o local em que as palavras foram proferidas, se no plenário há imunidade, mas se fora deve-se avaliar o vínculo com a atividade parlamentar (KURANAKA, 2002, p.100).

### **3.2 Imunidade Formal e seus limites**

A imunidade formal está estabelecida também na constituição federal em ser art. 53, §2o e garante a proteção dos congressistas, mas nesse caso em relação a ser preso, o texto legal que traz a descrição da imunidade e também já estabelece os limites pois nenhum parlamentar poderá ser preso, desde a expedição do diploma, salvo em flagrante

de crime inafiançável (BRASIL, 1988).

Se parlamentar for preso dentro dos limites legais estabelecidos, os autos devem ser encaminhados para a casa legislativa do parlamentar e devem em 24 horas em votação aberta decidir se a decisão será mantida (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que essa imunidade tem duas vertentes, a de vedação da prisão, ou seja o congressista não pode ser preso e a segunda de imunidade processual, pois há possibilidade de sustar o processo penal já em curso contra o parlamentar (MENDES; BRANCO, 2020, p.931).

No sentido de imunidade processual a casa legislativa pode sustar o processo se por iniciativa de partido político a maioria dos membros da casa legislativa em votação aberta decidirem por suspende-lo no prazo de 45 dias do recebimento do pedido pela mesa diretora, esse procedimento se refere apenas a processos abertos após a diplomação e não se estende a assessores ou suplentes (BRASIL, 1988).

Processos iniciados antes da diplomação e corriam na justiça comum continuarão normalmente o que se fará será remetê-los ao Supremo Tribunal Federal. Ademais inquérito policial pode ser feito contra os congressistas normalmente mesmo após a diplomação (OLIVEIRA, 2017, p.12).

A imunidade formal não faz o parlamentar estar acima da lei, pelo contrário estão sujeitos as mesmas leis e regras que qualquer cidadão brasileiro, mas em decorrência do maior interesse de independência do poder legislativo eles estão imunes durante o exercício do mandato (OLIVEIRA, 2016, p.145).

A finalidade dessa proteção é garantir o livre exercício do cargo e proteger os congressistas de processos ou prisões arbitrárias e de viés manifestamente político e dessa forma manter a independência do legislativo em relação aos outros poderes (RIBEIRO, 2016, p.12).

Um exemplo da limitação dessa imunidade pelo STF é a estabelecida a partir do inquérito no 510, afirmando que esta prerrogativa não obsta a execução de penas privativas de liberdade de sentença irrecorrível ou processo transitado em julgado (BRASIL, 1991).

As imunidades em relação ao conteúdo dos pronunciamentos ainda tem divergência doutrinária, Nelson Hungria (1978, p.188) possui o entendimento que as falas dos parlamentares jamais poderão ser configuradas em crimes, muito menos em crimes contra a honra, exceto no caso do parlamentar contar um segredo que tenha relação com a segurança nacional, nesse caso cometeria crime de espionagem.

Alexandre de Moraes (2019, p.716) por sua vez entende que o conteúdo deve ter “pertinência temática” com o exercício do cargo do congressista, esse é o entendimento unânime seguido pelo STF, ainda há maior controvérsia a respeito do local mas a doutrina majoritária segue o entendimento que dentro da casa legislativa é inviolável absolutamente e fora tem que ser verificar a pertinência.

Mas além dos limites legais o STF tem relativizado esse institui, um exemplo disso

é caso intrigante de Natan Donadon que foi condenado a 13 anos e 4 meses de reclusão, Natan Donadon foi reeleito e era presidente da assembleia legislativa de Rondônia, ele foi o primeiro deputado em exercício a ser preso (BATISTA, NÁPOLI, 2021, p.258).

O deputado foi preso em uma operação policial que o prendeu em flagrante pela prática de crime inafiançável, mas os autos da sua prisão não foram encaminhados para a casa legislativa em 24 horas, contrariando previsão expressa da constituição, então o deputado vai ao STF reclamando da aplicação de sua imunidade parlamentar (BATISTA, NÁPOLI, 2021, p.258).

O STF seguiu o entendimento da relatora Carmen Lúcia que considerou portanto que apesar de estar expressamente na constituição a necessidade de remeter os autos em 24 horas isso é a regra mas a constituição não pode ser utilizada contra ela mesma e para assegurar que o instituto da imunidade continue sendo uma prerrogativa e não um privilégio (BRASIL,2006, p.918).

Frisa-se que o entendimento da Corte é que o parlamentar perde a prerrogativa de foro com a renúncia do cargo, remetendo o processo a justiça comum, mas no caso do Natan Donadon o plenário entendeu que a renúncia dele apesar de ato legítimo “não se presta, porém, a ser utilizada de subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas” (BRASIL, 2010, p.1) e então julgaram o caso apesar do deputado ter renunciado (FERREIRA;LEHFELD,2016).

Mais um exemplo da relativização das imunidades feita pela Corte é o caso do deputado Aécio Neves que ficou em torno da ADI 5526, foi o caso em que o STF aplicou afastamento do cargo, recolhimento domiciliar noturno, proibição de entrar em contato com os outros investigados por qualquer meio e proibição para se ausentar do país com a entrega do passaporte, a grande questão era, pode o judiciário determinar medidas cautelares diversa da prisão dos parlamentares? Determinada a medida cautelar diversa, cabe a respectiva casa deliberar sobre a permanência dessa medida?(BATISTA, NÁPOLI, 2021, p.258).

A corte decidiu que pode sim impor medidas diversas da prisão dos parlamentares, aquelas previstas no art.319 do código de processo penal, visto que já tinha sido aplicado esse entendimento no caso do ex-deputado Eduardo Cunha que foi afastado pelo supremo e a respectiva casa pode deliberar sobre a medida se ela impedir tanto de maneira direta quanto indireta o exercício do mandato, logo nessa hipótese a casa poderia revogar ou não a medida determinada pelo judiciário (BRASIL,2017).

Portanto nota-se que há limites legais e jurisprudenciais em relação as imunidades e nos casos concretos a corte pode relativizar esses limites para que segundo a corte seja feita a melhor aplicação da constituição e em busca de melhor adequar as decisões em relação a finalidade das imunidades.

## 4 I RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR PELO STF

Nesse tópico serão tratadas as relativizações de cada imunidade feita pelo Supremo através da análise de dois casos que tiveram grande repercussão no mundo jurídico por suas decisões controversas e sem precedentes analisando o cabimento das ações que foram tomadas pela corte, o primeiro caso analisado será do senador Delcídio de Amaral que foi o primeiro senador a ser preso no exercício do mandato e ao fim será analisado o caso do deputado Daniel Silveira que foi preso em flagrante por um vídeo postado nas redes sociais.

Conforme já explicado anteriormente o parlamentar só pode ser preso em caso de flagrante por crime inafiançável e até então a posição do STF em relação a prisão provisória ou cautelar caberia apenas na mesma exceção que a prisão do parlamentar, ou seja, flagrante por crime inafiançável.

Mas em 2006 no HC 89.417 a primeira turma do STF decidiu não aplicar a literalidade da regra acima apontada, visto que nessa operação 23 dos 24 deputados da casa legislativa de Rondônia foram indiciados nos inquéritos e devido a atipicidade do caso o entendimento firmado também deveria ser atípica: “A situação descrita nos autos patenteia situação excepcional e, por isso, absolutamente insujeita à aplicação da norma constitucional em sua leitura isolada e seca” disse a Ministra Carmem Lúcia em seu voto (BRASIL, 2006, p.19).

Em 2015 na medida cautelar AC 4.039/DF, o Senador Delcídio de Amaral teve decretada a sua prisão sem haver tido crime em flagrante inafiançável, o relator ministro Teori Zavascki concluiu que a regra do art. 53 § 2o é relativa e não deve ser interpretada isoladamente, e depois teve sua decisão referendada pela maioria da segunda turma (BRASIL, 2016, p.1-2).

O que aconteceu no caso foi que supostamente o senador e outros investigados estavam tentando fazer com que Nestor Cerveró – ex-diretor internacional da Petrobrás e um dos réus da Lava Jato- não fizesse acordo de delação premiada com o Ministério Público e em troca o senador iria pagar mensalmente uma quantia para a família do ex-diretor e pressionaria os ministros do Supremo a soltarem ele e feito isso o senador providenciaria a fuga de Cerveró (FERREIRA; LEHFELD, 2019, p. 430-433).

Diante dessa situação Zavascki considerou que o senador estaria explorando o poder de sua posição para obstruir a justiça de maneira muito grave, e diante das gravações em que o senador afirmara que sustentaria a família, discutiria com o STF a possibilidade de um habeas corpus e além disso ajudaria na fuga do ex-diretor ele usaria de todos os meios possíveis para que pudesse minar o andamento das investigações (BRASIL,2016, p.316).

Diante disso apesar da conduta do senador não ter se caracterizado como flagrante, considerou-se que um dos crimes que o senador incorria era o de organização criminosa, que é um crime permanente, portanto constituiria flagrante a qualquer tempo e seria

considerada inafiançável de acordo com o art. 324, IV CPP, que prediz que não será concedida fiança quando tiver as razões que permitem a decretação preventiva (BRASIL, 1941, online).

Vale ressaltar, que a priori os crimes não são inafiançáveis visto que não estão elencados no art.323 do CPP, o que significa portanto que não são absolutamente inafiançáveis, mas como dito anteriormente considerou-se inafiançável por conta do art.324, IV do CPP, portanto baseado nesse artigo os crimes são inafiançáveis e abriu-se precedente para que assim fossem considerados posteriormente (BRASIL,1941, online).

As imunidades quanto instituídas anteviam um comportamento íntegro e moral dos congressistas, não podendo portanto serem usadas em benefício pessoal por eles para de certa forma se blindem de prisões, não pode ser admitido que os congressistas usem de uma prerrogativa de tal maneira que a transformem em um privilégio e prejudique o sistema judicial (RIBEIRO,2016, p. 56).

Ademais, a aplicação desse instituto não pode impedir que os outros princípios constitucionais sejam aplicados no caso, apesar da imunidade ser um instituto de suma importância para a democracia ele deve ser utilizado em conformidade com os outros fundamentos constitucionais, isso incentivaria os congressista a prática de atividades ilícitas (FERREIRA; LEHFELD, 2019, p.436).

No caso em questão apesar da decisão ser sem precedentes é preciso frisar que as imunidades parlamentares não foram criadas com o intuito de transformar os parlamentares em cidadãos intocáveis e se assim a interpretação jurisprudencial o fizer está indo de encontro com o espírito da lei e descontextualizando o sistema constitucional.

O caso do deputado Daniel Silveira também causou comoção no mundo jurídico, devido a sua divergência esse caso deu uma nova ótica para as imunidades parlamentares, pois a partir dele o alcance da imunidade material será relativizado.

O deputado fez um vídeo bastante exaltado e violento em que ele desferiu ataques a instituições e integrantes do Supremo, além disso exaltou o AI-5 – instrumento de repressão usado no período da ditadura militar, que inclusive fechou o congresso e cassou juízes -, é preciso deixar claro que apesar de reprováveis as ações do congressista é preciso analisar se a Corte agiu corretamente (LOPES JÚNIOR, 2021, online).

O problema desse caso começa antes dele em si, parece ilógico que seja assim mas a raiz desse problema se inicia com a abertura do inquérito 4.781, pois este foi aberto de ofício pelo ministro Dias Toffoli e designado para o ministro Alexandre de Moraes, aqui se apontam dois princípios claramente feridos, primeiro a violação do sistema acusatório e depois a violação do juiz natural (LOPES JÚNIOR, 2021, online).

A Corte se posicionou sobre essa alegação afirmando que o regimento interno do Supremo permite que o presidente abra inquérito de ofício e o delegue a algum ministro e realmente está no art.43, mas é “se ocorrer infração penal na sede ou dependência do tribunal ou se envolver pessoa sujeita a sua jurisdição” (BRÁSÍLIA, 1970, p. 50)



O que ocorre no caso é que foi aplicada a regra do §1o que abre essa prerrogativa para os demais casos em que o presidente pode fazer de acordo com o caput do art.43 ou pode requisitar instauração à autoridade competente, o que tornaria legal a ação dos magistrados, mas essa prerrogativa nunca foi usada antes e parece uma justificativa que coloca a corte em uma posição vulnerável, pois poderia ter sido requisitado a abertura do inquérito a autoridade competente, essa ação relativiza muito o limite da ação do Supremo (BRASÍLIA,1970, p.50).

Depois dessa análise inicial quando se é aprofundado no caso parece forçoso estabelecer os crimes apontados ao deputado como flagrante por se tratarem de crime permanente, existe um ponto de divergência, pois existe uma corrente que considera os crimes como instantâneos de efeitos permanentes e se assim for a prisão seria ilegal, outra corrente portanto afirma que se trata de crime permanente e deverá portanto ser aplicado o art. 303 do CPP (LOPES JÚNIOR,2021, online).

O Ministro Alexandre de Moraes em sua decisão considerou que o congressista teve evidente intenção de impedir o exercício da judicatura, independência do poder judiciário, manutenção do Estado Democrático, além disso ele pretendia “aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ai regime democrático (BRASIL,2021, p.2).

O ministro também levou em conta no seu despacho ser flagrante de delito por se tratar de um crime permanente, visto que o vídeo permaneceu disponível e acessível a todos, portanto seria permanente enquanto ficasse disponível para todos, e se classifica flagrante quem está cometendo ação penal ou acabou de cometê-la (BRASIL, 2021, p.7).

Para classificar o crime como inafiançável o ministro usou a tese firmada no caso Delcídio de Amaral em que baseado no art.324,IV do CPP também se considera crime inafiançável quando presentes os requisitos que autorizam a decretação de prisão preventiva (BRASIL, 1941, online).

Ademais, o deputado não estaria protegido pela imunidade material visto que suas falas não tem relação com o mandato e nem foram proferidas dentro da casa legislativa, todos os argumentos foram analisados pelo colegiado e unanimemente mantiveram a prisão do deputado, mas se não tem nenhuma relação com o cargo o STF teria legitimidade para julgar? (BRASIL,2021, p.1).

Em todos os casos similares a Corte decidiu que a competência seria para o primeiro grau, mas nesse caso não só chamou para si a competência, como abriu o inquérito de ofício e delegou a responsabilidade da investigação a um ministro e não distribuiu como normalmente é feito (FERREIRA; LEHFELD, 2019, p. 434).

## **5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É perceptível, portanto, que as imunidades vieram para harmonizar os três poderes e assegurar a independência do legislativo e dessa forma permitirem o desenvolvimento

das funções de maneira livre, essa prerrogativa é do cargo visto que essa garantia visa favorecer o povo, garantindo liberdade do representante do povo para representa-lo da melhor maneira possível.

No entanto nota-se que o Supremo tem relativizado esse instituto com suas decisões, algumas vezes agindo de maneira correta criando precedentes necessários para universalidade do direito constitucional, mas as vezes a Corte ultrapassa suas competências e acaba criando um precedente perigoso para a separação de poderes e a democracia.

Através desse artigo é possível concluir que apesar de todas essas peculiaridades quando se toca no ponto da imunidade material vale ressaltar que realmente a fala do ministro em nada se relaciona com o exercício do cargo e em relação a imunidade formal o Supremo fez o que foi preciso para proteger a instituição e a segurança pessoal dos ministros, inibindo a insurgência de discursos tão violentos e antidemocráticos, com isso não protegeria apenas a instituição mas o regime democrático.

O Supremo conseguiu se valer de manobras judiciais para justificar sua ação, mas todas parecem forçosas quando se lança o olhar constitucional de maneira literal e até em alguns pontos quando se usa a própria jurisprudência do tribunal. Por fim, é notório que o STF cada vez mais tem se tornado mais o centro de disputas políticas e a medida que isso vem acontecendo ele acaba por ultrapassar os limites constitucionais das imunidades e decidindo de forma inaceitável.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, D. **Introdução à Ciência Política**. 2.ed. São Paulo: Globo,2008.

BARBOSA,R. Bolsonaro x Maria do rosário: há limite para a imunidade parlamentar? **Gazetado Povo**, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2VRYx63>. Acesso em: 29 abr 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 abr 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.098.601/DF**. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1098691.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **HC 89.417**. Cármen Lúcia, 22 set. 2006. Brasília, 2006. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2089417%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvance=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2089417%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvance=true). Acesso em: 21 mar. 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396**. Cármen Lúcia, 28 out. 2010 Brasília, 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur191372/false>. Acesso em: 21 mar 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **ADI no 5522**. Edson Fachin, 11 out. 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em: 05 jun 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Pet 5.952**. Teori Zavascki, 20 jun. 2016. Brasília, 2016. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=delcidio%20do%20amaral&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=delcidio%20do%20amaral&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 06 jul. 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **AC 4.039**. Teori Zavascki, 13 jun.2016. Brasília, 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348057/false>. Acesso 7 jul.2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **INQ.4.781**. Alexandre de Moraes, 17 fev.2021. Brasília, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446255/false>. Acesso em 7 jul. 2021.

Brasil. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 7 jul. 2021.

BULOS, U.L. Curso de Direito Constitucional. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BESTER, G.M; SANTIAGO,M,F; NETTO, M.C. **Teoria Constitucional**. Florianópolis: CONPEDI,2016.

CEIA, E.M. Imunidade parlamentar e discurso de ódio no Brasil. **Revista Interdisciplinária de Ciências Sociais**. Nº 3, p. 16-26, mar. 2017.

CHINA. **Constituição da República Popular da China**. Pequim, 1982. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>. Acesso em: 27 abr 2021.

EINSTEIN,A. **Como vejo o mundo**. Rio de Janeiro:1981.

FERREIRA, I.A; QUEIROGA FILHO, V.O. Tensões e (in)constitucionalidade na imunidade parlamentar: uma abordagem caso maria do rosário x Jairo Bolsonaro. **Revista da Faculdade de Direito do sul de Minas**. Nº 1, V.37, p. 331-353, jan./jun. 2021.

FERREIRA, O.A.V.A; LEHFELD,L.S. **A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral**. CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF, Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto, Florianópolis: CONPEDI,2019. P.139-137.

KURANAKA, J. **Imunidades parlamentares**. São Paulo: J. Oliveira, 2002.

LINS, F.M. **O instituto da imunidade parlamentar material revisitado: Os casos Jair Bolsonaro versus Maria do Rosário e Laerte Bessa versus Rodrigo Rollemberg**. Orientador: João Costa Neto. 2018. 76 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2018. Disponível em: [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21629/1/2018\\_FabianoMendesLins\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21629/1/2018_FabianoMendesLins_tcc.pdf). Acesso em: 05 jun 2021.

LOPES JÚNIOR, A. A prisão do deputado Daniel Silveira e os paradoxos processuais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/limite-penal-prisao-deputado-daniel-silveira-paradoxos-processuais>. Acesso em 7 jul.2021.

MELLO, A.J.O. Relativização da imunidade parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, 2016. **Revista do CAAP**, n. 02, V. 32, p. 129-145, 2016.

MENDES, G.F.; BRANCO, P.G.G. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, A. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NÁPOLI, E.; BATISTA, T. D. S. **Direito Constitucional**: coleção carreiras jurídicas. 2. ed. Brasília: CP Juris, 2021.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 9a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014

OLIVEIRA, N.R.H. **Imunidade Parlamentar: Garantia ou Privilégio**. Brasília, 2017.

PIOVESAN, F.; GONÇALVES, G. F. L. **Imunidade Parlamentar no Estado Democrático de Direito**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, ano 11 .p.190-206. Jan/mar. 2003.

RIBEIRO, A.R.R. **Imunidades Parlamentares**: uma análise jurídica da prisão do senador Delcídio do Amaral por meio da ação cautelar no 4039 do supremo tribunal federal. Campina Grande, 60fls. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em ciências jurídicas e sociais) - Universidade Federal De Campina Grande, Paraíba, 2016.

SANTOS, Divani Alves dos. **Imunidade parlamentar à luz da constituição federal de 1988**. Monografia (especialização) -- Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, 2009. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade\\_parlamentar\\_divani.pdf?sequence=4](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=4).. Acesso em: 29 abr 2019.

SOARES, K,S; COSTA,C,L,N,A. Imunidade parlamentar. **Caderno de Graduação**, v.1, n.2, p.61-69, Aracaju, mar.2014.

SILVA, D.P. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

STF. Supremo Tribunal Federal - Inquérito: Inq 1958 AC. **Jusbrasil**, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/37Q5czL>. Acesso em: 08 mai 2021.

STF. **Regimento interno do STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2W3HgGR>. Acesso em: 29 mai 2021.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO X DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DO HABEAS CORPUS 82.424 RS

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Lazaro Matos Lemos da Silva Junior**

Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia

### **Jackson Novais Santos**

Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia

Artigo Científico entregue para acompanhamento como parte integrante das atividades de TCC II do Curso de Direito da Faculdade de Ilhéus.

**RESUMO:** O respectivo estudo aborda do discurso do ódio à luz do princípio da dignidade, enfatizando como funciona no ordenamento jurídico brasileiro a colisão do direito assegurado constitucionalmente ao indivíduo da liberdade de expressão, demonstrando o seu limite, haja vista que o fato da liberdade de expressão e configurar no rol dos Direitos Fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, não possui o caráter absoluto, pela lógica da característica relativa dos princípios. O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar como ocorre o

tratamento do ordenamento jurídico pátrio, somado de como o Supremo Tribunal Federal se posiciona em determinados casos concreto acerca de quando o uso do direito a se expressar transcende o seu limite, ensejando assim, na violação a direito de outros indivíduos, tornando com que viole o princípio norteador do ordenamento jurídico, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se ainda de uma pesquisa aplicada, pelo motivo de ocorrerem elaborações teóricas e metodológicas para o progresso da ciência. A metodologia adotada é pesquisas exploratórias na sua maioria assumem o resultado, consubstanciado em um estudo profundo de um objeto acontece por intermédio de outros delineamentos já apontados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão; Discurso do Ódio; Constituição Federal.

**FREEDOM OF EXPRESSION X HATE SPEECH: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT IN THE LIGHT OF HABEAS CORPUS 82.424 RS**

**ABSTRACT:** The respective work aims to cover on the federal court of the Federal

Supreme Court, reinforcing how the Brazilian legal system works, an antinomy law between a collision of rights secured at the same time as freedom of expression, demonstrating its limit, principles of constitution of the Federal Law of 1988, do not have the absolute role, by the logic of the law relative to the principles. The preeminent work has a purpose of proof as to occur the process of ordering *judicia patria*, added of as the Supreme Federal Court positions monolòme procedural dictiples about the when of the use of the issue of the subject of the subject of the transcender the limit, therefore, in violation of the right of other individuals, making the principle of legal order, which is the principle of the dignity of the human person. This is an applied research, because of the theoretical and methodological elaborations for the progress of science. The methodology adopted is exploratory research, most of them assume the model of a study case study, embodied in an in-depth study of an object happens through other studies already mentioned.

**KEYWORDS:** Freedom of expression; Discourse on Hate; Federal Constitution; Dignity of human person.

## 1 | INTRODUÇÃO

O estudo proposto pelo trabalho consiste em analisar como o Estado Democrático de Direito se comporta diante da complexidade entre os limites da liberdade de expressão e quando o exercício deste direito constitucional se configura em discurso do ódio.

A metodologia adotada, no tocante ao objetivo, foi de cunho teórico, concernente à forma, vislumbrou-se em descritiva; e, em relação ao objeto de estudo de pesquisa foi bibliográfica. Para o esboço do problema do estudo, é imprescindível o estudo das obras de vários doutrinadores que lecionam acerca do assunto, somado também por ter como base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Este estudo partiu da premissa de que dentro do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal preceitua um leque de Direitos e Garantias Individuais e Coletivas, porém, mesmo a Lei Maior assegurando tais direitos, impende destacar que nenhum possui caráter absoluto, tendo em vista que, não se pode violar direitos alheios em nome do exercício de outro direito.

A liberdade de expressão não se limita apenas no rol dos direitos fundamentais assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consistindo em um elemento de caráter imprescindível na sociedade a qual tem-se a liberdade e pluralismo, nesse sentido, configura-se em um dos alicerces do Regime Democrático de Direito, segundo estabelece o artigo 3º, III da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, o da dignidade da pessoa humana, tem-se a lógica de que todo ser humano, pelo mero fato de ter nascido humano, possui a proteção constitucional e dos tratados internacionais da inviolabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não se admite no sistema jurídico brasileiro o exercício do discurso do ódio, haja vista que, esta prática viola direitos alheios.

Em detrimento do discurso de ódio possuir uma roupagem hostil e não eliminando a

hipótese de ser uma ferramenta que incite o que está sendo expressado, com a finalidade de humilhar e menosprezar determinados destinatários, geralmente sendo os alvos um grupo social, em geral as minorias, é relevante fazer a análise do assunto com o equilíbrio entre o princípio da liberdade de expressão somado com os demais princípios e direitos, em especial, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade.

A premissa do estudo foi advinda de uma análise de reflexão das seguintes abordagens: a) Compreender a ótica constitucional inerente aos princípios constitucionais das liberdades de expressão e de imprensa e os seus limites, a) Embasamento constitucional que visa proteger o indivíduo em face do discurso do ódio; b) Como se comporta o ordenamento jurídico diante da complexidade dos limites dos direitos fundamentais; c) Quais posicionamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diante do discurso do ódio nos casos concretos; d) Como os tratados internacionais protegem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o respectivo trabalho tem o objetivo de avaliar o discurso de ódio e, simultaneamente, a violação dos direitos humanos nos casos concretos. Em especial, determinar as características do discurso do ódio, estudar os casos concretos e as decisões do Tribunais Brasileiros em face do Discurso do Ódio; analisar o posicionamento do Suprema Tribunal Federal diante de casos de grande repercussão nacional (Caso Ellwanger).

É de cunho relevante versar sobre o tema por obter vinculação em um meio de violar o princípio basilar do ordenamento jurídico da dignidade da pessoa humana por intermédio do exercício de um direito constitucional do indivíduo expressar a sua opinião.

## **2 | REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 Evolução histórica da liberdade de expressão no direito pátrio**

Em 1937, a Constituição recebeu o título de “Constituição Polaca” em decorrência da vasta influência da Constituição do país da Polônia, resultando em forte concentração de poder do âmbito Executivo, reduzindo a influência dos outros poderes residentes da seara constitucional. No que tange à liberdade de expressão, preconizava o artigo 122, nos itens 4º e 15º:

Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”. [...] 15º “Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou imagens, mediante as condições e limites prescritos em lei. (BRASIL, 1937).

Nesse contexto histórico, a imprensa foi atingida por severas privações, em especial, a criação da DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda). Nota-se que, na época de

1937, a Lei Maior se definiu como um real retrocesso no tocante à democracia, ao limitar os direitos já assegurados já em legislações anteriores.

Após nove anos, com o advento da nova Constituição, no ano de 1946, estava presente o fundo de redemocratização no tocante aos direitos vinculados à liberdade de expressão e pensamento, previstos nos artigos 141, § 5º, 7º e 8º e 173, caput.

Tratou-se o 141, § 5º, *in verbis*:

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e nada forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1946).

Determina o § 7º: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício de cultos religiosos, salvo o dos que contrariarem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.” (BRASIL, 1946). Já o § 8º previa no seu texto:

Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo, ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ao recusar os que ela estabelecerem substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. (BRASIL, 1946).

A Constituição Federal de 1967, houve a sua promulgação de modo formal, no percurso do período da Ditadura Militar, era garantido em aparência o direito de se expressar e de pensamentos nos artigos art. 150, § 5º, 6º e 8º. Estabelecia o § 5º que, “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício de cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL, 1967).

Estabelecia o artigo seguinte (§ 6º):

Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência. (BRASIL, 1967).

O § 8º preconizava que: “É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer” (BRASIL, 1967).

## **2.2 Liberdade de expressão na constituição federal de 1988**

No que tange ao direito da liberdade de expressão, conforme Branco e Mendes (2015)



consiste na tutela inerente a toda opinião, abrangendo também a convicção, comentário, possibilitando a avaliação ou mesmo julgamento acerca de qualquer tematização, podendo se estender também a qualquer pessoa, abrangendo assuntos de interesse público, ou não, de relevância ou de valor, sendo assim, alcança a liberdade de expressão um leque extensivo.

Conforme esclarece Canotilho (2014), a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, inciso IV que a liberdade de expressão se encontra harmonizado com a natureza de um Estado Democrático e com os Direitos Humanos tutelados sob cunho internacional.

A declaração dos Direitos humanos estabelece acerca de todo o leque no que concerne a liberdade a qual o ser humano possa gozar, conforme a inteligência do artigo 1, inciso II, da Organização das Nações Unidas:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, 1948, online).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 19, estabelece:

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão: esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. (PIDCP, 1966, online).

Para uma compreensão mais abrangente no que concerne à liberdade de expressão, é essencial observar a inteligência do artigo 5º, juntamente com seus incisos IV, VI e IX da Constituição Federal de 1988:

[...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988, online).

Dentro das pluralidades de direitos previstos na Carta Magna de 1988, configura-se a liberdade de expressão com um viés especial, haja vista que a sua garantia é de caráter essencial em relação à dignidade do indivíduo e, simultaneamente, em detrimento da efetivação do Estado Democrático de Direito.

Apesar de toda garantia inerente ao direito de possuir a liberdade de se manifestar, cumpre salientar que os direitos fundamentais não possuem um caráter absoluto, sendo-lhes considerados de cunho relativo. Tendo em vista que dentro de um caso concreto pode-se deparar com uma colisão, tendo a necessidade de haver limitações de ambos.

Partindo da premissa de que a liberdade de expressão, configurando-se como outro direito fundamental, é relativa, possuindo assim limitações, por essa lógica, não se pode utilizar este direito como uma forma de garantir práticas ilícitas, ensejando no seu uso para violar direitos alheios.

Destarte, leciona Mendes (2017) que há limitações na liberdade de expressão, sendo o comportamento quando há extrapolação do limite, isso não é tutelado pela liberdade de expressão, sendo violador do direito fundamental de outro indivíduo, pode ensejar em uma pretensão de cunho reparatório no âmbito civil, ou mesmo na esfera criminal.

Dessa forma, esclarece Tavares (2015) afirma que não há nenhum direito humano estabelecido pelas Constituições que possa ter o cunho absoluto, pela lógica de sempre possuir sua carga máxima e obter a aplicação ao caso concreto, sem analisar as outras circunstâncias e os valores constituídos constitucionalmente.

Nesse diapasão, o autor supracitado explica que os direitos fundamentais não são considerados absolutos. Há uma vasta gama de suposições que resultam na restrição da abrangência absoluta dos direitos fundamentais. Por esta razão, é mister considerar os direitos humanos consagrados:

O princípio não pode ser utilizado como escopo que visa proteger a atividade de caráter ilícito; não tem a finalidade para respaldar irresponsabilidade civil; não tem o caráter anulatório dos outros direitos assegurados pela Constituição; É proibido anular os direitos alheio, devendo a sua aplicação ser aplicada em harmonia na seara material. (TAVARES, 2015).

Nesse ritmo, Reale Junior (2010) leciona que não há direito absoluto, o Estado Democrático de Direito possui como uma das suas bases os valores direcionados o da dignidade humana.

Contudo, cumpre salientar que, mesmo possuindo o Estado Democrático de Direito uma lei que assegura a cada indivíduo poder se manifestar através do seu direito à liberdade de expressão, partindo da premissa que nenhum princípio ou direito é considerado absoluto, é essencial realizar uma observância ao discurso do ódio, tendo em vista que o respectivo discurso encontra-se eivado de intolerância, ensejando com que os indivíduos que se utilizem deste artifício, alcancem o excesso, propagando difamações e insultos perante aos outros indivíduos que possuem o pensamento distinto dos seus.

Por fim, ao se tratar do caráter relativo dos princípios, decidiu o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (BRASIL, 1988, online).

Todavia, apesar na Constituição da República Federativa do Brasil assegurar o exercício da liberdade de todas as pessoas se expressarem, tal exercício possui limitação. Respalda o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos:

Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas (ONU, 1948, online).

Desse modo, explica Mendes (2017) que na incidência entre dois ou mais direitos fundamentais, deve o intérprete de a lei utilizar-se do princípio nominado princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e realizar combinações no que pese aos bens jurídicos tutelados em antinomia, sendo evitado o sacrifício total entre dos dois que se deparam em conflito, dessa forma, realiza-se uma redação de cunho proporcional na seara de alcance de cada qual.

Por fim, Alexandrino (2017, p. 106):

Em síntese: Na solução de conflitos deverá o intérprete busca a conciliação entre eles (adoção do princípio da harmonização), considerando as circunstâncias do caso concreto, pesando os interesses em jogo, com o objetivo de firmar qual dos valores conflitantes prevalecerá. Não existe um critério para a solução de colisão entre valores constitucionais que seja válido em termos abstratos, o conflito só pode ser resolvido a partir da análise das peculiaridades do caso concreto, que permitirá decidir qual o direito deverá sobrepujar os demais, sem, contudo, anular por completo o conteúdo destes.

No que tange à vedação constitucional do anonimato, é importante frisar que, no que pese à vedação ao anonimato, que alcança todos os meios de comunicação, possui a finalidade de possibilitar a responsabilidade do indivíduo que causar danos a outrem em detrimento da expressão de juízos ou opiniões de cunho ofensivo, caluniosos, levianos e difamatórios. Ademais, a finalidade é criar impedimento da consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncia anônima, afinal, quando é exigida a respectiva identificação do autor, é possível que eventuais excessos eivados de tal prática sejam tornados passíveis de futura responsabilização tanto no âmbito civil, quanto no âmbito penal (ALEXANDRINO, 2017, p. 106).

### **2.3 O discurso de ódio à luz da inviolabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana**

O discurso de ódio é um meio de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este basilar do ordenamento jurídico pátrio. Estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 1º, *in verbis*:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (BRASIL, 1988, online).

Nota-se o valor presente no princípio da dignidade da pessoa humana por presidir entre o rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, Alexandrino (2017, p. 90):

A dignidade da pessoa humana assenta-se como reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo, não só com relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Sob ótica histórica, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se vinculado com o Cristianismo. A sua fundamentação está atrelada com o fato de que a criação do homem foi realizada à imagem e semelhança de Deus.

O conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Alexandrino (2017), consiste naquele que se enquadra como fundamento da República Federativa no Brasil, é consagrado no Estado como organização em que o ser humano encontra-se no centro. Assim, não sendo possível que o ser humano se posicione em qualquer outro lugar. Por essa lógica jurídica, explica o autor que o motivo do Estado brasileiro não se vincula na propriedade, classes, corporações, entre outros, contudo, no fato de ser humano.

Nesse sentido, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, Barroso (2013) leciona que a ideia de dignidade não teve início no século XX e não tinha vinculação aos direitos humanos ou fundamentais, explica o autor que na época romana estava associada as qualidades de certas pessoas que possuíam posições públicas e determinadas ocupações.

Impende destacar que, a dignidade da pessoa humana consiste na qualidade de caráter intrínseco e distintivo que é plausível em cada ser humano, ensejando na dignidade de ser um ser que merece respeito e consideração eivada do Estado e da sociedade, resultando, nessa lógica, uma complexidade de direitos e deveres que são fundamentais que garantem ao indivíduo quanto contra todo e qualquer ato de viés desumano ou mesmo degradante (SARLET, 2015).

Nesse sentido, complementa o autor Sarlet (2015) que, o princípio da dignidade da pessoa humana cria condições de existência mínima no que tange a uma vida saudável, além de resultar a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da respectiva existência somado com a vida em sintonia com os outros seres humanos, tendo em vista o devido respeito em relação aos demais seres que se consubstanciam a rede da vida.

## **2.4 Caso Ellwanger – habeas corpus 82.424 RS**

O caso Ellwanger é considerado um dos julgados do Supremo Tribunal Federal mais

relevantes e polêmico no âmbito da temática que envolve antinomia referente ao discurso do ódio e a liberdade de expressão.

No ano de 2003 foi julgado o Habeas Corpus número 82.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”. O caso remete ao episódio em que o gaúcho Siegfried Ellwanger respondeu pela prática de racismo por conta de ter editado, distribuído e vendido obras de autores nacionais e estrangeiros, as respectivas (BRASIL, 2003).

Sieg Reid Ellwanger Castantan, no ano de 1985 fundou a editora denominada: Revisão, a sua especialidade era a publicação de livros de espírito negacionista do Holocausto e que realizavam revisões no que tange à Segunda Guerra Mundial.

O caso expede a um industrial, naturalizado no estado do Rio Grande do Sul, depois de vender a sua empresa, dedicou-se ao estudo acerca da Segunda Guerra Mundial. Realizou diversos trabalhos acerca do assunto e logo depois fundou a editora Revisão Editora e Livraria Ltda, com a finalidade de realizar publicações e vendas das suas próprias obras e de outros autores (BRASIL, 2003).

O autor foi denunciado pelo crime de racismo com enquadramento no artigo 20 da Lei 7.716/89 que previa:

Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de 02 a 05 anos. (BRASIL, 2003, online).

A tese defensiva alegou que não se pode tratar de raça nesse contexto, haja vista que, o povo judeu não é considerado raça. Por essa lógica, não se poderia configurar como crime de racismo, contudo, uma mera discriminação. Nota-se que a finalidade da tese de defesa era criar óbice ao caráter imprescritível do crime de racismo.

Contudo, suas obras se revestiam de um caráter antissemita bastante acentuado. Dentre as obras antissemitas editadas e publicadas por ele, estavam: “Holocausto Judeu ou alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”, de sua autoria, sob o pseudônimo de S. E. Castan; “O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil” e “Brasil Colônia de Banqueiros” escritas por Gustavo Barroso; “Os Protocolos dos Sábios de Sião” apostilada por Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio de Oliveira; e “Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra” de Louis Marschalko (BRASIL, 2003).

## 2.5 O discurso do ódio e o Supremo Tribunal Federal (caso Ellwanger)

Serão analisados em sequências os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal no que tange a discurso de ódio. Afirma o Desembargador José Eugênio Tedesco, *in verbis*:

Sem qualquer dúvida, ao exame das obras editadas, distribuídas, escritas e comercializadas pelo apelado, do seu conjunto se extrai tranquilamente a intenção única de impor outra verdade, qual seja a execração de uma raça. Em cima de fatos históricos foi lançada uma outra pretensa realidade, sem

qualquer escoro, no entanto, em elementos confiáveis, a não ser na imaginação dos escribas. (...) É inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera "revisão histórica". (STF, 2004, Online).

**Destarte, no que pese ao conceito de racismo, o ministro relator Moreira Alves se posiciona da seguinte maneira:**

O elemento histórico (...) converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. (...) dei-lhe interpretação restrita, para abarcar apenas as raças tradicionalmente tidas como tais: a negra, a amarela e vermelha. Se se adotar a exegese de que racismo diz respeito à discriminação contra pessoa de grupo humano com características culturais próprias, o que abarca qualquer grupo humano que se distinga de outro por sua cultura, ter-se-á que alguém que, aos dezoito anos de idade, cometer discriminação, pequena que seja, e passar abjurando esse seu comportamento até alcançar os oitenta anos, poderá, sessenta e dois anos após o fato, vir a ser condenado por ele a uma pena que é irrisória entre dois e cinco anos de reclusão em face da gravidade da imprescritibilidade. (STF, 2004, Online).

**Contrariamente, o entendimento do ministro Maurício Corrêa afirma que o antisemitismo se inclui na definição de raça, seguindo tendência dos demais, compreende que a discriminação contra judeus é uma expressão de cunho racista, não pelo argumento de que os Judeus serem por natureza uma raça, contudo, pela compreensão que tal pessoa que age assim, acredita que os Judeus ser considerado uma raça inferior. Observa-se as suas palavras:**

Os cientistas confirmam, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. A inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo, a raça judia. (...) Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica. (STF, 2004, Online).

**Concernente à liberdade de expressão, o debate se desdobrou em suas etapas. Foi discutido, primeiramente, se o livro estaria vinculado com uma expressão discriminatória de raça e, posteriormente, se seria uma manifestação racista, se a liberdade de expressão estaria sendo tutelada. Nesse ritmo, se posiciona Mendes (2017):**

Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular. Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o

exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do "hate speech" [ , a qual] (...) não tem como objetivo exclusivo a questão racial. Nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista. Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. (MENDES, 2017).

**Contudo, mesmo a maioria do plenário tendo compreendido ter considerado a edição da respectiva obra um modo de cometimento criminal de racismo, decidiram em sentido contrário Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio:**

Três comportamentos, todavia, são especialmente normandos como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. (...) De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo optimum de estruturação e funcionalização da polis (espaço ideal de materialização das primárias relações entre governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos). na visão do próprio Siegfried enquanto escritor, o livro em causa é uma obra de pesquisa histórica. Quanto ao objeto central de estudo do livro, ou objeto específico da pesquisa acima referida, é o fato em si da última guerra mundial, ocorrida no período que vai de 1939 a 1945. Isto, numa perspectiva revisionista que tem por finalidade reabilitar a imagem do povo alemão, e retratar o quanto o Estado germânico sofreu de baixas humanas, prejuízos materiais e contratação territorial. Noutros termos, o paciente escritor se esforça por demonstrar que toda a História da 2º Grande Guerra foi contada pelos vencedores. (...) O estudo em causa pretende-se multifário o bastante para transitar pelos concomitantes domínios da liberdade de manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, afunilando para o campo da convicção política. Ou da convicção político-ideológica, mais exatamente. (STF, 2004, Online).

**Nota-se que os Ministros defenderam o argumento de que o modo de manifestação incluída na tutela advinda da liberdade de expressão. A fundamentação decisiva encontra-se atrelado ao fato de que o paciente do Habeas Corpus utilizou a obra como instrumento de apresentação de uma ótica de cunho político acerca da história, e, por este motivo mesmo sendo desprezível, tal atitude se encontrava respaldada no direito constitucional da**

liberdade de expressão.

Entretanto, esses mesmos ministros assumiram que, em relação ao discurso de ódio, não estando atrelado de uma revisão histórica, o livro em pauta estará desprotegido pelo princípio da liberdade de expressão.

Desse modo, é cristalino que há divergência entre os ministros Carlos Ayres Britto e Marcos Aurélio em face dos outros ministros que somente em detrimento da inclusão da obra, os quais ensejaram o conflito judicial no tocante ao conceito do discurso do ódio.

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível a relevância da presença do Direito da Liberdade de Expressão no ordenamento jurídico hodierno. Sendo consubstanciado neste direito além de possibilitar a exposição das respectivas opiniões individuais, acrescenta-se também o espírito democrático, tendo em vista que possibilita a efetivação da pluralidade de opiniões precisas com o escopo de assegurar e garantir a democracia.

Destarte, o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana possui como pressupostos fundamentais: a igualdade e a liberdade, por essa lógica, a liberdade de se expressar consiste em um pedaço do rol dos conjuntos de princípios previsto na Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988, tendo como fundamento a democratização do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, impende salientar que o discurso de ódio extrapola o âmbito da ofensa ao indivíduo, não sendo meramente definido por críticas, contudo, sendo consubstanciado pela incitação ao ódio em face de determinados grupos minoritários, com o dolo finalístico de inferiorizar o outro, abrangendo a denegação de conceder gozo de direitos iguais.

Explanou-se no respectivo trabalho, o discurso de ódio possui determinados amparos legais penais que visam repreender em casos específicos, que não alcança de forma total a ameaça na qual o discurso resulta.

De forma de evitar que tais fatos jamais se repitam, é primordial evidenciar que o discurso de ódio não está protegido sob a égide da liberdade de expressão, pois fere os princípios basilares de uma democracia, uma vez que objetiva a inferioridade e a privação de direitos, desta forma colide diretamente com a função democrática da liberdade de expressão.

Faz-se necessário, portanto, a devida repressão do discurso de ódio considerado em sua totalidade, por conseguinte que tal fato acarretará em uma restrição, não da liberdade de expressão legítima, mas sim da discriminação mascarada como o simples exercício de um direito, o abuso de tal liberdade com a função de propagar o ódio a determinado grupo é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Foi demonstrado no trabalho o posicionamento do Supremo Tribunal Federal dentro do caso concreto acerca do discurso de ódio através de obras literárias do caso polêmico



no Habeas Corpus 82.442.

O discurso de ódio se encontra vinculado com um meio de ofender de diversas maneiras a dignidade da pessoa humana, ensejando assim na incitação à humilhação de diversos grupos nos quais se encontram sob égide minoritário (negros, homoafetivos, ciganos, grupos religiosos afrodescendentes, nordestinos, entre outros.)

Em suma, as manifestações de espírito de ódio, segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de qualquer modalidade que se encontre, não possuem respaldo pelo princípio da liberdade de expressão, tendo em vista que, não existe caráter absoluto dos princípios, somando com a premissa de que nenhum direito poderá ser exercido tendo por finalidade a violação do princípio basilar do ordenamento jurídico da dignidade da pessoa humana.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço em Primeiro lugar a Deus, sem Ele reconheço que não teria chegado essa etapa da minha graduação. Agradeço aos meus avós Benedito Peixoto e Eliane Angélica por todo suporte e apoio durante a minha graduação. Agradeço também a meus pais Lazaro Matos e Patrícia Brasil, minha irmã Ana Lídia Matos pelo apoio e incentivo. Agradeço a minha amiga Dra. Caíza Peltier pelo apoio, suporte e paciência e agradeço aos meus amigos Beatriz, Luís, Juliete, Mariana e Tacila. Agradeço ao meu orientador Prof. Mestre Jackson Novaes pelo suporte e referencial para elaboração do referido trabalho.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. São Paulo: Método, 15 ed. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 5 nov. de 2022.

BRASIL. Habeas Corpus 82424 de 2003. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524) acesso em: 5 nov. de 2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1937. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Constituição Federal 1967. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1967a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 13 nov. de 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 12 ed. rev. 2017.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. Espaço Jurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, dez. 2010. Semestral. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>. Acesso em: 15 nov. de 2022.

SARLET, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Revista do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.4.out/dez. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n.82.424). Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS: LIMITES EXTRAPOLADOS

*Data de aceite: 02/01/2023*

**Werberson de Souza Colares**

**Davi Gentil de Oliveira**

## FREEDOM OF EXPRESSION ON SOCIAL NETWORKS: LIMITS EXTENDED

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo primeiramente analisar o princípio da liberdade de expressão como direito fundamental do ser humano e como ele vem sendo utilizado nas redes sociais na atualidade. Após, busca-se observar os limites a serem impostos a esse princípio, quando utilizado especificamente nas redes sociais de forma irresponsável e desarrazoada, configurando um abuso de direito bem como, quais os reflexos que essa conduta poderá trazer para uma pessoa em sua vida nas redes sociais com limites extrapolados. Salienta-se que este artigo se posiciona contra o comportamento acríptico do ser humano e do uso extrapolado dessas tecnologias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tecnologias, liberdade de expressão; Limites.

**ABSTRACT:** This article aims to first analyze the principle of freedom of expression as a fundamental human right and how it has been used in social networks today. Afterwards, we seek to observe the limits to be imposed on this principle, when used specifically on social networks in an irresponsible and unreasonable way, configuring an abuse of rights as well as, what are the reflexes that this conduct can bring to a person in their life in the social networks with extrapolated limits. It should be noted that this article is against the uncritical behavior of the human being and the extrapolated use of these technologies.

**KEYWORDS:** Technologies, freedom of expression; Limits.

## 1 | INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um elemento de suma importância para o Estado Democrático de Direito que compreende todas as suas diversidades que são manifestadas no direito à livre

expressão de pensamento, manifestação política e ideológica, artística e religiosa. Sendo assim, o presente artigo tem por objetivo analisar a liberdade de expressão nas redes sociais expondo os limites extrapolados por meio de uma revisão bibliográfica (SARLET; SIQUEIRA, 2019). Especificamente, pretende-se: a) fazer levantamento bibliográfico sobre a liberdade de expressão nas redes sociais; b) entender quando a liberdade de expressão nas redes sociais se transforma em ofensa; c) explicar os limites da liberdade de expressão nas redes sociais.

A escolha por essa delimitação do tema é em razão da liberdade de expressão ser um direito fundamental de todo cidadão que compreende a sociedade, e nesse sentido, as redes sociais passam a utilizadas como mecanismo do exercício desse direito, e por conta disso, nasce a seguinte pergunta-problema: a rede social pode potencializar a prática de descumprimento aos limites da liberdade de expressão?

A resposta é sim, pois por ser um meio de comunicação, o desenvolvimento da rede social se torna mais acessível e admite que informações podem ser espalhadas em fração de segundos (RODRIGUES; COLLUCCI, 2020).

Com isso, a liberdade de expressão pode ser reconhecida como um direito de extrema importância para qualquer sociedade democrática, visto que a democracia está diretamente relacionada à liberdade de expressão, e esse direito fundamental pode ser exercido, sendo proibido o anonimato, de acordo com a Constituição Federal vigente (ALEXY, 2014). É importante observar o comportamento e a forma de como as pessoas se expressam na internet e como as opiniões delas podem afetar os outros usuários que fazem parte da comunidade virtual (OLIVEIRA, 2021). A conscientização no meio virtual é relativa e a falta desta pode se transformar em um conflito entre a liberdade de expressão e a lesão do direito alheio.

O trabalho tem como justificativa que os indivíduos observem de forma mais ampla e direta o conceito de liberdade de expressão e os seus limites para que consigamos prevenir ilícitos no mundo virtual e aperfeiçoar o uso da internet em razão do detrimento dos direitos fundamentais.

## **2 | A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS**

A liberdade de expressão não diz respeito apenas à manifestação do pensamento, de idéias e opiniões, ela também se refere às manifestações de sensações e sentimentos que podem ser expressos pela atividade artística. A liberdade de expressão de pensamento pode acontecer de várias formas, sendo estas: escritas, falada, pelo uso da imagem e de sons, internet por meio das redes sociais, etc. (FARIAS, 2004)

A liberdade de expressão é um direito constitucional, fundamental, que concede ao indivíduo a liberdade de expressar sua opinião sobre diversos aspectos de várias dimensões, como por exemplo, as econômicas, esportivas, sociais, profissionais, políticas, culturais,

entre outras. Mas, esse direito deve ser exercido sem passar dos limites morais, éticos e legais, isto é, expressar seu pensamento e opinião sem violentar os direitos fundamentais do outro, não ofendendo, caluniando, difamando, discriminando, etc. (CARVALHO; RIOS, 2019). O termo “liberdade de expressão” não está tipicamente associado a uma conversa, já que atualmente as pessoas usam a rede social para expressar pensamentos sobre si e sobre os outros, envolvendo a sociedade e os cidadãos (SOUZA, 2016).

O direito de se manifestar de forma livre, expressar opiniões e crenças, receber idéias e informações, através da fala ou da escrita, seja por meio artístico, de comunicação, religião não depende de licença ou censura, denomina-se liberdade de expressão (BARROSO, 2004).

O direito de liberdade de expressão está contido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal atual, que dispõe: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O inciso IX, do artigo supracitado, diz que “é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica, independente de censura ou licença”. (BRASIL, 1988). A liberdade de expressão é amplamente protegida, alcançando todos os interesses dos indivíduos, inclusive seus reflexos na sociedade. Incide-se sobre as manifestações escritas e orais, imagens, além das inovações conceituais de expressão, que são derivados da transformação tecnológica, como as redes sociais (ANDRADE, 2018).

Contudo a liberdade de expressão tem limite no direito privado, no princípio da dignidade humana, uma vez que violando a honra incorre em danos morais ou crimes contra honra.

Com isso, todo ano nascem novas tecnologias, e as redes sociais virtuais se tornaram indispensáveis na era moderna, e todos os dias pessoas leem notícias via WhatsApp, fazem compras e negociam produtos por meio do Facebook, cultivam relacionamentos pelo Instagram, compartilham experiências pelo Twitter e procuram por vídeos no YouTube (SILVA, 2018).

### **3 I QUANDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS SE TRANSFORMA EM OFENSA**

A liberdade é um marco muito importante da humanidade, sendo impossível viver sem a liberdade. Adriano de Cupis leciona em “Os Direitos da Personalidade” (2008, p. 104) que “a liberdade humana não se limita, então, caracterizar a força jurídica que reveste determinado bem, mas assume ela mesma dignidade de bem sobre o qual incide a força jurídica do sujeito”. Assim, é importante ressaltar que o limite do exercício da liberdade, não significa que deve ser negado, quer dizer que os limites permitem que o sujeito escolha entre as várias possibilidades que existem e assume suas consequências (PAESANI, 2013; VIEIRA, 2021).

O ditado “o seu direito termina quando começa o direito do outro” faz todo sentido e

é reconhecido como um bom parâmetro. E quais seriam esses direitos? Assim como existe a liberdade de expressão, também existe a dignidade humana, o direito à vida privada, a imagem, a honra. Com essa contrapartida, fica mais fácil compreender que a liberdade de expressão, mesmo sendo muito importante e fundamental para a democracia, não pode ser usada como pretexto para lesar o direito do outro (ALEXY, 2014).

O Brasil é o país que mais possui usuários de redes sociais. Acontece que nem sempre esses usuários são harmoniosos entre si, em certos casos, ultrapassam os limites da irresponsabilidade civil, adentrando muitas vezes na seara do Direito Penal. Esse tipo de atitude torna-se mais grave, quando a rede social é objetivamente utilizada para violar os direitos de personalidade do outro (LIMA, 2017; FORTES, 2016). O objetivo de ter acesso às redes sociais, de compartilhar informações e de conseguir um número alto de seguidores faz com que exista um maior número de pessoas expressando suas opiniões sobre qualquer coisa. Tornar qualquer informação pública e receber críticas sobre elas é algo que as pessoas devem estar preparadas, pois, caso isso não aconteça, a pessoa pode recorrer ao órgão responsável pelo sofrimento de danos morais (LEITE, 2016).

Quando a opinião pública é contra a publicação principalmente entre influenciadores e pessoas famosas ocorre a cultura do cancelamento.

A “cultura do cancelamento” é quando uma determinada pessoa, seja ela física ou jurídica, efetua um posicionamento contrário ao que parte dos usuários ou consumidores das redes sociais acreditam ser correto e estes promovem ações que esse conteúdo seja retirado ou a pessoa deixe de ter espaço de fala e no caso de empresas, até perca a lucratividade. Essa idéia teve como objetivo da relevância às questões sociais e ambientais como reflexo do desenvolvimento da proteção aos direitos fundamentais de maneira democrática, determinados pela Constituição Federal, onde passasse a valorizar a liberdade de expressão (GONCALVES, 2014). No início, o cancelamento era visto como uma prática para conter ações preconceituosas, mas nas redes sociais isso passou a infringir outros direitos, como os de personalidade, liberdade de expressão e a evolução individual dos sujeitos (MESQUITA, 2019)

A cultura do cancelamento ocorre quando são postadas pensamentos contrários a uma determinada linha de raciocínio, como pautas antidemocráticas, antilgbt, antimovimentos sociais, etc.

O usuário de rede social é responsável por tudo e por qualquer tipo de publicação que posta ou compartilha no seu perfil, isto é, o usuário não é obrigado a publicar e também não é impedido, por isso, ele deve estar ciente das consequências dos seu ato de expressão (CARVALHO, 2013). Sendo assim, a liberdade de expressão, ainda que seja utilizada para buscar a justiça social, é importante pensar que ela deve ter como fundamento: a) o respeito à honra, imagem e privacidade, e; b) ética para a verdade (MORAES; TEFTE, 2017).

## 4 | SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

A liberdade de expressão tem como base o princípio da dignidade humana e todos os outros direitos fundamentais da personalidade, como a honra, imagem e privacidade, cujos estes são intransmissíveis e inalienáveis. Por isso que as maiorias dos usuários das redes sociais se confiam no direito à liberdade de expressão, como se este fosse absoluto, e muitos acabam violando a honra e a privacidade do terceiro (ABRUSIO, 2020).

O limite da liberdade de expressão acaba quando interfere no direito alheio. Vale ressaltar o direito de liberdade de expressão com o objetivo de fazer xingamentos ou ofensa à intimidade dos outros não é livre, pois, a partir do momento que se utiliza xingamentos ou ofensas para atingir um grupo ou a pessoa passa a ser um discurso cruel e ofensivo (BEATRIZ, 2015).

Há que se ressaltar que o limite da liberdade de expressão se encontra na honra que uma vez violada sugere danos morais e crimes contra injúria, calúnia

Barreto em seu livro “Cidadania internet – entre a representação midiática e a representatividade política”, destaca que mesmo que existam diversas discussões sobre o tema, é necessário saber que os direitos não se sobrepõem. O direito à liberdade de expressão não pode prejudicar a dignidade humana, já que se alguém fala ou faz publicações nas redes sociais que possam ferir a dignidade do terceiro, há a possibilidade de a pessoa recorrer à justiça e pedir a reparação pelo dano (BARRETO, 2017).

É importante que se utilize da liberdade de expressão com muita responsabilidade, esse tema não pode ficar somente no aspecto teórico ou filosófico, a responsabilidade é de todos, independente de posicionamento político ou ideológico os limites devem ser respeitados, pois a prática indevida pode gerar prejuízos diversos. Alexandre de Moraes (2014) afirma que: A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive e publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Nota-se que a liberdade de expressão faz parte do Estado assim como a responsabilidade que ele atribuiu ao autor caso seja comprovado o seu abuso. Não se pode assemelhar liberdade de expressão nas redes sociais com irresponsabilidade, se não fica evidenciado o abuso do direito, visto que a ofensa ao outro não é democracia (EQUIPE AMBITO JURIDICO, 2017).

Fernand Terrou (1970), expressa que: nenhuma sociedade, por impregnada que esteja de liberalismo, pode tolerar a divulgação de fatos ou a expressão pública de opiniões que atentem contra os valores fundamentais ou lesionam os seus membros sem a justificação de um interesse geral.

Os meios de comunicação têm um papel fundamental, na divulgação de notícias, porém, estas notícias devem ser verdadeiras, sem posicionamento político ou ideológico, para que não ocorra a desinformação e com isso, induzir alguém ao erro. Nos últimos anos, e acordo com uma pesquisa realizada pelo site O Globo, cresceu em 203% o número de páginas denunciadas à ONG Safernet por divulgações de intolerância racial, religiosa, xenofobia e homofobia. O crescimento de denúncias diz respeito às mensagens de ódio e também a conteúdos de violência. Poder se expressar de forma livre não quer dizer que os ofensores estão isentos das suas responsabilidades por terem cometido atos ilícitos (CARVALHO, 2013).

No Brasil, existem normas que podem ser encontradas na Constituição Federal, artigo 5º inciso X e V, que tentam limitar e combater os crimes de ódio e, nesse contexto, todos os envolvidos podem responder pelos danos causados (BRASIL, 1988).

Em suma, pode existir contradição nos pressupostos dos limites da liberdade de expressão, pois as experiências da vida de cada pessoa podem se tornar um obstáculo no desenvolvimento de soluções normativas para a convivência entre todos (OLIVEIRA, 2021).

## **5 | LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

No presente tópico vamos analisar as decisões mais recentes do stf sobre limites da liberdade de expressão nas redes sociais, vejamos:

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. NUNES MARQUES

Julgamento: 08/04/2021

Publicação: 20/04/2021

Ementa

Ação civil originária. Pedido de trancamento e anulação de processo administrativo disciplinar instaurado, perante o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, contra membro do Ministério Público Federal. Manifestação em rede social. Liberdade de expressão. Limites. Sanção proporcional. Pedidos julgados improcedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu (ADI 4.638-MC-REF/DF), em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, mas com motivos perfeitamente aplicáveis ao CNMP, que a competência correccional desse órgão é originária e concorrente à das corregedorias setoriais. Assim, eventual decisão da Corregedoria do Ministério Público Federal em nada afeta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. No campo disciplinar, nenhum recurso ou impugnação está conectado aos votos vencidos, que não têm influência alguma sobre o conteúdo das decisões. Eventual falta de juntada de voto vencido escrito ao acórdão do CNMP não é motivo de nulidade. 3. O relator do PAD tem atribuição para ajustar o seu ritmo de produção à pauta do órgão, de modo que pode pedir a inclusão do feito em



pauta enquanto paralelamente se dedica à conclusão da instrução, desde que, na data do julgamento, o trabalho esteja, de fato, concluído. 4. O autor foi punido fundamentalmente por um tweet de 09 de janeiro de 2019, em que disse o seguinte: “Se Renan for presidente do Senado, dificilmente veremos reforma contra corrupção aprovada. Tem contra si várias investigações por corrupção e lavagem de dinheiro. Muitos senadores podem votar nele escondido, mas não terão coragem de votar na luz do dia”. 5. A manifestação, se viesse de um cidadão não investido de autoridade pública ou do titular de um cargo eletivo, seria absolutamente compatível com a liberdade de expressão. Seria a opinião política do emissor, independentemente da procedência ou não do que afirmado. 6. Quando, porém, essa manifestação parte de uma autoridade que tem certas garantias e vedações constitucionais justamente para manter-se fora da arena política, então há um problema.

O autor não emitiu uma opinião geral sobre a política, ou sobre a inconveniência do voto secreto no parlamento, ou sobre a persistência, na política, de pessoas contra as quais existem investigações criminais. Não. Ele emitiu opinião muito bem determinada, a respeito de uma eleição específica e contra um candidato claramente identificado. E fez isso numa rede social de amplo alcance, virtualmente acessível por qualquer pessoa. 7. A liberdade de expressão é um direito fundamental que, todavia, precisa ser compatibilizado com outros direitos e deveres estabelecidos na Constituição. No caso específico dos membros do Ministério Público, há uma cláusula constitucional que os remete ao regime jurídico da Magistratura (CF, art. 129, § 4º).

Esse é o modelo brasileiro de Ministério Público, um órgão cujos membros têm os mesmos direitos, garantias e vedações da Magistratura. Portanto, a sua liberdade de expressão precisa ser ponderada com os deveres funcionais respectivos, de modo a não envolver indevidamente a instituição em debates políticos. 8. Qualquer manifestação na internet, especialmente em redes sociais abertas, tem potencial para atingir o mundo todo e permanecer disponível para acesso, em tese, por tempo indeterminado.

Assim, objetivando evitar danos a outros direitos, deve ser considerada essa circunstância no que se refere à extensão da livre manifestação do pensamento, quando aplicada à realidade da internet. A garantia da liberdade de expressão foi pensada na era pré-internet e, mesmo àquela época, já se considerava que os magistrados precisariam ter prudência em suas manifestações. 9. Não cabe ao Judiciário revisar a fundo todo o contexto, as provas e o grau da sanção, quando ela não apresenta evidente desproporcionalidade com a situação de fato devidamente comprovada nos autos do processo administrativo disciplinar. 10. Pedidos julgados improcedentes.

## 6 | CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental do indivíduo, assegurado pela Constituição Federal, contudo, esse preceito não pode ser praticado de forma irrestrita na

contemporaneidade, junto as redes sociais.

Dito isso, para cumprir de forma integral os objetivos traçados nesse artigo, imprescindível uma pesquisa mais aprofundada, entretanto, com base nessa pesquisa e na metodologia aplicada, pudemos identificar os casos específicos através da jurisprudência, quais postagens nas redes sociais foram consideradas ofensivas ou não bem como, em que casos e circunstâncias específicas é identificado o dever de indenizar.

Concluimos que esse direito deixa de ser um exercício legal e democrático quando põe em risco ou fere os direitos de personalidade de outrem de forma direta e específica, não obstante, as facilidades trazidas através da sociedade em rede e das redes sociais, permitem a livre opinião do indivíduo sem análise prévia, em contrapartida acabam permitindo que tais publicações sejam disseminadas de forma fácil, rápida e alcançando um enorme número de pessoas em um curto período de tempo, o que pode trazer danos enormes para o ofendido de forma cada vez mais acelerada.

## REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana. Os limites da liberdade de expressão na internet. Revista Brasileira de Educação e Cultura, v. 1, n. 21, p. 76-97, 2020.

ALEXANDRE DE MORAIS. Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

BARRETO, Gustavo. Cidadania e internet: entre a representação midiática e a representatividade política. 1 ed. Curitiba – Paraná; Appris, 2017, 221p.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, Atlas, São Paulo, 2014.

ANDRADE, A. G. C. A resposta constitucionalmente adequada para o discurso de ódio no direito brasileiro. Universidade Estácio de Sá, (tese); Rio de Janeiro, 2018, 16p.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004.

BEATRIZ, Celina. Os direitos humanos e o exercício da cidadania no meio digital. In: BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 05 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. LEI Nº 12.965, DE ABRIL DE 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília – DF; 2014.

CARVALHO, Antonia Rafaela Fernandes. Twitter e facebook: liberdade de expressão e vida privada. – RDL – ESMARN – v. 15, n. 1, p. 39-69, jan./abr. 2013.

- CARVALHO, T. M. P.; RIOS, R. Os limites da liberdade de expressão na internet: discurso de ódio no Twitter. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. São Luís – MA – 2019.
- CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. 2ª edição. São Paulo, Brasil: Quorum, 2008, p. 104.
- EQUIPE ÂMBITO JURÍDICO. Liberdade de expressão: a perseguição na Internet. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/liberdade-de-expressao-aperseguiçao-na-internet/> amp/. Acesso em 05 out. 2022.
- FARIAS, Edilson. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. Liberdade de expressão e Estado democrático de direito. In: Direito constitucional brasileiro. Teoria da constituição e direitos fundamentais. Clemerson Merlin Cléve (coord.). Editora Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. O exercício da liberdade de expressão nas redes sociais: e o marco civil da internet. Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP, v. 13, n. 6, p. 150 – 166, 2016.
- LIMA, W. C. A liberdade de expressão como novo direito na sociedade em rede: limites em casos envolvendo blogs no poder judiciário brasileiro. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. UFSM, 2017.
- MESQUITA, Gabriella. Quais os limites da liberdade de expressão: o direito à liberdade de expressão não pode infringir a dignidade humana. Radio Brasil de Fato, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/28/quais-os-limites-da-liberdade-de-expressao-nainternet/>. Acesso: 05 out. 2022.
- MORAES, Maria Celina; TEFFÉ, Chiara. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr., 2017.
- NASCIMENTO, Erick Venâncio. Liberdade de expressão durante o processo eleitoral. Conjur. 10 de julho de 2018.
- OLIVEIRA, Alexiane Carvalho de Arruda. Redes sociais: a reparação de danos morais pelas ofensas no âmbito virtual. Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC (Monografia); 2021, 40p.
- PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6ª edição. Editora Atlas, São Paulo, 2013.
- RODRIGUES, A.; COLUCCI, C. F. P. Liberdade de Expressão nas Redes Sociais e o conflito do Hate Speech. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/liberdade-de-expressao-nasredes-sociais-e-o-conflito-do-hate-speech/amp/>. Acesso em 05 nov. 2021.
- SARLET, I. W.; SIQUEIRA, A. B. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, 2019.

SILVA, Ricardo Cardoso. Direito à privacidade nas redes sociais virtuais a dicotomia entre hipervisibilidade e privacidade. Centro Universitário UniFG (Dissertação); 2018, 21p. SOUZA, Renata Adriana. O enunciado liberdade de expressão na contemporaneidade: disputa de sentidos e movimentos de fronteiras.

REDISCO, Vitória da Conquista, v. 10, n.2, p. 125- 145, 2016. [stf.www.stf.jus.com.br](http://stf.www.stf.jus.com.br)

TERROU, Fernand, La información, Oikos-Tau, Barcelona, 197

# NOTAS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Francisco Meton Marques de Lima**

Prof. Titular da UFPI, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC, líder dos Grupos de Pesquisa: a) A NOVA ORDEM SOCIAL QUE SE INSTALA NO BRASIL APÓS AS REFORMAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; b) OS DIREITOS COLETIVOS NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS, integrante do GRUPE e de outros Grupos de Pesquisa, integrante do PPGD da UFPI, Desembargador do TRT da 22ª Região, Gestor Regional do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem. Escritor  
Teresina-PI  
Lattes -/9232203175795621  
Orcid iD 0000-0002-1909-3134

### **Francisco André dos Santos Rodrigues**

Bacharel em Direito pela UFPI, Especialista em Direito Tributário, Mestrando em Direito junto ao PPGD da Universidade Federal do Piauí, Analista Judiciário do TRT da 22ª Região – PI desde 2006  
Teresina-PI  
Lattes: /4020708931232898  
ID-ORCID 0000-0001-9849-7104

**RESUMO:** A Lei Geral de Proteção de Dados, publicada em 2018 e vigente desde setembro de 2019, não inovou no Direito brasileiro como instrumento de proteção da privacidade, contudo traz ineditismo ao instituir fundamentos e princípios, conceitos e parâmetros aptos a instrumentalizar a proteção dos dados pessoais e dos dados pessoais sensíveis das pessoas naturais, quando necessário o seu fornecimento por ofício a pessoas naturais, empresas e Administração Pública. O presente artigo visa abordar a importância da LGPD como base legal de proteção do direito fundamental à autodeterminação informativa, hoje assegurado na Constituição de 1988 contra eventuais condutas ilícitas. Com enfoque na atualização de suas rotinas de gestão de processos de tratamento de dados de titulares de dados internos ou externos à instituição e a adoção dos relatórios tomará por base, além da LGPD, os normativos oriundos do Conselho Nacional de Justiça e as normas expedidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados voltadas aos órgãos da Justiça do Trabalho, sopesando os direitos dos titulares de dados e as regras de responsabilidade objetiva da Administração Pública e do agente de dados, além da subjetiva, em

caráter regressivo, do servidor público em geral.

**PALAVRAS-CHAVE:** LGPD; Dignidade humana; Autodeterminação informativa; Poder Judiciário trabalhista; Direitos do titular de dados.

## NOTES ON INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION RIGHTS BASED OF THE GENERAL DATA PROTECTION ACT ON THE LABOR PROCESS

**ABSTRACT:** The General Data Protection Law, published in 2018 and in force since September 2019, did not innovate in Brazilian law as an instrument of privacy protection, however it brings, in an unprecedented way, fundamentals and principles, concepts and parameters able to instrumentalize the protection of personal data and sensitive personal data of natural persons, when necessary, their provision by letter to natural persons, companies and the Public Administration. This article aims to address the unique importance of LGPD as a legal basis for the protection of the fundamental right to informational self-determination, expressly guaranteed in the 1988 Constitution against eventual commissive or omissive conduct by the Judiciary, as a state entity, in relation to the protection of privacy, honor, privacy and, especially, the right to informational self-determination of natural persons. Focus will be given to the necessary updating of its routines for managing data processing processes of data subjects internal or external to the institution and the adoption of the reports will be based, in addition to the LGPD, on the regulations from the National Council of Justice and the norms issued by the National Data Protection Authority aimed at the depts of Labor Court, balancing the rights of data subjects with the rules of objective responsibility of the Public Administration, of data protection officer and subjective, in a regressive character, of other public servant.

**KEYWORDS:** LGPD; Human dignity; Informative self-determination; Labor Court; Data subject rights.

## 1 | INTRODUÇÃO

O lugar da vela acesa jamais será sob um anteparo opaco, mas no candelabro de maior destaque. De modo semelhante os direitos da personalidade relacionados com a autodeterminação informativa, baseados na privacidade dos dados pessoais.

Ora, há 100 anos viagem ao espaço era mera ficção científica. Não havia nenhum satélite artificial ou a estação especial orbitando a Terra. Em 1914 o primeiro avião de passageiros fez seu primeiro voo-teste bem sucedido com apenas 16 pessoas.

Desde então, não só colocamos 2300 satélites no espaço como já fomos até a Lua e colocamos robôs em Marte.

Do primeiro computador pessoal popularizado (Apple I e Apple II), na década de 70 ao atual estágio de desenvolvimento tecnológico onde autômatos tomam decisões a partir de programações prévias e, muitas vezes, auto-adaptáveis não demoraram mais de 60 anos.

Ferramentas tecnológicas para monitoramento de pessoas, coisas e fenômenos

são cada dia mais presentes em nosso cotidiano, seja ostensivamente ou de modo imperceptível,

Desde equipamentos que permitem o reconhecimento facial, passando pela possibilidade de geolocalização em tempo real a partir de rastreamento automatizado de contatos (*contact tracing*) ou através de mapas de calor, por exemplo. É fato que estamos submetidos a constante monitoramento nos tempos atuais.

A simples visualização de um anúncio em uma das inúmeras redes sociais gratuitas ou, até, comentários que se faça próximo a um *smartphone* pode ensejar a captura de dados pessoais de toda natureza e o bombardeamento do indivíduo por uma série de publicidades e mesmo conteúdos de cunho político, ideológico, religioso, sindical, profissional, cultural que, a priori, ele não havia solicitado e, muitas vezes, sequer lhe são úteis ou oportunos.

Essa liberdade de comunicação e de expressão, bem como de informação, agora embalada na poderosa corrente magnética invisível, a lhe conferir instantaneidade e ubiquidade, rompe as muralhas tradicionais de proteção da intimidade e da vida privada, influenciando, especialmente, na liberdade de escolhas dos indivíduos quanto aos mais diversos assuntos de suas vidas. Diante da transitividade dos riscos incumbe ao homem atualizar as formas de contenção, malhas da mesma natureza do invasor e de igual potência.

A lei n. 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, ou, simplesmente, LGPD, termo que será usado a partir de agora, vigente desde 18/09/2020, surgiu o marco legal da proteção de dados pessoais no Brasil. Por meio dela, pessoas, empresas e órgãos públicos passaram a sujeitar-se a regras de tratamento de dados pessoais de pessoas envolvidas nos processos integrantes da estrutura de negócios e atividades desenvolvidos no âmbito privado ou público. Claramente isso é decorrência lógica do avanço tecnológico e da globalização e a consequente fluidificação das relações humanas e das fronteiras de uma maneira geral.

Com o advento de tal regra, trazendo para o cotidiano a discussão acerca da liberdade informativa e da importância da garantia à privacidade dos dados pessoais que transitam virtual e fisicamente no âmbito das relações sociais travadas diariamente. Veio à reboque um potencial aumento da litigância ao redor do tema, o que justifica o desenvolvimento de estudos acadêmicos que aprofundem a discussão de forma científica, tirando-a do âmbito informal, dado a sua relevância social.

Lançou-se luzes para um “admirável mundo novo” de lides possíveis. Repisa-se, não se criou um direito, apenas tem-se um gradativo ganho de visibilidade à garantia de que os dados pessoais de cada indivíduo sejam tratados unicamente mediante sua expressa autorização e para finalidade específica, sob pena de responsabilização cível, administrativa e criminal.

Isto tem se dado em um contexto de progressiva e agressiva globalização que

vem se desenvolvendo com solidez desde a década de 1970, as relações humanas têm ultrapassado limites, divisas e fronteiras sem qualquer pudor, ainda mais no contexto do fenômeno que tem sido denominado Revolução 4.0, Quarta Revolução Industrial ou, ainda, Indústria 4.0<sup>1</sup>, proporcionando mais abrangentes, velozes e amplas conexões entre máquinas, entes, empresas e, na ponta da linha, pessoas.

Redes sociais, cadastros de lojas e anúncios *on line*, servidores das pessoas jurídicas de Direito Público, são verdadeiros balaios de dados pessoais cujo preço se tornou inestimável.

Sim. Os dados pessoais, hoje, são tratados como valiosas *commodities*, de comercialização fácil e rentável e, por isso mesmo bastante disputadas, tanto no mercado de atividades lícitas quanto das ilícitas. Destaque-se que, mesmo o uso de dados pessoais em atividades legais pode resultar em ilicitude, desde que não observados os fundamentos e princípios inerentes ao direito fundamental à autodeterminação informativa, cuja adequada abordagem virá mais à frente.

Tal realidade obrigou o Estado a normatizar em busca de tutelar o que veio a se tornar um “novo” direito fundamental, antes implícito, baseado na dignidade da pessoa humana, e atualmente materializado no inciso LXXIX do art. 5º da CF/88: “*é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais*”, inserido pela Emenda Constitucional n. 115/2021.

Percebe-se, assim, que em um curto espaço de tempo, desde o advento da LGPD, em 2019, vem-se reforçando a certeza quanto à necessidade de imprimir proteção substancial aos dados pessoais, através de garantias de proteção ao direito à autodeterminação informativa a ponto de configurá-lo como direito fundamental explícito.

Ademais, nesse interregno, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, através da lei n. 13.853/2019, órgão vinculado à Presidência da República, com natureza jurídica transitória, podendo, a critério da Presidência da República, ser migrada para a Administração Pública Indireta com regime autárquico especial e com a finalidade precípua de (art. 55-J).

Reconhecida a relevância da autodeterminação informativa, devido à velocidade e amplitude de disseminação dos dados pessoais e, especialmente, dos dados pessoais sensíveis<sup>2</sup>, cujo tratamento não será foco deste trabalho; através de uma rede de computadores mundialmente interligadas, os transformou em moeda de grande valia, como acima mencionado, isto porque revelam bastante acerca dos interesses, necessidades e tendências das pessoas, servindo, dessarte, aos mais variados fins de atuação de uma pessoa natural, ou de empresas do setor privado ou mesmo para a

1 Caracteriza-se pela existência de centros de produção de riqueza, conhecimento e governo nos quais os equipamentos e produtos precisam comunicar-se entre si e desenvolver atividades de forma autônomas, tomando decisões sem intervenção de operadores, não bastando o auto grau de automação.

2 São os dados pessoais “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II, da LGPD).



Administração Pública.

Diante dessa realidade, a Administração Pública, como alvo da eficácia objetiva da norma protetiva em tela (art. 1º, caput, da lei n. 13.709/2018), considerando a multiplicidade potencialmente ilimitada de dados inseridos nos sistemas de processos e procedimentos, administrativos e judiciais.

Pondo uma lupa sobre esse universo, podemos vislumbrar um enorme baú de dados pessoais e dados pessoais sensíveis contidos nos processos judiciais e, em especial, naqueles que tramitam na Justiça do Trabalho, onde se discute, em regra, circunstâncias de relações entre pessoas, naturais e jurídicas, que se desenvolvem por anos e nas quais trafegam uma infinidade de informações relativas aos atores da relação. Óbvio que tudo ou grande parte disso, vai para dentro dos processos judiciais trabalhistas, que no Brasil, hodiernamente, tramitam 100% por meio eletrônico.

O presente artigo tem como escopo analisar alguns aspectos relativos à LGPD, os princípios norteadores, seu objeto e eficácia subjetiva e objetiva, destacando a urgência de sua implantação na gestão de processos e procedimentos desenvolvidos no âmbito da atuação fim e meio do Poder Judiciário trabalhista brasileiro em mais especificamente, dentro do Processo do Trabalho. Tal delimitação foi necessária uma vez que o âmbito de aplicação da LGPD e suas consequências sobre as relações humanas tuteladas pelo Direito ainda é um terreno inexplorado e potencialmente infundável.

Para tanto, será partiremos da CF/88 e da LGPD, com suas alterações, e os normativos que regulam seus institutos e sua aplicação serão instrumentos de análise obrigatória.

Dado à amplitude da temática, optamos por direcionar a pesquisa para o âmbito da Administração Pública, mas ainda não seria suficientemente restrito o espaço de pesquisa e, por fim, decidiu-se abordar acerca da relevância da LGPD dentro do Poder Judiciário e, especialmente, na Justiça do Trabalho e seus processos, judiciais e administrativos.

Nesse universo, abordaremos sobre a necessidade de efetiva implantação da gestão adequada dos dados pessoais no âmbito da Justiça do Trabalho como forma de prevenção de eventuais violações ao direito fundamental à autodeterminação informativa, e a decorrente responsabilização dos atores do processo, incluindo o ente estatal e, regressivamente, dos agentes públicos e mesmo de agentes privados que atuem como operadores de dados através de contratos com o órgão da aludida Justiça especializada.

## **2 | ASPECTOS NORMATIVOS GERAIS DA PROTEÇÃO DE DADOS**

Inicialmente, importa destacar que o tema da segurança e política de privacidade dos dados pessoais e dos dados sensíveis que trafegam nas diversas peças dos processos judiciais em trâmite nas mais diversas esferas de alcance do Direito remonta, em nossa recente história jurídica, ao art. 5º da Constituição Cidadã de 1988, no inciso

LVIII, especialmente, passando por legislações como as leis ns. 11.419/2016 (Processo Eletrônico) e 12.527/2011 (Acesso à Informação), dentre outros diplomas legais.

Aquela, quando define as regras básicas de negócio do processo judicial eletrônico, e esta quando trata do regime de transparência que deve ser dado aos atos da administração pública direta e indireta e aos documentos sob sua guarda, de acordo com um critério de sensibilidade do conteúdo, estipulando, como regra, a publicidade dos atos da administração, bem assim dos dados que permeiam os processos de tomada de decisão nas três esferas de Poder, sendo o sigilo exceção (Lei n. 12.257/2011. “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;”).

Dessarte, não há falar em um ineditismo da Lei de Geral de Proteção de Dados quando o legislador se propôs a tratar dos dados das pessoas naturais que trafegam em meios físicos e digitais através dos sistemas e escaninhos de outras pessoas naturais, de pessoas jurídicas de Direito Privado e de Direito Público e, portanto, servindo como ferramenta contra abusos no tratamento dos dados pessoais e pessoais sensíveis submetidos a tratamento.

É certo que a LGPD, fundada no respeito à privacidade, autodeterminação informativa, liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, desenvolvimento econômico e tecnológico, inovação, livre iniciativa e livre concorrência, defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º da Lei n. 13.709/2018), trouxe importantes matrizes de forma ineditamente sistematizada e aplicável não só no âmbito das relações econômico-financeiras, mas também das demais relações humanas relevantes para o Direito cujos dados pessoais e sensíveis das pessoas naturais precisem ser tratados pelas respectivas contrapartes da relação jurídica, sejam pessoas naturais ou jurídicas.

A propósito do mercado de dados, pontua Maurício Requião:

O mundo, especialmente ao longo da última década, foi moldado para extrair dados dos usuários da Internet em escala massiva. Esses dados, reunidos e processados através do que se convencionou chamar de ‘Big Data’, que permite a obtenção de informações e o poder de influenciar condutas, em escalas até o presente momento ainda não inteiramente esclarecidas. Assim, os dados pessoais são transformados em importante ativo comercial das grandes empresas de tecnologia do mundo, com o claro objetivo de obtenção de capital, além de outros até o momento não tão claros assim.<sup>3</sup>

Com efeito, é possível identificar que em seu pano de fundo a LGPD visa proteger

---

3 REQUIÃO, Maurício. Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protexcao-dados-pessoais-antes-agora-depois>. Acesso em 06 de abril de 2021.

a última fronteira de garantia do indivíduo, que subsidia todos os demais aspectos da essência humana, a *dignidade*; afinal, esse direito fundamental, com guarida internacional, como se extrai do Pacto de São José da Costa Rica de 1969, em seus artigos 5, item 2, artigo 6, item 2 e artigo 11, item 1<sup>4</sup>, por exemplo; e, obviamente, da Constituição Federal, em seus artigos 1º, III e 170, *caput*, exemplificativamente; e subsidia a demanda contra a violação de quaisquer outros direitos, inclusive aqueles de mesma hierarquia.

Não seria lógico deixar de aplicar um instrumento de tamanha carga de significados a todas as relações jurídicas, sejam elas de Direito material ou processual.

Como base de sustentação, visando prevenir eventual proteção deficitária de relevante parcela da dignidade humana foi que o legislador optou por fixar uma larga base principiológica norteadora, entendidos princípios como mandamentos de otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, segundo professa Robert Alexy<sup>5</sup>.

Tais princípios são, consoante se extrai do art. 6º da LGPD<sup>6</sup>:

As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em

---

4 Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

5 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90-91.

6 BRASIL, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 15/08/2018, Poder Executivo, Brasília-DF, Edição n. 157, Seção I, p. 59.

virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X- responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Percebe-se que no rol acima, que entendemos exemplificativo, mas este é um tema a ser desenvolvido em outra oportunidade, o legislador, cuidou de elencar parâmetros para o tratamento de dados pessoais e uma cláusula geral de responsabilidade.

Com isso delimitou-se, ainda, os limites para aplicação dos dados pessoais, merecendo menção o inciso I do art. 6º, quando alude aos “propósitos legítimos” do tratamento, fazendo conexão com a regra do *legítimo interesse*; definido no art. 10 da LGPD.

Legítimo interesse este que representa a mais robusta justificativa para os casos de tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública, podendo haver, ainda, claro, outras razões que consolidem a legitimidade de tal tratamento, como acréscimo.

Em grande medida, a legislação revisora que criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados veio criar os meios para o Estado implementar tal política, cuja constitucionalização se deu, recentemente através da Emenda Constitucional n. 115/2021. Disciplina a lei n. 13.853/2019, que alterou a LGPD:

Art. 55-J. Compete à ANPD:

I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

V - apreciar petições de titular contra controlador após comprovada pelo titular a apresentação de reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

VI - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

VII - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

IX - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XI - solicitar, a qualquer momento, às entidades do poder público que realizem operações de tratamento de dados pessoais informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, com a possibilidade de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XII - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XIV - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XV - arrecadar e aplicar suas receitas e publicar, no relatório de gestão a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o detalhamento de suas receitas e despesas; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XVII - celebrar, a qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, de acordo com o previsto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei; **(Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)**

XIX - garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira

simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento, nos termos desta Lei e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso); (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XXI - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XXII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XXIII - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XXIV - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Ora, chegam ao Poder Judiciário situações de aparente conflito entre o necessário respeito à privacidade, intimidade e honra do ser humano e a segurança das relações sociais e, especialmente, as socioeconômicas.

Um exemplo categórico, foi o caso do RR n. 44900-86.2014.5.13.0003, no qual a 4ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sob a relatoria do Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, publicado no DeJT de 09/08/2019, adotando tese firmada anteriormente pela SDI-1 do TST, considerou lícita a exigência de certidão de antecedentes criminais pra candidato à vaga de operador de telemarketing (*call center*), diante da necessidade de elevada fidúcia entre patrão e empregado no caso dos autos e em outras profissões, devido à quantidade e natureza dos dados aos quais esse colaborador terá acesso. Dados esses que, a depender do serviço prestado, podem subsidiar fraudes, inclusive tipificadas penalmente. No aludido julgado, explicitou-se:

REPARAÇÃO. DANO MORAL. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXIGÊNCIA PARA FINS DE ADMISSÃO NO EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATENDENTE DE TELEMARKETING. CONTROVÉRSIA PACIFICADA NO JULGAMENTO DE INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA Nº 1. PROVIMENTO. A SBDI-1 desta egrégia Corte Superior, em sua composição plena, ao julgar o Incidente de Recurso Repetitivo nº TST-IRR-243000-58.2013.5.13.0023 (Redator Ministro João Oreste Dalazen, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017), fixou o entendimento de que a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias

Percebe-se no julgado acima profunda contemporaneidade da necessidade de adequação das relações jurídicas de cunho material e processual aos ditames da LGPD, sujeitas à normatização e fiscalização da ANPD, buscando relações humanas seguras e, ao mesmo tempo, efetivas do ponto de vista econômico, administrativo, associativo, ou para qualquer outro fim a que se destinem.

Daí a importância do estudo do tema a partir de todas as nuances, com potencial relevância jurídica da mais valiosa *commoditie* existente na atualidade, os *dados pessoais*. Todavia, faz-se necessário definir o objeto de proteção da norma e, nesse particular o art. 5º da 13.709/2018, LGPD, desenvolve alguns conceitos relevantes:

Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; (...)

Mas, efetivamente, quem seriam os atores desta verdadeira *relação jurídica de dados* segundo a LGPD? Nos moldes do art. 1º da lei n. 13.709/2018<sup>8</sup>:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Observa-se a clara intenção do legislador de proteger o direito de autodeterminação da pessoa natural, através da proteção de seus dados pessoais e dados sensíveis contra eventuais abusos perpetrados por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado quando procedam ao tratamento de dados.

Contudo, torna-se salutar destacar que a norma constitucional e a infraconstitucional põem a salvo o nome e os dados das pessoas jurídicas, como se depreende da Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça: “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”<sup>9</sup>; à luz da dicotomia existente entre a honra subjetiva, inerente à pessoa natural, e a honra objetiva,

<sup>7</sup> Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acessado em:06/04/2021

<sup>8</sup> BRASIL, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 15/08/2018, Poder Executivo, Brasília-DF, Edição n. 157, Seção I, p. 59.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/>. Acessado em:06/04/2021

aspecto exterior, relativo à boa imagem da pessoa natural ou da empresa perante terceiros, que, claramente, integra o arcabouço de proteção devido às pessoas jurídicas.

Pois bem. De posse de tal espectro eficaz subjetivo ou pessoal, é relevante pontuar qual o escopo da proteção proposto no bojo da legislação estudada, ou seja, seu conteúdo eficaz objetivo ou material, o que se extrai dos art. 3º e 4º da LGPD:

Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (Inciso com redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 27/12/2018, convertida na Lei nº 13.853, de 8/7/2019)

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

(...)

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Outro viés importante, antes de adentrarmos, ao cerne diz respeito a quem são os atores nessa delicada relação de tratamento de dados. A quem cabe cada função nas relações jurídicas envolvendo tratamento de dados? Mais uma vez a LGPD, em seu conceitual art. 5º, define:

Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são



objeto de tratamento;

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); (Inciso com redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 27/12/2018, convertida na Lei nº 13.853, de 8/7/2019)

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

(...)

XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e (Inciso com redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 27/12/2018, convertida na Lei nº 13.853, de 8/7/2019)

XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional. (Inciso com redação dada pela Lei nº 13.853, de 8/7/2019)

A autoridade nacional, criada através da lei n. 13.853/2019 e recentemente regulamentada pelo Decreto n. 10.474/2020, tem, segundo a LGPD, em seu art. 4º, § 3º, a missão precípua de emitir *“opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções previstas no inciso III do caput deste artigo e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais”*.

Percebe-se, assim, ainda em uma visão superficial, que as relações jurídicas envolvendo tratamento de dados ganharam uma robusta normatização e atualmente tem reverberado com mais relevância não apenas sobre as relações humanas de direito material ou substancial, mas sobremaneira sobre as processuais ou adjetivas; inclusive sendo criada uma Autoridade com atribuições semelhantes às delegadas às Agências Reguladoras, que desde os anos 90 se fizeram presentes em nosso ordenamento jurídico para regular nichos sensíveis de atuação do particular como prestador de serviços e/ou utilidades públicas.

Com efeito, as relações processuais e administrativas desenvolvidas diariamente no âmbito dos Tribunais pátrios são campo fértil para a aplicação dos princípios e preceitos regulatórios e protetivos da citada norma, mas não apenas no estágio do processo eletrônico que vem se desenvolvendo desde 2006 e, em especial, das reuniões e audiências virtuais que deixaram de ser incipientes. Com efeito, o processo virtual, ou mais do que isso, precipitou-se massivamente, de forma abrupta, por força da Pandemia de COVID-19,

que, desde o final de 2019 e até o atual momento histórico, obriga grande parcela das pessoas do mundo a ter suas relações com outras pessoas naturais, com empresas e com o poder público gerenciadas por meio remoto, através de meios de comunicação digital, especialmente aplicativos de teleconferência, tais como Google Meet, ZOOM, WebCisco e outros. Da mesma forma, agiganta-se uma economia calcada em demanda por aplicativos, de serviços de transporte, de entrega, de microtarefa e outros.

Muito mais do que os dados pessoais e pessoais sensíveis que transitam formalmente dentro dos processos, administrativos e judiciais, o acesso às próprias residências dos envolvidos, através das câmeras dos aparelhos pelos quais são realizadas as reuniões e audiências virtuais, municia a Administração Pública e, portanto, os órgãos judiciários, de informações acerca de aspectos demasiado íntimos das pessoas.

A par disso, é certo que além dos dados pessoais contidos nas peças processuais disponíveis, de regra, para consulta pública, viajam diariamente, e de forma instantânea. Uma infinidade de outros dados pessoais e, principalmente, dados pessoais sensíveis dos atores processuais também viajam instantaneamente, sejam eles reclamantes (pessoas naturais), membros da advocacia, membros do Ministério Público, Magistrados, auxiliares da Justiça e terceiros, tais como as testemunhas; e isso imprescinde de regulamentação.

### **3 I REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA**

Sensível a tudo isso, o Conselho Nacional de Justiça, em de 2019 constituiu um Grupo de Trabalho, através da Recomendação n. 73 de agosto de 2020, atualizada pela Recomendação n. 89 de fevereiro de 2021, cujo escopo é recomendar *“aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a adoção de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD”*<sup>10</sup>

Sendo assim, é possível conceber que o regramento é aplicável a todos os ramos do Poder Judiciário brasileiro, inclusive à Justiça do Trabalho e sob este enfoque passaremos ao estudo.

Texto normativo que, ao recomendar, indica o caminho para que, de maneira uniforme, os órgãos do Poder Judiciário nacional estabeleçam um rito de gestão de processos que garanta o respeito aos ditames da LGPD, nos seguintes termos:

Art. 1º Recomendar a todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, à exceção do Supremo Tribunal Federal, a adoção das seguintes medidas destinadas a instituir um padrão nacional de proteção de dados pessoais existentes nas suas bases:

- I – elaborar plano de ação que contemple, no mínimo, os seguintes tópicos:
- a) organização e comunicação;

---

<sup>10</sup> BRASIL, Recomendação n. 73 de 20 de agosto de 2020, Poder Judiciário, Brasília-DF, DJe/CNJ n. 272/2020, em 21/08/2020, p. 9-11.

- b) direitos do titular;
  - c) gestão de consentimento;
  - d) retenção de dados e cópia de segurança;
  - e) contratos;
  - f) plano de respostas a incidentes de segurança com dados pessoais;
- II – disponibilizar, nos sítios eletrônicos, de forma ostensiva e de fácil acesso aos usuários:

a) informações básicas sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados aos tribunais, incluindo os requisitos para o tratamento legítimo de dados, as obrigações dos controladores e os direitos dos titulares;

b) formulário para exercício de direitos dos titulares de dados pessoais;

III –elaborar ou adequar, bem com publicar nos respectivos sítios eletrônicos, de forma ostensiva e de fácil acesso aos usuários:

a) a política de privacidade para navegação no website da instituição em relação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e ao art. 7º, VIII, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet);

b) os registros de tratamentos de dados pessoais contendo, entre outras, informações sobre:

- 1) finalidade do tratamento;
- 2) base legal;
- 3) descrição dos titulares;
- 4) categorias de dados;
- 5) categorias de destinatários;
- 6) transferência internacional;
- 7) prazo de conservação;
- 8) medidas de segurança adotadas;
- 9) a política de segurança da informação;

IV – constituir Grupo de Trabalho para estudo e identificação das medidas necessárias à implementação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito do respectivo tribunal, cujo relatório final subsidiará o Conselho Nacional de Justiça na elaboração de uma política nacional.

Art. 2º O Conselho Nacional de Justiça, por meio do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ nº 63/2019, coordenará os estudos a serem realizados pelos tribunais para implementação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Art. 3º Os Grupos de Trabalho instituídos pelos tribunais deverão elaborar e apresentar relatório final, no prazo máximo de 180 dias, contados a partir da publicação desta Recomendação, encaminhando-o ao Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça. (redação dada pela Recomendação n. 89, de 24.02.2021)

Art. 4º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Isto apenas reflete a necessidade de, a par de disciplinar e tutelar as novas situações, o Estado, através dos órgãos responsáveis pela aplicação da norma, se adequar à progressiva tendência da aplicação de ferramentas tecnológicas de trabalho visando a garantir efetiva e eficiente prestação da jurisdição através da informatização do processo judicial; mas, acima de tudo, uma segura gestão de dados dos atores processuais.

Neste contexto de (r)evolução do princípio do acesso efetivo à justiça, dando efetividade ao princípio constitucional da duração razoável do processo, o Estado não pode descurar da proteção à intimidade das pessoas cujos dados trafeguem nas linhas e circuitos processuais. Destarte, cabe ao Estado tutelar a dignidade das pessoas, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, como definiu Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

No Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade é visualizado, simultaneamente, no seu aspecto limitativo de ações do estado e da própria comunidade e como implementador de direitos que estabelece<sup>11</sup>.

Conforme já destacado, a norma protetiva decorrente da LGPD é aplicável à Administração Pública, direta e indireta, e, em nosso sentir, com um plus de responsabilidade, uma vez que é dado a seus órgãos concretizar os atos necessários à garantia do bem estar coletivo e da paz social. Dessarte, e no particular, os agentes públicos devem agir de forma exemplar no uso das ferramentas de gestão que assegurem a proteção efetiva dos dados confiados pelo particular em todas as fases e formas de tratamento.

Assevere-se que a própria LGPD estabelece mecanismos de responsabilização para as pessoas naturais e jurídicas de direito privado e público em caso de falharem, por dolo e, em determinadas hipóteses, culpa, durante o processo de tratamento de dados entregues sob sua responsabilidade. É o que se extrai do art. 9º, IV da lei:

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

(...)

VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento.

A ênfase à responsabilidade adicional da Administração Pública fica mais evidenciada, ainda, quando a LGPD, no Capítulo IV, Seção II, art. 31 e 32, dispõe:

Art. 31. Quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação.

Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados

---

<sup>11</sup> PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Princípio da dignidade da pessoa humana – na perspectiva do direito como integridade*, p. 32.

peçoais pelo Poder Público.

Mas, em verdade, o que tem sido feito pelos Tribunais brasileiros e seus membros, até o presente momento, para efetivar as garantias que emanam da LGPD, em vigor desde 18/09/2020?

Ou será que os agentes públicos que comandam os órgãos da Justiça brasileira ainda estão em estado letárgico de comprometimento com a efetivação dessa garantia de todos os jurisdicionados?

Sim. O que se percebe é, de maneira geral, uma acomodação ou indiferença dos Tribunais pátrios. Isso não soa bem. Poderá ensejar ações de reparação de danos morais contra o Poder Público e, quiçá, responsabilidade de seus administradores, quem sabe, enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa.

Assim não fosse, não teria sido necessária uma Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, fixando verdadeira *deadline* para que os tribunais enviem esforços para criar suas rotinas de gestão de dados de seus membros, servidores, jurisdicionados, advogados e demais auxiliares da justiça visando à proteção da privacidade, honra, intimidade, garantindo a capacidade de autodeterminação de todos os indivíduos acima listados, através de um modo racional de tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

Por outro lado, incumbe levantar até que ponto o Poder Público está negligenciando no que tange à autorregulação e à implantação de mecanismos de tratamento dos dados postos sob sua guarda, como se “tampasse o sol com a peneira”; agindo, ademais, como se preenchesse buracos no fundo de uma lata d’água com cera de abelha, mesmo sabendo que isso nunca seria uma solução efetiva para o vazamento.

## 4 | RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA

Quais os riscos que o ente mantenedor, União, Estados e DF está vulnerável a sofrer? Responsabilização civil por conta desse vazar na efetivação de uma verdadeira *política pública de tratamento de dados*.

Hoje, é certo que existe um rito para aferição da responsabilidade do agente que trata dados, como se percebe da dicção do art. 42 e seguintes da LGPD e, pasmemos, na modalidade objetiva, não apenas para a Administração Pública:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou

quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

**Não se pode olvidar, ainda, de que os Tribunais devem observar a LGPD no que tange à elaboração e atualização dos relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco (art. 5º, XVII, da LGPD) e amplo acesso ao titular de dados acerca das informações relativas ao tratamento de seus dados pessoais (art. 9º da LGPD).**

Além disso, e de forma prévia, deve-se elaborar o chamado *RoPA*, (*Record of Processing Activities*), uma espécie de controle de fluxo dos dados pessoais baseado na taxonomia dos processos que envolvam o tratamento de dados pessoais, indicando a base legal para cada tratamento de dados realizado. Tal documento tem por base legal o art. 30 do GDPR, regulamento de proteção de dados pessoais vigente para o continente Europeu e que, de modo geral, inspirou a LGPD e, em certa medida, a instrumentaliza no que tange à aplicação de forma supletiva e subsidiária.

Tem-se, então, os elementos subjetivo e objetivo para a atuação do Poder Judiciário na proteção dos dados pessoais quando da gestão de processos no exercício de sua atividade meio ou fim.

Apenas e tão somente o tratamento de dados em desconformidade com as garantias fixadas na norma ensejam a responsabilidade, sim, dispensa-se o elemento subjetivo (dolo ou culpa), resultando em responsabilidade objetiva do ente público. O mesmo se aplica às pessoas jurídicas de direito privada prestadoras de serviço público: *“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”* (art. 37, § 6º, da CF/88)

Não se está, aliás, a falar em presunção de responsabilidade, mas efetiva responsabilidade por ato ou fato, cujo prejuízo se dá *in re ipsa* (independente de prova do dano, sendo ele presumido).

Resta, ainda, a possibilidade de responsabilização, desta feita apenas em caso de reconhecido dolo ou erro grosseiro, do agente público responsável pelo tratamento de dados, como ordinariamente tem sido reconhecido pelos tribunais superiores.

## 5 | CONCLUSÃO

Ante tudo o que se delineou acima, é essencial que, afim de se dar efetividade ao direito fundamental efetivar ao direito fundamental de autodeterminação e proteção eficiente da privacidade, honra e dignidade da pessoa natural, consagrado em Tratados Internacionais, na Constituição Federal e, hoje, contemplado com um arcabouço normativo pátrio, se implemente os mecanismos de controle prévio e posterior, com as devidas atualizações e acompanhamento, bem assim se garanta ao titular de dados a máxima clareza e fácil acesso às informações relacionadas a seus dados pessoais que, eventualmente sejam tratados no âmbito do Poder Judiciário.

Com efeito, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como direitos da personalidade e componentes da dignidade das pessoas naturais e, até onde compatíveis, das pessoas jurídicas, possuem duplo caráter, conforme anota Edilsom Farias:

Além de constituírem direitos fundamentais (com sua especial proteção pelo ordenamento jurídico) são ao mesmo tempo direitos de personalidade, isto é,

'essenciais à pessoa, inerentes à mesma e, em princípio, extrapatrimoniais'<sup>12</sup>.

Diante da entrada em vigor da LGPD, que normatiza acerca da rotina de tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis no Brasil, merece especial atenção sua repercussão no âmbito da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário, restando claro ser “para ontem” a adoção de gerenciais dos órgãos de justiça em prol da efetivação das normas contidas na lei de dados.

Qualquer visão simplista sobre o tema tem grande potencial para ensejar um panorama temerário de proteção deficitária dessa garantia constitucional de potência ímpar, a dignidade do indivíduo frente ao Estado a quem confiou todos os seus dados pessoais.

Ora, se a LGPD alcança pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado que guardam e manipulam dados, com muito mais pujança será aplicada ao Poder Judiciário, a quem é confiado pelos obreiros, advogados, testemunhas, servidores, membros do Ministério Público, Magistrados e demais auxiliares da Justiça um punhado de dados como CPF, telefone, endereço, profissão, estado civil para mencionar apenas o básico, sem maiores indagações acerca dos porquês de os estar informando.

Por fim, é certo que olvidar à LGPD, seus princípios, condições legais para o regular tratamento de dados, normas de responsabilidade e, ademais, aos normativos infralegais editados pelo CNJ são demonstrações de negligência grosseira, pois além de aviltar o próprio Estado de Direito, nega dignidade ao indivíduo e, do ponto de vista institucional, expõe o ente federativo ao qual o órgão jurisdicional está vinculado ao risco de ser acionado judicialmente por dano moral e material, com possível ação regressiva contra o responsável pela violação (por ação ou omissão) da regra de conduta determinada na LGPD.

Por fim, sendo a Justiça a depositária e guardiã dos dados fundamentais das partes litigantes, dos auxiliares da justiça de membros de Poder e advogados, além dos serventuários e demais colaboradores, reputa-se muito perigosa a conduta de avestruz em relação à responsabilidade do Poder Judiciário enquanto ambiente de tratamento de dados pessoais em massa.

Tais omissões na regulamentação e efetiva proteção dos dados confiados à tutela do Poder Judiciário abrirá espaço para ações reparatórias de danos morais e materiais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

---

<sup>12</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 118.



PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Princípio da dignidade da pessoa humana – na perspectiva do direito como integralidade*. São Paulo: LTr, 2009.

REQUIÃO, Maurício. Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protecao-dados-pessoais-antes-agora-depois>. Acesso em 06 de abril de 2021.

# O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Adriel Luís da Silva**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I, Campina Grande-PB.

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário – PUC MINAS

### **Quezia Fideles Ferreira**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I, Campina Grande-PB.

Mestra em Letras- UFPB  
Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário – PUC MINAS

**RESUMO:** As novas formas laborais que vem ganhando destaque no cenário pós-moderno, têm convocado a nossa corte pátria a refletirem sobre a sua práxis, enquanto alternativa de produção de renda, exigindo uma regulamentação normativa sobre a sua validade no plano jurídico. Nesse cenário, a atividade dos motoristas de transporte individual de passageiros, desperta uma reflexão sobre o seu reconhecimento como forma de emprego/trabalho em diálogo pertinente com o corpo legislativo responsável por revestir de juridicidade as relações empregatícias nacionais. Tendo

como norte a complexidade da natureza da atividade desenvolvida pelos transportes por aplicativo, resultado da ausência de regulamentação uníssona, o presente estudo objetiva analisar os ditames principiológicos sustentadores da inteligência regente nas decisões jurisprudenciais que abordam a temática da Uberização. Para isso, adotamos como objeto de investigação os posicionamentos proferidos pelo Tribunais Regionais do Trabalho. Pesquisas dessa natureza contribuem para fomentar ações constantes de reflexão em direção às formas de produção de renda contemporânea, compreendendo o arcabouço normativo movimentado para a sua compreensão e justificação, como um trabalho fruto de uma relação pactual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Labor, juridicização, transporte de passageiro, TRTs.

### **THE UBER PHENOMENON AND THE LEGALIZATION IN THE LABOR LAW**

**ABSTRACT:** The new labor forms that have been gaining prominence in the postmodern scenario, have called our homeland court to reflect on their praxis, as an alternative income production, requiring normative regulation on its validity in the legal plan. In

this scenario, the activity of drivers of individual passenger transportation, arouses a reflection on its recognition as a form of employment/work in pertinent dialogue with the legislative body responsible for providing legality to the national employment relations. Having as a guide the complexity of the nature of the activity developed by app-based transportation, a result of the absence of unified regulation, this study aims to analyze the principiological dictates that sustain the governing intelligence in the jurisprudential decisions that address the theme of Uberization. To this end, we have adopted as our object of investigation the positions handed down by the Regional Labor Courts. Research of this nature contributes to foster constant actions of reflection toward the forms of contemporary income production, understanding the normative framework moved for its understanding and justification, as a labor that is the fruit of a factual relationship.

**KEYWORDS:** Labor, juridicization, passenger transportation, TRTs.

## 1 | INTRODUÇÃO

O desenvolvimento cada vez mais acelerado da tecnologia e os altos índices do desemprego, impulsionaram o surgimento de novas atividades laborais, vistas como um caminho possível para prover à subsistência de muitos cidadãos. Essas recentes formas de produção de renda relegam ao Judiciário a tarefa de refletir sobre diferentes questões, entre as quais estão a compreensão da sua natureza consoante os pressupostos da norma norteadora das relações empregatícias.

A atividade dos motoristas de transporte individual de passageiros, denominada de Uberização, insere-se entre uma das atuais questões enfrentadas pelos nossos tribunais trabalhistas, que vem levantando questionamentos sobre os seus traços constitutivos e, ao analisar as demandas que batem a sua porta, à luz dos ditames previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, tem emitido pareceres dissonantes, que circulam em torno do reconhecimento/ desconhecimento da relação de emprego, pactuada entre o condutor do veículo e o gerenciador da plataforma digital.

Tendo como óbice a existência de diferentes posicionamentos jurisprudenciais sobre a caracterização da atividade dos motoristas por aplicativo, nesta pesquisa, temos por objetivo analisar, as premissas principiológicas que deram embasamento à inteligência regente nas decisões do reconhecimento ou de negativa do vínculo empregatício, instaurado entre o motorista credenciado e a plataforma tecnológica Uber. Para tecermos essas reflexões, adotamos como corpus de investigação o gênero jurídico decisão jurisprudencial que versa sobre a temática e tenha sido objeto de apreciação judiciária, na última década deste século.

Pesquisas dessa natureza são relevantes porque na atual conjuntura, onde cresce o índice do desemprego e, em muitas ocasiões, os diretos trabalhistas são desrespeitados, se fazem necessárias ações constantes de reflexão em direção às formas de produção de renda contemporânea, especialmente, aquelas cuja mediação ocorre através de meios

tecnológicos, a fim de definir, de modo coerente, o arcabouço normativo movimentado para a sua compreensão e justificação, como um trabalho fruto de uma relação pactual.

Nosso estudo será iniciado com apresentação, no tópico seguinte, dos pressupostos metodológicos, na sequência apontaremos os resultados evidenciados durante a investigação do objeto de estudo, o gênero jurídico decisão jurisprudencial. No item discussão apontaremos o arcabouço teórico mobilizado na análise do corpus, e, por fim, adentramos nas conclusões alcançadas no presente estudo.

## 2 | METODOLOGIA

Tendo como norte refletir sobre a importância e o fundamento jurídico que na atualidade subsidiam a atividade dos motoristas de transporte individual de passageiros, o presente estudo insere-se no rol das pesquisas caracterizadas como qualitativas, pois lida “uma família interligada e complexa de termos, conceitos e suposições” (DENZIN; LINCOLIN, 2006, p. 16) e procurar entender e interpretar fenômenos sociais inseridos num contexto, como atuação do judiciário brasileiro (BORTONI -RICARDO, 2008, p. 34). Em relação às fontes de informação e coleta dos dados, a presente pesquisa qualifica-se enquanto documental, a partir da concepção de documento como “uma informação organizada sistematicamente, comunicada de diferentes maneiras (oral, escrita, visual ou gestualmente) e registrada em material durável” (GONÇALVES, 2003, p. 32). Nesse sentido, toma como corpus o gênero jurídico decisão jurisprudencial que versa sobre a temática, objeto de apreciação judiciária, na última década século XXI.

## 3 | RESULTADOS

A relação pactual em estudo suscita reflexões no tocante à inserção do labor no conceito celetista de emprego. Ao nosso ver, seguimos a inteligência dos pesquisadores, juristas e estudiosos, a exemplo Almeida e Barros (2021), que defendem não haver no labor desenvolvido pelos motoristas de aplicativo características inerentes à atividade nos moldes da CLT e, portanto, não haveria que se falar na existência de um vínculo de natureza empregatícia.

A premissa da negativa de um vínculo empregatício repousa na análise das particularidades da execução do labor, que ao serem colocadas em prática, na rotina diária desses trabalhadores, distanciam-se do previsto no mandamento trabalhista, ferindo a ideia formadora dos requisitos elencados por Delgado (2019), quais sejam, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica

Na atividade resta afastado a pessoalidade, visto que pode o motorista ser substituído por outro, automaticamente, através do sistema gerenciador do aplicativo com vista no atendimento eficiente ao cliente.

A não eventualidade não compõe a práxis da atividade, dado ao seu caráter

discricionário, traduzido nas possibilidades da livre organização do horário de trabalho e da anuência a outros aplicativos e serviços, conforme afirma Almeida e Barros (2021).

Quanto à onerosidade, não há na relação pactual uma divisão em termos de porcentagem, específica das relações amparadas pela CLT, do contrário, no labor o prestador de serviço auferia a maior parte do lucro e o tomador do serviço a menor.

Se nenhum dos requisitos anteriores, estão presentes na senda do contratado para execução da atividade, ausente está, também, o mais importante componente da relação de emprego, a subordinação, uma vez que o princípio da flexibilidade orienta a atividade, permitindo entre outras condutas, a ativação do modo “offline”, no espaço de tempo definido pelo condutor.

Nesta toada, seguindo o pensamento de Brito Filho, Silva e Rodrigues (2020) e o posicionamento do TST, expresso pela 4ª Turma, defendemos como qualificação mais adequada para esse profissional a de trabalhador autônomo, nos termos do artigo 442-B, CLT.

Seguindo esse raciocínio, consoante Sarmiento (2015) nos associamos à proposição de que esse empregado autônomo celebra Contrato de Adesão, na lógica do Art. 54, do Código de Defesa do Consumidor, visto que não tem esse o condão de opinar sobre as cláusulas do contrato, fruto de uma ação unilateral, rechaçando a ideia de existência da pactuação de um contrato nos ditames da norma celetista.

Cabe frisar a nossa discordância a respeito da tese da materialização da subordinação jurídica disruptiva, defendida por Gaia (2020), pois não consideramos cabível, assim com preceituado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em decisão analisada anteriormente nesse estudo, alargamento de conceitos jurídicos pelo Judiciário, pois isso viola o princípio basilar da separação de poderes.

## 4 | DISCUSSÕES

Em apreciação à temática, a Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, TRT-1, RJ, em sede de Recurso Ordinário, ao analisar a pretensão do reconhecimento da relação de emprego, cujos litigantes eram um motorista de aplicativo e a empresa Uber do Brasil Tecnologia LTDA, firmou afastamento do vínculo, conforme disposto na emenda transcrita a abaixo:

VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA DE APLICATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não estão presentes os requisitos necessários à configuração de vínculo empregatício na relação que envolve o motorista e a empresa que viabiliza o transporte de passageiros através de uma plataforma digital.

(TRT-1 RO: 01006971720195010323 RJ, Relator: Rildo Albuquerque Mousinho, Data de Julgamento:01/09/2021, Terceira Turma, Data de Publicação:04/09/2021).

Rejeitando a tese da existência no labor dos motoristas de uma relação tipicamente empregatícia, posicionamento pleiteado pelo recorrente quando da interposição do recurso, o relator Rildo Albuquerque Mousinho de Brito, ao expressar o entendimento da turma recursal, assinala compreensão de que a pretensão não é possível, ante a realidade de que a Uber não está inserida no ramo de prestação de atividade de transporte, mas no de tecnologia que explora aplicativo, visando à intermediação entre motorista e cliente.

Associada à referida premissa, o relator atentou para percepção da ausência dos elementos fático-jurídicos qualificadores do vínculo empregatício, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT: subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade. Isso porque, na análise do caso em questão, verificou-se que ao cadastra-se na plataforma, o motorista dispõe de algumas premissas incondizentes com as inerentes a uma relação de trabalhista.

Mas a dissonância sobre a natureza do vínculo, presente por vezes entre as diferentes turmas do mesmo tribunal, deixa claro a exiguidade de pacificação sobre o assunto. A sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho, no Recurso Ordinário, nº 01008539420195010067, diversamente da Terceira Turma, cuja emenda foi exposta anteriormente, ambas pertencentes à 1ª Região, ao analisar a pretensão exposta apresentou parecer favorável, afirmando está configurado vínculo empregatício, nos moldes da CLT.

Seguindo pensamento semelhante, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, em análise do Recurso Ordinário, nº 0001539-61.2017.5.07.0009, que também teve como uma das partes a Uber do Brasil Tecnologia LTDA, decidiu pela configuração do vínculo trabalhista.

Consoante a 2ª Turma, verifica-se a presença dos elementos da relação de emprego reconhecendo a partir de uma análise fática-jurídica que a subordinação, no caso em tela, assume, devido a possibilidade de estabelecimento de relações de trabalho serem mediadas pelos recursos tecnológicos, características de uma subordinação denominada de estrutural.

Para o tribunal, não há uma liberdade de gestão do trabalho de condução de passageiros por parte do motorista e nem assume este um lugar de gestão da plataforma ao lado do tomador do serviço, do contrário, percebe-se que no ato de cadastramento na plataforma, o motorista subordina-se às regras impostas pela empresa que, caso descumpridas, pode resultar no descredenciamento temporário ou definitivo.

Na lógica, embora a Uber pretendesse ter reconhecido o fato de que o trabalho executado tenha natureza de autônomo, o motorista tenha a liberdade do exercício e o contrato seja apenas de adesão, a corte deslegitima a pretensão, pois os elementos da relação trabalhistas estão claramente presentes, visto que o direito deve acompanhar as mudanças e reconhecer os novos modos de empregos que surgem no cenário atual.

Contudo, sapiência diversa seguiu Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que no Recurso Ordinário, manifestou-se no sentido do não reconhecimento de um vínculo nos moldes celetistas entre empresa Uber e o motorista, consoante dispôs

na seguinte ementa.

VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA DE APLICATIVO. A relação de emprego é aquela firmada nos termos do art. 3º, c/c art. 442, da CLT. É o trabalho executado com subordinação, remunerado e de natureza não eventual. Afastada a existência de subordinação jurídica, não há falar em reconhecimento do vínculo de emprego. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PARTE AUTORA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. «É inconstitucional a expressão «...desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes e suportar a despesa», do art. 791-A da CLT, devendo ser suspensa a exigibilidade dos honorários advocatícios, assim como afastada a sua compensação com outros créditos trabalhistas, quando se tratar de parte hipossuficiente (art. 5º, incisos II e LXXIV da CF).» (Verbetes 75/2019). Recurso do Reclamante conhecido e parcialmente provido.

(TRT-10 RO: 0001374-71.2020.5.10.0802 DF, Relator Desembargador José Leone Cordeiro Leite, Data de Julgamento: 19/05/2021, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/05/2021).

O entendimento partiu da compreensão de que na relação entre o motorista e a plataforma não há a presença do elemento da subordinação jurídica, conforme regulamenta os artigos 3º e o 442, da CLT, rejeitando a pretensão do recorrente, que pleiteava o reconhecimento do vínculo.

Partindo da análise do contexto fático-jurídico, entendeu-se que o motorista do aplicativo tem prerrogativas que não se coadunam com o elemento da subordinação, como a flexibilidade e que a prestação do trabalho não é conduzida pela tomadora do serviço.

Ademais, ponderou que o requisito da onerosidade, assume feições distintivas da sinalizada pela CLT, vez que há uma desproporção quanto ao percentual do lucro auferido, invertendo à lógica sob a qual está alicerçada as relações reguladas pelo mandamento celetista, pois o prestador do serviço arrecada a maior parte dos lucros, enquanto que ao gerenciador resta a menor porcentagem do montante das viagens. Esse comportamento caracteriza um contrato de parceria e afasta a pretensão de haver uma relação de emprego.

A turma assinala, por último, o afastamento da não eventualidade, visto que o prestador precisa desenvolver a sua atividade de acordo as finalidades da empresa, atentando, por isso, para o oferecimento contínuo e regular do serviço, ação inobservada na praxis evidenciada na opção por períodos de inatividade.

Nessa mesma direção e alicerçada em igual percepção, a 4ª Turma da nossa Corte Superior Trabalhista ao julgar o mérito da questão no recurso de revista, nº 105555420195030179, afastou à possibilidade da existência do vínculo de emprego, entendendo não haver relação de emprego.

A Suprema Corte reafirma a carência dos quesitos regulados pela CLT. Entende que o labor deve ser compreendido como trabalho autônomo, incluindo os motoristas do aplicativo no rol dos Microempreendedor Individual- MEI, nos termos da Resolução 148/2019 do Comitê Gestor do Simples Nacional. A corte reforça o entendimento de que o

faturamento desigual entre o motorista e a empresa, descaracteriza a senda praticada na relação de emprego nos moldes da CLT e faz uma ressalva quanto à tese da subordinação estrutural, apontando que ao poder Judiciário não é permitido ampliar conceitos para reconhecer vínculos trabalhistas.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento tecnológico ocasionou o surgimento de modos não tradicionais de produção de renda, que vem proporcionando aos sujeitos à adesão a labores gerenciados por meios virtuais de controle e supervisão. Nessa realidade, está inserida a atividade do motorista de transporte passageiro por aplicativo, denominado de Uberização, cuja prática tem suscitado questionamentos no tocante a seu entendimento consoante as normas trabalhistas pátrias.

A problemática da definição da natureza do vínculo existente entre o motorista e a plataforma tecnológica gerenciadora, uma das atuais temáticas abordadas pelos nossos tribunais trabalhistas, ainda é vista por ângulos cujas orientações estão alicerçadas em distintas compreensões.

Nesse prisma, duas premissas fundantes embasam as decisões sobre a temática, a primeira reconhece haver na relação pactuada entre motorista e plataforma todos os elementos previstos no mandamento celetista, atestando a materialização do vínculo trabalhista e, a segunda, cuja lógica repousa em uma inteligência contrária, quando afasta a presença do vínculo, nos moldes da CLT, entendendo que seria esse trabalhador um empregado autônomo.

A respeito da temática, o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição em direção ao reconhecimento da tese do trabalhador autônomo, incluindo esses empregados no elenco do Microempreendedor Individual- MEI.

No nosso entendimento aderimos à tese de que seria este empregado um trabalhador autônomo. Isso porque, atentando para as características da execução do labor, percebemos o não cumprimento dos requisitos previstos na norma celetista, por estar evidente a flexibilidade e a liberdade na rotina diária desse trabalhador.

A presença de distintas ideias demonstra um fato em circulação em nossas cortes pátrias, a questão encontra ainda carente de pacificação legislativa, que merece destaque tendo em vista a sua importância como veículo de produção de renda.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho; BARROS Bianca Lima. **MOTORISTAS DE APLICATIVOS DE TRANSPORTE PRIVADO E A POSSIBILIDADE DERECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO**. Revista de Políticas Públicas, v. 25, n. 1 (2021), EDUFMA, 2021 ISSN 2178-2865 (online), p.354-369. Disponível em: <<http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/17315>>. Acesso em: 10 set. 2022.



ABÍLIO, Ludmila Costhek. Plataformas digitais e uberização: **Globalização de um Sul administrado?** *Contracampo* [online], Niterói, v. 39, n. 1, p. 12-26, abr./jul. 2020. ISSN 2238-2577. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38579>>. Acesso em: 10 set. 2022.

BORTONI-RICARDO, S. M. **O professor pesquisador: uma introdução à pesquisa qualitativa**. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília-DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8087, de 11 de setembro de 1990**. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Resolução nº 148, de 2 de agosto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-148-de-2-de-agosto-de-2019-209517410>>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (1. Região). **Processo: RO: 01006971720195010323**. Relator: Rildo Albuquerque Mousinho – Terceira Turma. Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1276265506/recurso-ordinario-trabalhistar1006971720195010323-rj/inteiro-teor-1276265516>>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (1. Região). **Processo: RO: 0101291-19.2018.5.01.0015**. Relator: Carina Rodrigues Bicalho – Sétima Turma. Rio de Janeiro, 13 de julho de 2021. Disponível em: <<https://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1246593400/recurso-ordinariotrabalhistar01012911920185010015-rj/inteiro-teor-1246593421>>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (7. Região). **Processo: ROT: 0001539-61.2017.5.07.0009**. Relator: Francisco José Gomes da Silva – Segunda Turma. Fortaleza, 02 de julho de 2021. Disponível em: <<https://pje.trt7.jus.br/consultaprocessual/detalheprocesso/000153961.2017.5.07.0009/2>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (10ª Região). **Processo: RO: 0001374-71.2020.5.10.0802**. Relator: Desembargador José Leone Cordeiro Leite – Terceira Turma. DF, 22 de maio de 2021. Disponível em: <<https://trt10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1231840814/recurso-ordinario-trabalhistar013747120205100802-df>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista: 10555420195030179**. Relator: Ives Gandra Martins Filho – Quarta Turma. Brasília, 05 de março de 2021. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1212487793/recurso-de-revista-rr-10555420195030179/inteiro-teor-1212487921>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; SILVA, Poliana Ferreira da; RODRIGUES, Sofia Pereira Récio. **Ausência de Vínculo Empregatício nos Contratos com a Empresa Uber: Uma Análise Fático-Normativa do Acórdão Número: 1000123.89.2017.5.02.0038**. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n.12, p.98390-98405 dec. 2020. ISSN 2525-8761. Disponível em: <file:///C:/Users/adrie/Downloads/21634-55516-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CASTRO, Weverton Freitas de; SANTOS JUNIOR, Jenner Pereira dos; MATIAS, Gabriela Nogueira Xavier. **RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE TRABALHADORES E APLICATIVOS**. Revista de Direito FAE . v.3n.1 (2021), ISSN 2674-9386. Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/66/46>. Acesso em: 21 set. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. ISBN 978-85-361-9973-3.

DENZIN, N; LINCOLN, Y. **O planejamento da Pesquisa Qualitativa: teorias e abordagens**. Porto Alegre: Artmed, 2006

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012

PERINA, Thaís Marcela; MARCHIORO, Amália Marina. **Inexistência de vínculo empregatício: motorista x uber**. Akrópolis Umuarama, v. 27, n. 2, p. 193-203, jul./dez. 2019. ISSN 1982-1093. Disponível em: <file:///C:/Users/adrie/Downloads/7680-25118-1-PB.pdf> Acesso em: 26 ago. 2022.

SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso UBER”**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015, Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 24 ago. 2022.

TERRAGNO, Pedro Custódio; NASCIMENTO, Andrele. **UBERIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO**: A nova relação de emprego e as consequências do não reconhecimento de vínculo empregatício pelos tribunais. Res Severa Verum Gaudium v. 5, n. 1 (2020). ISSN 2176-3755. Disponível em: <file:///C:/Users/adrie/Downloads/TERRAGNO%20E%20NASCIMENTO-%20A%20FAVOR%20DA%20ONEROSIDADE.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2022.

# PROCEDIMENTOS, PROCESSOS E DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – DO DOGMATISMO À EPISTEMOLOGIA – OS PRIMEIROS PASSOS...

---

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **José Wilson de Assis**

Licenciatura em Letras (Língua Portuguesa/Língua Inglesa), Bacharel em Direito, Especialista em Direito do Trabalho, Especialista em Ciências Jurídicas, Mestre em Letras (Linguística e Língua Portuguesa – PUC/MG)

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo propor discussões acerca dos procedimentos, processos e decisões administrativas que, como regra, pautam-se no dogmatismo jurídico, de maneira que se propõe a necessária postura da Administração Pública, municipal, estadual e federal, ao atuar, deve ter a epistemologia agregada ao processo de interpretação e aplicação do Direito. Além disso, apresenta-se como o mencionado dogmatismo jurídico influencia nas decisões administrativas, muitas vezes inobservando os direitos fundamentais dos administrados e, por decorrência lógica, descumprindo os deveres fundamentais do administrador público, haja vista que, pela perspectiva exegética, a interpretação e aplicação do Direito muitas vezes se circunscreve ao formalismo exacerbado destoando da moderna Administração Pública Gerencial. Por fim, demonstramos

como as decisões administrativas baseadas em puro dogmatismo jurídico espraiam seus efeitos no consequencialismo, pela vertente da Análise Econômica do Direito (AED). A metodologia utilizada é uma revisão de literatura de obras jurídicas e artigos científicos produzidos acerca do tema proposto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisões administrativas – dogmatismo jurídico – epistemologia- consequencialismo –Análise Econômica do Direito.

**ABSTRACT:** This article aims to propose discussions about procedures, processes and administrative decisions that, as a rule, are based on legal dogmatism, in a way that proposes the need for the posture of Public Administration when acting to have the epistemology added to the process of interpretation and application of the Law. In addition, it presents how the mentioned legal dogmatism influences administrative decisions, often not observing the fundamental rights of those administered and, logically, failing to comply with the fundamental duties of the public administrator, given that, from the exegetical perspective, the interpretation and application of Law is often limited to

exacerbated formalism, dissociating from modern Managerial Public Administration. Finally, we demonstrate how administrative decisions based on pure legal dogmatism spread their effects on consequentialism, through Economic Analysis of Law (AED). The methodology used is a literature review of legal works and scientific articles produced on the proposed theme

**KEYWORDS:** Administrative decisions – legal dogmatism – epistemology- consequentialism – Economic Analysis of Law.

## 1 | INTRODUÇÃO

Considerando a transição da Administração Pública de cunho burocrático para a Administrativa Pública Gerencial, bem como permeada, atualmente, pela doutrina da Administração Dialógica, sendo a burocrática caracterizada por exacerbado formalismo e morosidade dissonante da demanda social e causando um inchaço estatal, bem como a Administração Gerencial, delineada pelo princípio da instrumentalidade das formas e pela busca do atingimento da finalidade e dos resultados perseguidos pelo Estado-Administração, faz-se necessária uma reflexão acerca do desenvolvimento dos processos e procedimentos administrativos das instituições, a fim de proporcionar uma análise sobre do *iter* procedimental dos atos de rotina no contexto dos órgãos públicos.

Diante disso, a análise será feita pela perspectiva da Análise Econômica do Direito, conhecida como AED, haja vista o contexto atual e crescente da finitude dos recursos públicos diante da incomensurável demanda social pela prestação de serviço público.

Neste recorte de análise, teremos como vetor a discussão sobre o consequentialismo nos procedimentos, processos e decisões da Administração Pública em geral, a fim de estabelecermos um sopesamento dos impactos entre os meios eleitos e as finalidades buscadas, tendo como base a revisão de literatura sobre as diversas concepções da origem do Direito, sobretudo o dogmatismo administrativo até à epistemologia.

Para tanto, abordaremos desde o Jusnaturalismo até o Pós-Positivismo, também mencionado pelo Professor Bruno Torrano como “não-positivismo”, principalmente pelo viés do positivismo normativista, acepção essa mais verificável nas decisões dos casos concretos.

## 2 | DAS NORMAS JURÍDICAS

Para o desenvolvimento da presente análise é imprescindível que abordemos inicialmente a temática acerca da interpretação de normas jurídicas.

É clássica a discussão sobre o sentido e alcance das normas jurídicas, de forma que, adotando-se a doutrina da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle, é necessário que o intérprete, em âmbito institucional, delimite a concepção de normas jurídicas como gênero, do qual são espécies norma-regra e normas princípios.

É necessário esclarecer que o conceito de texto é distinto do conceito de norma, de

maneira que aquele materializa tão somente o ponto de partida para a análise realizada pelo intérprete, de forma que a norma é o resultado do processo de interpretação, sendo que podemos ter alcance meramente declarativo, quando o texto está em perfeita consonância com a norma, alcance ampliativo quando o texto disse menos do que o necessário ao fim visado ou, por derradeiro, alcance redutivo, que é quando o texto disse mais do que a norma pretendida.

Nesse contexto, temos os métodos clássicos de interpretação de Savigny, bem como de Rudolf Von Ihering, que serviram como delineadores para contribuir com o papel do intérprete e foram como referenciais de métodos mais audaciosos e condizentes com o processo de interpretação de viés constitucional.

Como anteriormente mencionado, conhecermos as espécies das normas jurídicas é de fundamental importância para o processo de interpretação, haja vista as reiteradas situações nas quais os intérpretes deparam com aparente conflito de normas jurídicas igualmente previstas, bem como a distinção na resolução dessa aparente colisão.

### **3 I DA CONCEPÇÃO DO DIREITO – DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO**

Diversas correntes abordam sobre a concepção do Direito, de forma que discutem qual seria a gênese dessa ciência, de maneira que analisaremos o Jusnaturalismo, o Positivismo, e suas ramificações, com uma breve menção ao Realismo Jurídico e, por fim, o Pós-positivismo.

A corrente jusnaturalista trabalha com a ideia do direito natural, de forma que, quando é positivada uma norma jurídica, esse fenômeno tem somente o aspecto declarativo, uma vez que o direito é preexistente e que ao legislador coube somente reconhecer algo anterior a ele, de forma que o Poder Constituinte Originário, com atribuição de criar um Estado juridicamente organizado, é limitado pelo direito natural, sustentando que todas as pessoas têm direitos inatos.

No entanto, a própria premissa da corrente jusnaturalista, de que o direito é inato a todas as pessoas, serviu de desconstituição dos seus fundamentos quando da ascensão dos déspotas esclarecidos, uma vez que se tornou contraditório sustentar que o direito é inato a todas as pessoas com o discurso de que o poder emana de Deus, criando distinções entre as pessoas, causando, então, a derrocada do jusnaturalismo e o surgimento do positivismo.

O Positivismo, que tem dentre os seus maiores expoentes Hans Kelsen, incompreendido na maioria das vezes por ser erroneamente associado a ideias nazistas, sustenta a ideia do direito posto, de viés constitutivo, haja vista que o direito nasceria tão somente quando da sua positivação, contradizendo o jusnaturalismo, que alegava o aspecto inato do direito das pessoas.

Porém, o próprio positivismo tem matizes diferentes e que, muitas vezes, apresentam diferentes perspectivas.

Independente do viés positivista, uma das suas características mais marcantes é não reconhecer os elementos extrajurídicos como relevantes para o seu processo de análise, uma vez que desconhece os aspectos da moral e da ética como influenciadores do Direito, de forma que, em consonância com a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, reconhece que o Direito é um subsistema autopoietico, autorreferente e que, dessa forma, basta a si mesmo, alimentando-se e se retroalimentando com as suas próprias bases e premissas.

No entanto, conforme mencionado, em uma visão deturpada, o positivismo normativista é associado invariavelmente a regimes totalitários como se chancelasse os métodos, técnicas e as ideologias nazistas, tão somente por sustentar que o Direito, ainda que injusto pela ótica moral e ética, ainda sim é o Direito.

Dessa forma, com o término da 2ª Guerra Mundial, houve uma reflexão mundial acerca dos métodos empregados e que, por um viés meramente jurídico, havia sustentáculo para tais atrocidades.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso estabelece os marcos do denominado Neoconstitucionalismo, quais sejam:

- a) marco histórico – término da 2ª Guerra Mundial;
- b) marco filosófico – pós-positivismo;
- c) marco teórico – força normativa da Constituição, expansão jurisdicional e a nova hermenêutica constitucional.

Assim, a concepção de que o Direito bastava a si mesmo, abstraindo-se os aspectos da filosofia e de todos os outros elementos extrajurídicos, demonstrou-se ser insuficiente para regular as relações e de impedir as técnicas aplicadas na 2ª Guerra Mundial, de forma que houve uma necessária reaproximação do Direito e da moral/ética, pauta defendida pelo jusnaturalismo, aproximando-se dos elementos extrajurídicos.

Diante disso, com as bases do Neoconstitucionalismo, demonstrou-se que lei e Constituição Federal são totalmente diferentes, com base em hierarquia das normas, sendo essa o fundamento de validade para aquela, de forma que se reconheceu a força normativa da Constituição como apta a influenciar e condicionar toda a atividade legislativa do Estado, desconstituindo o discurso de que a Carta Política seria mera exortação e vocacionada a veicular simples intenções do Poder Constituinte Originário e sendo reconhecida com eficácia irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, criando o Estado Constitucional de Direito em superação ao Estado Legislativo de Direito.

Dessa forma, tendo a Constituição Federal como vértice de todo um ordenamento jurídico de um Estado, sendo, portando, uma norma posta, fundamento de validade para toda atividade legislativa, tem sobre ela tão somente a norma hipotética fundamental pressuposta de Hans Kelsen com a emanação do comando de “cumpram a Constituição”.

Nesse sentido, como a Constituição Federal foi alçada à condição de fundamento de validade das normas jurídicas, seria necessário preservar a sua autoridade diante de todas as produções legislativas do Estado, quer direta ou indiretamente a afetasse, de maneira que pela premissa da higidez constitucional, ela seria norma paramétrica como referencial para controle difuso ou controle concentrado de constitucionalidade, quer pelo viés abstrato ou pelo *incidenter tantum*.

Sendo assim, em consonância com o marco teórico mencionado por Luís Roberto Barroso, tendo em vista a possível incompatibilidade da atividade legiferante infraconstitucional com a Constituição Federal, foi necessária a previsão de um órgão que se ocupasse dessa análise, sendo que no contexto brasileiro incumbe ao STF, caso a incompatibilidade se dê em face à Constituição Federal de 1988, direta ou por meio das normas de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, ou seja, pelo STF e pelo respectivo TJ, até mesmo por qualquer juiz ou Tribunal por meio do controle difuso, tendo a inconstitucionalidade como causa de pedir, constituindo-se assim numa expansão da jurisdição constitucional.

Por tudo que foi dito, há de se reconhecer que, não sendo a Constituição Federal equivalente a meras leis ordinárias, é necessário um sistema específico de interpretação de suas normas jurídicas, denominando-se assim na nova hermenêutica constitucional, haja vista a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação de normas jurídicas para se fazer frente às normas-regras e normas-princípio de assento constitucional de gozam de peculiaridades no momento de aplicação, principalmente na sistemática distinta na resolução de seus conflitos.

Para Robert Alexy, citado por Fonteles (2022), as normas-regras são aplicadas com base no critério da subsunção, são denominadas como mandados de definição, sendo aplicadas pela lógica do “tudo ou nada” – *all or nothing* – de maneira que em eventual colisão resultará em ser adotada uma delas e a conseqüente invalidação da outra norma-regra colidente. Já na colisão entre normas-princípios, caracterizados por vagueza extrema, pelo viés positivista, mas caracterizados pelo critério da estrutura/ lógica, pelo viés pos-positivista, são mandados de otimização, de forma que serão aplicados na maior medida do possível com base nas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, de maneira que a adoção de uma das normas-princípio resultará em um afastamento episódico da outra norma-princípio colidente, de forma que não há invalidação, mas tão somente a não aplicação naquele caso concreto, mas que poderá se sobressair em outro caso concreto. Para Ronald Dworkin, os critérios “peso” e estrutura são os determinantes para a definição das normas-princípios, que serão aplicadas com base no “balanceamento”, por meio da análise no caso concreto conforme os princípios em conflito, como, por exemplo, a liberdade de manifestação de um grupo de pessoas numa avenida movimentada de grandes centros urbanos obstruindo o direito de ir e vir das demais pessoas não participantes do protesto.

## 4 | DO DOGMATISMO DO DIREITO ADMINISTRATIVO À EPISTEMOLOGIA

### 4.1 Os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como da indisponibilidade do interesse público e seus reflexos na interpretação e aplicação do Direito no âmbito da Administração Pública

Após analisarmos a estrutura das normas-jurídicas, constituídas em normas-princípios e normas-regras, bem como a percepção da cogência referente aos princípios, sobretudo devido aos influxos do pós-positivismo e da substituição da “lei” como centro do Direito (Kelsen) para “Constituição Federal”, que privilegia a pessoa humana como o referencial da qual tudo parte e para a qual tudo converge, alçou a dignidade da pessoa humana como uma verdadeira “cláusula geral de abertura dos Direitos Fundamentais”, haja vista a impossibilidade de alocá-los num rol taxativo, haja vista a característica da “cumulatividade” conforme o Professor Fernando Martins.

Nesse sentido, houve o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, de forma que a base principiológica da CF/88 se espraia para todos os ramos do Direito, os quais deverão passar por uma verdadeira “filtragem constitucional”, conforme a doutrina especializada.

Afirmar a necessidade de observância do fenômeno da “Constitucionalização do Direito” significa dizer que toda e qualquer interpretação e aplicação de normas jurídicas deverão estar em consonância com a CF/88, sob pena de serem submetidas às conseqüências jurídicas da inconstitucionalidade, da não-recepção, etc.

Posto isso, o Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar, Direito Processual Comum, enfim, todos os ramos, sem exceção, deverão se pautar por efetivar os mandados cogentes da CF/88.

Nesse contexto, inobstante também aconteça em outros ramos do Direito, há de se ressaltar o enfoque no Direito Administrativo, arraigado por dogmas que dividem opiniões dos doutrinadores acerca do alcance, sentido e da intensidade de institutos e/ou princípios do Direito Administrativo.

Nessa seara, dentre outros, ressaltam-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como princípio da indisponibilidade do interesse público, que, na sua interrelação, geram o “efeito bumerangue”, conforme brilhantemente calcado pelo Professor Fernando Martins, ao analisar a relação que se dá entre a efetivação de um Direito Fundamental e a sua decorrência lógica de que assim estaria cumprindo o Dever Fundamental correspondente.

A natureza de dogmatismo acerca dos referidos princípios pela doutrina clássica é de tal veemência que Celso Antônio Bandeira de Melo os denomina como as “Pedras de Toque do Direito Administrativo”, ou seja, para o referido doutrinador, tais princípios é o alicerce sobre o qual todo o Direito Administrativo se desenvolve.

Sendo assim, a fim de cumprir as finalidades públicas, o Direito Administrativo se ancora no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular para dar



concretude às normas administrativas, às vezes restringindo e até mesmo suprimindo direitos de particulares em prol do interesse coletivo, sendo que os denominados “Poderes Administrativos” são exemplos de tal situação. Vejamos o conceito de “Poder de Polícia”, previsto no art. 78, do CTN, prevê:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (Brasil, 2022).

Por outro lado, significando como o lado inverso da moeda, temos o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular significa todo o arcabouço de prerrogativas para que a Administração Pública persiga o interesse público, aquele princípio significa limitações ao administrador público, também para atender ao interesse público, uma vez que o administrador público é mero gestor e não pode dispor daquilo que não lhe pertence.

Faz-se interessante para a análise a distinção doutrinária, aplicável ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como ao princípio da indisponibilidade do interesse público, acerca dos conceitos de “interesse público primário” e “interesse público secundário”, haja vista que, por meio deles delinearemos os contornos, os sentidos e o alcance das mencionadas “Pedras de Toque do Direito Administrativo”, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, pois conduzirão a aplicação no caso concreto.

O “interesse público primário” é aquele da própria população, sendo os valores patrimoniais e até extrapatrimoniais da sociedade como vetores para alocação de recurso, restrição de direitos, racionalidade e aplicabilidade dos serviços públicos. Enfim, é o precípuo interesse que deve ser perseguindo incessantemente pelo Poder Público.

Já o “interesse público secundário” é o interesse do Estado-Administração, da pessoa jurídica, que pode até coincidir, mas não necessariamente, com o interesse primário da sociedade, haja vista que, pela maioria das vezes acaba sendo associado como proteção ao erário, sendo que, em eventual colidência/dúvida, o interesse público primário deverá ser precipuamente observado.

Dessa forma, pelo dogmatismo do Direito Administrativo acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como do princípio da indisponibilidade do interesse público e da incorreta compreensão e/ou da falta de conhecimento acerca da distinção entre “interesse público primário” e “interesse público secundário”, nota-se

comportamentos e decisões de administradores que vão de encontro com as bases da Administração Pública Gerencial, que é a perspectiva moderna de Administração Pública, que requer releituras dos, outrora inofismáveis, institutos do Direito Administrativo, que devem ser compreendidos pela ótica da Constitucionalização do Direito.

Reconhece-se a influência da herança da denominada “Escola Exegética” francesa no equivocado ponto de vista anteriormente mencionado, na qual, desconfiando-se das manobras políticas nas indicações de Magistrados, e que seriam utilizados como instrumentos para inviabilizarem os planejamentos dos revolucionários franceses, sendo então prescrita a forma de como os julgadores deveriam “dizer o direito” – *bouche la loi* – de maneira que, transplantando-se de Magistrados naquele contexto francês para intérpretes e aplicadores do Direito de maneira geral, pela perspectiva da “Sociedade aberta dos intérpretes” de Peter Häberle, percebe-se a forma equivocada e restritiva de interpretação de normas jurídicas no âmbito da Administração Pública.

Referentemente à problematização aqui desenvolvida, são perfeitamente cabíveis as lições de Friedrich Müller, jurista alemão, o qual dentro da teoria da interpretação de normas jurídicas nos apresenta a distinção entre “texto” e “norma”, para o qual “texto” nada mais é do que o aspecto linguisticamente considerado, literal. Porém, “norma” é o texto interpretado, ou seja, a “norma” é o resultado da interpretação de um texto, sendo esse metaforicamente demonstrado como a ponta de um *iceberg* e a norma é toda a profundidade do iceberg que está dentro do mar é que há de ser buscada por meio do processo de interpretação, ou seja, a norma é a parte não vista do *iceberg*.

Dito isso, como fruto dos trabalhos de Friedrich Müller, o referido autor criou o conhecido método “Normativo-Estruturante” que, dentre outros, é um dos métodos utilizados na hermenêutica constitucional inseridos no contexto das discussões entre as maneiras e distinções de interpretação das leis infraconstitucionais e das Constituições democráticas que, pelos contornos do presente trabalho, escapam-me à análise aprofundada.

Pelo exposto, no Direito Administrativo, mais do que em outros ramos do Direito, nota-se recalcitrância em se afastar do dogmatismo, principalmente em torno dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, seja pela incorreta interpretação e aplicação das normas administrativas, seja devido ao fato de administradores, ausentes de teses argumentativas consolidadas e com receio de decidirem, em tese, contrários a soluções oferecidas de *lege lata*, optam por decidir nos estritos termos da lei, esquecendo-se da Constitucionalização do Direito, dos institutos jurídicos que devem ser interpretados no ato de interpretação, como interpretação extensiva, analogia, princípios constitucionais, e acabam possibilitando que demandas que seriam facilmente resolvidas em âmbito administrativo sejam levadas ao Poder Judiciário pelos administrados, sobrecarregando ainda mais o sistema de justiça.

Pertinentes para essas discussões são as lições de Masson (2020) que, citando José Cerezo Mir, traça as distinções entre dogmática e dogmatismo. Sendo assim, para o

referido autor temos:

a dogmática penal é a interpretação, sistematização e aplicação lógico-racional do Direito Pena. Não deve, entretanto, ser confundida com o dogmatismo, é dizer, aceitação cega e sem críticas de uma verdade absoluta e imutável, incompatível com a própria ideia de ciência (Masson, 2020, pág. 10 e 11)

Então, a aplicação cega e como verdade absoluta de normas jurídicas administrativas destoa totalmente do conceito de Administração Pública moderna, dialógica, que possui o foco na eficiência e na efetividade, com busca incessante da gestão por resultados e isso possui uma agravante qualificada quando causa ingerência no direito dos administrados, cerceando direitos indevidamente, de forma que certamente tais questões serão judicializadas com nítido resultado favorável ao administrado. Dessa forma, o texto da norma jurídica deve ser considerado no ato da interpretação. Porém, como ponto de partida para a análise, que devem considerar outros fatores, dentre eles as previsões da Constituição Federal.

Por fim, ao cotejar uma demanda concreta de um administrado, o administrador deverá levar em consideração o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, mas verificando no caso concreto se se refere a interesse público primário e/ou secundário, pois tal distinção servirá de baliza para qual interesse (se da Administração ou do particular) prevalecerá naquele caso concreto.

Além disso, o princípio da indisponibilidade do interesse público também deverá ser cotejado face à demanda do administrado tendo por baliza a distinção entre interesse público primário e/ou secundário, pois, após oscilações doutrinárias, jurisprudenciais e até legal, vide a Lei 8429/92, que versa acerca da Improbidade Administrativa, que inseriu o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), é cediço que apenas o interesse público primário é qualificado como indisponível, sendo que diversos aspectos poderão ser resolvidos com base na consensualidade, na vertente da denominada de modo geral pela doutrina como “justiça negociada”, reforçada pelo Decreto-lei 4657/1942, LINDB, com as alterações pela Lei 13655/2018.

## **4.2 Análise dos institutos e princípios do Direito Administrativo calcada na Epistemologia**

Conforme discorrido no item anterior, o dogmatismo quanto aos institutos e princípios do Direito Administrativo faz com que administradores não reconheçam a Constitucionalização do Direito na área da Administração Pública. Nesse sentido, os administradores públicos, quando se deparam com os princípios não os reconhece na essência de como deveriam ser reconhecidos.

Os administradores públicos, conforme já dito, pautando seus comportamentos e decisões administrativas pelo viés interpretativo da Escola Exegética, portanto, pela perspectiva do Positivismo radical, observam os princípios pelo critério da vagueza, da

abstração e rechaçam a densidade normativa e a eficácia vinculante deles, tal qual é a proposta do pós-positivismo, que define os princípios com base no critério do “ peso” , da estruturação, com possibilidade irradiante em relação a tudo e em relação a todos, como, por exemplo, a Administração Pública, de maneira geral, não permitia que fossem realizadas etapas de um concurso público em data diversa do cronograma estipulado pela Administração, para um(a) determinado(a) candidato(a) sob a alegação de violar o princípio da isonomia, do art. 5º , *caput* , da CF/88.

Com esse simples exemplo, dentre milhares de outros passíveis de serem enquadrados no arquétipo de decisões administrativas semelhantes à mencionada vedação (não poder realizar etapa de um concurso público em data diferente para um candidato), percebe-se a limitação interpretativa e aplicação discriminatória em relação a um administrado que “foge” à normalidade dos requisitos do certame. Ou seja, pela análise do caso concreto, é possível abstrair circunstâncias de algum administrado que requer , de maneira imperiosa, que seja proporcionado um tratamento diferente a ele.

No entanto, o recorrentemente alegado pretexto de tratar com isonomia e impedir que seja realizada uma etapa em data diversa dos demais candidatos, encerra, na verdade, um aspecto discriminatório, uma vez que é justamente visando proporcionar isonomia que dever ser autorizada a realização em dia diverso.

Porém, com análise estrita e com base exegética, o administrador público pode estar se esquecendo que a isonomia possui duas facetas, quais sejam a formal e a material, sendo que oportunizar a realização em dia diverso, como exemplo, para uma gestante, aprovada num concurso público, em todas as etapas e, quando do teste de capacitação física não puder realizá-lo em data diversa com amparado em relatório médico.

O viés discriminatório é nítido, pois a gestação realmente impede o exercício físico intenso de um concurso público – desigualdade material frente às outras candidatas femininas que não estão grávidas – desigualdade material, qualificada, frente aos candidatos masculinos, que jamais incorreriam em tal situação.

Situações simples como a mencionada no exemplo, fatalmente, aportaria no Poder Judiciário a fim de ver o direito do administrado devidamente tutelado, sob pena, de uma mulher, que queira se candidatar a um concurso público, tenha que escolher entre a maternidade ou tentar ingressar num concurso público, ressaltando que a CF/88 protege a maternidade e prevê o princípio do concurso público.

Conforme demonstrado, nenhuma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada com base no dogmatismo, embora muito recorrente no âmbito da Administração Pública, principalmente tendo por sustentáculo as “pedras de toque do Direito Administrativo”, conforme Celso Antonio Bandeira de Melo.

Diante disso, o ideal é a irrefutável aceitação do fenômeno da Constitucionalização do Direito também no âmbito do Direito Administrativo, sendo que temos outros exemplos, como o direito à propriedade, antes entendido como inquestionável pela vertente do liberalismo

econômico e, atualmente, caso ela não cumpra a sua função social, fica autorizado o Poder Público, após esgotar algumas etapas antecedentes, como mandado de aproveitamento à propriedade como parcelamento do solo não utilizado/subutilizado, passando-se para IPTU progressivo no tempo e até se chegar à desapropriação, obviamente conforme os requisitos legais e da CF/88. Ou seja, nada e ninguém estão imunes ao fenômeno da Constitucionalização do Direito e deve render postura deferente a ele.

Dessa forma, a proposta é que a interpretação e aplicação de normas jurídicas administrativas para a solução dos casos concretos devem contemplar a abordagem epistemológica, calcada no viés cognitivo, com bases no conhecimento desenvolvido na relação entre o sujeito-intérprete e o objeto interpretado, fugindo do dogmatismo cego e intransponível.

Para tanto, é inquestionável que decisões administrativas se baseiem em eficiência no trato com a coisa pública, tendo como vetor a gestão de resultados, *compliance* e, principalmente na efetividade de Direitos Fundamentais, a fim de estabelecer a necessária causalidade entre o plano abstrato das previsões e o plano concreto das realizações.

Essa discussão sofre uma potencial influência em virtude das previsões do art. 20 e seguintes da LINDB que, com as alterações pela Lei 13655/2018, pois elas agregam diversas controvérsias na aplicação do Direito Público, uma vez que se percebe a vertente consequencialista para as decisões judiciais, administrativas e das Cortes de Contas.

Diante disso, o receio é que decisões administrativas já eram baseadas no dogmatismo jurídico sofram um agravamento na qualidade da interpretação e aplicação de normas jurídicas administrativas, uma vez que a LINDB, com as alterações pela Lei 13655/2018, trouxe a necessidade avaliar as conseqüências práticas de uma decisão quando ela for baseada em valores jurídicos abstratos. Ou seja, significa mais uma limitação para se decidir com valores jurídicos abstratos, o que requer muito maior ônus argumentativo ao administrador público quando das suas decisões que, como já de praxe profere decisões calcadas em dogmatismo e que, certamente não entrará em celeumas argumentativas para efetivar um direito fundamental haja vista a carga argumentativa que sobre ele pesará o que, invariavelmente nos leva à conclusão de que, mesmo que o administrado tenha determinado direito a ser tutelado, certamente será mais uma demanda judicializada que, juntamente com tantas outras, vão abarrotar o sistema de justiça.

Porém, a solução é simples. Basta o administrador público cumprir o seu dever fundamental que sempre já foi que o de motivar, adequadamente, o ato administrativo.

Nesse *múnus* argumentativo, são preciosas as bases da função da linguagem, que servirá de “ponte” entre o subjetivismo, calcado em decisionismos voluntarísticos, para a sustentação sólida no plano da argumentação.

Primeiramente, deve ser considerado o conceito da “alteridade”, que é justamente reconhecer que existe a presença do outro naquela relação jurídica e que a decisão não se circunscreve meramente ao administrador público responsável pela decisão, pois a

dialógica entre pessoal pode levar a um resultado satisfatório entre as partes, chegamos então no “interssubjetivismo” e, por fim, fundindo as previsões da lei, os fatores do caso concreto, as teses argumentativas do administrado com as teses do administrador público, tudo isso tendo suporte principiológico e vinculante à CF/88, temos a “fusão de horizontes”, de Hans George Gadamer. Ou seja, uma decisão qualificada e apta a realizabilidade do Direito.

## **5 | PROCEDIMENTOS, PROCESSOS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS PELO VIÉS DO CONSEQUENCIALISMO, CALCADO NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Com base na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, na qual ele estabelece a relação entre o ambiente e o sistema, bem como nos apresenta o aspecto *autopoietico* de retroalimentação, de forma que, com as suas próprias bases, cada sistema, por autorreferência, retroalimenta-se e lhe dá sustentação.

Assim sendo, o Direito, como um dos sistemas que influencia e que é influenciado pela sociedade, não fica (e nem pode ficar alheio) as transformações sociais e nas formas com que cada sistema com ele se relaciona.

Dessa forma, conforme Lordelo (2022), mencionando a Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, apresenta-nos o conceito de Análise Econômica do Direito (AED):

consiste em um ramo do conhecimento que aplica as ferramentas da teoria microeconômica ao exame de normas e instituições jurídicas. Ela se preocupa com a eficiência da norma jurídica, testando, de forma empírica, se os objetivos pretendidos pelo legislador são atingidos, razão pela qual muitos autores não a concebem como uma verdadeira Teoria do Direito, mas sim um conjunto metodológico com objeto delimitado. (Lordelo, 2022, pág. 527).

Como se percebe, a AED, originalmente criada para a temática da economia, tendo como grandes expoentes os pragmatistas Richard Posner e Cass Sustein, tem ganhado enorme destaque para análise e aplicação de normas jurídicas, haja vista os indissociáveis sistemas da economia e do Direito, realidade já percebida desde o estamento francês da burguesia, que possuía poderio econômico, mas não tinha influência política, sendo que passaram a exercer muita influência na construção do Direito àquela época.

A mencionada influência da AED para interpretação e aplicação das normas jurídicas está diretamente associada ao amplo leque de direitos fundamentais previstos na CF/88 e, noutra vertente, estão os princípios e metas do orçamento público. Ou seja, muita demanda e pouco recurso financeiro disponível.

Nesse contexto, dentre outros, temos o rol do art. 5º (direitos e deveres individuais e coletivos), bem como do art. 6º (direitos sociais) de maneira que todas as pessoas, inclusive os administrados, possuem o direito privado subjetivo de exigir prestações (realizabilidade)

do Poder Público, independentemente do ente federado ou do órgão administrativo, haja vista o repisado fenômeno da Constitucionalização do Direito, dentre eles do Direito Administrativo.

Dessa forma, proferir decisões administrativas de boa qualidade é direito fundamental do administrado, materializado no direito fundamental à boa administração pública, conforme o Professor Marcos Anjo Pereira Coutinho, mas principalmente é dever fundamental do administrador público, conforme o Professor Fernando Martins.

Nessa senda, desde os procedimentos administrativos, perpassando pelos processos administrativos, que serão materializados nas decisões administrativas devem observar o mencionado grau de fundamentalidade das normas jurídicas no momento de aplicar o direito.

Normalmente, o administrador público quer se esquivar do seu dever fundamental sob o pretexto do *“princípio da reserva do possível”* que, em linhas gerais, podemos conceituá-lo tendo como premissa de que a realizabilidade dos direitos fundamentais das pessoas está condicionada aos recursos financeiros do Estado, muitas vezes tendo por lastro a errônea alegação de que, sobretudo normas programáticas da CF/88, deverão ser realizadas na medida do possível e relegando à procrastinação e desídia do administrador público.

Por outro lado, em contrapartida ao *“princípio da reserva do possível”* temos o *“princípio do mínimo existencial”*, ou seja, rol de condições mínimas para tornar a vida dos administrados devidamente qualificada como “digna”.

Essa discussão se faz pertinente uma vez que, tendo em vista que o administrador público, na maioria das vezes, pauta suas decisões administrativas lastreadas no dogmatismo jurídico, eleva-se a probabilidade de malferir os direitos do administrado, não lhe concedendo aquilo que é jus a ele e, assim, não lhe restando outra alternativa senão buscar guarida no Poder Judiciário, “contribuindo” então para mais uma demanda judicial na interminável fila da litigiosidade represada.

São conhecidos e devidamente trabalhados por todas as doutrinas administrativas de que, ao contrário da França e o seu denominado “Sistema contencioso administrativo”, que faz coisa julgada material naquele sistema de jurisdição dualista, no Brasil temos o “Sistema da jurisdição única”, também chamado de “sistema inglês”, em que as controvérsias apresentadas na Administração Pública poderão ser rediscutidas no Poder Judiciário, sendo que, apenas em algumas exceções, há previsão de esgotamento pela via administrativa ou pelo menos a negativa e/ou inércia da Administração Pública para se buscar o socorro ao Poder Judiciário, como exemplo, Justiça Desportiva e outros.

Assim sendo, as decisões administrativas deverão ser pautadas nas bases da epistemologia, com reconhecimento do fenômeno da Constitucionalização do Direito, no dever fundamental de exarar decisões com boa qualidade, resguardando o interesse da Administração Pública, mas não desconsiderando a existência e nem os argumentos

do administrado, de forma que, se devidamente argumentado e tendo o ordenamento jurídico como um todo com ancoragem, evoluindo do conceito de “lei” para o conceito de “juridicidade”, qualquer decisão administrativa é passível de ser justificada se não subverter a lógica do Direito Administrativo constitucionalizado.

Nesse contexto, considerar as “conseqüências práticas da decisão”, conforme prescrito na LINDB, deve ser entendido pelo aspecto financeiro, custos na apuração dos fatos, dispêndio de recurso humano para instruir e elaborar os processos administrativos, gastos logísticos de deslocamento de agentes administrativos encarregados das apurações, dispêndio de tempo útil à assessoria jurídica analisando os processos e os impactos financeiros com advogados/defensores por parte do administrado e, sobretudo, uma possível condenação da Fazenda Pública a indenizar o administrado, a recompô-lo a carreira conforme deveria ter sido a seu devido tempo e condições.

Porém, a maior conseqüência prática de decisões administrativas indevidamente exaradas é justamente a violação de direitos fundamentais dos administrados, pois, pelo viés econômico, processos e decisões administrativas mal conduzidos levam ao rebaixamento da qualidade de vida, moral e que, inevitavelmente, conduzirá ao rebaixamento da saúde do administrado, tornando-o menos produtivo ou até improdutivo, sobrecarregando o sistema de previdência e saúde correspondente, sendo que ele permanecerá nos quadros dos cargos e não poderá “abrir vaga” para um novo candidato àquele cargo, haja vista que a vaga não está ociosa, mas sim preenchida por um administrado improdutivo.

## 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, pelo exposto, podemos concluir que houve evolução na interpretação e aplicação das normas jurídicas de forma que, inicialmente tendo a “lei” como centro do Direito (Hans Kelsen), no pós-2ª guerra mundial aconteceu o deslocamento para as Constituições, sendo que outrora vista como mera exortação política e sem força vinculativa, tão somente carreando as intenções políticas do Poder Constituinte, passou a se constituir como força normativa (Konrad Hesse), delineou novos métodos de interpretação, haja vista que os métodos interpretativos de leis infraconstitucionais eram insuficientes para a densidade normativa de uma Constituição Federal.

Ademais, com o destaque da Constituição Federal houve a alocação da pessoa humana como centro das atenções, calcada na cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Reconhecemos que, enquanto a Europa se estruturou em torno dessas mencionadas bases do pós-positivismo no pós-2ª Guerra Mundial, com distinção entre normas-regras e normas-princípios como espécies do gênero normas jurídicas, o Brasil apenas ganhou tal estrutura com a CF/1988 e que, a fim de tentar compensar todo esse *delay filosófico*, conforme mencionado por Luís Roberto Barroso, a CF/1988 chegou atrasada e com



pressa, uma vez que a Europa já se estruturou no final da 2ª Guerra Mundial e o Brasil o fez apenas em 1988 e, quando chegou, trouxe uma gama enorme de direitos fundamentais e era notável a inexecutabilidade de todos eles de uma vez, ou seja, era impossível realizá-los todos de uma vez naquele momento e que apenas com o passar do tempo houve o amadurecimento democrático.

Pelo inegável fenômeno da Constitucionalização do Direito, esprou-se as suas bases filosóficas por todos os ramos do Direito e nisso o Direito Administrativo, um dos mais alicerçados em dogmatismos e, portanto, menos afeito à mencionada abertura principiológica para aplicação de direitos dos administrados e mais apego à lei formal, engessada como herança da Escola Exegética francesa, faz com que os administradores públicos regulem seus procedimentos, processos e decisões administrativas com o inarredável dogmatismo jurídico, ao invés de se pautar pela epistemologia, pelo cumprimento de deveres fundamentais e assim propiciar a realizabilidade dos direitos fundamentais dos administrados.

Dessa forma, tendo como suporte a incorreta interpretação e deturpada aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e do princípio da indisponibilidade do interesse público, os administradores públicos, no geral, desconhecem/ignoram a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário como balizas para solucionarem os eventuais conflitos nos casos concretos. Ou seja, não é toda e qualquer situação em que a Administração Pública estará ou poderá se colocar em posição privilegiada frente aos administrados, mas sim há de se filtrar qual é o bem jurídico que se pretende tutelar na controvérsia instalada.

Nesse sentido, mostra-se inconstitucional uma norma-jurídica (regras ou princípios) interpretada e/ou aplicada pela Administração Pública quando de maneira contrária à juridicidade, que possui um espectro muito mais amplo que a mera denominação da lei, de forma que o texto, literalmente considerado, deverá servir apenas como ponto de partida da análise do administrador público quando da realização de procedimentos, processos e decisões administrativas, uma vez que deverá ser conjugado com direitos e deveres fundamentais da CF/1988.

É igualmente inconstitucional uma norma-jurídica (regras ou princípios) interpretada e/ou aplicada em procedimentos, processos e decisões pela Administração Pública sem se atentar para a razoabilidade, sem se adentrar à celeuma se é distinta ou não da proporcionalidade, bem como se não for observada a proporcionalidade, quer pela vertente da proibição do excesso, consubstanciada na teoria alemã *Übermassverbot*, quanto inconstitucional pela vertente da proibição da proteção deficiente, da teoria alemã *untermassverbot*.

Por fim, também se mostra inconstitucional uma norma-jurídica (regras ou princípios) interpretada e/ou aplicada em procedimentos, processos e decisões pela Administração Pública quando não se desincumbir do ônus argumentativo necessário a comprovar

a motivação lastreada em um conjunto probatório e de tessitura jurídica e factualmente plausível violando o direito dos administrados e que, ao agir dessa maneira, obviamente não estará resguardando a Administração Pública, ainda que o objetivo inicial seja esse, mas a deixará passível de questionamentos em âmbito interno e também pela via judicial.

## REFERÊNCIAS

**Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) - v. 1 / Cleber Masson. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

Fonteles, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. / Samuel Sales Fonteles – 5. Ed. Ver. ampl. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

Lordelo, João Paulo. **Noções gerais de direito e formação humanística** – 6ª Ed.rev.ampl. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

**Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 35. ed. – São Paulo : Rideel, 2022. ISBN 978-65-5738-743-6

# LEI DAS ESTATAIS E SUAS INOVAÇÕES: O COMPLIANCE NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Data de submissão: 07/11/2022

Data de aceite: 02/01/2023

### **Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza**

Universidade Candido Mendes (UCAM)  
Centro RJ, Brasil  
Niterói, RJ  
<https://lattes.cnpq.br/8026953133195591>

### **Sandra Filomena Wagner Kiefer**

Universidade Estácio de Sá (UNESA) RJ,  
Brasil  
São Paulo, SP  
<http://lattes.cnpq.br/8010232844467517>

### **Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro**

Universidade Candido Mendes (UCAM)  
Niterói RJ, Brasil  
Niterói, RJ  
<http://lattes.cnpq.br/8005429036796861>

publicados na íntegra, em português, inglês e espanhol, e doutrina de renomados autores. As questões de pesquisa foram: quais as principais alterações trazidas pela Lei das Estatais relacionadas ao *compliance* nas sociedades de economia mista? E de que forma a implantação de tais regras de *compliance* contribuirão para a manutenção da eficiência na gestão de riscos e controle interno das sociedades de economia mista? Como referenciais teóricos buscou-se ensinamentos de Fran Martins e Fábio Ulhoa, precipuamente pela correlação das regras de *compliance* e governança de controle interno das SEM, preconizados na lei em comento. Destacou-se, em conclusão, que a adequação e implementação aos padrões de probidade administrativa e procedimentos éticos de gestão das SEM, à referida norma constitucional e legal, contribuirá eficazmente para sua segurança jurídica e valoração positiva de conduta no mundo empresarial. Enfatizou-se, a tríade: *compliance*, gestão de riscos e boas práticas de governança e integridade corporativa como pontos fundamentais da Lei das Estatais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei das Estatais. Lei nº 13.303/ 16. *Compliance*. Sociedade de Economia Mista.

**RESUMO:** O presente artigo visa apresentar os resultados do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), concluído e apresentado pela primeira autora em Dezembro de 2019, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito. Versou-se sobre inovações da Lei nº 13.303/16 (Lei das Estatais), e do Decreto nº 8.945/16 relacionadas ao *compliance* nas sociedades de economia mista (SEM). Como metodologia, referiu-se a estudo descritivo qualitativo, obtido por pesquisa bibliográfica a partir de artigos

## STATE COMPANIES LAW AND ITS INNOVATIONS: COMPLIANCE IN MIXED ECONOMY COMPANIES

**ABSTRACT:** This article aims to present the results of the Course Completion Work (TCC), completed and presented by the first author in December 2019, as a requirement for obtaining the title of Bachelor of Law. It focused on innovations of Law 13.303/16 (State Law), and Decree 8.945/16 related to compliance in mixed economy companies (SEM). As a methodology, it referred to the qualitative descriptive study, obtained by bibliographic research from articles published in full, in Portuguese, English and Spanish, and doctrine of renowned authors. The research questions were: what are the main changes brought by the State Law related to compliance in mixed economy companies? And how will the implementation of such compliance rules contribute to the maintenance of efficiency in risk management and internal control of mixed economy companies? As theoretical references, we sought the teachings of Fran Martins and Fábio Ulhoa, primarily by the correlation of the rules of compliance and internal control governance of SEM, recommended in the law in comment. It was highlighted, in conclusion, that the adequacy and implementation of the standards of administrative probity and ethical management procedures of SEM, to the constitutional and legal norm, will contribute effectively to its legal certainty and positive valuation of conduct in the business world. The triad emphasized: compliance, risk management and good governance practices and corporate integrity as fundamental points of the State Law.

**KEYWORDS:** State Law. Law nº 13.303/ 16. Compliance. Mixed Economy Company.

### 1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar os resultados do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), concluído e apresentado pela primeira autora em Dezembro de 2019, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito. Por meio dele, versou-se sobre as inovações da Lei nº 13.303/16 (Lei das Estatais), e do Decreto nº 8.945/16 relacionadas ao *compliance* nas sociedades de economia mista (SEM).

Outrossim, a escolha do tema justificou-se por seu ineditismo, pela diminuta produção sobre o assunto pela comunidade científica, e principalmente devido ao tempo de vigência da Lei.

Como metodologia, referiu-se a um estudo descritivo qualitativo, obtido através de pesquisa bibliográfica a partir de artigos publicados na íntegra, em português, inglês e espanhol, e da doutrina de renomados autores.

Posto isso, as questões de pesquisa foram: quais as principais alterações trazidas pela Lei das Estatais relacionadas ao *compliance* nas sociedades de economia mista? E de que forma a implantação de tais regras de *compliance* contribuirão para a manutenção da eficiência na gestão de riscos e controle interno das sociedades de economia mista?

Como referenciais teóricos buscou-se os ensinamentos de Fran Martins e Fábio Ulhoa, precipuamente pela correlação das regras de *compliance* e governança de controle interno das SEM, preconizados na lei em comento. Enfatizou-se na pesquisa a tríade:

*compliance*, gestão de riscos e boas práticas de governança e integridade corporativa como pontos fundamentais da Lei das Estatais, com fim de fomentar a credibilidade e eficiência das relações jurídicas das SEM no mercado de capitais, nacional e internacional.

Em relação à sua estrutura, este artigo foi organizado em cinco partes. Na primeira, estão as considerações iniciais, evidenciando-se o objetivo do estudo, a metodologia utilizada, as questões de pesquisa e os referenciais teóricos, compondo estes os elementos essenciais de sua base teórico-metodológica.

Na segunda parte, foram apresentadas importantes questões sobre o *compliance* no plano internacional e no Brasil, ressaltando-se a criação de normas em defesa da livre concorrência de mercado e ao combate à atos ilícitos, além de reflexões específicas sobre o *compliance* e a governança corporativa.

Na terceira e quarta parte deste artigo, buscou-se a análise da Lei das Estatais relacionadas ao *compliance* nas SEM, ressaltando-se suas principais inovações e contribuições, imprescindíveis para a manutenção sustentável destas empresas no mercado de capitais. E, por fim, são descritas as considerações finais da pesquisa, destacando-se as principais conclusões e resultados.

## **2 I SOBRE O COMPLIANCE NO PLANO INTERNACIONAL E NO BRASIL**

Francisco Schertel Mendes (2017, p. 11-13) comenta, que mundialmente nas últimas décadas esforços foram demonstrados pelos países visando o crescimento da economia, e preocupação com a proteção do mercado de capitais. Revela que várias ações foram criadas, tanto por organismos governamentais como não governamentais, em defesa da livre concorrência e do combate à corrupção, destacando-se a adoção de normas voltadas à promoção da concorrência nos mercados e a punição de ilícitos cometidos contra a Administração Pública.

Nas palavras de Emerson Ademir de Oliveira (2020, p. 367-368), o Brasil é “signatário de Convenções Internacionais de combate à corrupção sob direção das Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico”. Sendo assim, sua “postura perante a ordem internacional, e influência de países que passaram a adotar leis mais rígidas de combate à corrupção, como os Estados Unidos e a Inglaterra”, contribuíram para sua prevenção e repressão.

Ademais, no plano internacional, destaca-se a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada “Convenção de Mérida”, realizada no México em 2003. Decorrente da Resolução 55/ 61, de 04 de dezembro de 2000, da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), ela foi ratificada pelo Brasil em 2005 e promulgada conforme Decreto nº 5.687, em 31 de Janeiro de 2006.

No art. 12 desta Convenção (2015, p. 821), é declarado que cada Estado-parte,

observando-se os princípios fundamentais de sua legislação interna, deverá adotar medidas para prevenir a corrupção, elaborar estratégias para evitar a ocorrência de atos lesivos contra a Administração Pública e criar entidades capacitadas para esta finalidade, assim como compromissadas com a promoção da transparência na gestão e utilização da coisa pública.

Importante destacar, que a Convenção de Mérida consta como um dos instrumentos mais importantes utilizados pela comunidade internacional no controle à corrupção, contando com o apoio de vários Estados signatários. Mendes (2017, p. 12) informa ainda, que o Brasil, inserido como Estado-parte e devido à força normativa expressa e obrigatória, como norma supralegal prescrita na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 2º, CRFB/1988), no âmbito dos direitos fundamentais, ela representou um considerável marco legal.

No ambiente doméstico, aludidos esforços aconteceram através da Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013, e do Decreto nº 8.420 em 2015 que a regulamentou, denominada “Lei Anticorrupção”, criada para atender estas obrigações assumidas pelo país. Carla Veríssimo (2017, p. 12) diz que tais normas levou a responsabilização das pessoas jurídicas, dentre elas as empresas estatais, por atos lesivos cometidos contra a Administração Pública tanto nacional, quanto estrangeira. Apesar de não prover a responsabilização criminal, ela previu nas esferas administrativa e civil, com destaque para a imposição de multas e possibilidade de acordos de leniência às pessoas jurídicas que colaborarem efetivamente com processos administrativos, e investigações.

Deste modo, Renilda Bragagnoli (2017, p. 7-8) informa, que cotejado às definições da Lei nº 12.846/13, o *compliance*, surgiu como incentivo para que tais empresas buscassem investimentos para implementar programas de políticas de controle interno e boas práticas de gestão, com vistas ao cumprimento de normas e regulamentos estabelecidos de forma eficiente.

Então o *compliance*, termo que deriva do inglês *to comply*, o qual etimologicamente refere-se ao cumprir, concordar ou consentir; pode ser entendido como a maneira de agir segundo alguma regra, instrução ou pedido. Pelo seu significado mais específico, remete-se ao dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir as leis, os atos normativos, os regulamentos e as diretrizes institucionais estabelecidas.

Daniel Cavalcante Silva (2015, p. 3) infere, que no cenário corporativo, sabe-se que o *compliance* não existe somente para assegurar o cumprimento de normas legais e regulamentares, bem como de políticas institucionais. Segundo o autor, ele apresenta função mais abrangente e relevante, provendo assistência à alta administração das empresas para detectar, tratar e evitar qualquer desvio ou inconformidade dentro da organização, servindo como estrutura regulatória para a adoção de melhores práticas nos processos decisórios, com ênfase na observância dos princípios da ética e da integridade corporativa.

Já Tiago Fachini (2019, p. 2) informa que o *compliance*, portanto, refere-se à “criação de uma cultura empresarial que faça com que todos os setores da empresa estejam

alinhados para o desenvolvimento de práticas que não só correspondem às legislações vigentes”, mas que estejam comprometidas com a transparência de informações sobre como atuam. Comenta ainda, que a “empresa está em conformidade, quando atende todas as exigências legais relativas às atividades que desenvolve, através de uma adaptação da cultura da organização em todos os seus setores”.

Posto isto, sobre as boas práticas de governança corporativa no Brasil, destaca-se que foram desenvolvidas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), mediante reiterados casos de fraudes e desvios de conduta nas organizações societárias. Elas tiveram o fim de otimizar o desempenho destas companhias, protegendo não só os investidores e credores, mas também os empregados, tornando as empresas cada vez mais íntegras e competitivas a nível mundial, possibilitando a implementação e aprimoramento do *compliance* (SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto, 2015, p. 2).

### **3 | O MARCO LEGAL DA LEI Nº 13.303/ 2016 – A “LEI DAS ESTATAIS”**

A Lei nº 13.303/2016, denominada como a Lei das Responsabilidades das Estatais, ou tão somente, Lei das Estatais foi criada a partir da Emenda Constitucional nº 19 (EC nº 19/1988), de 04 de Junho de 1998. A aludida Emenda estabeleceu significativas alterações ao disposto no § 1º, do art. 173, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/ 1988), sobretudo, designando, que o estatuto jurídico das estatais e suas subsidiárias deveria ser estabelecido por lei.

Destaca-se que no art. 173, da CRFB/ 1988 é prescrito, que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. No referido artigo, no parágrafo 1º, é dito, que a lei “estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens, ou de prestação de serviços”.

Sendo assim, Maria Tereza Fonseca Dias (2016, p. 1-4) cita, que publicada no DOU de 1º de julho de 2016, data de sua entrada em vigor, a Lei das Estatais, aguardada por quase duas décadas (desde a promulgação da EC nº 19/1988) objetivou (re)estruturar o estatuto jurídico das empresas estatais que explorassem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços especificamente, propondo ele deveria dispor sobre: a função social das estatais e formas de fiscalização pelo Estado, e sociedade; a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observadas os princípios da administração pública; o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários, e outros. Ademais, ela ressalta “a excessiva procrastinação do legislador ao disciplinar tal tema, o que poderia ter afastado o desgoverno de muitas estatais”.

Marcelo de Siqueira Freitas e Maurilio Guignoni (2017, p. 1-2) comentam, que

foi estabelecido um prazo máximo de dois anos para que as estatais, constituídas anteriormente à vigência da norma em comento, promovessem as adaptações necessárias à sua adequação, assim como ao Decreto nº 8.945/16, que a regulamentou. À vista disso, evidenciou-se contribuições e inovações, relacionadas ao *compliance* e às novas práticas de governança corporativa, tendo como escopo a transparência, a ética, a eficiência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa na administração pública.

De forma relevante, Fran Martins (2018, p. 487) informa, que a Lei nº 13.303/ 2016 em comento foi promulgada para representar “a repaginação da metodologia das estatais, funcionando como um verdadeiro estatuto anticorrupção”. Para o autor, tal norma contém fundamentais orientações à revisão dos princípios que regem as estatais e diretrizes relacionadas à governança corporativa; à responsabilização dos atos cometidos pelos controladores, administradores e responsáveis afins, objetivando trazer à baila a nomeação de pessoas realmente experientes. Desta maneira, ele ainda fala, que ela objetivou criar, na gestão pública, o que denominou de “responsabilidade civil securitária”, elaborada com a finalidade de reduzir o impacto dos prejuízos causados nas empresas estatais, diante da adoção de inadequadas práticas.

Sendo assim, Renilda Bragagnoli (2017, p. 8) diz, que além de contribuir e inovar nas disposições da função social das estatais, sob o prisma do conceito de interesse público da SEM, cotejou-se também à motivação de autorização legislativa para sua criação, à conformidade aos seus objetivos, e aos estabelecidos pelas políticas públicas constitucionais estabelecidas. Importante especificar, que os arts. 1º, § 3º e § 7º; art. 6º, 8º e 9º, § 1º, sem prejuízo dos demais, complementados pelo Decreto nº 8.945/ 16, nos arts. 13, 15 e 16, a Lei das Estatais trouxe importantes inovações à comunidade empresarial como um todo, ao versar sobre os requisitos mínimos de transparência, de gestão de riscos e de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos objetivando a detecção antecipada de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Então, complementa Bragagnoli (2017, p. 8-9), que a área de *compliance* nas companhias estatais foi criada com a responsabilidade de verificar o cumprimento e eficiência de regras de gestão de riscos e de controle interno, fornecendo subsídios ao seu controlador e administradores para identificação e resolução de possíveis irregularidades. E sobretudo, analisa que tornou expressa a necessidade de implantação e sistematização de práticas de governança corporativa com vistas ao monitoramento de decisões e relacionamento entre sócios, membros do conselho de administração, da diretoria, de órgãos de fiscalização e controle com as partes interessadas, sendo estas ações, cruciais para seu funcionamento sustentável.



## 4 I INOVAÇÕES DA LEI DAS ESTATAIS RELACIONADAS AO COMPLIANCE NAS SEM

Importante destacar, as SEM como sociedades anônimas integrantes da Administração Pública Indireta, compostas de natureza jurídica complexa, por serem dotadas de personalidade jurídica de direito privado, inseridas no Direito Público. Nas lições de Carvalho Filho (2017, p. 528), elas foram criadas por autorização de lei ordinária e registro de seus atos constitutivos no momento de sua criação, o que possibilita sua atuação como sociedade empresária. Assim, permitiu a exploração de atividade econômica e de prestação de serviços, sendo portanto, possuidoras de um regime jurídico híbrido ou parcial, pois estão submetidas tanto ao regime jurídico administrativo e/ ou público, como também ao regime jurídico privado, cabendo à lei ordinária definir suas áreas de atuação.

Assim, Pablo Malheiros (2021, p. 1) complementa, pelo regime jurídico das SEM ser híbrido, deve-se focar na sua maior liberdade de atuação para atuarem com eficiência no mercado, mas sem o descuido dos “mecanismos que evitem que essa liberdade seja desviada”, ou que ao menos “não correspondam ao mero retorno, ou fortalecimento da Administração Pública tradicional”.

Posto isso, Leonardo Barém Leite (2015, p. 1) evidencia três pilares básicos da Lei das Estatais e do seu Decreto Regulamentador: o *compliance*, sua correlação com as boas práticas de governança corporativa pela necessidade de adequação de regulamentos internos e externos à previsão legal, e a gestão de riscos. Afirma então, que estes são conceitos de gestão empresarial que possibilitam a qualidade, ao atuar com ética e com segurança jurídica, na tomada de decisões e das práticas empresariais por seus administradores, sendo preceitos de suma importância para as SEM.

Relacionadas às inovações da Lei de Responsabilidade das Estatais (2016), é expresso no art. 1º, § 3º e 7º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer (...) sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos. (...) § 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei. (...) § 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes.

Rodrigo Fontenelle Miranda (2017, p. 27-28) comenta sobre as atividades preconizadas pelo IBGC cotejadas às regras de gestão de risco, como ponto primordial

da governança corporativa e de *compliance*, nos processos de gestão das organizações do setor público. Para ele tais atividades devem contribuir para que os gestores públicos mantenham a eficiência no seu desempenho, pela identificação prévia dos riscos e pela manutenção prioritária do interesse público. Sendo assim, torna-se importante que todo o processo venha agregar valor à empresa, contribuindo para a realização de suas metas, seja na exploração da atividade econômica de produção ou comercialização de bens, ou seja na prestação de serviços das SEM.

Posto isto, preconiza-se, visando fortalecer todos os aspectos de um programa de integridade e de gerenciamento de risco, que tais empresas precisam identificar, monitorar e analisar, sistemática e cotidianamente, todo processo do programa de conformidade, governança e gerenciamento de avaliações de risco, com a alocação de recursos apropriados e adaptados aos riscos, com atualizações e revisões periódicas, assim como a documentação de possíveis desvios e condutas de ilicitude (KAPLAN, 2019, p.1).

Analisa-se, deste modo, uma das principais inovações da Lei das Estatais, que foi tornar o *compliance* compulsório, em que as boas práticas do sistema de integridade das SEM deverão ser estabelecidas conforme seu estatuto social, garantindo que a empresa cumpra sua função social adequadamente, mantendo uma imagem e credibilidade favoráveis no mercado de capitais, assim como sua sobrevivência de forma fidedigna (BRAGAGNOLI, 2017, p. 7).

Relacionado ao estatuto social, foi prescrito na Lei das Estatais (2016), o art. 6º, que diz:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Já relacionado aos deveres de transparência, a Lei da Responsabilidade das Estatais (2016) impõe às sociedades de economia mista, prescrevendo o que vem expresso em seu art. 8º e incisos, tais como:

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I- elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração (...) com objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos (...); II- adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; III- divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas (...) políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; IV- elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com

a legislação em vigor e com as melhores práticas; V- elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; VI- divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; VII- elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas (...) com os requisitos de conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração; VIII- ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta. IX- divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

Sobre tais normas de transparência e de gestão, Fran Martins (2018, p. 488) observa que o legislador coloca o *compliance* e a governança de práticas de controle interno a um alto nível de cuidado e atenção por parte da alta administração destas empresas. Destaca-se a necessidade de relatórios anuais sobre suas atividades financeiras, medidas de fiscalização e controle interno, avaliação dos administradores sobre políticas e práticas de governança corporativa, com maior transparência na gestão e nas demonstrações financeiras das empresas, privilegiando, deste modo, o Princípio da Publicidade na Administração Pública, previsto no art. 37, da Constituição Federal de 1988.

É comentado ainda, por Scott L. Fredericksen e Jaime B. Guerrero (2019, p. 2), que atualmente no cenário corporativo é necessário que as empresas empreguem metodologias personalizadas de avaliação e de divulgação das políticas e de procedimentos de conformidade por escrito, conforme preconizado na Lei das Estatais, sendo importante sua ampla divulgação, e sobretudo, que se faça de forma clara para todos os funcionários e terceiros que com estas estabeleçam relações jurídicas.

Portanto, ressalta-se o art. 9<sup>a</sup> da Lei nº 13.303, de 2016, que cuida das regras de gestão e de controle interno das SEM, é preconizado que:

Art. 9º A (...) a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangem: I- ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II- área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III- auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. §1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I- princípios, valores e missão (...) da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II- instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III- canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV- mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V- sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI- previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de

riscos, a administradores.

Cabe dizer ainda, que Fábio Ulhoa (2017, p. 233) destaca que as SEM devem ter Conselho de Administração e Conselho Fiscal em funcionamento permanente e obrigatório, sendo necessária a implementação de regras que a administração destas empresas deve observar, principalmente: (a) a possibilidade específica de ser administrador aquele que tiver experiência profissional ou acadêmica na sua área de atuação por período que varia de 4 a 10 anos; (b) a existência de conselheiro independente no Conselho de Administração; (c) o compromisso que devem assumir os diretores em atingir metas e resultados específicos e (d) a existência obrigatória do Comitê de Auditoria na sua estrutura societária.

Logo, pelas orientações internacionais sobre Diretrizes dos Programas de *Compliance* Corporativo, recomenda Kristy Gran-Hart (2019, p. 1-5) alguns requisitos que devem ser observados, visando sua eficácia, dentre os quais: a adequação de recursos com pessoal e orçamento, para auditar, documentar, analisar e agir; o acesso independente do Conselho de Administração ou do Comitê de Auditoria; a integração a outras funções, especialmente auditoria interna, compras e gerenciamento de fornecedores terceirizados; a adoção da gestão de riscos; o controle rigoroso com terceiros, monitoramento e comunicação; o estímulo à denúncia, com aplicação de medidas corporativas que incentivem a participação dos funcionários, sem medo de retaliação e, por fim, as avaliações da eficácia do programa de forma continuada, com intuito de não tornar-se obsoleto.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacou-se, em conclusão, que as regras de gestão e procedimentos éticos e legais proporcionados pelo sistema de *compliance*, e pelas práticas de governança corporativa tornarão legítimas a adequação das SEM às normas constitucionais e legais ora vigentes, como também contribuirão eficazmente para a sua segurança jurídica e credibilidade no mercado de capitais.

Salienta-se, desta forma, que esta pesquisa possibilitou a análise de relevantes alterações e inovações trazidas pela Lei das Estatais relacionadas ao *compliance* nas sociedades de economia mista, assim como importantes reflexões evidenciando seus três pilares fundamentais: o *compliance*, cotejado às boas práticas de governança corporativa, e a indispensabilidade de adequação dos regulamentos internos e externos das SEM à previsão legal, e a gestão de riscos (Leonardo Barém Leite, 2015, p. 1).

Ao preconizar a observância de valores como a ética e a integridade corporativa e, sobretudo a probidade administrativa, ressalta-se que estas são questões fundamentais para a valoração positiva da conduta das SEM no mundo empresarial. Espera-se com estes escritos ter contribuído eficazmente para a reflexão da comunidade científica, e da doutrina a respeito dos relevantes temas abordados e analisados, primordialmente em

virtude do pouco tempo de vigência da Lei das Estatais, e da diminuta produção científica até os dias atuais.

## REFERÊNCIAS

BRAGAGNOLI, Renilda. **A lei nº 13.303/ 2016 e o (velho) compliance das empresas estatais.** Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5228, 24 out 2017. Disponível em: [https:// jus.com.br/ artigos/ 61227](https://jus.com.br/artigos/61227). Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de Janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de Dezembro de 2003. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de Março de 2015. **Regulamenta a Lei nº 12.8466, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.** Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de Dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de Junho de 1988. **Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.** Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.** Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de Junho de 2016. **Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** Disponível em: [https:// www.planalto.gov.br](https://www.planalto.gov.br). Acesso em: 28 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo Manual de direito comercial: direito de empresa.** 29. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DAL BELO, Felipe. **Aspectos inovadores de governança e compliance**. Disponível em: <https://www.grantthornton.com.br/insights/artigos-e-publicacoes/lei-das-estatais-aspectos-inovadores-de-governanca-e-compliance/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O estatuto jurídico das empresas estatais (LEI 13.303/ 2016) sob a ótica da Constituição da República de 1988**. Ano 2016, n° 223. Disponível em: <https://www.direitodoestado.com.br/colonistas>. Acesso em: 18 set. 2018.

FACHINI, Tiago. **Compliance: o que é, benefícios e dicas de como fazer**. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/o-que-e-compliance/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

FREDERICKSEN, Scott L; GUERRERO, Jaime B. **DOJ Announces Updated Guidance on Evaluating Corporate Compliance Programs**. Disponível em: <https://www.natlawreview.com>. Acesso em: 10 mai. 2019.

FREITAS, Marcelo de Siqueira; GUIGNONI, Maurilio. **Novo papel das estatais**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa>. Acesso em: 07 jul. 2018.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **As sociedades estatais e a aplicação imediata da Lei 13.303/16 aos contratos pactuados anteriormente ao vigor da Lei das Estatais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/335050/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

GRANT-HART, Kristy. **10 critical lessons for compliance officers from the new DOJ evaluation guidelines**. Disponível em: <https://complianceandethics.org>. Acesso em: 10 mai. 2019.

LEITE, Leonardo Barém. Governança corporativa, compliance e as empresas – Aspectos Práticos. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/225889>. Acesso em: 27 ago. 2018.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 41. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MÉXICO. **Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (2003). Convenção de Mérida**. In: Coletânea de direito internacional, Constituição Federal/ organização Valerio Oliveira Mazzuoli. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Compliance e Lei Anticorrupção**. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2020v23n45p367-384>. Acesso em: 14 nov. 2021.

OXFORD DICTIONARIES. **English Dictionary, Thesaurus, & grammar help, Oxford Dictionaries**. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com>. Acesso em: 07 jul. 2018.

KAPLAN, Jeff. **DOJ's Risk Assessment Expectations in Evaluation of Corporate Compliance Programs**. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com>. Acesso em: 10 mai. 2019.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão de ensino superior privado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2017.

# O GARANTISMO CONSTITUCIONAL E OS FRAGMENTOS DA INQUISITORIEDADE NO SISTEMA ACUSATÓRIO

*Data de aceite: 02/01/2023*

**Franciney Colares de Oliveira**

**Idalécio Silva de Lima**

**Marcos Andrades Melgueiro**

**Davi Gentil de Oliveira**

**RESUMO:** Tem como objetivo trazer a luz do direito as influências das características inquisitoriais ainda contida no ordenamento jurídico brasileiro. O texto trazido no corpo da presente pesquisa versará primeiramente sobre a origem histórica alguns conceitos no que tange ao princípio do contraditório e ampla defesa frente a algumas imposições legislativas inquisitórias contidas no sistema acusatório usado no Brasil. Assim o presente artigo científico tratar da inquisitoriedade no processo penal brasileiro, demonstrando os eixos controvertidos de sua utilização bem como explicar acerca da teoria da prova, que ainda se constitui de laços marcantes do sistema inquisitório. Nisto, será utilizada a metodologia bibliográfica com o objetivo de coletar doutrinas, legislações, periódicos e jurisprudências, para trazer a esta pesquisa aprofundamento teórico e qualitativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios, Sistema

acusatório, inquisitoriedade, Direito Penal.

**ABSTRACT:** Its objective is to bring to light the influences of the inquisitorial characteristics still contained in the Brazilian legal system. The text brought in the body of this research will first deal with the historical origin of some concepts regarding the principle of contradictory and broad defense against some inquisitorial legislative impositions contained in the accusatory system used in Brazil. Thus, the present scientific article deals with inquisitoriality in the Brazilian criminal procedure, demonstrating the controversial axes of its use as well as explaining about the theory of evidence, which still constitutes striking ties of the inquisitorial system. In this, the bibliographic methodology will be used with the objective of collecting doctrines, legislation, periodicals and jurisprudence, to bring theoretical and qualitative depth to this research.

**KEYWORDS:** Principles, accusatory system, inquisitorship, Criminal Law.

## INTRODUÇÃO

Há vários anos refletimos sobre a separação das partes relevantes do



órgão Jurisdição, em relação à estrutura de cobrança de nossos processos criminais. Na verdade, no descompasso entre as normas constitucionais (hoje até envolvendo até mesmo legislação constitucional) e as atividades cotidianas dos tribunais.

Nos últimos anos, com a deterioração da legitimidade do direito processual penal, com a através de uma colaboração premiada, neste delicado no campo jurídico, vimos uma aceleração da admissibilidade por violação de certas regras sistema de acusação.

Neste breve artigo, nossa intenção é colher alguns fragmentos de jurisprudência, disse predominante, se não declarado religioso, naturalmente também descreve a mencionada separação. Embora qualquer mudança de direção seja impossível no futuro próximo para o fortalecimento do sistema de acusação, pelo menos a advocacia está vigilante.

Destarte, a pesquisa terá como objetivo geral demonstrar que o *Ius Puniendi* do Estado em sentido amplo mostra-se falho no que diz respeito ao Sistema acusatório presente, com fragmentos constatados no sistema inquisitorial ainda predominante.

Assim sendo, no que diz respeito aos objetivos específico da presente pesquisa científica, serão: demonstrar que no Processo Penal Brasileiro ainda se constata a utilização do sistema Inquisitivo, analisar as decisões judiciais que se albergam no sistema inquisitorial, bem como perquirir o papel da audiência de Custódia como fator relevante para a ampla defesa e o contraditório.

Diante este cenário e somado a revolução no caminho da liberdade cidadã e de um Estado mais garantista para com seu povo já apontado por diversos países já se mostravam. Ademais as garantias previstas na Constituição Federal visam assegurar a sociedade de seus direitos mais genuínos, tais como o de liberdade de expressão, locomoção, à vida, ao devido processo legal, visando no direito penal, um julgamento mais justo, equivalente e humanitário.

Por fim, o presente trabalho irá buscar responder quanto ao sistema acusatório adotando-se atualmente, qual embasamento para utilização da inquisitorialidade em algumas fases procedimentais? E indagar se o direito de defesa presente na Constituição não tem o condão de afastar o sistema inquisitorial do Processo Penal e das leis esparsas.

Daí a relevância do presente trabalho científico, na exposição de a origem e importância do garantismo constitucional no ordenamento jurídico penal, frente a inquisitorialidade imposta no ordenamento jurídico brasileiro, na regência dos princípios do *Devido Processo Legal*, *In Dúbio Pro Réu*, *contraditório* entre outros.

## **O GARANTISMO CONSTITUCIONAL E OS FRAGMENTOS DA INQUISITORIEDADE NO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Das Lutas dos Direitos Humanos ao Garantismo Constitucional

Inicialmente é possível dizer que dos direitos humanos fundamentais tiveram origem

em meio a evolução da sociedade humana, diante as mutações de comportamentos, costumes, ideais, etc. Passado tempos obscuros de suspensão de direitos, durante o golpe militar, teve-se início à elaboração da Constituição Federal de 1988, onde fato segundo HERMÍNIO (2020), entende que houve o marco inicial do movimento garantista.

No entendimento de SCHIMITT (1996, p. 105):

“(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política”.

Para LOBATO (1998, p. 145), as constituições têm como propósitos a normatização de direitos de cunho a resguardar ao cidadão, seus “direitos inerentes à natureza do homem e à sua finalidade no mundo”, assim como garantir estes direitos sob a forma individual e coletiva nas mais diversas searas do direito. Deste modo, o autor supracitado defende ainda que a “constitucionalização dos direitos do homem” tem caráter garantista, trata-se de direitos positivados e protegidos.

Temos, assim, a Constituição como um conjunto de princípios e regras destinadas à realização do Direito que, como sistema aberto, apreende o infinito de possibilidades do mundo real, funcionando como verdadeiro filtro. Os princípios agem como espécies de canaletes de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico. Por isso mesmo, não comportam enumeração taxativa, embora realçados alguns e normalmente identificados: princípio do estado de direito, princípio da liberdade, princípio da igualdade e, ainda, os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana (ALVES, 2003p. 05)

Segundo VELLOSO (1989, p. 01) “*a jurisdição constitucional abrange o controle da constitucionalidade dos atos normativos e compreende também a jurisdição constitucional das liberdades*”. Assim para o presente autor, quando tratamos da seara material do Direito Constitucional, temos que ter a diligência de que na Letra Maior de 1988, muito além de traçar limites, garantias e deveres para sociedade e Estado, visa também como forma de defesa cidadã as ações de controle de constitucionalidade. Estas baseadas em princípios como da Autotutela, Liberdade, Devido Processo Legal entre demais.

Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a identificação de princípios no ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo foram eles abrigados pela Lei Maior, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema. (ALVES, 2003, p. 04)

De maneira similar Prudêncio 2010, trata em seu estudo sobre a Constituição Federal de forma que esta vise a validação das garantias do avanço legal e processual da sociedade. Para não retroagir a épocas de escuridão e insegurança, a Carta Maior, veio atrelada ao Pacto de São José da Costa Rica - origem dos direitos humanos fundamentais

-, na observação de garantias de forma à assegurar de forma inviolável alguns destes avanços, na norma chamados de cláusulas pétreas.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 traz consigo as chamadas cláusulas pétreas que limitam materialmente o poder de reforma da constituição de um Estado. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias constitucionais. (SAMPAIO, 2020, p. 14)

Apesar de atualmente o estudo dos direitos fundamentais contidos na CF/88 possuir algumas classificações doutrinárias, tais como: Direitos Fundamentais Originários e Derivados, Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira geração. Classificações que tem como objetivo assegurar seu cumprimento de acordo com a historicidade, financeiramente e politicamente, Preudente e Berbarido (2020).

Nessa versão ampliada, a garantia passa a se configurar como a outra face do constitucionalismo, pois dele depende sua eficácia: todos os direitos fundamentais constitucionalmente instituídos exigem leis de ação que introduzam garantias relativas, ou seja, proibições e obrigações a elas correspondentes. Assim, a democracia constitucional, em suas várias dimensões e níveis, passa a se configurar como uma construção jurídica inteiramente composta por garantias e instituições de garantia. Todos os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente requerem leis de ação que introduzam as garantias relativas, ou seja, as proibições e as obrigações correspondentes. (FERRAJOLI, 2009, P. 02)

Ainda referente ao garantismo constitucional inserido no ordenamento jurídico brasileiro trazido por meio da Constituição Federal, “destaca-se a exigência duma postura cautelosa e intervencionista do Estado para tutelar os Direitos sociais, uma vez que a Constituição Cidadã impõe de certa forma este caráter para a construção de uma justiça social” (HERMÍNIO, 2020, p. 72)

Por derradeiro, o que se pretende demonstrar é o quão sutil e delicado se apresenta o problema do garantismo nas decisões judiciais. As decisões calcadas são, sempre, muito bem construídas. Porém, e aqui reside toda a crítica, a fundamentação nem sempre satisfaz, porque ainda segue acreditando na fatalidade e no fantasma da discricionariedade. (PINHO, 2018, p. 44)

Por fim, a proposta destacada acima, a fim de garantir uma maior aproximação os problemas encontrados na lei e na ação estatal e na realidade estão em cumprir a Constituição da República de 1988 e demais diplomas internalizar e impor questões de direitos humanos ao país, obrigação de agir em conformidade.

Quanto ao alcance do texto constitucional, deve-se destacar, a supremacia do texto constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, impõe o reconhecimento de que a constituição está acima da norma, as que são inconstitucionais também violam os poderes previstos na Constituição. Procure segurança desde a primazia da eficácia da constituição no ordenamento jurídico, todas as funções do Estado têm relevante e deve agir de acordo

com sua garantia (PRUDENTE e BERNARDO, 2018)

Por meio de qualquer decisão judicial, é possível concluir que o judiciário brasileiro faz pouco, ou quase nenhum uso dos princípios reportados para declaração de inconstitucionalidade das regras que os contrapõem, descriminalizar comportamentos. Aumenta, por isso, a importância de uma classificação constitucional e de uma definição dos princípios penais com seus desdobramentos e interligações [...]. (LIMA, 2017, p. 27)

Malgrado para Prudêncio (2010), com o advento da garantia dos princípios constitucionais penais tais como presunção de inocência, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, vieram revolucionar o processualismo penal brasileiro, assim, desta maneira entregando aos cidadãos mais segurança em um Estado mais isonômico e justo.

Segundo Alves 2003 (p. 03) em seu estudo intitulado de Garantias Constitucionais e o Processo Penal, a referida autora descreve que apesar de os princípios não constituírem normas com força imperativa de lei, estes visam a balizar as mesmas a vista de trazer uma ponderação no caso concreto.

“O direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”. (CLÉVE, 2006, p. 01)

Em contraponto Feldens (2018) assegura a relevância do garantismo constitucional penal quanto este vem a reforçar o poder estatal, não somente no poder detido neste, mas por meio do qual ao Estado é imposto para com o povo. De modo á exercer a proteção *“De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”* (SARLET, 2017, p. 42).

O Direito Processual Penal, num Estado Democrático de Direito, deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, de cunho nitidamente garantista. Nenhuma regra processual pode está em desacordo com a Letra Maior. (PRUDÊNCIO, 2010, p. 300)

Desta maneira na ausência de uma norma plenamente capaz de tratar o caso concreto a utilização da fonte principiológica se faz eficaz nos decisórios dos tribunais. Lobato (1998) afirma ainda que *“a necessidade da aplicação da garantia de aplicação imediata das normas definidoras de direitos constitucionais tem razões históricas”*, onde pudemos assistir as garantias individuais do povo serem reveladas ao compasso dos avanços da civilização.

#### Principais Pontos Garantistas Pleiteados na Seara Penalista

Em princípio cabe o registro de que o garantismo constitucional tratado neste estudo, é tema demasiadamente extenso e multidisciplinar, para tanto, aqui traremos sobre seu alicerce principiológico em três pontos principais, no que se refere a temática em comento,

sendo estes o devido processo legal, a legalidade das provas no que diz respeito à fase processual e a presunção de inocência do réu, que segundo Oliveira, Soares e Mendes (2020) se trata do princípio base da seara garantista.

O garantismo penal tem a função precípua de orientar a construção de um Estado Democrático de Direito, que tenha um modelo normativo condizente com os seus anseios, primando pela democracia material e não meramente formal. Assim, ter-se-á um modelo que garanta os direitos e garantias judiciais a todos os cidadãos, independentemente de seus atos ou representação social. (FIGUEIRÉDO, 2016 apud SAMPAIO e FIGUEIRÉDO, 2020, P. 14)

Para VELOSO (2018), o endurecimento das leis, a gravidade das penas e o rigor das ações de coerção do Estado frente ao combate das ações criminosas, em nada garantem a segurança e bem estar das pessoas de bem. Outrossim, para as autoras supracitadas, a imposição dos limites acima tratados tão somente funciona como ações posteriores e remediadoras.

Malgrado também não garante, na medida da relação desproporcional entre réu Estado, que a justiça de fato seja feita, mesmo sendo a de direita brilhantemente realizada. Outrossim, também defende PRUDÊNCIO (2021, p. 298) onde diz que a *“análise dos direitos e garantias fundamentais do réu no processo será feita pela ótica do devido processo legal, figura do art. 5º da CF/ 88, como garantia fundamental”*.

É inequívoco que o processo de modernização do direito penal somente teve início com o Iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália). Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista voltava-se ao banimento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente castigar. (NUCCI, 2020, p. 86)

A vista que os direitos humanos fundamentais têm por objetivo proteger os bens mais vulneráveis e preciosos do ordenamento jurídico, tais garantias visam resguardar o mínimo necessário para a consideração de uma certa dignidade humana. Outrossim, é possível dizer que se deve defender o caput do art. 5º da nossa Carta Magna, onde diz o Brasil ser um país onde todos são iguais perante a lei.

E assim sendo, o garantismo prega o tratamento igualitário na medida da possibilidade do caso concreto, à vista de garantir à vítima e ao réu um tratamento digno, um processo hábil e uma justiça eficaz (SAMPAIO e FIGUEIREDO, 2020).

O modelo garantista é fundado pelos princípios da legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório e presunção de inocência. Tais princípios, em conjunto, formam um sistema coerente e unitário. Essa unidade depende do fato de os vários princípios garantistas se configurarem em um esquema epistemológico de identificação do desvio Tal esquema está orientado a assegurar um grau máximo de

racionalidade e confiabilidade do juízo, além de limitar o poder punitivo e tutelar a pessoa contra arbitrariedades (CONSTANZA E CONSTANZA, 2020, p. 59)

Para PINHO (2011), é imperioso destacar que junto ao início do movimento garantista os legalistas tiveram algumas dificuldades na determinação do liame diferencial dentre a moral e a justiça, assim, fazendo-se necessário a elaboração de uma linha de pensamento cognitivo, que adiante fora chamado de hermenêutica, para que possa ser futuramente ser utilizado como precedentes em casos concretos posteriores. Nessa linha de pensamento, ressalva-se: “*De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão*” (SARLET, 2017, p. 42).

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

No mesmo intento, Sampaio e Figueiredo (2020) defendem que a hermenêutica veio a bailar no mundo jurídico com finalidade transformadora de indicar que ademais da importância na obtenção do resultado, temos que ter a observância que os meios utilizados e necessários se tornam de maior que o próprio resultado.

#### O Sistema Acusatório Na Constituição Federal De 1988

O sistema inquisitorial foi concebido através do Direito Canônico, em meados do século XIII e disseminado pela Europa com meandros de sua utilização até o século XVII. Em suma, muito observado nos sistemas autoritários, o referido sistema se coadunava com os ideais dos regimes que lhe davam prática: uma figura injusta que julgava. E nas palavras de Goldschmidt “a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição” (apud LOPES JR. 2021, p. 35). Tratava-se, pois, de um ator do processo a qual cabiam todas as funções: investigar, acusar e julgar.

#### Nas lições de Aury Lopes Jr,

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova

(iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Segundo Renato Brasileiro (2020, p 40), “essa concentração de poderes nas mãos do juiz, compromete, invariavelmente, sua imparcialidade”. Como se extrai das lições do autor, sem dúvidas, há uma ligação direta, de forma psicológica, ao julgamento, já que o preferido da decisão necessariamente já estará, antes mesmo de apresentada a defesa, contaminado pela imparcialidade de suas convicções na fase pré-processual.

Bem verdade que o julgador não é um ser-humano alheio ao mundo. É, portanto, um particular, do povo, que, submetido às provas da Magistratura, com todas as suas nuances, exerce a função pública do Estado-juiz, aplicando a jurisdição. E precipuamente, o julgador deve ser ater aos autos e às fontes da lei, o que exige, e suplicam as partes, que aquele esteja equidistante e inepto qualquer que seja o resultado do julgamento.

Nesse esteio, de início à ação penal, no referido sistema, cabia ao Magistrado a produção de provas *ex officio*, podendo determinar a forma que lhe interessasse na colheita.

Como ensina brasileiro (2020, p. 43),

No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida. O processo inquisitivo era, em regra, escrito e sigiloso, mas essas formas não lhe eram essenciais. Pode se conceber o processo inquisitivo com as formas orais e públicas.

Aos poucos, como já dito alhures, o sistema puramente inquisitorial foi sendo escanteado, em que pese em alguns países tenham-no adotado até meados do século XVIII. Tal alijamento do sistema inquisitorial deu-se pela lógica comum na ilusão de se acreditar na eficácia em um procedimento que concentrava atividades e funções diretamente antagônicas.

Perpassando o acontecimento de diversos eventos marcantes, chegamos à Constituição Federal de 1988, que veio a romper os indícios ditatoriais que se afloravam até a sua promulgação.

Enquanto o código penal e processo penal, anteriores à Carta Maior, transpareciam frisar e se preocupar acerca da culpa do agente, o Constituinte de 88 buscou caminho inverso, assegurando diversas garantias e direitos aos acusados, que serviu de inspiração para a modificação dos diplomas penais ao decorrer dos tempos. Nas lições de Pacelli:

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela

atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

É, pois, uma construção justa de um procedimento processual, principalmente penal, que seja erigido sob a tutela do contraditório e da ampla defesa, a ser julgado por um juiz natural, sem a possibilidade de ser instituído um tribunal de exceção, cuja decisão do julgador seja devidamente motivada, a fim de atender aos preceitos do acusado ou apenado ter ciência das razões de decidir, assim como possibilitar às partes, seja ao órgão acusatório ou à defesa, recorrer naquilo que se resignarem.

Aury Lopes Jr. Nos ensina que:

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o “olhar da complexidade” e não mais com o “olhar da Idade Média”. Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido.

Não outra seria a conduta esperada do Constituinte de 1988, que adveio a consagrar e estampar definitivamente no texto de maior normatividade, a função díspar do órgão acusatório, como um capítulo dedicado à figura do Ministério Público, que atua como titular da ação penal, nos ditames da *lex mater*.

Consabido que a lei 13.964, de 2019, alcunhada de “*pacote anticrime*” trouxe, mesmo que timidamente, algumas mudanças à sistemática adotada no processo penal pátrio. Segundo Aury Lopes Jr., o diploma penal processual brasileiro era neoinquisitório, discordando o autor da corrente majoritária da doutrina que o classifica como um sistema misto.

Isto porque, segundo o mesmo autor, não basta classificar a dicotomia tripartite entre inquisitório, acusatório ou misto sob uma ótica generalista. É prudente e indispensável perpassar no núcleo do objetivo do legislador. Dado que, *e.g.*, a gerência dos conteúdos probantes estava ligada à vontade do próprio julgador.

E pontua o autor:

Finalmente o cenário mudou e nossas críticas (junto com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Geraldo Prado, Alexandre Moraes da Rosa, e tantos outros excelentes processualistas que criticavam a estrutura inquisitória brasileira) foram ouvidas. Compreenderam que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal.

Nesse diapasão, a modificação legislativa do processo penal representa certa evolução com vistas a expurgar o juiz-inquisidor, que, antes da mudança, tinha como faculdade a produção da prova de ofício, característica concreta do sistema inquisitorial. E sobre Provas no processo penal, nos ensina Tourinho Filho:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre qual versa a lide. Pois bem:



a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiam, ou não, ou, então de que ocorreram dessa o daquela maneira.

É esperado, pois, que consagrado na Lei Maior, sejam adotados doravante em uma nova proposição do Código de Processo Penal ou nas leis que o modificam, a solidificação da manutenção do julgador como mero espectador, não mais como uma figura atuante de ofício. Nesse esteio, até mesmo o desazo das partes produzirem provas deve ser suportado pelo julgador.

Isto porque, nas lições de Aury Lopes Jr.

[..] é importante combater outra fraude: juiz produzindo prova de ofício a título de “ajudar a defesa”. Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação e nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado e nem para o outro.

À luz do exposto, em que pese as críticas ao garantismo processual, que suportada pela esmagadora maioria da doutrina, calhar frisar, que não se trata de concretizar um procedimento que vise atrasar a “justiça”. É, na verdade, concedendo às partes a sua paridade no processo, garantindo um juiz natural que se convença através dos elementos juntados aos autos, que poderíamos primar pela efetividade de um julgamento justo.

Consoante nos ensina Pacelli,

[..] o órgão estatal responsável pela acusação, o Ministério Público, passou a ser, com a Constituição de 1988, uma instituição independente, estruturado em carreira, com ingresso mediante concurso público, sendo-lhe incumbida a defesa da ordem jurídica, e não dos interesses exclusivos da função acusatória. Nesse sentido, o Ministério Público, e não só o Poder Judiciário, deve atuar com imparcialidade, reduzindo-se a sua caracterização conceitual de parte ao campo específico da técnica processual.

Assim, um sistema processual justo não significa que haja preferência estatal. À figura do Estado, cabe ter interesse em qualquer dos cenários: na punição do agente culpado, assim como na absolvição do inocente. É, portanto, primazia que o processo siga seu curso com a ampla possibilidade de as partes terem o mesmo tratamento, seja acusação, seja defesa, para que, ao final, o julgador decida com base em todo o *iter* processual.

## CONCLUSÃO

Por tudo que foi dito, a Constituição Federal como a baliza de toda legislação brasileira, o Direito Penal não poderia fugir a esta roupagem, de modo a ter sua finalidade a qual seja proteger os bens mais preciosas e vulneráveis do ordenamento jurídico, tais como a vida e a liberdade. Deste modo, ficou evidenciado no decorrer do presente trabalho

científico que ademais de ser explícita a importância do poder coercitivo do Estado por meio do Direito Penal, de fato este apenas serve como instrumento de remediar as condutas imprudentes e ilegais. Inicialmente não buscando direitos do infrator.

Com a inauguração da Carta Maior, e suas devidas implicações nas legislações até então vigente, o garantismo isonômico veio a efetivar o cumprimento das garantias fundamentais levantadas na Declaração dos Direitos do Homem assim incorporada em nosso texto constitucional.

Por fim, foi tratado alguns instrumentos para busca destas garantias constitucionais na seara penal, tais como, o cumprimento dos princípios do *devido processo legal*, do *contraditório*, do *in dubio pró réu*, assim como o basilar princípio da dignidade da pessoa humana. Assim como, instrumento trazido na própria Constituição como o controle de constitucionalidade que atualmente figura garantidor dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompiled.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm). Acesso em: 18/10/2022.

ALVES, Eliana Calmon. **Princípios e garantias constitucionais do processo**. Brasília, DF, 2003. Acessado em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058268.pdf>. Disponível em: 18/10/2022.

DE JESUS PRUDENTE, Eunice Aparecida; BERNARDO, Leandro Ferreira. **Direitos Humanos E Políticas Públicas Sociais: A Proteção Dos Direitos Fundamentais No Brasil E O Papel Do Estado E Do Direito**. Disponível: [https://www.academia.edu/download/61989599/DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_POLITICAS\\_PUBLICAS\\_SOCIAIS\\_-\\_Leandro\\_Bernardo\\_e\\_Eunice\\_Prudente.pdf](https://www.academia.edu/download/61989599/DIREITOS_HUMANOS_E_POLITICAS_PUBLICAS_SOCIAIS_-_Leandro_Bernardo_e_Eunice_Prudente.pdf). Acessado em: 15/10/2022.

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

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **A Gestão de Resultados como Bem Jurídico Constitucional Brasileiro**. Acessado em: [https://www.academia.edu/download/56418122/A\\_Gestao\\_de\\_Resultados\\_Bem\\_Juri\\_Consti\\_Bras\\_enviado\\_protegido.pdf](https://www.academia.edu/download/56418122/A_Gestao_de_Resultados_Bem_Juri_Consti_Bras_enviado_protegido.pdf) Disponível em: 19/10/2022.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos; FEDERAL-PF, Procurador; VELOSO, MG Juliano Ribeiro Santos. **O modelo constitucional brasileiro de gestão de resultados como mecanismo de freios e contrapesos para moderar o conflito entre os poderes em benefício do cidadão**. 2018. Publicações da Escola da AGU, p. 39-54, 2018. Acessado em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/Publ-Esc-AGU\\_v.10\\_n.04.pdf#page=39](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/Publ-Esc-AGU_v.10_n.04.pdf#page=39) Disponível em: 18/10/2022.

FELDEN, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.**

Livraria do Advogado Editora, 2018. Acessado em: <https://books.google.com.br/books?id=Xz1WDwAAQBAJ&lpg=PT3&ots=DACt2tgXcl&dq=A%20INFLU%20C3%8ANCIA%20DAS%20GARANTIAS%20CONSTITUCIONAIS%20NO%20DIREITO%20PENAL%20&lr&hl=pt-BR&pg=PT3#v=onepage&q&f=false>. Disponível em: 18/10/2022.

SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**, 2015.

SILVA, Flávia Martins André. **Direitos Fundamentais.** Revista DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais#:~:text=Esses%20direitos%20s%C3%A3o%20referentes%20%C3%A0,concretizando%20assim%2C%20a%20igualdade%20social>. Acessado em: 15/10/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal. Isonomia**, n. 32, p. 209-211, 2010. Acessado em: <http://ref.scielo.org/4wydnm>. Disponível em: 15/10/2022.

HERMINIO, Henrique Infante; DO CARMO, Valter Moura. O Papel Das Políticas Públicas E Sua Importância Para Os Direitos Sociais. *Percurso*, v. 4, n. 35, p. 71-74, 2020.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL-A IMPOSIÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.** Saraiva Educação SA, 2017. Acessado em: <https://books.google.com.br/books?id=CTFrDwAAQBAJ&lpg=PT4&ots=3c0a1MD8CO&dq=A%20INFLU%20C3%8ANCIA%20DAS%20GARANTIAS%20CONSTITUCIONAIS%20NO%20DIREITO%20PENAL%20&lr&hl=pt-BR&pg=PT4#v=onepage&q&f=false>. Disponível em: 15/10/2022.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.** 1998. Acessado em: <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2428/O%20reconhecimento%20e%20as%20garantias%20constitucionais%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf?sequence=1>. Disponível em: 17/10/2022.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

DE PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.** Livraria do Advogado Editora, 2018.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias Constitucionais eo Processo Penal: Uma Visao Pelo Prisma do Devido Processo Legal.** Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais, v. 57, p. 297, 2010. Acessado em: [https://scholar.google.com/scholar\\_url?url=https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/viewFile/134/125&hl=pt-BR&sa=T&oi=gsb-gga&ct=res&cd=0&d=1097243428618962459&ei=8T6ZY-N\\_H8KLy9YP-PmfuA0&scisig=AAGBfm0sTMYMS1EAS8rgX5hU7wYP7loURg](https://scholar.google.com/scholar_url?url=https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/viewFile/134/125&hl=pt-BR&sa=T&oi=gsb-gga&ct=res&cd=0&d=1097243428618962459&ei=8T6ZY-N_H8KLy9YP-PmfuA0&scisig=AAGBfm0sTMYMS1EAS8rgX5hU7wYP7loURg). Disponível em: 17/10/2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAMPAIO, Victoria Paganelli et al. **Direito penal do inimigo: uma análise crítica da lei do abate em face dos princípios e garantias constitucionais.** 2020. Acessado em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/2801>. Disponível em: 17/10/2022.

VELLOSO, Carlos Márcio. **As novas garantias constitucionais.** Revista de Direito Administrativo, v. 177, p. 14-28, 1989.

MENEZES, Gabriella Mendes; GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **O garantismo penal integral no processo penal brasileiro**. Revista Ceuma Perspectivas, v. 29, n. 1, p. 48-60, 2017. Acessado em: <http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/61/pdf>. Disponível em: 15/10/2022.

COSTANZA, Caroline; COSTANZA, Grazielle. **Garantismo penal: política criminal em defesa dos direitos humanos**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. Acessado em: [https://www.researchgate.net/profile/Lara-Sosa-Marquez/publication/349603906\\_Imigracao\\_no\\_Uruguai\\_perspectivas\\_de\\_pertencimento\\_legal\\_e\\_social/links/6037b38192851c4ed598fb80/Imigracao-no-Uruguai-perspectivas-de-pertencimento-legal-e-social.pdf#page=56](https://www.researchgate.net/profile/Lara-Sosa-Marquez/publication/349603906_Imigracao_no_Uruguai_perspectivas_de_pertencimento_legal_e_social/links/6037b38192851c4ed598fb80/Imigracao-no-Uruguai-perspectivas-de-pertencimento-legal-e-social.pdf#page=56). Disponível em: 15/10/2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto; SOARES, Paulo Sérgio Gomes; MENDES, Alessandro Hofmann Teixeira. **Os Direitos Humanos No Contexto Do Garantismo Penal Brasileiro**. Humanidades & Inovação, v. 7, n. 19, p. 674-686, 2020. Acessado em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/issue/view/86>. Disponível em: 17/10/2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal** – 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

# OS PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS EM CONTRASTE COM A REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA

*Data de submissão: 08/12/2022*

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Luíza Leite Vieira**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário UniFacisa  
Campina Grande – Paraíba  
<https://lattes.cnpq.br/7243549704606245>

### **Marcelo Alves P. Eufrásio**

Doutor em Ciências Sociais pela  
Universidade Federal de Campina Grande  
Campina Grande – Paraíba  
<http://lattes.cnpq.br/2635055199878033>

**RESUMO:** A realidade carcerária brasileira está distante do ideal proposto pelos princípios penais fundamentais, quais sejam: os princípios da legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, intervenção penal mínima, ofensividade, humanidade das penas e ressocialização, e pelas garantias estabelecidas na Constituição e em tratados internacionais cujo país é signatário. Ocorre que a observação de tais princípios evidencia-se de fundamental importância para o estabelecimento de um sistema prisional justo e eficaz, condizente com a busca do bem-comum e com os valores da dignidade humana. A aplicação dos princípios denominados fundamentais faz-se necessária. O presente trabalho,

baseando-se na pesquisa eminentemente bibliográfica, procura defender a correta observação dos princípios penais fundamentais no sistema prisional brasileiro, já que este deve ser pensado e executado numa perspectiva de bem-estar social e respeito aos indivíduos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal. Princípios. Sistema carcerário. Direitos humanos.

### **THE FUNDAMENTAL CRIMINAL PRINCIPLES IN CONTRAST WITH THE BRAZILIAN PRISON REALITY**

**ABSTRACT:** The Brazilian prison reality is far from the ideal proposed by the fundamental penal principles, namely: the principles of legality, culpability, proportionality, minimum penal intervention, offensiveness, humanity of sentences and resocialization, and by the guarantees established in the Constitution and in international treaties whose country is a signatory. It so happens that the observation of such principles proves to be of fundamental importance for the establishment of a fair and effective prison system, consistent with the pursuit of the common good and with the values of human dignity. The application of the so-called

fundamental principles is necessary. The present work, based on an eminently bibliographical research, seeks to defend the correct observation of the fundamental penal principles in the Brazilian prison system, since this must be thought and executed in a perspective of social well-being and respect for individuals.

**KEYWORDS:** Criminal Law. Principles. Prison system. Human rights.

## 1 | INTRODUÇÃO

A história do Direito Penal tem acompanhado, de certa forma, o desenvolvimento da sociedade e seus mais variados momentos políticos: em épocas de absolutismo, um sistema penal bruto e violento, que demonstra o poder político de quem tomou posse do Estado; já em períodos mais brandos, percebe-se a suavização do cárcere – se é que o termo “suave” pode ser utilizado em tal contexto – e a busca por uma maior democratização de todo o processo relacionado ao crime, desde a elaboração de textos legislativos que realmente representem a realidade social, a um justo e eficiente procedimento judiciário, até ao exato cumprimento da pena, sem amenizações ou excessividades.

Nesse contexto, tem-se o estudo científico de Foucault (2014), em sua obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, que se tornou um clássico dessa análise da criminalidade e sua relação com o Direito ao longo de várias épocas, cada uma com suas próprias leis penais e seus mais variados processos punitivos.

Foucault (2014) analisa criticamente as motivações históricas e políticas das mudanças e reformas realizadas no Direito Penal ao longo das décadas e enfatiza a “humanização” de todo o sistema penal ou a nova “tecnologia do poder” que começa a ser desenvolvida após as reivindicações do Iluminismo e da Revolução Francesa contra o absolutismo. Sendo o cárcere um reflexo da sociedade, estudá-lo significa voltar também os olhos à comunidade que o representa.

Dessa forma, tem-se que as relações de poder representadas pelo sistema penal pré-iluminista demonstravam uma balança desigual, cuja concentração da força estava nas mãos do soberano e, de forma delegada, nas mãos dos juízes, mas que era extremamente rarefeita no que diz respeito aos indivíduos e à pessoa que cometia o delito, que sofriam duramente os suplícios da vingança do rei, por causa do crime cometido, e a constante reafirmação do seu poder de punir.

Todavia, durante a reforma do direito criminal, sob o pano de formulação de uma justiça mais “humana”, houve toda uma estratégia para o remanejamento desse poder de punir, de forma que a moderação e o cálculo da pena se voltaram para os efeitos de retorno do castigo sobre a instância que os aplicou, deixando de lado a desordem e insegurança causadas na sociedade pela violência da aplicação de um Direito Penal mais bruto e reforçando a segurança de um sistema bem definido, com o objetivo de punir melhor, para que se pudesse punir mais.

Entretanto, independente das razões de sua origem, tal movimento de suavização

alcançou um patamar que, hoje, é considerado essencial para a manutenção de um sistema penal mais justo e equilibrado, ao voltar a atenção dos teóricos e aplicadores para a humanidade desse Direito, mesmo que por motivos de manutenção de uma estrutura de poder, mas que se volta também para o respeito ao indivíduo e para a tentativa de compreensão do complexo jogo de direitos e deveres em que estão envolvidos a pessoa que delinque, a vítima que é atingida e o Estado que se põe no lugar de aplicador da justiça.

A relação entre a sociedade e o delinquente é um enigma que por séculos tem ocupado as discussões dos mais variados doutrinadores das ciências humanas, em suas mais diversas correntes de pensamento e que, atualmente, subsiste sem uma explicação definida – pois é humanidade, e não cálculo matemático –, mas continuamente na busca por entender e aplicar o que seria justo e proporcional para a manutenção da ordem social diante do cometimento de um crime.

Nessa conjuntura, os princípios penais fundamentais surgem como delimitações e fronteiras que controlam a natural expansão do poder de punir e o moldam de acordo com os valores da sociedade que o alimenta. Dessa forma, a intervenção penal mínima, a legalidade, a culpabilidade, a proporcionalidade, a ofensividade, a humanidade das penas e a ressocialização mostram-se como norteadores do Direito Penal em suas esferas tanto legislativas, quanto judiciárias e executórias, pois são indicadores do *dever ser* da realidade penal e não podem ser olvidados ou subestimados.

## 2 | A SUAVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

As reformas no direito criminal ao longo das décadas, com suas variadas motivações e justificativas, moldaram um sistema penal focado não mais na vingança do crime – que era projetada sobre o corpo do condenado e deveria servir de exemplo para que os outros indivíduos não desejassem seguir o seu caminho – mas na resposta justa ao delito cometido, imposta mais sobre o ser interno do condenado do que sobre o seu corpo físico e que trouxesse sensação de justiça e segurança à comunidade, reafirmando a existência e poder do Estado e a manutenção da ordem social.

Segundo Foucault (2014, p. 100), durante as discussões teóricas sobre tais modificações, constatou-se que os princípios são essenciais nesse contexto e que

Sob a humanização das penas, o que se encontra são todas essas regras que autorizam, ou melhor, que exigem a “suavidade”, como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais no corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o espírito, ou antes, um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente, mas com necessidade e evidência no espírito de todos.

Dessa forma, tem-se que a pena correspondente ao delito deve ser imposta ao

condenado enquanto pessoa ou indivíduo, de maneira que ele não perca a sua humanidade, ou seja descartado da sociedade, mas que sirva como prova de que o Estado possui um Direito Penal eficaz e atuante, que preza pela devida resposta aos crimes cometidos e luta para que não haja reincidência.

Entretanto, no cenário brasileiro, sabe-se que a realidade do sistema carcerário está distante do status ideal projetado pelos princípios penais fundamentais, uma vez que situações como a superlotação dos presídios, a falta de estrutura, os inúmeros indivíduos presos aguardando julgamento e a própria lentidão do judiciário são fatores que impedem que haja uma correta aplicação e observação desses valores essenciais para a comunidade.

O Monitor da Violência, índice de pesquisa divulgado anualmente e realizado através de parceria entre o G1, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, publicou um balanço do ano de 2019 em que definiu o percentual de detentos sem julgamento no país em 31% da população carcerária, além de um índice de superlotação de 67,8%, com um déficit de 287 mil vagas (VELASCO; CAESAR; REIS, 2020), o que demonstra que o status das prisões brasileiras ainda é precário, apesar das pequenas melhoras ocorridas nos últimos anos.

Nesse sentido, evidencia-se que o esforço para o aprimoramento do sistema prisional deve ser contínuo, de maneira que a sociedade possa obter tanto a sensação de segurança e justiça devidas ao bem-estar social, quanto a garantia de que seus direitos serão respeitados, até mesmo dentro do cárcere.

Sendo assim, observa-se que os limites desenhados pelo princípio da humanidade das penas, a título de exemplo, são fundamentais para a harmonia do sistema penal na medida em que determinam que a intervenção estatal na vida do cidadão só se faz justificada quando há alguma utilidade social e que a pena deve ser executada estritamente no que ela representa, isto é, que a privação de liberdade deve ser apenas isso: privar o indivíduo de sua liberdade, e não da sua humanidade ou da sua dignidade, proporcionando-o, mesmo enquanto no cárcere, as condições básicas de sua existência e todos os seus direitos que não foram afetados pela pena imposta.

### **3 | OS PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS**

O Direito Penal existente até o século XVII se caracterizava pelo autoritarismo exacerbado do Estado e, conseqüentemente, pela crueldade das suas sanções. No entanto, no final do século XVIII, a partir das mudanças provocadas na cultura humana pelo Iluminismo, ocorreu uma modernização desse ramo do Direito. Anteriormente, o crime estava diretamente relacionado à religião, entretanto, após as modificações ocorridas, o impulso religioso foi substituído pela razão e ao homem foi dada a condição de detentor de direitos inatos.

A partir de então, nasce a concepção de bens jurídicos (que são os interesses sociais



fundamentais) e a função principal do Direito Penal, que é proteger esses bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade (KIST, 2003, p. 148). Além disso, passa-se a observar também uma tentativa de melhor sincronização entre o ideal proposto pelas leis, advindas do processo legislativo, e a realidade do sistema penal, considerando-se, a partir de então, a norma como um *dever ser* do mundo real (BECHARA, 2017).

Para exercer a sua função de proteção aos bens jurídicos, o Direito Penal tem como fonte primária a Constituição Federal que, por ser a lei suprema de um Estado, estabelece as bases e os limites da intervenção punitiva do Estado para com os cidadãos, através de orientações positivas (o que o legislador pode fazer) e negativas (o que o legislador não pode fazer).

Dessa forma, em decorrência da vinculação do Direito Penal à Constituição Federal, tem-se que os princípios penais fundamentais são o grande paradigma de valoração normativa para conciliar o poder de punir do Estado com o direito de liberdade dos cidadãos, no intuito de alcançar um sistema penal justo e humanitário. Assim, Bitencourt discorre:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista. (BITENCOURT, 2009, p.10, *apud* BARRETO, 2018).

Nesse sentido, os princípios penais fundamentais, como norteadores das políticas públicas relacionadas ao Direito Penal, ao acesso à Justiça, ao cárcere e à ressocialização dos presos na vida pós-encarceramento mostram-se essenciais, visto que representam, de maneira principiológica (e, portanto, direcionadora de ações positivas e negativas por parte do Estado) os valores fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana tão debatidos no contexto do Iluminismo e que representaram conquistas importantíssimas para a sociedade desde então.

### 3.1 Princípio da Legalidade

Explícito no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal e oriundo do processo de constitucionalismo, o princípio da legalidade surgiu a partir da necessidade de defender o indivíduo frente ao amplo poder do Estado.

De acordo com o autor Rogério Sanches, tem-se que, em concordância com o princípio da legalidade, é função exclusiva da lei a normatização dos crimes, contravenções penais e, conseqüentemente, o estabelecimento de suas sanções. Isso acontece tendo em

vista a limitação da intervenção Estatal na esfera das liberdades individuais, de modo que se possa ter um Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito (CUNHA, 2020).

Por essa razão, tal princípio é sempre interpretado em benefício do indivíduo e em detrimento do Estado, nunca em malefício do indivíduo e a favor do Estado (CUNHA, 2020).

Nesse contexto, observa-se ainda que, para que esse princípio seja aplicado de forma eficaz, não basta que a infração seja constituída em lei, é necessário, também, atente-se a alguns subprincípios. São eles: a) o subprincípio da reserva legal, segundo o qual a lei penal deve ser formal Federal, aprovada pelas duas casas do Congresso Nacional, para que, somente após ampla discussão da matéria e a possibilidade de manifestação social, se possa, conseqüentemente, garantir a maior legitimidade da norma; b) além disso, é necessário que a lei seja escrita, já que costumes e jurisprudências são admitidos apenas como regra de interpretação; c) a taxatividade, segundo a qual a lei deve ser a mais clara e precisa possível para que haja segurança e certeza do que é realmente proibido e do que não é; d) o objeto de proteção da norma deve estar claramente indicado no texto para evitar o subjetivismo do magistrado; e) a proibição de analogia, pois não se pode aplicar a uma hipótese não regulada por lei a legislação de um caso apenas semelhante, exceto quando for para beneficiar o réu; f) e a proibição de retroatividade, que determina que a lei penal não retroagirá, exceto se for para beneficiar o réu, como nos casos de descriminalização (CUNHA, 2020).

Diante disso, verifica-se que o princípio da legalidade, como um limite ao poder de punir do Estado, tende a excluir a arbitrariedade e proporciona ao indivíduo garantias criminais e penais, prescritas em lei. Nesse sentido, tem-se, por exemplo, que ninguém será condenado por crime cometido em um município, que não seria crime em sua comarca de nascimento, visto que, de acordo com o subprincípio da reserva legal, a lei penal será Federal.

Além disso, tem-se a garantia de segurança jurídica, tendo em vista que a lei penal será sempre taxativa, indicando claramente qual a conduta delitiva para aquele tipo penal, cabendo ao juiz realizar apenas a sua subsunção e a aplicação da pena. Por fim, entende-se que o princípio da legalidade deve ser aplicado em todas as relações que envolvam o indivíduo particular e o Estado, visto que a lei é o vínculo de relação entre estes, positivada nos dispositivos legais.

### **3.2 Princípio da Culpabilidade**

O princípio da culpabilidade não está previsto expressamente na Constituição Federal, mas encontra-se implícito em seu artigo 5º, XLV. Tal princípio possui três sentidos fundamentais:

Visando a impossibilidade de punir alguém apenas por sua personalidade ou características pessoais, pune-se, em concordância com o princípio da culpabilidade,

somente por suas ações: pelo que fez ou deveria ter feito, não importando quem a pessoa é, apenas a sua conduta.

Além disso, a culpabilidade atenta para a individualização da responsabilidade penal, de forma que só se pode responsabilizar alguém pessoalmente envolvido no crime, não sendo possível um indivíduo ser responsabilizado por fato praticado por outrem (BECHARA, 2017, *online*).

Ademais, de acordo com o princípio da culpabilidade, só é possível a responsabilização penal subjetiva, ou seja, não pode haver responsabilização objetiva, ninguém pode responder penalmente por um fato simplesmente porque existe uma relação causal entre sua conduta e o fato, é preciso haver o vínculo subjetivo (existência de voluntariedade) (BECHARA, 2017).

### **3.3 Princípio ou Requisito da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem sua origem histórica na Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215, cuja normatização exigia que o pagamento de determinada multa seria proporcional à gravidade do delito. Assim, a sanção deveria, sempre, guardar uma proporcionalidade com a consequência causada pelo delito.

No sistema jurídico atual, esse princípio funciona como um balizador não apenas na atividade do poder judiciário de aplicação das normas penais, mas também na própria atividade legislativa de criação das normas incriminadoras. Assim, através do juízo de ponderação, averigua-se até que ponto o sacrifício de um determinado direito será útil para a solução do problema e se não existe outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado.

Com efeito, do princípio da proporcionalidade derivam três subprincípios: a) a adequação (a pena deve ser um meio adequado e eficaz para alcançar o fim: a proteção do bem jurídico); b) a necessidade ou exigibilidade (a pena, além de adequada, deve ser necessária para alcançar o fim); c) e a proporcionalidade em sentido estrito (a pena deve ser proporcional ao dano causado ao bem jurídico) (MASSON, 2020, p. 256).

Na ausência de algum desses, fica evidente a desproporcionalidade e, portanto, a inconstitucionalidade. Com isso, é possível perceber a tentativa de evitar uma conduta penal excessiva do Estado diante do indivíduo que cometeu a infração.

### **3.4 Princípio da Intervenção Penal Mínima**

A preservação da paz social, sabe-se, é um dos principais objetivos do Direito, dessa forma, tem-se que, na tentativa de solucionar conflitos, as suas várias esferas atuam de diferentes formas. O Direito Civil, por exemplo, busca a reparação do dano causado ao bem jurídico, enquanto o Direito Processual Civil busca prescrever os mecanismos para compelir o autor do dano a repará-lo. Porém, há casos que somente o Direito Penal é capaz de evitar a ocorrência do dano ao bem jurídico ou, em último caso, de punir o culpado.

Com efeito, o uso do Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio* e ser destinado apenas para situações em que seja extremamente necessário, de modo que a sua aplicação fica condicionada ao fracasso das outras esferas do direito. Tal intervenção só se mostra aplicável quando a pena se apresentar como o único e último recurso disponível para os casos de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

O princípio da intervenção mínima está intimamente ligado às características de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, como segue:

De acordo com Andreas Eisele, a subsidiariedade se relaciona com o aspecto qualitativo do controle social, enquanto a fragmentariedade com o aspecto quantitativo:

No aspecto quantitativo, a incidência do controle deve ser limitada a apenas uma parcela (e não abrange a totalidade) dos fatos ilícitos, motivo pela qual o conteúdo normativo do direito penal possui caráter fragmentário, eis que abrange somente alguns fatos, dentre os classificados como ilícitos no ordenamento jurídico. [...].

No aspecto qualitativo, a excepcionalidade da incidência do controle deve ser orientada pela configuração de situações eticamente intoleráveis no contexto social, em relação às quais os outros instrumentos disponíveis ao Estado não sejam suficientemente eficazes para evitar a ocorrência dos fatos proibidos, ou implementar os comportamentos impostos.[...] (EISELE, 2018, p.58, apud CUNHA, 2020, p.81).

Dessa forma, tem-se que, em concordância com o princípio da intervenção penal mínima, tendo em vista o seu caráter subsidiário, o Direito Penal atua reforçando a proteção aos bens jurídicos quando os demais ramos do Direito mostram-se insuficientes diante da ofensa causada a esse bem. Já diante do caráter fragmentário, o Direito Penal tutela somente alguns aspectos da vida social: os mais valiosos. Assim, quando um bem jurídico é protegido pelo instrumento penal, deve ser qualificado bem jurídico-penal.

### 3.5 Princípio da Ofensividade

Decorrente do princípio da intervenção penal mínima, o princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, orienta que não há crime se não houver lesão ou perigo de lesão a bem jurídico alheio. Esse princípio, além de orientar o magistrado – que deve analisar no caso concreto se houve lesão relevante ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma – também gera um controle legislativo, quando orienta o legislador a só tipificar uma conduta que ofenda, realmente, algum bem jurídico (CUNHA, 2020, p. 115).

Nesse contexto, um dos atributos desse princípio é a restrição do paternalismo do Estado apenas às condutas que atingem os vulneráveis ou quando houver vícios de consentimento. Ao ultrapassar essas condições, criando normas incriminadoras para condutas que não atingem bens jurídicos alheios, o Estado pratica certa imposição de comportamentos ou restrição da liberdade, ferindo, dessa forma, o princípio da ofensividade

(BECHARA, 2017).

É importante, ainda, atentar-se ao fato de que esse tipo de restrição imposta ao Estado pelo princípio da ofensividade só faz sentido quando oriunda de um sistema jurídico de uma sociedade democrática na qual a função precípua do Direito Penal é a proteção dos interesses sociais fundamentais, como no Brasil.

### 3.6 Princípio da Humanidade das Penas

Historicamente, as punições destinadas aos delinquentes eram exercidas de formas cruéis, violentas, autoritárias e desproporcionais pelo poder do soberano. Entretanto, a partir das demandas do pensamento filosófico do período Iluminista, houve um processo gradativo de humanização da intervenção penal.

Tendo como base a ideia de que a intervenção do Estado só é justificada quando existe uma utilidade social, ao ficar evidente que a crueldade das penas não trazia nenhum resultado social positivo e eram, portanto, desnecessárias, as penas corporais foram desaparecendo da sociedade, sendo substituídas por penas privativas de liberdade, a partir do século XIX (FOUCAULT, 2014).

Como consequência dessas modificações ideológicas e políticas, houve uma redução na aplicação de penas de morte e dos castigos públicos e começou a surgir uma nova forma de sanção penal. Em decorrência do princípio da humanidade das penas, o poder de punir do Estado não mais aplicaria sanções que afrontassem a dignidade da pessoa humana ou que acarretassem lesões físicas e/ou psíquicas nos condenados, sendo garantido a todos, conforme os incisos III, XLVII e XLIX do artigo 5º da CF, entre outros, os seguintes direitos fundamentais: a) ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; b) não haverá penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis; c) e é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 2020).

Tem-se, porém, que a ofensa ao princípio da humanidade das penas não se refere apenas às penas corporais e penas de morte, sendo preciso, também, ater-se à própria pena privativa de liberdade e suas condições de cumprimento. Nessa conjuntura, dados do estudo “Sistema Prisional em Números”, divulgados em 2019 pelo Ministério Público, mostram que o Brasil tem uma taxa de superlotação carcerária de 166%. São, mais precisamente, 729.949 presos para apenas 437.912 vagas de presídios (BRASIL, 2019).

Considerando tais dados, fica claro que o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil vai de encontro a dois grandes princípios que são assegurados, indiscriminadamente, pela Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana e a humanização da pena. Aliás, muito pelo contrário, os apenados, além de perderem seus direitos básicos, perdem também garantias mínimas para a sobrevivência humana, como o direito de integridade física e psíquica, por exemplo, evidenciando, assim, a urgente necessidade de se repensar a aplicabilidade desses princípios na prática do sistema

carcerário brasileiro.

### **3.7 Princípio da Ressocialização**

No Brasil, a Constituição Federal não traz expressamente tal princípio, ao contrário de outros ordenamentos nos quais a própria Carta Magna já o prevê, como no espanhol, por exemplo. Todavia, a partir do artigo 1º da Lei de Execuções Penais pode-se inferir, implicitamente, o princípio da ressocialização, na medida em que institui que a pena deve se voltar, fundamentalmente, à integração social do apenado, como segue: “A 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” (BRASIL, 2020).

No entanto, infelizmente, a realidade carcerária brasileira não condiz com tal princípio, posto que o Estado brasileiro tem sido totalmente negligente quanto à ressocialização, fato esse evidenciado tendo em vista que a maioria da população carcerária é formada por reincidentes, como mostra a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), à pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a cada quatro ex-apanados, um volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4% de reincidência (BRASIL, 2015).

Portanto, tem-se que os desafios da política carcerária no Brasil, diante do alto índice de reincidência, demonstram a ineficácia atual da pena como instrumento de ressocialização – embora a legislação brasileira tenha a reintegração do apenado à sociedade como fundamento do Estado Democrático de Direito – e a necessidade de ainda criar condições efetivas para que isso ocorra.

## **4 | A IMPRESCINDIBILIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PENAIIS FUNDAMENTAIS NA REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA**

A situação precária do sistema carcerário no Brasil não é novidade: há décadas a população brasileira convive com notícias sobre insurreições, protestos e até mesmo chacinas que acontecem dentro das prisões do país devido a diversos motivos, sendo um deles, talvez o principal, a superlotação e a falta de estrutura do cárcere.

Em outubro de 1992, o maior presídio da história do país, a Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como Carandiru, vivenciou um massacre quando, convocada para conter uma rebelião interna iniciada após uma briga de presos durante uma partida de futebol, uma intervenção da Polícia Militar do Estado de São Paulo acabou causando a morte de 111 detentos (CAMARGO, 2005). Esse mesmo presídio também se tornou o epicentro do maior protesto já ocorrido em cadeias brasileiras, em 2001, e talvez tenha inclusive influenciado na formação de um dos principais grupos de crime organizado no Brasil, o Primeiro Comando da Capital (PCC) (CAMARGO, 2005).

A pobreza, a falta de estrutura, o escasso número de agentes penitenciários responsáveis por uma enorme população carcerária, a falta de condições básicas para a higiene pessoal e privacidade, a conseqüentemente fácil e rápida proliferação de doenças e muitos outros aspectos da situação vivenciada no Carandiru foram relatados pelo médico Drauzio Varella, que trabalhou voluntariamente no presídio para a prevenção à AIDS ao longo de quase uma década.

Em seu livro, intitulado *Estação Carandiru*, Varella relata o seu convívio com os presos e demonstra a dura realidade enfrentada pelos detentos, agentes penitenciários e voluntários que conviviam no presídio com pouco ou quase nenhum acesso às condições básicas de saúde, higiene pessoal, privacidade e alimentação adequada (VARELLA, 1999). O Carandiru se tornou exemplo da desumanidade e precariedade dos presídios brasileiros e é, até hoje, um marco de quão absurdas e arcaicas podem se tornar as prisões brasileiras se os princípios penais fundamentais não forem, ao menos minimamente, observados.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pedia que se reconhecesse a violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país (BRASIL, 2015). Nessa ação, ao realizar observações em relação ao seu mérito, sustentou o ministro relator, evidenciando o quadro geral de precariedade do sistema carcerário do país, que:

Em relação ao mérito, [essa ação] discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Saliencia ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos. (BRASIL, 2020, p. 4)

Ao final do julgamento, houve a declaração e reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, que foi asseverado nessa decisão do STF e diz respeito a violações generalizadas de direitos fundamentais e à apatia do Estado em relação a essa situação e implica na motivação de ações e intervenções direcionadas à correção e aprimoramento do precário sistema prisional do país (MAGALHÃES, 2019).

A partir de então, debates e discussões sobre os graves problemas estruturais do sistema criminal brasileiro tem sido levantados entre os mais diversos setores da sociedade para que haja um esforço conjunto de atuação e intervenção nessa realidade e a busca por um Direito Penal justo, eficaz, que seja capaz de punir e ressocializar, quebrar o ciclo

criminal e manter as condições necessárias para o estabelecimento de um complexo carcerário eficiente e humanizado, destituído de seu viés vingativo, característico de tempos passados (AZEVEDO, 1944).

Sabe-se que as condições de cumprimento das penas no Brasil, estão, muitas vezes, em conflito direto com princípios e garantias básicas estabelecidas na Constituição e em tratados internacionais dos quais o país é signatário, e tornam a atual conjuntura brasileira extremamente distante do que se teoriza e idealiza como benéfico para a sociedade.

Dada essa situação, a necessidade da correta aplicação e observância dos princípios penais fundamentais no cárcere do país torna-se evidentemente urgente e imprescindível, para que haja a construção de soluções racionais, efetivas e humanas contra a precarização do sistema, a expansão do crime organizado, o agravamento do quadro da segurança pública e tantas outras situações problemáticas encadeadas com a realidade de um complexo carcerário frágil e mal estruturado.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios penais fundamentais devem ser aplicados em todo o contexto carcerário do país, desde o procedimento judiciário, até o executivo da pena, tendo em vista o aspecto político, jurídico, educacional e social de tão importante instituto da sociedade que é o Direito Penal como *ultima ratio* na busca pelo bem-comum. A noção de humanidade das penas e seu objetivo de ressocialização são reforçados quando o complexo prisional de um Estado cumpre o seu dever de fornecer um sistema eficiente e que contribui para um melhor desenvolvimento da segurança pública.

O presente desrespeito aos princípios penais fundamentais e sua não observância, notável no contexto brasileiro a partir da análise da precária situação dos cárceres no país, tendem a gerar uma vasta sensação de injustiça e insegurança, além de contribuírem para um aumento na violência tanto dentro quanto fora do cárcere, fornecendo um ambiente favorável ao desenvolvimento e crescimento das diversas facções criminosas que já tem se expandido e conquistado espaço no Brasil.

Em um Estado de Direito, que preza pela manutenção da ordem social e pela busca do bem comum observando as normas e princípios de um ordenamento jurídico estabelecido legitimamente, a busca por uma justa aplicação do Direito Penal se faz essencial para a materialização do ideal proposto pelas normas, do *dever ser*. Segundo o professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, citado pela professora Ana Elisa Bechara em seu curso de Teoria Geral do Direito Penal:

A história da legislação penal é a história do avanço e retrocesso da organização cooperativa da sociedade sobre a comunitária, das relações de verticalidade sobre as de horizontalidade e, nessa história, a posição da vítima e o grau de confisco de seu direito constituíram sempre o barômetro de definição (ZAFFARONI, *apud* BECHARA).



Nesse sentido, é possível verificar a imprescindibilidade da aplicação dos princípios penais fundamentais no sistema prisional do país, dado que, a depender de sua incidência ou não na realidade carcerária, a posição da vítima e o confisco dos seus direitos pelo Estado se tornam variáveis.

Tendo em vista que, quando não há a aplicação desses princípios e o cárcere se torna um ambiente insalubre, violento, perigoso e, muitas vezes, desumano, o indivíduo que delinque passa a responder não mais somente pelo seu crime, mas por todo um desrespeito da própria sociedade à valores fundamentais como a dignidade humana, o que é inconcebível.

Por fim, tem-se que os princípios da intervenção penal mínima, da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da ofensividade, da humanidade das penas e da ressocialização constituem o plano de fundo para a construção e o desenvolvimento de um Direito Penal justo e eficaz, e assim devem ser tidos em conta no momento de aplicação da norma jurídico-penal e do estabelecimento de políticas criminais eficientes.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Romulo de Aguar; FACHIN, Zulmar. **Estado de coisas inconstitucional o excesso de execução criminal e a ofensa aos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro**. Revista Jurídica da UniFil, [S.l.], v. 14, n. 14, p. 57- 70, jun. 2019. ISSN 2674-7251. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/1062/993> Acesso em: 27 de junho de 2020.

BARRETO, Rafaela Afonso. **Os princípios jurídicos de Direito Penal**. Conteúdo Jurídico. 8 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51321/os-principios-juridicos-de-direito-penal> Acesso em: 9 de março de 2020.

BECHARA, Ana Elisa. **Teoria Geral do Direito Penal I**. 2017. (19 vídeos). Canal USP. Disponível em: [https://www.youtube.com/playlist?list=PLAudUnJeNg4ugrs43we\\_EWjBPAfzB7BJ](https://www.youtube.com/playlist?list=PLAudUnJeNg4ugrs43we_EWjBPAfzB7BJ) Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Números. **Pesquisa de relatórios**, 2019, 2º trimestre. Disponível em: <https://www.cntp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros> Acesso em: 9 de março de 2020.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 30 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais – LEP**. Lei nº. 7.210, de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) Acesso em: 30 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 9 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado> Acesso em: 6 mar. 2020.

CAMARGO, Henrique. **Como foi o massacre do Carandiru?** Super Interessante, 31 jul. 2005. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru/> Acesso em: 28 fev. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha.** – 8. ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: jusPODIVM, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência Criminal no Brasil.** Relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf> Acesso em: 1 jul. 2020.

KIST, Dario José. **Bem Jurídico-Penal:** evolução histórica, conceituação e funções. Periódicos UBRA, Direito e Democracia, vol. 4, n.1, 2003. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2450/1676> Acesso em 9 mar. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos.** Revista Direito GV, São Paulo, 15 jul. 2019. Vol. 15. n. 2. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000200203&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&tlng=pt) Acesso em: 28 fev. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional / Nathalia Masson** – 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário. **Notícias STF**, Brasília, 9 set. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385> Acesso em: 28 fev. 2020.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** 2ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VELASCO, C.; CAESAR, G.; REIS, T.; **Em um ano, percentual de presos provisórios cai no Brasil e superlotação diminui.** 2020. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-um-ano-percentual-de-presos-provisorios-cai-no-brasil-e-superlotacao-diminui.ghtml> Acesso em: 27 fev. 2020.

# O SUPERENCARCERAMENTO À LUZ DA PERSPECTIVA DA POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS: UM RECORTE PUNITIVISTA E SELETIVISTA ACERCA DA PROBLEMÁTICA CONTEMPORÂNEA

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Natan Nogueira Lopes**

Gestor em Políticas Públicas sobre  
Drogas (Universidade Federal de Santa-  
Catarina – UFSC)  
Neurociências e Direito Penal (PPGD/  
PUC/RS)  
Graduando em Direito do 5º ano pela  
Universidade Federal de Pelotas

**RESUMO:** A política de “guerra às drogas” marca a atual forma do tratamento oferecido à questão da presente sistemática no modelo brasileiro. É, nesse contexto, delineado pelo amplo tratamento penal e pela redução das liberdades e garantias, que se insere a problemática do superencarceramento. A denominação “guerra-às-drogas”, deriva de fato de uma verdadeira política bélica, inserida em um contexto proibicionista, marcado pela ideologia da segurança nacional e defesa social, que impendem à um sistema penal autoritário, centrado sobretudo na ideia de neutralização de inimigos, estes que são representados na figura dos traficantes. A pesquisa busca, assim, entender, o contexto que se insere essa política de criminalização das substâncias tidas como ilícitas, passando desde o seu principal

marco, tido como a influência dos Estados Unidos para a atual Lei 11.343/2006. Nessa senda, pretende-se explicar a solidificação desta política, através da perspectiva da colonização ideológica patrocinada a partir do território norte-americano ao redor do mundo, bem como, busca-se apresentar os principais marcos proibicionistas que corroboram para o atual cenário. A análise do modelo repressivo hodierno, não deve, assim, ser destacado e examinado de forma unidimensional. Nesse sentido, a pesquisa se volta em investigar e entender as perspectivas de reprimendas que ensejaram o hodierno contexto de punição e controle.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guerra-às-drogas; Superencarceramento; Seletividade; Proibicionista.

### **MASS INCARCERATION ON LIGHT OF THE PERSPECTIVE OF THE POLICY WAR ON DRUGS: PUNITIVIST AND SELECTIVE POINT OF VIEW ABOUT THE CONTEMPORANEOUS PROBLEMATIC**

**ABSTRACT:** The “war on drugs” policy shapes the current treatment given to the

issue in the current systematic Brazilian model. It is defined, in this context, by the widespread criminal treatment and by the curtailment of freedoms and guarantees, of which the mass imprisonment problem is a part of. The naming “war on drugs”, takes root in a truly warlike policy, inserted in a prohibitionist context, shaped by the national security and social defense ideologies which belong to a authoritarian criminal system, characterized above all by the idea of taking down enemies, represented, in this instance, by the figure of drug dealers. Thus, this paper intends to understand the context in which this policy of criminalization of so said illegal substances takes place, passing through its main milestone, that being the influence of USA in the current law nº 11.343/2006. Following the same reasoning, it also intends to explain the hardening of said policy, through the perspective of the ideological colonization spearheaded from the American territory to the rest of the world, as well as showing the main prohibitionist milestones which contribute to the current setting. Thus, the analysis of the ongoing repressive system must not be detached and examined unidimensionally. Therefore, this paper focuses on investigating and understanding the perspectives of the reprimands which give cause to the current context of punishment and control.

**KEYWORDS:** War on drugs; Mass incarceration; Selectivity; Prohibitionist.

## 1 | INTRODUÇÃO

A Política atual de criminalização às drogas tem como escopo a campanha de “colonização ideológica patrocinada a partir do território norte-americano ao redor do mundo” (JUNIOR, 2021, p. 95). Partindo dessa perspectiva a pesquisa busca analisar como a política de criminalização às drogas se estabeleceu no Brasil, influenciada, como se demonstrará, a partir da ideologia norte-americana de combate às substâncias ilícitas, bem como, pelas ideologias da Segurança Nacional e Defesa Social. Assim, busca-se apresentar como esses elementos impactam para o superencarceramento no Brasil, sendo que, tal problemática, destina-se a grupo seletivo (extrato social específico), revestido, assim, em uma política proibicionista específica.

A política proibicionista, investida nos moldes de repressão e seletividade penal, representa os elementos de enlace para o superencarceramento, racismo e criminalização da pobreza (FERRUGEM, 2019, p.112). Esse contexto de seletividade penal no combate de guerra às drogas, apresenta, com efeito, a divisão da sociedade entre consumidor e traficante. Sendo que de um lado, há o direcionamento repressivo contra determinados indivíduos que serão criminalizados e encarcerados (CARVALHO, 2016, p.93).

A compreensão desse panorama deve ser iniciado na influência desempenhada pelos Estados Unidos e a afetação de suas perspectivas junto da legislação brasileira, bem como, o impacto que os principais marcos temporais proibicionistas desempenham para a ascensão punitivista para a atual legislação brasileira de drogas (JUNIOR, 2021, p.64).

Por meio da análise comparada da estatística dos dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), será possível visualizar a problemática do encarceramento ao longo dos anos e a incidência do tráfico de drogas para a massificação dessa estatística.

Assim, para compreender a política de criminalização às drogas e a solidificação desta, sob os efeitos do superencarceramento, se dará uma pesquisa exploratória através do método bibliográfico com técnica de coleta de dados de modo indireto e transversalmente às análises qualitativa e quantitativa.

## **2 | A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA PARA A LEI DE DROGAS BRASILEIRA E OS PRINCIPAIS MARCOS TEMPORAIS PROIBICIONISTAS**

Para entender a política criminal de drogas atual no contexto nacional, é necessário pensar para além da política em si, o que perpassa a ideia de um mero objeto a ser estudado. É necessário, com efeito, examinar, como diz França Junior (2021, p. 64), “o que está por trás do discurso e das práticas repressivas “legitimadas” pela ideologia de “guerra às drogas””, ou seja, aquilo que não se mostra aparente em um primeiro contato com a aludida temática. Portanto, se faz imprescindível analisar as variáveis que encobrem esse discurso e que legitimam este sistema.

A solidificação dessa política de criminalização às drogas possui como escopo a campanha de “colonização ideológica patrocinada a partir do território norte-americano ao redor do mundo” (França Junior, 2021, p. 95), que naturaliza a política criminal da “guerra-às-drogas”.

O ingresso do Brasil nesse cenário repressivo se deu frente às convenções e protocolos internacionais que buscavam reprimir o comércio e o consumo dessas substâncias tidas como ilegais, bem como perante as leis criminalizadoras brasileiras que configuram o sistema repressivo. Assim, se faz importante mencionar que esses marcos temporais relacionados ao cenário proibicionista e repressivo estão estritamente ligados à política de drogas vigente e produz diversas consequências, como se verá adiante.

O modelo de sistema repressivo contemporâneo se mostra evidente, como bem ilustrado por Martins Torcato (2016, p. 251) em sua tese de doutorado sobre a história das drogas e sua proibição no Brasil. Trata de uma ascensão punitivista à perspectiva do Direito Penal, que se evidencia ao longo dos anos com o incremento de leis punitivas e do ingresso do Brasil no modelo internacional de controle.

Para Torcato (2016, p. 251), a formação do sistema repressivo de controle é delineado a partir das leis criminalizadoras, como, por exemplo, os Decretos 780/36 e 2.954/38. Igualmente, o ingresso do Brasil no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38) representa fator para essa composição.

Registra-se que o diploma legal supramencionado foi editado em um período ditatorial, tal qual se encontrava o Brasil, na vigência do Governo Vargas e após um golpe de Estado em 1937 que deu início ao Estado Novo. Assim, comum em períodos ditatoriais, houve uma maior rigidez da legislação, salientando Luciana Boiteux (2006, p. 140) que:

(...) houve o endurecimento da legislação, com criminalização do consumo de entorpecentes (art. 33), com pena de um a cinco anos de prisão; e a proibição

do sursis e do livramento condicional para os condenados por crimes de entorpecentes, característica essa que será seguida pelas legislações nas décadas seguintes.

Conforme ilustra Luis Carlos Valois (2020a, p. 182), esse Decreto adere a classificação das drogas em grupos, seguindo assim o padrão ditado pela legislação norte-americana. Além disso, para Valois (2020a, p. 182), esse Decreto inaugura “uma nova fase da política proibicionista brasileira, que perduraria até os anos 1970”.

Em face do texto original do Código Penal de 1940, o legislador buscou introduzir a “técnica da norma penal em branco nas leis de drogas” (BOITEUX, 2006, p. 141), situação que deixou de vigorar desde 1938, com a edição Decreto 981/38. Desta forma, para a autora, ao implementar essa técnica, buscava-se impender um controle rígido acerca da legislação de drogas. Termos genéricos e imprecisos ampliaram o significado da norma, possibilitando maior poder às autoridades que podiam legislar sobre as drogas com maior liberdade.

Frisa-se que grande parte das legislações especiais, como à Lei de Drogas, dispõe do preceito da norma penal em branco. Dessa forma, “a constância do horizonte maximizado de incriminação”, como alude Salo de Carvalho (2016, p. 298) ao se referir acerca dos tipos penais abertos e leis penais em branco, impende a formação de microsistemas jurídicos que, diante da flexibilização da lei, evidenciam a transgressão das bases garantistas do direito penal.

É nesse sentido que Zaffaroni (apud Carvalho, 2016, p. 298) assinala sobre o perigo das leis penais especiais, fomentadoras da insegurança jurídica: “La legislación penal latinoamericana padece de un mal endémico, que son las ‘leyes penales especiales’, cuya proliferación acarrea un enorme componente de inseguridad jurídica”<sup>1</sup>

Ainda assim, para França Junior (2021, p. 94):

(...) especialmente no que toca à sua função de limitação do arbítrio estatal -, fragilizou a sedimentação de direitos e garantias fundamentais no exato momento em que tornou possível para o legislador a criação de tipos com níveis de abstração que flertam com regimes de matriz autoritária.

O cenário ditatorial representa, como visto, um endurecimento da legislação, além da redução das liberdades democráticas e aumento da repressão.

O regime de exceção compreendido pela vigência do período ditatorial, possibilitou a instauração de um sistema penal autoritário, assim como explicita Luciana Boiteux (2006, p. 143): “(...) com a implementação de um novo tipo de intervenção penal, com aumento da repressão política. Sob a égide de uma ideologia da segurança nacional, instaurou-se um sistema penal autoritário”.

A mudança extremista de política criminal se deu com a equiparação do usuário ao traficante e com a criminalização de ambos. Por meio dessa nova legislação de drogas –

<sup>1</sup> Tradução: A legislação criminal latino-americana sofre de um mal endêmico, que são as “leis penais especiais”, cuja proliferação carrega um enorme componente de insegurança jurídica.

Decreto-lei 385/68 -, promulgada “treze dias depois da edição do AI-5, com o congresso ainda fechado” (BOITEUX, 2006, p. 144), se constata a orientação repressiva do regime vigente que se orientava contra os opositores ao regime.

Não obstante, três anos após a entrada em vigor deste último diploma legal acima mencionado, se editou a Lei n. 5726/71, que modificou o art. 281 do Código Penal, oferecendo “à matéria uma disciplina mais ampla” (BOITEUX, 2006, p.145). Nesse sentido, deu-se um regimento mais amplo ao crime de tráfico de drogas que se fez presente dado às circunstâncias vigentes na época sob a ótica de segurança nacional, de modo a considerar como inimigo interno o tráfico e o uso de drogas, bem como os opositores do regime.

É nesse sentido, que a estratégia de guerra às drogas se perfectibilizou no plano nacional, influenciada, como explica Salo de Carvalho (2016, p. 67), diretamente pelo contexto externo norte-americano, responsável pela diretriz das “políticas de segurança pública dos países da América Latina”, tal qual se vê na Lei 5.726/71.

Desta forma, toma forma o discurso-jurídico político relacionado ao plano da segurança nacional, compreendida através da figura do traficante como inimigo interno a ser combatido, que por meio da representação do papel político que representa e de um alvo a ser eliminado, torna plausível e justificável os aumentos indiscriminados de pena, visto à intenção de segregação deste para com a sociedade (CARVALHO, 2016, p. 69).

Como afirma França Junior (2021, p. 36), a questão da segurança nacional, tornou-se um produto que fora oferecido como “solução” ou “cartão de apresentação” para com os países marginalizados que enfrentavam a problemática das drogas. Dessa forma, o combate e repressão ao uso e ao tráfico de drogas se destinavam à segurança pública.

Os reflexos emanados da importação de modelos de política criminal, sobretudo norte-americano, ratificam-se por consequência para um aumento indiscriminado das penas, tal qual se observa nos dias de hoje, de modo que tais antecedentes perduram-se ao longo dos anos. Assim, conforme aclara Valois (2020a, p. 224) acerca das consequências de importação de tais modelos de políticas criminais:

Outro dano causado pela exportação da concepção de crime dos EUA é o fato de que, estabelecida a conduta como crime pelo país importador daquela concepção, as penas tendem a crescer sem limites ou de acordo com os limites, sempre elásticos, da política criminal de cada nação, esquecendo-se com o tempo que a própria origem do crime é dúvida.

À vista disso, a implementação do modelo pautado no discurso jurídico-político começa a ser delineado suportado no discurso médico-jurídico e assentado em bases eminentemente repressivas, observado com o aumento da punitividade no campo penal e repressão no campo processual penal direcionadas, sobretudo, à figura do inimigo interno.

Com intento de substituir o diploma legal referido acima – Lei 5.726/71, a Lei de Tóxicos 6468/76, surge para corroborar a já consolidada repressão existente tangente à criminalização, incutindo para o estabelecimento do discurso jurídico-político, visto segundo

a maestria de Salo de Carvalho como a “concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente” (2016, p. 69).

É nesse sentido, que o arcabouço da seletividade começa a ser tracejado, perfectibilizando a figura do traficante como inimigo interno a ser aniquilado, tal qual operava segundo os postulados da lógica militarizada. Assim, desperta-se a partir dos anos 60, agregada à ideologia da Defesa Social, especificamente com o regime militar, os postulados da Doutrina de Segurança Nacional (DSN) que serão mantidos nos anos seguintes, sustentados sob o “modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos” (CARVALHO, 2016, p. 70).

Desta forma, o referido diploma legal (Lei 6468/76), dispunha de mecanismos de prevenção, como dever de todos à colaboração na prevenção e na repressão ao tráfico. Este mecanismo, embora denote a aparência de política preventiva, tenciona-se, como aponta Salo de Carvalho (2016, p.74), a um “sistema repressivo autoritário típico dos modelos penais de exceção”. Assim, é diante desse discurso preventivo, que se revela diante da preocupação incessante ao combate ao uso e ao tráfico, que evidencia o sistema repressivo e perverso da Lei de Drogas.

O sistema proibicionista trazido com a Lei 6468/76 se mantém na atual Lei de Drogas – 11.343/06. A base ideológica, no entanto, apresenta importantes distinções em face do nivelamento entre o tratamento penal entre o usuário e o traficante. Assim, conforme elucida Salo de Carvalho (2016, p. 119), os institutos autônomos de natureza distinta para usuários e traficantes na atual Lei de drogas, denotam a continuação da repressão ao traficante, porém, com imposição maior do regime de punibilidade, que consiste em penas privativas de liberdades que variam entre 5 e 15 anos (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06).

Como já explicitado, a lógica punitivista centrada no estado de beligerância, pauta-se no combate incessante ao tráfico de drogas, mantendo o padrão já referido em outros dispositivos legais que consistem no aumento da punibilidade. Se constata o controle ao usuário diante do efeito penal, com penas restritivas e medidas de segurança atípicas – medidas educacionais (CARVALHO, 2016, p.120).

Nessa senda, a busca desenfreada por uma sociedade livre de drogas se dá com base em medidas repressivas, que se orientam a essa finalidade. Seguindo neste sentido, o modelo de guerra às drogas proposto pelos EUA, que ainda se mantém e se retroalimenta produzindo inúmeras consequências, como o encarceramento e a redução das “hipóteses de incidência dos substitutos penais” (CARVALHO, 2016, p.119).

### **3 | A SELETIVIDADE PENAL NO COMBATE DE GUERRA ÀS DROGAS**

A mudança do modelo da política criminal de drogas, inicia-se, sobretudo, a partir do cenário ditatorial vigente na década de 60, inferindo a alteração da perspectiva orientada simplesmente ao discurso sanitário. O modelo médico-jurídico, tendia, portanto, à ideologia



da diferenciação entre consumidor e traficante, ou, como afirma Salo de Carvalho (2016, p.60), entre doente e delinquente.

Cabe assinalar que, para os Estados Unidos, a figura do traficante é compreendida através de um inimigo externo representado na figura latino-americana, uma ameaça ao cidadão americano, visto como consumidor ou usuário. Já no Brasil, essa ameaça é interna, direcionada àqueles que, em sua grande maioria, são marginalizados, periféricos, pobres e pretos que superlotam os presídios em decorrência de crimes relacionados com envolvimento com drogas. Como confirma afirma França Junior (2021, p. 78), o ideário de “guerra às drogas” é historicamente direcionado a essa camada social que sofre as consequências dessa “dinâmica bélica usual”.

O que se observa, portanto, é uma reinterpretação da figura daqueles que são o objeto da seletividade penal – nos EUA, na figura dos latinos, enquanto no Brasil, na figura dos marginalizados –, consistindo, assim, ao que Salo De Carvalho (2016, p. 93) elucida como divisão maniqueísta da sociedade, pautado no antagonismo entre “criminosos versus cidadãos cumpridores da lei”.

Opera-se, portanto, um sistema de descompasso entre o controle e a punição, tendo como norte a repressão pura e simples contra um determinado extrato social. Consistindo assim, em violações aos direitos mais básicos daqueles que sofrem diretamente pela política repressiva de drogas: os setores mais pobres da população (JUNIOR, 2021, p.100).

Como bem destacado por França Junior (2021, p.100), as violações aos direitos elementares ocorrem reiteradamente nas periferias do país, pois constata-se que aqueles que residem nessas áreas são os mais afetados pela política de guerra-às-drogas. Com isso, mesmo diante de estatutos que em tese seriam limitadores da atuação estatal, cabe o reconhecimento do “status de desumanização do sistema de controle e de punição” (JUNIOR, 2021, p. 100), incidindo nesse sentido, para a realidade de desumanização desse sistema ante à violação aos direitos mais básicos.

Nesta seara, em que pese a seletividade contra uma determinada camada social, não se desconhece que diante das ideologias vigentes, reconheça-se um estado de guerra total, consolidado sobre o sistema penal orientado de combate ao crime, que se efetiva pelas agências repressivas estatais (CARVALHO, 2016, p.94)

A concepção que existe hoje da figura do traficante como inimigo interno que representa uma ameaça à soberania nacional é delineada, ocorrendo um direcionamento repressivo orientado à punição dos dissidentes internos, que na época (anos 1960), orientava-se aos criminosos políticos, mas hoje, se orienta aos criminosos comuns (CARVALHO, 2016, p.93).

É nesse sentido que, ao abordar a estrutura beligerante dos sistemas de segurança pública, penal e processual, Salo de Carvalho alega (2016, p.95) que “ao estar sustentado no fundamento da segurança (nacional ou pública), a violência estatal é banalizada, sendo sua programação potencializada e tendendo naturalmente ao abuso”. Por isso, ante à

ofensa aos direitos mais básicos, existe um modelo ideológico por trás que legitima tais atos.

Ao tratar a vulnerabilidade como causa da criminalização, Zaffaroni (1991, p.16) ensina que as causas descritas que se referem ao delito não são próprias destas, mas sim devido à criminalização que incorre à um determinado grupo, uma vez ser essa a razão responsável pelo encarceramento daqueles que representam o objeto da seletividade penal. Assim, segundo o autor:

Não é pois, a prática de um delito o que determina a vulnerabilidade de uma pessoa frente ao poder punitivo e inclusive nem sequer é uma condição necessária para ser objeto da seleção criminalizante, senão suas características pessoais, entre as que invariavelmente contam a pertença a classes carenciadas, sua juventude e seu sexo, posto que os inquilinos habituais das prisões são pobres, jovens e varões. Estas são as características comuns dos estereótipos criminais, às quais se agregam outras também do estereótipo e associadas a condições culturais, políticas, geográficas, etc.

Nessa senda, há seletividade que opera diante do exercício do poder punitivo, de modo a selecionar aqueles que recairão à punição direcionada do Estado. Assim, as características pessoais dos indivíduos correspondem a fatores determinantes para a criminalização e conseqüente punição e encarceramento, representando tais estereótipos como verdadeiros instrumentos seletivos que se projetam na prática rotineira dos segmentos policiais e judiciais (ZAFFARONI, 1991, p.17).

A política proibicionista, investida nos moldes de repressão e seletividade ora mencionados, sustentada ainda pelas Ideologias já explicitadas, representa um dos elementos centrais responsáveis pelos índices de encarceramento relacionados aos delitos que envolvem tipos penais da Lei 11.343/2006. O discurso punitivista associado à seletividade representa, nesse sentido, fatores cruciais que colaboram “de forma significativa, direta ou indiretamente, para essa maximização do carcerário na sociedade contemporânea” (CARVALHO, 2016, p.228).

É dessa seletividade contextualizada no âmbito de guerra às drogas que emerge a “articulação entre racismo, proibicionismo e criminalização da pobreza”, como descrito por Daniela Ferrugem (2019, p. 112). Complementa a autora que é evidente a existência de uma relação entre a criminalização de negros e a criminalização da pobreza, vistos que a população penitenciária é composta em sua grande maioria por pessoas pobres e negras (FERRUGEM, 2019, p.112).

A seletividade que se opera no âmbito policial e judicial, percebe as estatísticas do encarceramento de pobres e negros. Além disso, afirma-se que esse sistema opera através das instituições de justiça criminal juntamente a uma “rede” relacionada de leis, regras, políticas e costumes que controlam aqueles que são taxados como criminosos dentro e fora das prisões (ALEXANDER, 2010, p. 28).

É nesse sentido que se pontua a analogia de Michelle Alexander (2010, p. 28) para

o contexto brasileiro que, ao tratar da relação entre raça e sistema penal no contexto de encarceramento norte-americano, infere-se que:

The system operates through our criminal justice institutions, but it functions more like a caste system than a system of crime control. Viewed from this perspective, the so-called underclass is better understood as an undercaste—a lower caste of individuals who are permanently barred by law and custom from mainstream society. Although this new system of racialized social control purports to be colorblind, it creates and maintains racial hierarchy much as earlier systems of control did. Like Jim Crow (and slavery), mass incarceration operates as a tightly networked system of laws, policies, customs, and institutions that operate collectively to ensure the subordinate status of a group defined largely by race.<sup>2</sup>

A aplicação da citação ao contexto da seletividade brasileira, se faz plenamente cabível, vista também a existência de um sistema que opera-se pela ótica de uma seletividade e preconceito implícito.

#### **4 | SUPERENCARCERAMENTO COMO CONSEQUÊNCIA DA POLÍTICA DA LEI DE DROGAS**

A problemática do superencarceramento atinente à política de drogas, opera-se, como visto, como uma consequência direta em que, diversos mecanismos da legislação, somados a fatores externos que se relacionam a vigência do modelo proibicionista, incidem para o encarceramento de milhares de pessoas.

A seletividade penal processa-se de maneira direta na atual Lei de Drogas – Lei 11.343/2006. A ausência de critérios objetivos para a diferenciação entre as condutas descritas no art. 28 (usuário) e no art. 33 (tráfico) cria margens, em alguns casos, para possíveis arbitrariedades dos agentes que compõem o sistema punitivo. Aliás, os critérios subjetivos em face da ausência de delimitação são marcadamente um traço que corrobora para o encarceramento. (FERRUGEM, 2006, p.104)

É diante desta conjectura que Zaffaroni, citado por Luciana Boiteux (2006, p. 138), percebe a “multiplicação dos verbos” das condutas referidas nos respectivos tipos penais incriminadores. Desta maneira, segundo a autora, a influência da política internacional proibicionista, ora vista, é um traço característico que marca as legislações de drogas dos países latino-americanos.

Com efeito, nota-se que determinadas condutas de ambos os tipos penais acima referidos se repetem. As condutas de adquirir, guardar, ter em depósito e transportar são

---

2 Tradução: O sistema opera através das nossas instituições de justiça criminal, mas funciona mais como um sistema de castas do que como um sistema de controle de crime. Visto dessa perspectiva, a assim chamada “subclasse” é melhor compreendida como uma “subcasta”- uma casta inferior de indivíduos que são permanente impedidos pela lei e pelo costume da sociedade convencional. Apesar desse novo sistema de controle social “racializado” pretender ser alheio às cores/raças (literalmente incapaz de ver cor, no sentido de alheio às raças dos indivíduos), ele cria e mantém a hierarquia racial tanto quanto os sistemas de controle mantiam. Assim como Jim Crow (e a escravidão), encarceramento em massa opera como um sistema conectado de leis, políticas, costumes e instituições que operam coletivamente para assegurar o status subordinado de um grupo largamente definido pela raça.

as mesmas do art. 28 e art. 33 da Lei 11.343/2006. E, por isso, se diz que a multiplicação dos verbos somados à repetição de determinadas condutas contribuem para possíveis arbitrariedades dos agentes que compõem o sistema punitivo (FERRUGEM, 2019, p.104).

Não obstante, conforme dispõe o 2º parágrafo do art. 28, as circunstâncias que determinam a finalidade da substância – consumo pessoal ou tráfico - se assentam em bases eminentemente subjetivas, de modo que a discricionariedade é um traço marcante para as condutas das autoridades policiais e judiciais, visto que, ao apreciar condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais e à conduta e antecedentes do agente evidenciam a subjetividade de tais circunstâncias.

Assim, a ausência de critérios objetivos é muito bem explicitada por Daniela Ferrugem (2019, p. 105) ao inferir acerca das circunstâncias referidas no 2º parágrafo do aludido artigo, dado que a criminalização da pobreza, evidenciada pelo alicerce das instituições e pelo racismo estrutural, se desenvolvem a partir da perspectiva do contexto social, classe social e território de abordagem, uma vez que são esses os fatores que podem ser considerados relevantes para a diferenciação entre os tipos penais.

É, pois, a partir desta perspectiva, que conforme ilustra Valois (2020, p. 460), que se concebe a política de drogas como “uma verdadeira produção em rede de encarceramento”. Desta feita, infere-se que “o sistema penal brasileiro é punitivista e utiliza a prisão como primeiro recurso” (FERRUGEM, 2019, p.110).

A força da prisão para o caso de tráfico de drogas aparece diante da “necessidade de proteção da ordem e da saúde pública” (JUNIOR, 2021, p.96). É assim que França Junior (2021, p.96), apresenta duas decisões (RHC 70548 e RHC 78313), nas quais, indivíduos com pequenas quantidades de entorpecentes são mantidos presos sobre os argumentos da proteção da ordem e da saúde pública, no primeiro caso, por 2 gramas de cocaína e no segundo, por 16 gramas de maconha.

Neste íterim, se faz importante analisar os dados quantitativos de pessoas presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes em relação aos demais delitos e à quantidade total da população carcerária, a fim de demonstrar a incidência deste delito no aprisionamento (CARVALHO, 2016, p. 232).

ANO	PRESOS	PRESOS/100.000 HAB.
1994	129.169	87,87
1995	148.760	95,47
1997	170.207	108,36
2000	232.755	137,08
2001	233.859	135,66
2002	239.345	137,06
2003	308.304	174,31
2004	336.358	185,24
2005	361.402	196,22
2006	401.236	214,83
2007	419.551	228,06
2008	451.219	238,10
2009	473.626	247,35
2010	496.251	260,18
2011	514.582	269,79
2012	548.003	287,31
2013	574.207	301,05
2014/1	607.731	299,70

Deste modo, segundo os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)<sup>3</sup> de 2014, a população carcerária no Brasil era composta por 607.731 pessoas presas. Segundo os dados do mesmo Departamento, no ano de 2006, o número de presos era composto por 401.236 pessoas, enquanto que em anos anteriores, como em 2005, a população era de 361.402 pessoas. É evidente, portanto, o aumento significativo dos índices de encarceramento e sobre isso, Salo de Carvalho (2016, p. 232) infere que:

A análise da composição da população carcerária brasileira em relação ao delito imputado permite sustentar a hipótese de que o punitivismo nacional tem como referência o delito de tráfico de entorpecentes. Conforme apresentado desde o início da investigação, a hipótese que orienta o trabalho é a de que a política de repressão ao tráfico de entorpecentes representa o carro-chefe da política criminal brasileira, ultrapassando os limites estritos da incidência no plano prisional para conformar regras e metarregras de compreensão do funcionamento das agências de punitividade (v.g. Polícia, Ministério Público, Judiciário e Administração Carcerária). As principais alterações legislativas são, em grande parte, definidas desde o posicionamento político-criminal proibicionista.

Sob esta perspectiva, Salo de Carvalho atesta que o comércio ilícito de entorpecentes representa a segunda maior causa de aprisionamento, sendo que, conforme ilustra Kalili (apud CARVALHO, 2016, p. 235), “com a legislação de 2006, quadruplicou o número de encarcerados por tráfico. Um ano antes da lei, havia 32,8 mil condenados pelo crime; cinco anos depois, já eram 125,7 mil (DEPEN)”.

Não obstante, se faz indispensável trazer o último levantamento do Depen de 2019. Nesse sentido, conforme dispõe o levantamento, das 748.009 pessoas presas, 183,1 mil estão encarceradas pela incidência do delito da Lei de Drogas.

Desta feita, pela análise comparada dos dados referentes à quantidade de pessoas presas, nota-se que há um aumento vertiginoso dos índices de encarceramento. Tal resultado, deve ser analisado, portanto, sob o viés dos elementos legais ora mencionados,

<sup>3</sup> Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (Ministério da Justiça) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

mas também, à devida importância da perspectiva social analisada e à aderência ao modelo político-criminal proibicionista (CARVALHO, 2016, p.231).

## 5 | CONCLUSÃO

O cenário proibicionista amparado no discurso de guerra às drogas, representa o fator central das consequências provenientes desse sistema de controle e punição.

A influência dos Estados Unidos para as legislações dos países latino-americanos, como o Brasil, se desdobra por meio da política de criminalização às drogas, estabelecida, pois pela colonização ideológica em um contexto proibicionista e seletivista. Assim, por meio da formação desse sistema repressivo marcado pela influência norte-americana, perfectibiliza-se o arcabouço hodierno do punitivismo e da seletividade.

A instalação de ideologias, como a de defesa social e segurança nacional, percebe a real problemática existente em torno do contexto da Política de Drogas. Assim sendo, tais influências ideológicas denotam o direcionamento da seletividade penal. Constatase, nesse sentido, a maior atenção penal para com um extrato social específico: pobres, pretos e periféricos. Não somente, é através da égide da segurança nacional que instaura-se o sistema penal autoritário.

Essa diretriz de política de segurança pública é a responsável pelo regimento estreito aos mecanismos que disciplinam a política de drogas. Por essa perspectiva, a configuração do traficante como inimigo interno, figura-se como um alvo que deve ser eliminado a fim de se manter a normalidade de segurança pública.

Ademais, essa seletividade, contextualizada no cenário de guerra às drogas, suscita o enlace entre o racismo e a criminalização da pobreza, ambos relacionados ao contexto proibicionista. Por isso, a análise multidimensional se faz necessária, pois se demanda a análise de todo um contexto exterior para o entendimento do funcionamento da Política de Drogas.

O superencarceramento aparece, portanto, como consequência a esta problemática multidimensional, sendo que a política de drogas enlaça o mecanismo central que legitima e assegura essa pseudoproteção da ordem e da saúde pública.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow : mass incarceration in the age of colorblindness**. 2010.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

JUNIOR, Francisco de Assis França. **Criminologia das drogas: desvelando o vício brasileiro pela guerra**. Andradina: Meraki, 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese De Doutorado, orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira. São Paulo: Universidade De São Paulo, Faculdade De Direito, 2006.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República**. Tese de Doutorado, orientador Prof. Henrique Soares Carneiro. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2016.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020a.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre o princípio da legalidade**. 1. Ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **A filosofia do sistema penitenciário**. 1991.

# REDE DE ATENÇÃO ÀS PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL: MECANISMO DE GARANTIA DE DIREITOS E CONTROLE SOCIAL

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Mariana Leiras**

Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Memória Social da UNIRIO

### **Edite Rosa de Mesquita**

Graduada em Serviço Social pela UERJ.  
Coordenação RAESP RJ

### **Lobelia da Silva Faceira**

Professora Doutora do Programa de Pós-graduação em Memória Social da UNIRIO

**RESUMO:** A Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional (RAESP), é uma metodologia criada em 2006, no Rio de Janeiro, e difundida para outros estados brasileiros a partir de 2020, com objetivo de consolidar o funcionamento das RAESP enquanto organismos de controle social e contribuição para definição de políticas públicas voltadas às demandas das pessoas egressas do sistema prisional e seus familiares, sob diferentes formas, de acordo com as especificidades de cada território. Sendo assim, este trabalho pretende dar visibilidade à metodologia de fomento à criação de Redes de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional - RAESP, articulada com a Política Nacional de

Atenção à Pessoas Egressas, iluminando a pauta dos “egressos prisionais” invisibilizada pela sociedade brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Redes. Controle social. Pessoas egressas.

**ABSTRACT:** The Care Network for People Egressed from the Prison System (RAESP), is a methodology created in 2006 in Rio de Janeiro, and disseminated to other Brazilian states as of 2020, with the objective of consolidating the functioning of the RAESP as social control bodies and contribution to the definition of public policies aimed at the demands of people released from the prison system and their families, in different ways, according to the specificities of each territory. Therefore, this work intends to give visibility to the methodology to promote the creation of Care Networks for People Excused from the Prison System - RAESP, articulated with the National Policy for Attention to Egress Persons, illuminating the agenda of “prison ex-convicts” made invisible by Brazilian society.

**KEYWORDS:** Networks. Social control. Egress people.



## 1 | INTRODUÇÃO

A realidade carcerária do Brasil como terceiro país com maior índice de população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e China, segundo dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020) com total de 773.151 de pessoas encarceradas. Destacamos que o panorama da taxa de encarceramento no Brasil está na contramão da tendência dos países que possuem as maiores populações carcerárias do mundo: ao passo que EUA e China, por exemplo, vêm reduzindo seus índices de encarceramento. No Brasil, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157%, numa média anual de 7% de crescimento. Em 2019, esse crescimento aumentou em 149%.

Numa perspectiva de ampliação dos movimentos sociais relacionados a Justiça Criminal, Direitos Humanos e Desencarceramento, é de fundamental importância darmos visibilidade aos avanços de organizações sociais que desenvolvem ações neste segmento, para que outros coletivos vislumbrem horizontes nesta realidade voltada para o encarceramento em massa com precarização das condições de aprisionamento e desrespeito aos direitos humanos.

Com objetivo de dar visibilidade ao esforço coletivo de organizações sociais e instituições públicas parceiras, voltadas para as demandas fundamentais das pessoas egressas do Sistema Prisional, tais como trabalho, retorno à família, resgate da dignidade, da autoestima, entre outras, realizamos um breve histórico da atuação da Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional do estado do Rio de Janeiro – RAESP, para que possamos contribuir para a expansão da rede em outros estados.

A metodologia que vamos descrever para ampliação da Rede de Atenção às Pessoas Egressas vem respeitar os avanços e retrocessos, bem como as articulações institucionais, entre os poderes: Judiciário, Executivo Estadual e Municipal, e com o Legislativo das três instâncias, todos intrínsecos às especificidades de cada território, sem a importação de modelos para aplicação, na verdade trata-se de um roteiro para criação de Redes.

Analisaremos o debate sobre Rede. Como surgem as redes e para quê. Além disso, apresentaremos a rede de atendimento, de assistência as pessoas egressas prisionais. A quase inexistência de políticas para esses segmentos, tem transferido as ações para a sociedade civil que busca através da construção de redes de apoio ao egresso, quebrar as imensas barreiras que são constituídas de diversos fatores tais como: a precariedade do mercado de trabalho, o estigma ao egresso, a falta de apoio do poder público, dentre outros.

Finalizaremos com a perspectiva de implantação de uma ação voltada para capacitação das Coordenações das Redes de Atenção às Pessoas Egressas – RAESP visando a promoção de um Plano de Ação, tendo em vista a realização da expansão desta rede a nível nacional em decorrência de parceria com o atual Programa Fazendo Justiça,

realizado em parceria com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD/ONU, o Ministério da Justiça e Segurança – MJS e o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

## 2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Como definição básica, o termo *rede* origina-se do latim *retis*, é definido como “o entrelaçamento de fios com aberturas regulares, capazes de formar uma espécie de tecido”- (dicionário da língua portuguesa). A partir da noção de entrelaçamento, a palavra *rede* ganhou novos significados.

As redes podem ser também de diferentes tamanhos. De uma equipe que trabalha em rede a uma rede de escolas, de comunidades, até uma rede internacional. Podem existir redes de redes, e dentro de uma mesma rede, pode se formar outras redes, com objetivos específicos e que executem ações conjuntas. As ações conjuntas poderão ter atividades de tipos diferentes, que se apoiem e se complementem. As ações políticas que combinem diferentes tipos de ação podem ter uma força muito maior do que aquelas desenvolvidas através de um único tipo de atuação.

Para se constituir uma rede formal, seus membros precisam ter claramente o seu objetivo. Uma rede está sempre aberta à entrada de novos membros que aceitem as regras estabelecidas, ainda que as mesmas devam ser revistas à medida que a rede vá realizando seus objetivos ou definindo novos objetivos. O auto desligamento de qualquer um de seus membros não deve ser um problema, para que cada um possa ser livre em suas escolhas de permanecer ou não como membro da rede.

No processo de desenvolvimento do capitalismo, com suas crises e os necessários ajustes dos processos de produção, as políticas sociais passam também a ser reconfiguradas. Nesse sentido, com a reestruturação produtiva a gestão pública e a implementação das políticas sociais adquirem um novo modelo. A relação entre Estado e sociedade se altera de forma que uma das questões que passam a ter relevância é a gestão social em rede. Nesse sentido, o Estado adota como estratégias: a descentralização e o trabalho em rede.

Através do discurso da gestão em redes, pretende-se assegurar a efetividade das políticas públicas, mais conhecidas por ações setoriais, desarticuladas e centralizadoras. A rede de atendimento socioassistencial tem como um dos seus objetivos principais dar o apoio e proteção social destinados aos usuários dos serviços sociais que devem receber dessa rede, orientação e contribuição para efetivação de seus direitos.

Uma instituição pública ou privada tem que ter conhecimento do que é feito pelas demais organizações para poder acionar ou encaminhar o usuário que atende para outros serviços de atendimento social. O cidadão, sujeito de direitos, que chega para ser atendido em uma situação de vulnerabilidade social, apresenta um conjunto variado de necessidades sociais.

Segundo Menicucci (2002), o atendimento em rede deverá levar em conta as limitações, as possibilidades estruturais e institucionais das conjunturas nos diferentes níveis ou esferas de programas que constituem projetos federais, estaduais ou municipais, tendo como objetivo maior a qualidade do atendimento prestado ao usuário dos serviços sociais e a despersonalização das ações dos profissionais envolvidos, passando-as ao patamar da institucionalização, pois, só assim, efetivam-se os direitos sociais dos usuários, entendendo esse usuário como sujeito de direitos inteiro, ou seja, ele não é pontual, não é fragmentado.

A perspectiva de rede estabelece novos parâmetros que deveriam contribuir na humanização do atendimento aos seus usuários. Essa nova perspectiva, exige que seja ultrapassado a linha da intervenção para além da atenção imediata, abrangendo o patamar dos direitos sociais e da promoção humana, que cabe ao papel do Estado. A Rede contribui com a melhoria dos atendimentos.

Junqueira (2000) defende que as redes são estratégias de gestão social sob os princípios de intersetorialidade e descentralização capazes de congregam pessoas de uma mesma base territorial com o objetivo de resolver os problemas sociais que os afetam de maneira integrada, representando uma alternativa de desenvolvimento social.

A intersetorialidade como um novo paradigma de gestão para políticas públicas é um caminho já sinalizado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei 8.742/1993): “A Assistência Social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando o enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências e à universalização dos direitos sociais”.

Segundo Menicucci, a formação de redes:

Ganha proeminência na perspectiva da intersetorialidade, princípio de acordo com a qual a necessidade de estabelecer vínculos, relações entre organizações, mediadas por atores, se justifica pela necessidade de entender de maneira compartilhada a realidade social. (MENICUCCI, p. 25, 2002)

Segundo Couto (2010), pensar a rede socioassistencial requer ir além da compreensão e das ações que foram ou não adotadas para implementar a estratégia de gestão em rede, porém também requer analisar a emergência das redes enquanto proposta mais viável para gestão da assistência social no território e o contexto político e socioeconômico de desenvolvimento das mesmas.

Amaral (2007) enfatiza que as redes manifestam um desejo coletivo de inovação quanto às formas de organização política, numa desorganização consciente e intencional de estruturas que não mais correspondem às demandas e aspirações do grupo; revelam a existência de problemas que não conseguem ser resolvidos através das antigas estruturas e formas de gestão.

O desenvolvimento do trabalho em rede possibilita alcançar a efetividade e complementação das políticas municipais e estaduais frente à complexidade da situação

de pobreza e desigualdade sociais demandadas pelos atores sociais.

Ainda para Amaral (2007):

(...) gerir uma dinâmica de opostos implica abordagens dialéticas e dialógicas, em conseguir conviver com contradições sem cair no erro da simplificação, em buscar a descentralização, o desejo de colaboração e a capacidade para enfrentar a novidade. (AMARAL, p.2, 2007)

O conceito de redes indica a ação de organizações e pessoas que atuam sobre um mesmo objetivo. Sua formação está associada à cooperação no sentido de obter uma atuação eficiente, tendo como característica o fortalecimento de grupos que tem ideais comuns.

Embora as redes muitas vezes surjam como reação a problemas que se criam com as pirâmides, elas não pretendem necessariamente substituir ou se contrapor às estruturas piramidais. A estrutura em rede pode ser mais favorável à realização dos objetivos. Os fios que dão consistência a uma rede são as informações que transitam pelos canais, que interligam seus integrantes. Inclusive podem se organizar redes com o único objetivo, de intercâmbio de informações.

Segundo Castells (1999), o modelo que ele denomina de “informacional”, a fonte de produtividade se baseia na tecnologia de geração de conhecimento, de processamento da informação e de comunicação de símbolos em que a informação é o ponto principal na organização social e o fluxo de mensagens compõe o encadeamento da estrutura social. Tal realidade forneceu as bases para expansão das redes.

Como as redes não comportam centros ou níveis diferentes de poder, a livre circulação de informações, torna-se assim uma exigência essencial para o bom funcionamento de uma rede. Todos os seus membros têm que ter acesso a todas as informações que nela circulem.

Conforme Scherer-Warren (1999), a noção de rede refere-se a uma estratégia de ação coletiva, baseada numa cultura solidarística, cooperativa, horizontalizada e mais democrática para uma nova forma de organização da sociedade. Ainda na apreensão da autora, as redes relacionam-se com o tecido social, isto é com o sistema social e com as relações preexistentes.

Essa articulação será direcionada a uma questão que demanda intervenção. seja ela governamental ou não. Nesse caso será formada uma *rede de movimento social* em que sociedade civil e o governo apresentarão propostas para a resolução da questão.

A rede será caracterizada pela autonomia e interdependência nas relações entre as organizações participantes. Nas suas ações articulam diferentes tipos de recursos o que permite um maior alcance dos serviços. E o interessante nesse movimento de união é permitir dar visibilidade ao que se está defendendo.

A grande variedades de redes sociais presentes na estrutura de ação coletiva são quase sempre ignoradas pelos estudiosos de movimentos sociais e apenas mais

recentemente o interesse pela relação entre movimentos sociais e redes sociais tem crescido. A análise de redes sociais tem como premissa que os laços sociais estabelecidos pelas pessoas, atores coletivos, organizações e instituições, constituem o elemento por excelência de estruturação da vida social.

O conceito de rede tem sido utilizado para definir um novo modelo de ação. Apesar de o conceito ser trabalhado por diferentes abordagens, é considerado um conjunto de pontos conectados, em que cada um desses pontos representa uma diversidade de atores: organizações governamentais e não governamentais, comunidades, empresas, dentre outros, que vão determinar o tipo de rede que se caracteriza, os interesses, objetivos e valores compartilhados.

Teixeira (2006) na sua definição enfatiza o aspecto flexível das redes a formação de redes e a construção de parcerias formam um modelo de geometria variável. As alianças são múltiplas, flexíveis e orientadas para a ação. Cada parceiro traz para a agenda comum suas vantagens comparativas e seu valor agregado.

O trabalho em rede precisa mais do que a intencionalidade de trocar uns com os outros, mas a formação de uma estrutura orientada para uma ação a partir da construção de um planejamento, de definição de objetivos e de onde se quer chegar.

Assim deve ocorrer, com as redes de atendimento, com objetivos em comum com foco nos resultados e na vida dos usuários atingidos por essas ações. A seguir apresentaremos a Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional, como modelo de rede que está sendo implantado no Brasil.

## **3 | RESULTADOS ALCANÇADOS**

Nessa parte apresentaremos o surgimento e trajetória da Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional; seus projetos e ações executados; a metodologia de expansão e o fomento da Rede pelo Brasil.

### **3.1 Trajetória da Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional do Estado do Rio de Janeiro – RAESP**

A ideia de Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional foi criada em maio de 2006 no Rio de Janeiro, por meio da iniciativa de um grupo de instituições que possuíam um objetivo coletivo comum: promover a melhoria das condições para a inserção social de pessoas egressas do sistema prisional que enfrentam dificuldades de acesso a serviços e políticas públicas.

Este grupo é formado, atualmente, por membros institucionais: composto por instituições governamentais, não governamentais (ONGS, OSCIP, filantrópicas, religiosas e privadas) e pessoas físicas, identificadas como membros individuais, tendo suas ações desenvolvidas no território do Estado do Rio de Janeiro.

Sua finalidade principal é congregar seus parceiros para a defesa dos interesses comunitários, estimulando a inserção dos egressos prisionais nas políticas de cidadania, enquanto sujeitos de direitos, e qualquer outro interesse coletivo *lato sensu* (sentido amplo) - difuso, coletivo e individual homogêneo - realizando o direito essencial a uma vida digna. A RAESP RJ possui uma heterogeneidade no que tange a profissão dos seus membros, sendo esta pluralidade um fator que amplia o olhar sobre as demandas das pessoas egressas e das pessoas privadas de liberdade.

A RAESP RJ, durante os seus 15 anos, desenvolveu atividades que contribuíram para melhores condições na inserção social das pessoas egressas do sistema prisional, incidindo em políticas públicas, realizando parceria com diversos órgãos, a saber: Secretaria de Trabalho e Renda - SETRAB; Prefeitura do Rio de Janeiro, através do Projeto “Agentes da Liberdade”; e CEDAE (Companhia de Água e Esgoto do Rio de Janeiro), pelo Programa Replantando Vidas, dentre outros.

Além disso, com o objetivo de ampliar a Rede e divulgar cada vez mais as ações dos parceiros, a RAESP RJ, desenvolveu as seguintes atividades:

- I Seminário de Direitos Humanos, na Sede da OAB-RJ, (2008);
- Organização das duas Ações Pró Egressos, promovida pelo Patronato Magarinos Torres – unidade da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP (2012/2013);
- Participação no I Congresso Nacional de Acompanhamento de Egressos e Afins (2014);
- Participação no I Simpósio Nacional de Políticas para a Pessoa Egressa do Sistema Prisional – em Brasília. Organizado pelo Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional, na busca por novos caminhos de enfrentamento desta expressão da questão social (2014);
- II Seminário de Direitos Humanos em comemoração aos 10 anos da RAESP RJ – Discussão sobre Possibilidades e Desafios para as Instituições que atuam com a população egressa (2016).

Cabe destacar ainda que, apesar de ser uma Rede, a RAESP RJ possui um grupo de profissionais voluntários que são responsáveis pela sua gestão e coordenação, além de desenvolver as ações e projetos construídos a partir do planejamento estratégico em parceria com o Laboratório de Práticas Sociais e Pesquisa sobre Violência (LPSPV) vinculado ao Programa de Pós Graduação em Memória Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UNIRIO, quando foram traçadas as metas para os próximos 10 anos de atuação. Esse planejamento possibilitou novas parcerias e financiamentos:

- Criação do site: [www.raesprj.com.br](http://www.raesprj.com.br) e formação sobre Articulação de Redes - seleção no Prêmio “Fazedores do bem”, apoio CIEDS (2017);
- Projeto “Cidadania que Liberta”, realizado durante o segundo semestre do ano

de 2018, com o objetivo da formação de internos que cumpriam pena privativa de liberdade no regime semiaberto, através do desenvolvimento de atitudes e produção de reflexão acerca de perspectivas de vida pós-cárcere. Com a realização do Curso de Formação para Cidadania, foi realizada uma vez por semana, durante o período de 2 meses, com previsão de 30 alunos em cada turma. Sendo previsto o total de quatro turmas, duas por semestre, totalizando 120 alunos.

O Projeto teve por objetivos, através da metodologia de Formação, o resgate da dignidade, o fortalecimento da autoestima, a criação de habilidades e atitudes pessoais e profissionais voltados para o trabalho em equipe, bem como a retomada dos vínculos familiares. O projeto foi realizado em duas unidades prisionais de regime semiaberto, totalizando 207 alunos matriculados no curso de Formação para Cidadania, sendo 143 formados e 40 encaminhados para trabalho extramuros. Ademais, firmou parcerias com: Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro - SEAP-RJ, Fundação Santa Cabrini e apoio do Instituto Rio com a gestão do Instituto Phi.

Ainda em 2018, a consultoria do Instituto Ekloos permitiu a realização de Aceleração Social, por meio da qual foi possível definir as linhas de atuação da RAESP RJ, organizada a partir de 4 eixos:

1. **Comunicação:** Investir nas Redes Sociais, site, folder, banner da Rede, para divulgação dos parceiros. Além de contar histórias positivas de pessoas que passaram pelo sistema prisional, público-alvo de atuação da RAESP RJ;
2. **Capacitação:** Incentivar a formação para as instituições, grupos e membros da RAESP RJ, no sentido de qualificar o atendimento dos parceiros, ampliando o impacto social;
3. **Pesquisa e Publicação:** Realizar pesquisa com a temática prisional e apresentar os resultados em artigos, revistas, periódicos; divulgar no site da Rede informações, pesquisas, teses, dissertações e TCCs;
4. **Articulação para Políticas Públicas:** Incidir na criação da Política Pública Nacional de Atenção à Pessoa Egressa e capilarizar a metodologia de Rede para outros Estados.

Para além, no ano de 2019, foi realizado o “Projeto Cidadania que Liberta”, voltado ao público em cumprimento de Pena Alternativa – em limitação de fim de semana e prestação de serviço a comunidade. Foram 29 matriculados no curso de Formação para Cidadania, 23 alunos concluintes. Também foram realizadas 12 Oficinas de Cidadania, com o público em monitoração eletrônica e em livramento condicional, com 257 participantes. Parceria com a Central de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas - CAPMA e com o Instituto de Estudos sobre Religião – ISER (atuação com pesquisa em Justiça Criminal e Direitos Humanos), apoio do Instituto Phi (2019). Neste mesmo ano por fim, em parceria

com o Programa Justiça Presente (PNUD / CNJ<sup>1</sup>), membros da RAESP participaram de formação na metodologia dos Escritórios Sociais<sup>2</sup> em 2019.

Já em abril de 2020, foi lançada a publicação “Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional”, que contou com a contribuição dos membros da RAESP RJ, com informações relevantes para a construção dessa publicação, sendo disponibilizada ao público pelo Programa Justiça Presente , através do endereço eletrônico: <https://www.conjur.com.br/dl/politica-nacional-atencao-egressos.pdf> e desenvolvida no bojo de cooperação entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). O documento contém postulados, princípios e diretrizes para a estruturação de serviços de acolhimento, orientação e encaminhamentos, propostas de metodologia e de estrutura gerencial e operacional dos serviços, além de planos de formação voltados para qualificação de servidores das políticas públicas.

No dia 15 de março de 2020, o anúncio de medidas restritivas de circulação, surpreendeu a população de diversos Estados brasileiros. Resultado de uma crise pandêmica, causada pela “Covid-19”. Como consequência, foi decretado isolamento social em vários Estados, inclusive no Rio de Janeiro. Diante do cenário apresentado, o grupo gestor de ações da Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional do Estado do Rio de Janeiro - RAESP RJ, teve como iniciativa a mobilização das instituições membros da Rede, visando amenizar as consequências da pandemia diante das famílias atendidas por essas instituições.

A realidade vivida nos ditos “**tempos normais**” por homens e mulheres, egressos do sistema prisional e seus familiares, já é motivo de preocupação. Por mais efetivas e solidárias que sejam as iniciativas da sociedade civil, que compõem a rede, não dariam conta do aumento no atendimento. Embora as medidas restritivas tenham intuito de preservar vidas, por outro lado, também expôs a vulnerabilidade em que vive uma grande parte da população brasileira.

Diante deste cenário de incertezas, surge a oportunidade de integração na campanha promovida pelo Instituto Ekloos, Instituto Phi e Banco da Providência: ***Rio contra o Corona***. Ação social voltada para população em situação vulnerável, viabilizando a distribuição de cestas básicas e produtos de higiene pessoal.

A participação da RAESP RJ nesta ação contou com o cadastramento das instituições e coletivos membros da Rede, possibilitando que o atendimento já realizado

---

1 O Programa Justiça Presente, parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU) vem investindo desde janeiro de 2019, na implantação de uma política nacional de atenção à pessoa egressa estruturada a partir da disseminação de um equipamento público de articulação entre os Poderes Judiciário e Executivo e com forte interação com a sociedade civil organizada e as demais políticas públicas e sociais, denominado “Escritório Social”.

2 O Escritório Social é responsável por realizar acolhimento e encaminhamentos das pessoas egressas do sistema prisional e seus familiares para as políticas públicas existentes, articulando uma política intersetorial e interinstitucional de inclusão social que se correlaciona com demandas e iniciativas de diferentes políticas públicas estaduais e municipais, sistemas e atores da sociedade civil.



pelas instituições, fossem potencializados. Esta ação conjunta trouxe alento, às instituições e principalmente as pessoas egressas do sistema prisional e suas famílias, invisíveis à nossa sociedade, entretanto visível ao “preconceito, discriminação e exclusão social”.

As instituições foram informadas sobre a campanha Rio contra corona, e convidadas a realizarem o cadastramento de inclusão na campanha. Ao mesmo tempo, foi oferecido por integrantes membros individuais da rede, toda assessoria e suporte para o cadastramento. Os requisitos solicitados pelos mobilizadores da campanha foram os seguintes:

- Nome do responsável e contato;
- Perfil da instituição, atividades realizadas;
- Público atendido e quantitativo de demandas.

Nesta campanha foram inscritas 12 instituições membros da RAESPRJ, onde foi possível o atendimento direto a 07 instituições. A RAESPRJ expressa gratidão em nome de todos que foram atendidos neste momento de crise socioeconômica.

Foi possível o atendimento de mais 02 instituições, localizadas em São Gonçalo, que estavam fora da área de atuação de rota da campanha. Uma instituição contemplada pelas doações, solidariamente, compartilhou sua doação com essas instituições. Até o fim do mês de junho, as 07 instituições parceiras, receberam 7.300 cestas básicas, sendo possível o atendimento a 36.500 pessoas. (Base de cálculo: 1 cesta atende em média 5 pessoas por família).

A RAESPRJ conseguiu igualmente, uma articulação para a campanha, Comunidade, Presente! protagonizada pelo ISER (Instituto de Estudos da Religião), com financiamento do Instituto Unibanco, para o atendimento de mais cinco instituições parceiras. Essa campanha tem o objetivo de atender pelo período de 03 meses as mesmas famílias. Total de cestas recebidas 810; 270 famílias acompanhadas, 1.350 pessoas atendidas.

Da mesma forma, através do Edital de Emergência Comunidades Ativas contra o COVID-19 do Fazedores do Bem+ActiveCitizens / CIEDS - Centro Integrado de Estudos e Programas de Desenvolvimento Sustentável, a RAESPRJ apoiou o coletivo Mães de Manguinhos na participação do edital, onde foi selecionado e recebeu uma doação no valor de R\$2.500,00 para compra de cesta básicas. O valor recebido pelo edital, foi transformado em 25 cestas básicas + produtos de higiene. Com o total de 125 pessoas atendidas.

Os resultados alcançados com a parceria das Campanhas e editais, a RAESP RJ através das instituições e coletivos que as compõe, até o fim de junho, foi o atendimento de 7.595 famílias, totalizando 37.975 pessoas atendidas. Todas moradoras de favelas do Rio de Janeiro, em sua maioria, familiares de pessoas presas, pessoas em cumprimento de penas alternativas e pessoas egressas do sistema prisional.

As campanhas ainda permanecem ativas, mas não sabemos por quanto tempo. Os organizadores já informam que as doações vêm diminuindo e a captação por mais doações tem sido realizada ativamente, mas não tem o retorno rápido como no início da

campanha. O desafio enfrentando pelo terceiro setor, é manter as suas atividades pós pandemia e continuar levando até as pessoas mais vulneráveis, oportunidades e acessos básicos, como a alimentação por exemplo.

A campanha Rio contra corona doou além das cestas básicas, kits de higiene, álcool gel, mascarar, ovos, shampoo, condicionador e roupas infantis. A campanha Comunidade, presente! Também dou kits de higiene. Cabe destacar que cada campanha tinha critérios de atendimentos e periodicidade diferente de duração/distribuição das cestas básicas, o que proporcionou as instituições membros cadastradas alcançar pelo período de 3 meses (maio, junho e julho) 38.475 famílias.

### **3.2 Metodologia de expansão**

A partir da experiência exitosa no Rio de Janeiro, a coordenação do Programa Justiça Presente, no Tocantins, apresenta a metodologia aos atores locais que aderem a ideia de formação de rede, sendo posteriormente validada pela coordenação nacional do Programa. Assim, lançada em fevereiro de 2020, a Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional do Estado do Tocantins – RAESP TO, tornou-se a segunda RAESP no País.

A RAESP TO é composta por instituições e pessoas que desenvolvem suas atividades seja na dimensão da defesa individual ou coletiva. Tem por princípio a defesa de um modelo de atuação coletiva, sem privilégios e sem vinculação a qualquer partido político ou organização religiosa. Não possui no desempenho de suas atividades distinção quanto à raça, etnia, religião, gênero e orientação sexual, ou qualquer outra forma de discriminação. Sua finalidade principal é congregar seus membros para a proteção e defesa dos direitos das pessoas egressas do sistema penitenciário e seus familiares e dos interesses da comunidade, na inserção e reintegração dos egressos e egressas do sistema penitenciário na sociedade, e qualquer outro interesse coletivo, ante a realização do direito essencial à uma vida digna.

Constituem finalidades da Rede:

I - A defesa dos direitos humanos individuais, sociais, econômicos e coletivos dos egressos e egressas do sistema prisional do Estado do Tocantins perante qualquer dos poderes, em todos os níveis e instâncias, extrajudicial e judicial, este, por intermédio de seus membros;

II - A participação, intervenção e reivindicação em todas as áreas e manifestações relativas aos interesses dos egressos e egressas, relacionados à finalidade da Rede;

III - A celebração de acordos, convênios e contratos por meio de seus membros, com o objetivo de realizar a finalidade da Rede;

IV - A participação em programas dos poderes públicos e entidades privadas, com vistas à amenização dos problemas da população egressa do sistema penitenciário, assim como a promoção de eventos que visem informar à comunidade sobre esses

assuntos;

V - Manter intercâmbio permanente com outras instituições que, direta ou indiretamente possam ter relações com os objetivos da Rede;

VI - Criar grupos de trabalho, compostos pelos membros da Rede.

Dando continuidade à expansão, foram lançadas remotamente em virtude do contexto da pandemia nacional de Covid-19, mais três RAESP: Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Ceará, com o apoio do Programa Fazendo Justiça<sup>3</sup>.

As iniciativas descritas demonstram outra característica da RAESP, a saber: a flexibilidade do modelo de engajamento e mobilização dos membros participantes. Sejam organizações da sociedade civil, membros individuais, o que reúne as pessoas e instituições é o compartilhamento de um horizonte comum de enfrentamento aos estigmas e fatores de vulnerabilidade das pessoas egressas do sistema prisional à defesa dos direitos e promoção dos acessos à cidadania.

Nesse sentido, a presente proposta volta-se à união de esforços, de atores e frentes de atuação, articuladas e sistematizadas, que devem operar de forma estratégica na promoção e suporte à “porta de saída do sistema prisional”, cujos efeitos tendem a ser percebidos dentro e fora das Unidades Prisionais, seja na redução da população prisional, seja na redução de vulnerabilidades e fatores de risco que contribuem para a ocorrência de novas violências e violações de direito no retorno à vida em “liberdade”.

Considerando a especificidade de cada estado, segue abaixo a composição dos membros de cada RAESP, na época da sua criação:

<b>Estados</b>	<b>Poder Público</b>	<b>OSC/Oscip</b>	<b>Coletivo/Conselho/Mandato parlamentar</b>	<b>Membro Individual</b>	<b>Total</b>
RAESP Rio de Janeiro	02	05	---	---	07
RAESP Tocantins	01	09	08	---	18
RAESP Rio Grande do Norte	10	05	06	---	21
RAESP Mato Grosso	09	11	04	07	31
RAESP Ceará	10	14	02	---	26
RAESP Minas Gerais	06	04	04	---	14
<b>TOTAL</b>	<b>38</b>	<b>48</b>	<b>24</b>	<b>07</b>	<b>117</b>

Fonte: Dados informados pelos membros das RAESPS. 2021.

3 Programa Fazendo Justiça, parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Consiste no fortalecimento e monitoramento do sistema prisional e do sistema socioeducativo brasileiro. A partir de setembro de 2020, sob gestão do Ministro Luiz Fux (Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça) o Programa deu continuidade as ações desenvolvida pelo então Programa Justiça Presente.

Vale ressaltar que foram observadas alterações conforme a entrada e saída dos parceiros, meses após a formalização das RAESP, ou seja, a alteração da composição da Rede faz parte da sua característica de estar em constante estado de formação, aberta para inserção de novos componentes ou saída daqueles que não encontraram identificação com os objetivos. Podemos destacar o caso da RAESP RJ, criada em 2006 com total de 7 membros e atualmente, constam mais de 16 instituições entre governamentais e não governamentais, bem como a potência dos seus mais de 15 membros individuais, então é possível imaginar a capacidade de expansão de rede dos demais estados formalizadas com mais membros.

É notório como o apoio do CNJ, através dos Programas Justiça Presente (janeiro a outubro de 2020) e Fazendo Justiça (a partir de outubro de 2020), pode influenciar a adesão dos parceiros, principalmente aqueles oriundos do Poder Público, que não poderiam negar a adesão da Proposta de Rede pelo Conselho Nacional de Justiça – Órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança.

### **3.3 Fomento a RAESP nos Estados**

A metodologia consiste na difusão e fortalecimento do fomento de Rede, tendo como objetivo a implantação de Redes de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional nos demais Estados da Federação. Propõe o fortalecimento dos membros e instituições que já atuam na defesa dos Direitos Humanos e acesso aos direitos das pessoas egressas prisionais, possibilitando a ampliação de seus resultados de forma qualificada e impactando positivamente na sociedade por meio de ações diretas com o público em vulnerabilidade social e estigmatizados.

A partir do fomento da coordenação nacional do Eixo 3 do Programa Fazendo Justiça, já citado anteriormente neste artigo, atua com as Políticas de Cidadania e Garantia de Direitos, as coordenações estaduais do Programa passaram a mobilizar os atores relacionados às ações voltadas para pessoas egressas e propor diálogos com a finalidade de criação das Redes locais. Esses diálogos permitiram avançar em articulações iniciais em diversos estados, tendo sido selecionados para esta proposta aqueles estados onde há maior viabilidade de realização das atividades para constituição das Redes.

As fases para implantação de Rede consistem em:

- Mapeamento sistematizado dos atores locais;
- Reunião para apresentação da proposta de Rede – Metodologia RAESP;
- Criação do Regimento Interno;
- Eleição da Coordenação voluntária;
- Produção de mídias (material gráfico, banner, folder, redes sociais);
- Lançamento da RAESP no território.

Propõe-se que as articulações em nível estadual possibilitem disseminar um conjunto de Redes de Atenção que, mobilizadas, resultem na configuração de uma Rede Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional - RENAESP, contribuindo, de modo complementar à disseminação dos Escritórios Sociais, para o resgate da dignidade da pessoa humana e da cidadania das pessoas egressas do sistema prisional e para a efetiva implantação de uma Política Nacional.

Para o ano de 2021, essa expansão de RAESP pelo Brasil seguirá de forma consistente e integrada com os demais estados. Em fevereiro deste ano, a recém-lançada RAESP Minas Gerais inicia esse ciclo de novas redes implantadas pelo país. Os Estados de São Paulo e Maranhão seguem com as tratativas para sua criação. Para essa difusão, as Redes contam com o apoio do Programa Fazendo Justiça/CNJ em parceria com o Instituto Igarapé e também por meio do Projeto Implantação de Fomento a RAESP, parceria entre o Fundo Brasil de Direitos Humanos, a RAESP RJ e o Instituto de Estudos Superior - ISER.

No caso do Programa Fazendo Justiça, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, veio ao longo dos últimos quatro anos, dialogando com a RAESP RJ, através dos consultores, os quais acompanharam reuniões e resultados de ações voltadas para o aprimoramento da Rede e culminou com a inserção da criação das RAESPS nos estados, como parte integrante do Eixo 3 do Programa Fazendo Justiça/CNJ. No final de 2019, o CNJ criou, por meio da Resolução CNJ nº 307/2019, a Política Nacional de Atenção à Pessoa Egressa do Sistema Prisional, com objetivo de lançar luz sobre a temática dos egressos, invisibilizada, como as demais pertencentes aos segmentos vulnerabilizados da sociedade.

O Instituto Igarapé dialoga com as Instituições participantes da RAESP desde 2016 e vê-se também avançando com uma participação mais efetiva no ano de 2021, em que RAESP passou a ser objeto de estudo do Instituto, com a participação dos parceiros institucionais, governamentais e não governamentais, bem como os membros individuais, resultando na entrega de um mapeamento das iniciativas destinadas às demandas dos egressos e familiares, que servirão de guias para as RAESP locais, bem como para egressos do sistema penitenciário.

No que tange à parceria com o Fundo Brasil de Direitos Humanos, em ação conjunta com o Instituto de Estudos da Religião – ISER, está se operacionalizando o Projeto de Implantação de Fomento à RAESP, com a participação dos parceiros das RAESP RJ, TO e RN, e as respectivas Coordenações Executivas, voltado para reflexão das ações dos parceiros, no sentido de alavancar e potencializar suas ações; promoção de um plano de ação para as RAESP RJ, TO e RN, com a participação coletiva das Coordenações Executivas das respectivas RAESP; e promoção de um webinar que será voltado para discussão da Rede Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional, com uma agenda nacional.

Os desafios que a RAESP enfrenta em todos os estados, passa pela manutenção

dos atores em torno de objetivo de promover ações de interesse dos egressos e familiares, mantendo sempre o debate e diálogo com os diferentes atores no território. Podemos observar ainda que a demanda pela sustentabilidade para promoção das ações das OS também tem sido apresentada de forma frequente, na mesma linha que para os egressos e familiares a temática da sustentabilidade é muito representativa e requer respostas de curto, médio e longo prazos.

A discussão da Governança, cada vez mais tem se apresentado como uma preocupação, tendo em vista que devido a promulgação da Política de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional, as Organizações Sociais passam a ter dois papéis: a) controle social promovida pela sociedade civil organizada, preconizando o diálogo entre os diversos atores desta temática, e b) participação das Organizações Sociais nos editais de Chamamento Público para execução da Política, através da gestão dos Escritórios Sociais, que são os aparelhos públicos da Política.

O Projeto Implantação de Fomento à RAESP tem como objetivo lançar luz à Política pública de atenção às pessoas egressas, de forma a divulgar esses papéis que necessitam ser trabalhados internamente nas organizações.

#### **4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É evidente a necessidade de reformulações e investimentos no processo de finalização da pena em âmbito nacional e estadual e inserção da pessoa egressa na sociedade. Entende-se que a sociedade civil possui um papel fundamental nesse processo, em parceria com o Estado. Nesse sentido, faz-se necessário o trabalho interinstitucional, potencializando as instituições, grupos e atividades que atuam com o público-alvo, ampliando o impacto na vida das pessoas, com a efetivação dos acessos a direitos mínimos constitucionais.

Os resultados esperados com a capilarização da metodologia RAESP pelo Brasil:

1. Ter uma RAESP implantada em cada ente federativo; com articulações municipais;
2. Construção de fluxos entre as instituições que compõe as Redes estaduais;
3. Instituições fortalecidas, com autonomia na captação de recursos para ampliação do impacto no público atendido;
4. Ações articuladas pela Rede em prol das demandas das pessoas egressas e seus familiares;
5. Formulação da RENAESP - Rede Nacional de Atenção à Pessoa Egressa do Sistema Prisional. Construção de fluxos e agenda nacional;
6. Fortalecimento da Política Nacional de Atenção as Pessoas Egressas do Sistema Prisional.

Assim, num contexto histórico nunca antes pensado, com um negacionismo da

capacidade das ciências, acompanhado de um racismo estrutural cada vez mais enraizado nas estruturas públicas, potencializar a criação de Redes, bem como os seus parceiros diretamente, parece fundamental enquanto contribuição para superar dificuldades durante o período da Pandemia de Covid-19, bem como espaços para discussão do que se planeja em um futuro que parece mais precário do que o patamar que outrora. A despeito de todo este contexto desfavorável, a sociedade civil tem que permanecer de forma articulada para validar seus direitos, mesmo em situação adversa, onde direitos são ameaçados, retirados ou reduzidos.

As RAESPs, poderão exercer este papel fundamental para sociedade de controle das instituições públicas, sinalizando as demandas das pessoas que já cumpriram pena, para que possam sobrepor este período e o fato de cumprir pena não possibilite que a cadeia não saia dos seus costumes, quando se diz que a pena terminou, “a cadeia acabou” mas as pessoas permanecem vinculadas emocionalmente, devido às sequelas do cárcere. Utilizar esta experiência para não reincidir é fundamental e a Política Nacional de Atenção à Pessoa Egressa do Sistema Prisional traz elementos decisivos para que este retorno de forma digna.

## REFERÊNCIAS

- a) AMARAL, V. *Rede: uma abordagem operativa*. Disponível em: <http://www.portaldoenvelhecimento.net/artigos/artigo2287.htm>. Acesso em: 04/10/2121.
- b) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- c) \_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*. Lei No 7.210, de 11 de Julho de 1984.
- d) \_\_\_\_\_. *Política Nacional de Assistência Social – PNAS*. Brasília, 2004.
- e) \_\_\_\_\_. *Lei Orgânica de Assistência Social*. Lei no 8.742, de 7 de Dezembro de 1993.
- f) CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Política Nacional de Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. 228 p.: - (Coleção Justiça Presente; Eixo 3).
- g) \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário*, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. -- Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. (Resolução nº 307, de 17 de Dezembro de 2019).
- h) \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br) (acesso em 30 de setembro de 2021).
- i) CASTELLS, M. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

- j) COUTO, B. R. et. al. (Orgs). *O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 139-182.
- k) DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional e PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Diagnóstico sobre a implementação da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE) e Indicadores de Avaliação e Monitoramento*. Elaboração de Joana Carvalho Costa. Brasília: DEPEN, 2017a.
- l) DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional - *Levantamento Nacional de informações penitenciárias* - INFOPEN. Brasília, 2014.
- m) JUNQUEIRA, L. A. P. *Organizações sem fins lucrativos e redes na gestão de políticas sociais*. Caderno de Administração, PUC-SP, N. 3, 2000, p. 101-126.
- n) ILANUD - Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. *Avaliação do atendimento à população egressa do sistema penitenciário do Estado de São Paulo*. ILANUD/Brasil e DEPEN, 2003.
- o) IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil* – Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro 2015.
- p) LEIRAS, M. *Rede socioassistencial para egressos do sistema penitenciário: desafios em sua construção*. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação de Mestrado – Departamento de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- q) MADEIRA, L. M. *Trajatórias de homens infames. Políticas públicas penais e programas de apoio a egressos do sistema penitenciário no Brasil*. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.
- r) \_\_\_\_\_. *A atuação da sociedade civil na ressocialização de egressos do sistema penitenciário*. VII CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. Coimbra, Portugal, 2004.
- s) MENICUCCI, T. M. G. *Intersetorialidade, o desafio atual para as políticas sociais*. Pensar BH/Política Social. Belo Horizonte: Prefeitura, n. 3, 2002, p. 10-13.
- t) ONU. Organizações das Nações Unidas. *Regras de Mandela*. 2015. Disponível em: [http://ohchr.org/Documents/ ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf](http://ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf). Acesso em: 19/09/2021.
- u) PEREIRA, P. A. P. *Discussões conceituais sobre política social como política pública e direito de cidadania*. In: *Política social no capitalismo: tendências contemporâneas*. São Paulo, Editora Cortez 2009.
- v) PIMENTA, I. L. *Dos acessos ao “mundo do trabalho” – uma etnografia sobre os processos de construção institucional de presos e egressos no Rio de Janeiro (Brasil) e em Ottawa (Canadá)*. Niterói: UFF, 2014.
- w) RAESP. *Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional*. Rio de Janeiro. [www.raesprj.com.br](http://www.raesprj.com.br) (acesso em 30 de setembro de 2021).



x) SCHERER-WARREN, I. *Cidadania sem fronteiras: ações coletivas na era da globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.

y) TINOCO, D. “*O Trabalho na Prisão e na Vida em Liberdade*”. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé. Disponível em: [https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/05/2019-05-31-AE40\\_Trabalho-na-Prisao-PNAT.pdf](https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/05/2019-05-31-AE40_Trabalho-na-Prisao-PNAT.pdf). (2019).

# TEORIA DA PENA, RACIONALIDADE PENAL MODERNA E A REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Leticia Pacher**

Especialista Direito Penal com capacitação para ensino no magistério superior pela Faculdade Damásio.

Bacharel em direito pela Faculdade UNOPAR. Aluna do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada

Este trabalho foi desenvolvido no Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (disciplina ofertada pelas professoras: Dra. Cleide Lavoratti, Dra. Dirceia Moreira, Dra. Lislei Preuss e Dr. Nei Salles Filho.)

**RESUMO:** O presente trabalho busca apresentar os conceitos e críticas da Teoria da Pena apresentado tradicionalmente pela doutrina brasileira, para em seguida debater sobre a teoria da racionalidade penal moderna e sua aplicação no Direito Penal brasileiro. O trabalho também discute a aplicação da Teoria do Diamante Ético

de Joaquín Herrera Flores na criação de políticas públicas a serem aplicados no sistema prisional brasileiro, uma vez que prima pela proteção da dignidade da pessoa tendo como foco o perfil, a cultura, a economia e a política de cada Nação, rompendo, desta foram a Teoria Universal dos Direitos Humanos. O tema proposto surgiu da necessidade de buscar argumentos e instrumentos para realizar a concretização dos direitos formalmente reconhecidos. Em linhas gerais, chegou-se à conclusão de que se não houver uma renovação nos modelos tradicionais, a opressão e a violação dos direitos humanos e fundamentais continuarão sendo praticadas diariamente. Para a construção desta pesquisa foi utilizado o método dedutivo e bibliográfico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ressocialização, Pena, Detento, Teoria da Racionalidade Penal Moderna.

### **THEORY OF PENALTY, MODERN PENAL RATIONALITY AND THE REINVENTION OF HUMAN RIGHTS**

**ABSTRACT:** This paper seeks to present the concepts and criticisms of the Theory of Punishment traditionally presented by

Brazilian doctrine, and then discuss the theory of modern penal rationality and its application in Brazilian Criminal Law. The work also discusses the application of the Theory of the Ethical Diamond of Joaquín Herrera Flores in the creation of public policies to be applied in the Brazilian prison system, since it presses for the protection of the dignity of the person focusing on the profile, culture, economy and politics of each Nation, thus breaking the Universal Theory of Human Rights. The proposed theme arose from the need to seek arguments and instruments to make formally recognized rights a reality. In general terms, the conclusion was reached that if there is no renewal in the traditional models, oppression and violation of human and fundamental rights will continue to be practiced daily. The deductive and bibliographical method was used to construct this research.

**KEYWORDS:** Resocialization, Sentence, Detainee, Modern Penal Rationality Theory.

## 1 | INTRODUÇÃO

Não é recente os estudos envolvendo a finalidade de realizar a aplicação de uma sanção quando uma pessoa comete um ilícito. Diversas teorias surgiram no intuito de explicar o “por quê” que o Estado deve punir uma pessoa quando resta configurada a conduta desviante.

No entanto, as teorias da pena não respondem todas as críticas apresentadas, posto que são vistas apenas como um Direito/Dever de Punir do Estado e não como medidas importantes para correção de comportamento. A ressocialização, como será visto, pode até ser vista como uma das razões para a sanção ser aplicada, mas a realidade mostra que o Sistema Carcerário brasileiro não se preocupa com essa finalidade.

Com isso surge a seguinte pergunta: existe algum estudo que possa garantir a concretização dos ideais ressocializatórios da pena?

O objetivo desta pesquisa é responder essa pergunta, mas para isso será necessário transpor algumas barreiras tradicionalmente repetidas. Para tanto, há a necessidade de (objetivos específicos): compreender como funciona a teoria da racionalidade penal moderna e viabilizar a ruptura do ensino universal dos direitos humanos a partir do ensinamento de Joaquín Herrera Flores.

Por fim, pretende-se com essa pesquisa demonstrar que o sistema prisional brasileiro nunca foi pensando e estudado tendo como foco o encarcerado. O propósito sempre foi reconhecer formalmente alguns direitos básicos, mas sem a preocupação de como eles seriam concretizados (materializados)

Para a construção desta pesquisa foram utilizados os métodos dedutivo e bibliográfico.

## 2 | TEORIAS DA PENA

A existência de uma sanção penal, aos olhos da sociedade, se deve pela necessidade de punir aquele que comete um ilícito. Para Luiz Regis Prado (2012, p. 567) “o que deve

ficar patente é que a pena é uma necessidade social – última *ratio legis*, mas também indispensável para a proteção real de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal.”

Luiz Regis Prado (2012, p. 567) afirma que a Teoria da Pena, em sua essência, “não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa”. Para os operadores do Direito, ao explicar a teoria da pena se valem de dois atributos para, tentar, explicar a continuidade da aplicação da pena, quais sejam, o caráter retributivo e o caráter pedagógico da pena. De qualquer forma, cabe ao Estado a aplicação de uma sanção à pessoa que violou algum regramento contido no Código Penal ou qualquer outra norma regulamentadora que prevê uma punição em caso de violação.

Cezar Roberto Bitencourt esclarece que o conceito de pena não deve ser confundido com a teorização acerca da finalidade da pena e da função que esta desempenha na sociedade. (BITENCOURT, 2020, p. 309). Para Guilherme Nucci (2011), pena é sanção aplicada pelo estado ao indivíduo como retribuição pelo crime praticado, com o fim de prevenir novas práticas. Já para Luiz Regis Prado (2012) a pena é a retribuição do mal causado, uma compensação da justiça, sendo uma necessidade ética, já na atualidade a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto causado, perdendo a sensação de vingança.

Haroldo Caetano da Silva (2002, p. 35) afirma que “há basicamente três teorias que buscam justificar a cominação e a aplicação da pena: a absoluta ou retributiva, a relativa ou preventiva e a teoria mista ou eclética”.

Para a Teoria Absoluta ou retributiva, a pena era vista como um castigo e uma consequência aplicada ao indivíduo pelo crime praticado, sendo o único objetivo punir a pessoa. Para essa corrente, segundo Haroldo Caetano da Silva (2002, p. 35) “a pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal.”

Rogério Greco (2015, p. 44) descreve que a teoria absoluta entende a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada para punir, vale dizer, não um meio, mas, sim um dever do Estado, um dever juridicamente positivado. Nesta teoria não existe a perspectiva de ressocializar o indivíduo, mas apenas de valorizar, intrinsecamente, a possibilidade de punir o indivíduo pelo comportamento desviante que teve. (BITENCOURT, 2020, p. 311).

Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 314) ensina que a teoria absoluta da pena além de buscar a justiça, tem por objetivo devolver o mal causado com a prática do delito, no qual o homem é livre para agir, e se optou pela prática de um crime, ciente das consequências, no qual deve receber uma penalidade maldosa como foi sua conduta.

Inácio de Carvalho Neto busca esclarecer que para a teoria absoluta a finalidade principal é *retribuir* em face da negação da negação do direito por parte do autor do crime. Segundo ele:

Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. HEGEL assinalava que a pena era a negação da negação do direito. Já KANT disse que, caso um estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo. Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. Como afirma FERNANDO FUKUSSANA, a culpabilidade do autor é compensada pela imposição de um mal penal. Consequência dessa teoria é que somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. (NETO, 1999, p. 15)

Por sua vez, Mirabete explica essa corrente doutrinária baseado nos ensinamentos de Kant para afirmar que:

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionista) têm como fundamentos da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*). Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade trás a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. (2005, p. 244)

De outro lado Francesco Carnelutti apresenta que muitos defendem que a punição deve ser vista, também, como uma forma de exemplo para as pessoas que possuem alguma pretensão de praticar um ilícito. Diz ele o seguinte:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há, entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação (2006, p. 103)

Contudo, Carnelutti não concorda com a utilização da pena como exemplo para a sociedade, pois, para ele, também se trata de uma violência ao um bem jurídico liberdade. Diz o autor o seguinte:

O mínimo que se pode concluir dele é que o condenado, o qual, ainda tendo caído redimido antes do término fixado para a condenação, continua em prisão porque deve servir de exemplo aos outros, é submetido a um sacrifício por interesse alheio; este se encontra na mesma linha que o inocente, sujeito a condenação por um daqueles erros judiciais que nenhum esforço humano jamais conseguirá eliminar. Bastaria para não assumir diante da massa dos condenados aquele ar de superioridade que infelizmente, mais ou menos, o orgulho, tão profundamente aninhado ou mais íntimo de nossa alma, inspira a cada um de nós, ninguém verdadeiramente sabe, no meio deles, quem é ou não é culpado e quem continua ou não sendo. (2006, p. 103)

Por fim, mas não menos importante convém destacar que as “teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena como um fundamento

em si mesmo.” (SOUZA, 2006, p. 70)

Até os dias atuais a sociedade, quando clama por justiça, possuem o pensamento no sentido de que a retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao mal causado, de acordo com o princípio de justiça distributiva, essa concepção moderna não mais corresponde a um sentimento de vingança social. Por essa razão ela foi desenvolvida observando os anseios populares e atribuindo à cada fato criminoso um limite à pena, em tese, proporcional ao injusto. (PRADO, 2004, p. 02).

Para os adeptos à essa teoria, o indivíduo ciente e sem vício em sua vontade de agir comete um ato ilícito, no qual teve a faculdade de escolha e mesmo assim opta pela conduta desviante, se depara diante de um Estado que tem o dever de aplicar a este uma pena com a finalidade única e exclusiva de punir o agente, independentemente do objetivo final da sanção.

Já a Teoria Relativa tem um objetivo diverso da anterior, pois busca a prevenir a sociedade de novas práticas ilícitas, ou seja, busca impedir que os condenados se tornem reincidentes de práticas criminosas, na qual, sempre que a norma penal primária fosse violada, uma pena (norma penal secundária) seria aplicada, independente da culpabilidade do indivíduo. (PRADO, 2012, p.633).

A teoria relativa ou preventiva, segundo Paulo Xavier de Souza (2006, p. 76) diverge da teoria absoluta no sentido de que a pena “serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentindo preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (*ne peccetur*)”.

No mesmo sentido diz Haroldo C. da Silva que a “prevenção terá então caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática criminosa; e caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir e possa ser corrigido”. (2002, p. 35) Complementa Tomaz M. Shintati (1999, p. 184) dizendo que a finalidade da prevenção especial da pena “visa à ressocialização do autor da infração penal.”

Magalhães Noronha apresenta o argumento de que a teoria relativa da pena não é responsável pelo surgimento da pena, pois ela se trata de uma necessidade social e, por essa razão, se relaciona com ideia de justiça. Para ele:

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinuiu, mas advertir aos delinquentes em potencial que não cometam crime. Consequentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular. (2000, p. 223)

De outro lado, para João José Leal, as teorias relativas surgiram para restringir a aplicação desmedida da teoria absoluta, pois aquelas “buscam fundamentar a existência da pena no seu aspecto utilitário. Admite-se que esta não tem um valor absoluto, mas

existe para cumprir determinadas funções que são úteis à prestação da convivência social” (2004, p. 380).

Para Rogério Greco (2015, p. 47/48) a pena aplicada ao indivíduo infrator tende a refletir na sociedade de maneira pedagógica, com a esperança de que a sociedade reflita e não pratique atos ilícitos. Com fim de demonstrar a eficiência e reforçar a consciência social, era permitida a aplicação de pena independentemente de culpabilidade. Sendo que a teoria da prevenção tem por finalidade a constante necessidade de reafirmação do ordenamento jurídico, realizando punição de qualquer comportamento, ainda que não tenha suficiente gravidade para ser objeto de pena. (PRADO, 2004, p. 04).

Vê-se que esta era a forma de manter-se o equilíbrio social, pois para esta teoria os indivíduos que cometeram crimes se tornam presumidamente criminosos, ou com predisposição ao crime, no qual estando estes indivíduos encarcerados ou sendo punidos, se tornaria difícil a ocorrência de novas condutas ilegais pela sociedade.

Ambas as teorias possuem como fim a justiça retributiva, na qual a intenção era utilizar a ação penal com fim de garantir a punição do indivíduo, sem analisar todos os aspectos que envolve a prática deste. (NUCCI, 2011).

E por fim a teoria mista ou unificadora, que realiza a união das teorias absoluta e relativa, cujo interesse é a aplicação de uma pena para retribuir ao indivíduo pela realização de um delito, e também como uma forma de prevenir a realização de novos delitos. (BITENCOURT, 2020, p. 356).

Das diversas críticas lançadas às duas teorias anteriores, fez surgir a Teoria Mista que tenta fundir e mesclas os conceitos preventivos com os retributivos (NETO, 1999, p. 16). Segundo Haroldo Caetano e Silva, na teoria mista “a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam.” (2002, p. 36). Ao passo que, para Noronha, “a pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária.” (2000, p. 223)

Interessante o posicionamento de João José Leal ao dizer que que a pena possui uma utilidade de ordem moral. Diz o autor o seguinte:

Modernamente, teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado. (2004, p. 383)

Seguindo o raciocínio pretendido, convém mencionar o caráter orientador da teoria mista para os fins da pena, no seguinte sentido:

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para

a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais. (SOUZA, 2006, p. 85)

A proporcionalidade da pena à gravidade do delito, além de trazer a sensação de justiça irá contribuir para os fins de prevenção de novos delitos por este indivíduo, sendo a pena aplicada justa e adequada. (PRADO, 2012, p. 636/638).

Portanto, a pena tem o objetivo de punir o indivíduo, pela prática de um delito, fazendo com que eles não pratiquem novas condutas ilícitas, bem como, que a própria sociedade tenha receio em desobedecer a legislação penal, por medo de ser punidos. Mesmo havendo os três grandes grupos de penas indicadas, o ordenamento jurídico brasileiro é adepto da teoria mista, também chamada de unificadora. (GRECO, 2015, p. 49)

Sendo a pena a consequência jurídica do delito praticado, ou seja, consiste na privação ou restrição, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao indivíduo responsável pela prática de uma infração penal, ela deverá ser justa, proporcional à gravidade do delito e à culpabilidade do indivíduo, além de ser necessária à manutenção da ordem social. (PRADO, 2004, p. 02/06).

Bittencourt (2011, p. 113) afirma que “a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego”.

Juarez Cirino dos Santos tece a seguinte crítica à corrente unitária:

A crítica jurídica e criminológica sobre as teorias unificadas da pena criminal afirma que os defeitos das teorias isoladas não desaparecem com a reunião de funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso e (c) de intimidar autores potenciais de manter/reforçar a confiança no Direito. Por exemplo, completar a função de retribuição com a função de prevenção especial ou geral, significa admitir a insuficiência da retribuição sob forma de prevenção etc. Além disso, a admissão de diferentes funções da pena criminal, determinada pela cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto. (SANTOS, 2012, p. 34).

Apesar de existir uma certa tendência à teoria mista, vê-se que na doutrina brasileira não há a concordância sobre a prevalência de uma das teorias, em função das inúmeras críticas e falhas existentes em cada uma delas. No entanto, como dito, a legislação atual está inclinada à teoria mista, deixando de ser apenas uma justiça retributiva e passando a ser uma justiça restaurativa, a qual passou a ser modificada em razão dos interesses do Estado, da vítima e do autor do crime, passando os dois últimos a terem mais espaço



para expor suas pretensões. Desta forma, a pena não teria como único fim a punição do indivíduo e sim uma oportunidade de ressocialização.

Convém, ainda que rapidamente, apresentar o pensamento de Franz Von Liszt de que não concorda com a divisão das teorias da pena ao dizer que:

Não se poderá acrescentar nada de importante a esses efeitos da execução da pena. O fato de que a pena produz toda uma série de efeitos reflexos, como me ocorre chamá-los, é obvio, porém carece de importância suficiente para invalidar nossa classificação. Somente resta mencionar, ademais, a importância da ameaça penal, aquele que, como exortação e intimidação, reforça motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Não devemos perder de vista este efeito, mas no momento, teremos de deixá-lo de lado. Pois não se trata para nós dos imperativos estatais, mas de pena estatal, da qual a ameaça da pena somente é um imperativo agravado. (2005, p. 56)

Ele afirma isso, pois para ele, o sistema penal serve para corrigir quem pode ser corrigido. Para Liszt:

As minhas propostas não têm o objetivo de abolir a metade da pena nem de eliminar a determinação judicial da pena. Em duas expressões, seja-me permitido resumir o que, de todo modo e imediatamente, deve-se perseguir: "Inoculização" dos incorrigíveis, correção dos corrigíveis. No mais, o resto virá por acréscimo. (2005, p. 67)

Deste modo, verifica-se a existência de teorias atuais do Direito Penal, como a Teoria da Racionalidade Penal Moderna, a qual seria um conjunto de ideias que tendem à evolução do direito penal moderno, ou seja, teoria que busca qualidade ou um estado de ser sensato, com base em fatos ou razões que envolvem o delito.

### **3 | TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA**

Cátedra de Pesquisa do Canadá em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal através de estudo construiu uma reflexão que sistematiza os fundamentos e as características do sistema de direito penal moderno, também conhecido como RPM. Tendo por objeto descrever, compreender e problematizar as atuais estruturas do sistema, a qual considerava uma necessidade a existência de uma melhor compreensão do sistema penal em uma sociedade que modifica suas formas de regulações democráticas e repensa a questão do laço social e dos direitos humanos.

Pelo conceito de Racionalidade Penal Moderna, é necessário compreender que há uma relação de influência mútua, a tomada de decisões concretas em matéria de sanções – seja no âmbito da criação da lei (sistema político), seja na determinação do direito (sistema jurídico) –, e compreender, sob a influência dominante desse sistema de pensamento, que são redundantemente renovados os valores negativos privilegiados pela RPM (aflição, exclusão social, etc.).

Ao descrever o sistema de direito criminal moderno, considera-se que a filosofia e

as ciências sociais, da mesma forma que o saber jurídico, tendem a pensar o crime e o sistema penal por meio das categorias de pensamento do sistema observado; ou seja, das ideias, dos conceitos e princípios próprios à “autodescrição” do sistema, da qual participa, evidentemente, a RPM.

A RPM foi o produto principal do desenvolvimento identitário do sistema de direito criminal, no século XVIII. Elas forneceram soluções para os problemas relativo às sanções, com os quais se debatia a justiça criminal da época. Ela empregava soluções jurídicas, normativas e institucionais adequadas para manter o sistema da época. Sendo uma teoria que *propõe questões*, porque é uma teoria que “observa”; ela é uma teoria que *propõe respostas*, visto que organiza em um todo coerente, dados empíricos e teóricos; e, por fim, ela é uma *teoria que interpreta*, já que elabora um “esquema de inteligibilidade” do problema, a qual tem por objetivo resolver. Portanto, ela busca descrever e explicitar os modos de raciocínio e as ideias do sistema de direito criminal moderno, no qual seu sistema de ideias dominante é fundado na exclusão social e na “punição - sofrimento”.

O objeto dessa teoria é criação de um sistema de ideias, para apresentar contribuições sociológicas para uma ecologia das ideias estudando o meio onde se vivem. A RPM é um quadro que organiza as observações empíricas de fenômenos determinados, em outras palavras, ela corresponde a uma maneira de observar, organizar e descrever os fenômenos que ela selecionou como pertinente.

O conceito de RPM considera a possível influência das transformações externas, embora preconize, internamente, a observação e descrição dos processos de seleção e formação dos estímulos ambientais, fazendo nascer e mobilizar uma teoria da observação, que permita conceber a autonomia do sistema de direito criminal moderno – uma autonomia que problematiza as estruturas internas do sistema na relação sistema/ambiente, sem, contudo, perder de vista a relação de dependência que liga o sistema ao seu ambiente.

Na sociedade contemporânea, a influência da RPM na seleção e formação de uma “opinião pública” e de um “público” repressivo, está caracterizado por apego às penas aflitivas, à privação de liberdade, à condenação e à estigmatização do delinquente.

A Racionalidade Penal Moderna considerará que a lei penal é o único mecanismo de controle ainda capaz, em última instância, de proteger eficazmente os valores fundamentais da sociedade. A obrigação de punir faz parte dos traços característicos da RPM que não passaram por evolução significativa no plano semântico mesmo reconhecendo, tanto no plano político como no jurídico, que o direito criminal e suas penas privativas de liberdade devem prosseguir sendo armas de último recurso.

Vem crescendo o interesse da sociedade pelos assuntos penais. A mídia atual faz explanações dramáticas voltadas ao assunto, com crimes que chocam, ameaças cada vez mais sérias à ordem social, criminosos que não são suficientemente punidos, estão em constante presenças nas comunicações das mídias. A opinião pública tomou força, sendo um elemento difícil de ser ignorado pelo Judiciário e Legislativo, diante da crescente

mediatização dos assuntos criminais.

No momento de infligir e de criar penas, os juízes e os legisladores devem considerar limites que lhes são impossíveis de transpor, sem causar graves perturbações internas. Nesse sentido, é possível dizer que o sistema de pensamento do direito criminal moderno deve ser no sentido de que esse sistema deve evoluir de maneira consciente e consistente. Os pensadores devem “continuar pensando” sobre o que deve ser melhorado no sistema no sentido teleológico, ou seja, na finalidade que pretendem para o sistema penal moderno.

### **3.1 Necessidade de inovações da teoria da racionalidade**

A denomina Teoria da Racionalidade Penal Moderna, é um conjunto de ideias selecionadas e estabilizadas pelo sistema “direito criminal”, que estruturam a forma como esse sistema se autodefine e funciona. Tais ideias estariam naturalizados no interior desse sistema e da reflexão ali produzida que acabam dificultando o surgimento de formas alternativas de pensar o funcionamento e as respostas do sistema penal.

Álvaro Pires, é um dos precursores da Teoria da Racionalidade Penal Moderna no Brasil, abordando a maneira que o Direito Penal e a Criminologia são realmente colocadas em prática. Pires (2004, p. 46) diz que “racionalidade penal moderna é levada a veicular vários enunciados teóricos visando conciliar uma política de austeridade com os temas da justiça e do humanismo (com a humanistas)”, devendo ficar claro que o Direito Penal, isolado, não é capaz de defender os direitos humanos, bem como “exprimi-los de forma positiva, concreta e imediata” (2004, p. 47).

Para o autor trata-se de um verdadeiro paradoxo, uma vez que:

Algumas dessas demandas de punição ou de imposição de sofrimento estão sendo formuladas em nome dos direitos humanos (isto é, de princípios como a igualdade perante a lei, a dignidade humana etc.) ou de um tema associado aos direitos humanos (ódio racial, discriminação etc). Ora, não estamos diante de um paradoxo? Como podemos mobilizar os direitos humanos para pedir menos direitos humanos sem que isso pareça contraditório, chocante ou pelo menos embaraçoso? (PIRES, 2004, p. 55)

Álvaro Pires alega existir duas etapas antes de ser realizada a aplicação de uma sanção pena, sendo assim:

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal de outra forma que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas. Na lei penal, a norma de comportamento é freqüentemente formulada sob a forma de uma estrutura normativa telescópica do seguinte tipo: “Aquele que faz x pode ou deve ser punido com y”. Essa estrutura é telescópica porque justapõe uma norma de sanção (permitindo ou obrigando a aplicação da pena indicada) a uma norma de comportamento (não fazer isso ou fazer obrigatoriamente aquilo). Tal construção é portanto o resultado de uma junção de dois níveis distintos de normas: de primeiro grau, referentes ao comportamento, e de segundo grau, relativas às normas de sanção. (PIRES, 2004, p. 41)

Para Álvaro Pires (2004, p. 41) “a combinação entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento que valoriza a pena afliativa dará a impressão de que a norma de comportamento e a pena afliativa formam um todo inseparável”, provocando interpretações, decisões e deslocamento de sentidos indispensáveis para o bom funcionamento do sistema.

Um dos primeiros problemas observados por Álvaro Pires é a criação do dogma da relação crime x pena, ou seja, de que não há crime sem uma sanção. Segundo ele “para um observador externo à racionalidade penal moderna não há nenhuma necessidade teórica ou prática de que as normas de comportamento e sanção sejam simultaneamente obrigatórias” (PIRES, 2004, p. 42).

O segundo ponto contraditório se refere à ideia de que uma sanção deve ser sempre negativa, ou seja, “uma vez que o crime é visto como um mal (de ação), a pena também deve ser concebida como um mal (de reação). Buscando direta e intencionalmente produzir um mal para apagar o primeiro mal ou para efeito de dissuasão.” (PIRES, 2004, p. 43)

Desta forma, a Teoria da Racionalidade Penal Moderna deve ser apensada como uma ferramenta hábil para provocar a evolução do sistema de punições do Direito Penal, uma vez que as teorias clássicas da teoria da pena passaram a reduzir a fundamentação do direito de punir em simples *obrigatoriedade* ou *necessidade de punir*. Percebe-se, então, que o foco não está mais no Direito de Punir do Estado, mas sim na verificação e certificação de que a aplicação de uma pena capaz de cumprir um objetivo teleologicamente eficiente é mais importante do que a severidade da pena prevista na norma penal secundária. Caso contrário, o Estado continuará usando a pena em forma de dissuasão social, cumprindo sempre que possível a norma incriminadora “sem se preocupar com as outras formas de realizar a justiça”. (PIRES, 2004, p. 44)

Eis a razão pela qual a Teoria da Racionalidade Penal Moderna passou a discutir com profundidade qual é a intenção e o nível de proteção que se pretende com o Direito Penal. O objetivo é vencer a tradicional afirmação de que se trata de um ramo do Direito que busca apenas proporcionar a proteção de parte da população contra a conduta de outras pessoas. Segundo Pires (2004, p. 56) ainda é muito forte a associação da pena com a proteção pessoal e dos direitos e por essa razão “nos dá a impressão e a ilusão de que essas demandas são efetivamente legítimas demandas de proteção, e até de proteção de “direitos humanos”, relativas a bens jurídicos fundamentais”, o que é um equívoco.

Observa-se que o sistema de direito criminal atual possui um conjunto de expectativas e pressões da opinião pública e das mídias, com uma linha que liga as penas e seu dever de punir e outra ligada ressocialização do indivíduo, analisando-se, as interações cognitivas do sistema do direito criminal atual com a opinião pública, do ponto de vista da justiça criminal.

No Estado atual, existe um déficit de ideias institucionalizadas para servir de base aos reformadores – inovadores do direito, ajudando-os a harmonizar as penas com os direitos humanos, criando uma nova fase para RPM, a nova era da Racionalidade Penal Moderna.

Vê-se, no cenário atual, a ideia de que atualizar o “já existente” é muito frágil, as teorias das penas acabam reduzindo o alcance das proposições inovadoras, ficando estagnadas, na qual a atualização legislativa depende de projeto políticos e também de inovadores dispostos que vêm “de dentro” do sistema de direito. A existência de uma demanda para revogar uma infração ou reduzir a severidade de uma pena constitui um fenômeno extremamente raro, em contrapartida, as demandas para criar uma nova infração, ampliar uma sanção já existente, constituem a rotina das decisões parlamentares.

O obstáculo reside nas teorias da pena, em que estão cada vez mais presentes nas comunicações, com a visão da necessidade de que as penas severas são indispensáveis para construir um mundo melhor. Porém, tais notícias não pensam no indivíduo que está cumprindo a pena, nem na sua ressocialização efetiva para retorno ao convívio em sociedade, pois mesmo com penas severas terá o direito a progressões de regime e estará novamente convivendo na sociedade. Por isso é necessária a criação de teorias sobre as implicações da “RPM” para uma reconstrução do sistema de direito criminal de acordo com a garantia dos Direitos Humanos do detento.

A RPM não foi desenvolvida com o fim de introduzir o futuro, sendo seu objetivo identificar as ideias e as normas que o sistema de direito criminal valoriza e que constituem um obstáculo à evolução de suas próprias estruturas internas.

Está-se diante de um obstáculo epistemológico. A falta de conhecimento sobre a racionalidade da pena, aliado aos hábitos profissionais ou ideias de um sistema social em que as pessoas julgam apropriadas, boas ou interessantes, impedem que novas teorias sejam desenvolvidas e postas em discussão, inviabilizando a adoção de novos hábitos e de melhores ideias, estruturas e práticas no próprio sistema.

Oswaldo Marques esclarece que surge um movimento com perspectiva humanista em relação à teoria da pena, buscando a melhoria do sistema penal com a readaptação do condenado. Segundo ele:

O novo movimento de defesa social reconhece que a prisão, não obstante suas consequências negativas, é uma realidade inevitável no mundo contemporâneo. Entretanto, o período de encarceramento pode ser visto como uma ocasião apta a proporcionar ao delinquente a oportunidade de modificar-se internamente pelo tratamento, deixando de oferecer um perigo à sociedade. (2016, p. 162)

#### **Miguel Reale Jr. a respeito da pena e os direitos humanos afirma que:**

sob a tônica dos direitos humanos, a pena passa a ser focalizada de outros ângulos, sob novas perspectivas: vista não apenas como consequência obrigatória e culminante do Direito Penal, como meio para restabelecer a ordem jurídica violada. Hoje, indaga-se da ciência, dos reais e concretos resultados da pena, da sua viabilidade enquanto processo de reinserção social, perquirindo-se também da viabilidade de assumir novas formas, mais positivas, outras que não a prisão, mas benéficas para o condenado e para o próprio Estado. (1983, p.12)

Eis a importância de realizar um estudo interdisciplinar envolvendo o Direito Penal, o Sistema Penal e os Direitos Humanos, pois somente assim será possível repensar e reorganizar a finalidade da pena.

## **4 | A REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIAMANTE ÉTICO CONFORME JOAQUÍN HERRERA FLORES<sup>1</sup>**

Os Direitos Humanos são processos que geram resultados através de lutas, para ter acesso a bens necessários para sua sobrevivência com dignidade e garantia jurídica, com igualdade e sem hierarquias, com a finalidade de construir condições materiais e imateriais necessárias para viver bem em sociedade.

Joaquín Herrera Flores apresenta uma proposta crítica sob a perspectiva formal e abstrada dos direitos humanos, sendo necessária uma redefinição teórica com viés jurídico e não liberal e tendencioso como está marcada a atual disciplina dos Direitos Humanos. Para Herrera “o trabalho conceitual sobre direitos humanos se converteu no desafio mais importante para o século XXI” (2008, p. 14), pois “mais que direitos propriamente ditos, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (HERRERA FLORES, 2008, p. 28). Para o autor é muito claro que:

(...) os direitos humanos são o resultado de lutas sociais e coletivas que tendem à construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam o empoderamento de todas e todos para poder lutar de forma plural e diferenciada por uma vida digna de ser vivida (HERRERA FLORES, 2008, p. 104).

Joaquín Herrera tece diversas críticas sobre o atual conceito de Direitos Humanos o que lhe permite desenvolver um raciocínio oposto às ideologias tradicionalmente apresentadas, uma vez que essa forma de pensar os direitos humanos dificulta a efetivação de inúmeras práticas sociais em face da não observância do contexto histórico e cultural de cada nação. Para Herrera:

Não estamos ante acepções passivas de identidades imaginárias, se não de processos e práticas que não só refletem as relações de poder nas quais os indivíduos e grupos estão situados, mas que também possibilitam efeitos de poder, produções de desejos, criação de alternativas, enfim, humanização do mundo que nos rodeia. (HERRERA FLORES, 2008, p. 116-117).

A crítica elaborada por Herrera Flores é importante no sentido de buscar alternativas para a desordem das relações sociais existentes na atualidade, pois há, para ele, uma “função social do conhecimento dos direitos humanos” (2008, p. 16) em que o processo de luta de um povo deve ser observado e levado em consideração. Os Direitos Humanos foram criados com viés voltado aos interesses de seus criadores, ignorando contextos e

---

<sup>1</sup> As citações diretas incorporadas ao texto se tratam de traduções livres da autora.

culturas de outros países, por essa razão que para ter uma melhor compreensão do tema é que se deve partir da “sua estreita relação com as expectativas e interesses dos grupos sociais interessados em sua formulação e execução prática.” (HERRERA FLORES, 2008, p. 16) Isso porque:

Os direitos humanos funcionam como um contexto de narrativas ao estabelecer “processualmente” as relações entre o mundo normativo e o mundo material, entre os limites e obstáculos da realidade e as demandas ético-culturais da comunidade. Se esse contexto de narrativas nos leva a um paradigma de passividade e resignação, ou a outro de contradição e resistência, dependerá de nossos “compromissos interpretativos” em relação ao estado de coisas dominante (HERRERA FLORES, 2008, p. 207).

Eis então o surgimento da expressão “diamante ético” apresentado por Herrera Flores, a qual funciona com caráter pedagógico para direcionar (e explicar) a uma definição perfeita dos Direitos Humanos, a qual deverá, segundo ele, abordar elementos conceituais (teorias, posicionamento, espaço territorial, valores individuais e coletivos, narrativa e instituições) e materiais (forças produtivas, desenvolvimento local, práticas sociais, historicidade e razões sociais).

Partindo desse raciocínio percebe-se que os direitos humanos devem ser analisados em relação sua aplicação e sua eficácia. O simples fato de um determinado país realizar a previsão de determinados direitos (conceito formal) não significa, necessariamente, que sejam obedecidos. Esse é o caso do sistema carcerário brasileiro, uma vez que existe uma legislação específica contendo direitos e proteções dos detentos (Lei de Execução Penal), mas que na prática muitos deles são desrespeitados diariamente.

Tanto é assim que recentemente o Sistema Carcerário Brasileiro foi julgado pelo STF como um verdadeiro Estado de Coisa Inconstitucional em face das inúmeras violações dos direitos humanos e direitos fundamentais.

Segundo Herrera Flores há a necessidade de repensar os Direitos Humanos para que eles se tornem concretizáveis e, então, eficazes. Mas não basta uma reorganização de ideias e pensamentos, e sim uma reformulação dos Direitos Humanos com base nos conceitos teóricos e materiais seguindo seu processo de construção conforme a localidade a ser aplicado (espaço). Caso contrário continuará sendo apenas um conjunto de teorias que ignoram o processo de desenvolvimento histórico e cultural do local em que está-se discutindo sua aplicação.

Desta forma, somente será possível repensar os Direitos Humanos se ocorrer a superação da ideologia tradicional e hegemônica de sua origem, vencer também o pensamento universalista de tais direitos e entender que a simples redução jurídico-formal de tais direitos acabam ocultando a realidade, qual seja, que existe uma imensidão de pessoas excluídas do sistema que não são acobertadas e protegidas pelo Estado e suas instituições, e uma categoria de excluídos são os detentos.

Percebe-se que o sistema carcerário brasileiro, mesmo sendo julgado uma coisa

inconstitucional, possuem poucos projetos ou propostas tendentes à auxiliar na efetivação do fim proposto da pena. As pessoas simplesmente passam pelo sistema prisional e só. O Estado pouco realiza no sentido de buscar melhorias das condições para que as pessoas tenham um pouco de dignidade durante o período de cumprimento de pena, bem como pouco se fala em programas de ressocialização e aprendizagem.

O Poder Judiciário e o Poder Legislativo passaram a trabalhar constantemente no reconhecimento de direitos e na sua positivação, contudo de nada adianta se eles não forem passíveis de concretização. Eis a maior crítica a respeito dessa forma de atuação quando comparada ao pensamento do Diamante Ético, posto que tais direitos, geralmente, são incorporados na legislação em sua abstração, generalidade e *universalidade*, o que é um equívoco, pois ignora as características dos verdadeiros interessados e das instituições as quais estão vinculados.

Portanto há a necessidade de repensar os Direitos Humanos a serem aplicados no Brasil, desconstruindo sua teoria tradicional e universal, para então focar nos elementos materiais, consubstanciado nos elementos conceituais conforme a história das lutas brasileiras. Somente com uma ruptura do sistema que está engessado é que será possível criar Políticas Públicas condizentes com a realidade dos encarcerados e, com isso, cumprir o propósito da pena.

A aplicação conjunta dos ideais da racionalidade penal moderna e do diamante ético permitirá a concretização de direitos que realmente são necessários para garantir uma vida digna daqueles que estão cumprindo pena, bem como será responsável pela criação de políticas públicas efetivas e eficazes no intuito de ressocializar o condenado.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeros juristas brasileiros discutem qual é a finalidade da pena. Debatem se ela produz o resultado pretendido. Portanto, a maior parte dos trabalhos buscam fundamentar a existência e a importância da aplicação de uma sanção penal quando alguém pratica um ato ilícito.

O objetivo desta pesquisa foi se afastar das discussões tradicionais e analisar a teoria da pena no seu sentido teleológico (finalidade), mas observando o sujeito (condenado) e suas necessidades. Diante disso percebeu-se que os conceitos tradicionais da Teoria da Pena, do Direito Penal e dos Direitos Humanos carecem de atualização e redefinição.

A teoria da Racionalidade Penal Moderna tem sua importância na medida em que rompe com as amarras seculares do Direito Penal, mostrando que ou ele se adequa às novas realidades sociais e pessoais, ou continuará sendo uma ferramenta de opressão e estigmatização.

Já a teoria do Diamante Ético passa a ser fundamental para a construção de Políticas Públicas condizentes com a realidade de determinado grupo, no caso os encarcerados. Isso



porque essa teoria deixa em evidência que o universalismo pretendido pelos idealizadores dos Direitos Humanos tradicionais não são eficazes e concretizáveis em países como o Brasil por diversos fatores.

Diante do exposto, percebe-se a necessidade: de primar pela valorização das lutas realizadas pelas pessoas de determinados grupo; dar voz a quem participada destes grupos; implantar políticas públicas que cumpram com o propósito da pena; garantir que os direitos já reconhecidos formalmente, sejam concedidos materialmente.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 26ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Editora Saraiva. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: editora Pillares, 2006.

CARVALHO NETO, Inacio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GRECO. Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte geral. Volume 1. 17ª Edição, Editora Impetus. 2015.

LEAL, João José. **Direito Penal**. Parte Geral. 3º edição, Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004.

LISZT, Franz Von. **A Idéia do Fim no Direito Penal**. 1º edição, São Paulo: Rideel, 2005.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da pena**. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direto Penal**, Parte Geral. 22º edição, São Paulo: editora Atlas. 2005.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1. 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**. Março de 2004. N.º 68. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod\\_resource/content/1/Pires\\_A%20racionabilidade%20penal%20moderna.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionabilidade%20penal%20moderna.pdf). Acessado em: 12/10/2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: v. 1: parte geral**. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE Jr., Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

ROCHA, Matheus Ribeiro. A racionalidade penal na Constituição Federal e o limite ao poder punitivo do Estado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4767, 20 jul. 2016 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50761>. Acessado em: 10/12/2022

ROIG, Rodrigo. **Execução Penal** – 6º Ed. 2021. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHITANTI, Tomaz M.. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2º edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal**: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2006.

TONCHE, Juliana, **Justiça Restaurativa E Racionalidade Penal Moderna**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/12/77/E6/C4/65A9C71030F448C7860849A8/Justica%20Restaurativa%20e%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf>. Acessado em: 07/12/2022

# PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROVAS ILÍCITAS A LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Data de submissão: 11/11/2022

Data de aceite: 02/01/2023

### Ezequiel Rodrigues de Figueiredo

Centro Universitário do Norte – Uninorte  
<http://orcid.org/0000-0002-0117-9909>

### Wandrews Roger Nascimento de Abreu

Centro Universitário do Norte – Uninorte  
<http://orcid.org/0000-0003-4661-9119>

### Adriano José Frizzo

Centro Universitário do Norte – Uninorte  
<http://orcid.org/0000-0002-2566-2583>

### Davi Gentil de Oliveira

Centro Universitário do Norte – Uninorte  
Manaus – Amazonas  
<http://lattes.cnpq.br/4483239593309888>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo o estudo da (in) admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro, bem como sua relativização com base no princípio da proporcionalidade. Aborda os conceitos e teorias das provas e os princípios que regram o seu colhimento, logo após com mais detalhe analisa a possibilidade do uso de provas consideradas ilícitas à luz do processo penal brasileiro. Vale ressaltar, que esse tema levantado não tem como finalidade se contrapor a segurança jurídica, pelo contrário, num conflito entre direitos

individuais, seria uma válvula de escape, para além de solucionar os conflitos fazer com que a decisão do juízo não incorra em risco da produção de resultados injustos e que se aproxima ao máximo da justiça, é o que almeja a sociedade, por último, visa destacar a proporcionalidade para relativização da garantia constitucional, principalmente a problemática da (in) admissibilidade das provas ilícitas, analisando-se tanto o ponto de vista *pro reo*, como também o *pro societate*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova ilícita. Processo Penal. Princípio da proporcionalidade.

### PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ILLICIT EVIDENCE IN THE LIGHT OF BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

**ABSTRACT:** The present work aims to study the (in)admissibility of illegal evidence in the Brazilian criminal procedure, as well as its relativization based on the principle of proportionality. It addresses the concepts and theories of evidence and the principles that govern its collection, then in more detail it analyzes the possibility of using evidence considered illegal in the light of the Brazilian criminal procedure. It is worth mentioning that this theme raised is not intended to

oppose legal certainty, on the contrary, in a conflict between individual rights, it would be an escape valve, in addition to resolving the conflicts, so that the decision of the court does not incur the risk of the production of unfair results and that approaches the maximum of justice, is what society aims for, finally, it aims to highlight the proportionality for relativization of the constitutional guarantee, mainly the problem of the (in)admissibility of illegal evidence, analyzing both the point of view pro reo, as well as the pro societate.

**KEYWORDS:** Illicit Evidence. Criminal proceedings. Principle of proportionality.

## 1 | INTRODUÇÃO

Na esteira do conceito de prova, o objetivo e a natureza jurídica das provas é obter o convencimento do julgador que decide de acordo com o livre convencimento motivado ao apreciá-las, em consonância com o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (TOURINHO FILHO, 2009).

Vale dizer também que as provas são regidas pelos princípios da liberdade da prova e o da verdade real, e que a qualquer tempo elas podem ser produzidas, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância que neste caso, dependerão de iniciativa judicial conforme o art. 616, CPP, levando em consideração sempre o contraditório.

O sistema jurídico no que tange o âmbito das provas proibidas, a doutrina classifica como: ilícitas, ilegítimas e provas irregulares, que em última análise violam normas de caráter processual. Contudo a partir do segundo semestre de 2008 o legislador operou uma mudança no tocante a hipótese de admissão de provas ilícitas no Código de Processo Penal em seu art. 157, com redação dada pela Lei 11.690/08, vale dizer também que o tema era ventilado anteriormente só na Carta Magna.

A relevância do tema para o ordenamento jurídico brasileiro é solucionar os conflitos com base no princípio da proporcionalidade sempre evitando colocar em risco a segurança jurídica quando houver conflitos entre direitos individuais, fazendo com que a decisão do juízo não concorra para produção de resultados injustos.

## 2 | DAS PROVAS

A partir do conceito de prova pode-se afirmar que seu objetivo principal é convencer o Juiz da causa sobre um fato que se alega. Tourinho Filho esclarece que prova tem como objetivo ou finalidade de formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa.

A prova tem grande relevância em uma persecução penal, é por meio dela que o julgador forma a sua convicção, além de comprovar a verdade das alegações. Nesse sentido, aduz Capez:

“Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. (...) Objeto da

prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa."

Devido o seu enorme valor na persecução penal, as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, conforme discorre Oliveira ao abordar sobre as fases de produção de provas:

(...) a regra do processo penal é que as provas podem ser produzidas a qualquer tempo, incluindo a fase recursal, e até mesmo em segunda instância (quando dependerão de iniciativa judicial – art. 616, CPP), desde que respeitando, sempre, o contraditório.

Porém, sem deixar de considerar a significância das provas, bem como sua importância para a elucidação dos fatos, as provas não podem ser colhidas a qualquer custo ou de qualquer maneira. A plataforma do estado democrático de direito estabelece limitações a liberdade. Os princípios da liberdade da prova e o da verdade real são limitados pela Constituição Federal de 1988 que visa impedir que as buscas dessas provas ocorram de maneira distante que a lei impõe, a verdade real é de suma importância para o processo, mas não pode ser adquirida a qualquer custo, senão põe em risco a segurança jurídica.

## 2.1 Das provas admitidas no direito

Tão importante quanto os meios de provas admitidos em juízo, é a forma, a maneira de como essas provas são arroladas, pois, a falta do zelo na sua produção poderá não ser admitida na persecução penal por conter algum vício que incorra em ilicitude.

No entanto, as provas ilícitas também não têm caráter absoluto no que consiste a sua utilização, há hipóteses que serão admitidas, é o caso que se chama "relativização da prova ilícita, isto é, em alguns casos quando o bem da vida é relevante alguns julgadores já admitem a prova ilícita para provar a inocência do acusado.

Apesar de sua importância em um processo, o colhimento das provas precisa ser minucioso e deve ser observado os parâmetros legais, submetendo aos meios que a lei determina a fim de evitar sua perda e por em risco todo um processo probatório.

## 2.2 Provas Lícitas

São provas idôneas, sem mácula, que obedece aos requisitos legais, estas têm uma importância fundamental para a elucidação dos fatos e que podem servir para convencimento do julgador.

Oliveira ratifica a importância da prova:

Não se pode esquecer que, no Direito Processual Penal moderno, uma das garantias fundamentais da parte é o *direito à prova*. Não se trata, apenas, de se cumprir uma obrigação legal de produzi-la (...), mas de efetivamente garantir que a parte tenha liberdade para requerer a produção de prova, acompanhar a referida produção e ter a prova avaliada pelo julgador.

Somente através das provas nos autos o magistrado pode sentenciar a condenação de um réu, enquanto que para absolvê-lo só basta a dúvida.

## 2.3 Provas Ilícitas

No âmbito das provas proibidas pelo nosso sistema jurídico a doutrina classifica como: ilícitas, ilegítima e provas irregulares, para Távora não existe as provas irregulares, em sua análise essas provas violam normas de caráter processual, e logo seriam ilegítimas. Ainda, nesse sentido o referido Professor conceitua as provas ilícitas como sendo aquelas que violam disposições de direitos materiais ou princípios constitucionais penais e tem como sanção a inadmissibilidade, enquanto que as provas ilegítimas violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie e sua sanção é a nulidade.

Portanto, a diferença entre provas ilícitas e ilegítimas é que a primeira é obtida com violação à normas constitucionais ou legais, fora do processo, e a segunda foi obtida com violação a regras de direito processual, ou seja, no curso do processo.

Outra diferença entre as provas ilícitas e as ilegítimas é a sua consequência quanto a sua produção, ou seja, quando uma prova ilegítima é apresentada no processo será decretada a sua nulidade e, em seguida, será desentranhada do processo. Já a prova ilícita quando produzida, além de ser desentranhada do processo, poderá, ainda, ter efeitos penais, civis ou administrativos, pois, surgiu com a violação a uma norma material.

A reforma processual penal positivou, conceituou prova ilícita conforme está descrito no artigo 157 do código de processo penal.

*"Provas ilícitas*, em virtude da nova redação dada ao art. 157 do CPP pela Lei 11.690/2008, são "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Em outras palavras: prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (é, portanto, sempre extraprocessual). "(GOMES 2014).

Quanto às provas, a Constituição da República de 1988, veda a sua admissibilidade, caso esteja juntada ao processo o juiz determinara o seu desentranhamento. A prova ilícita é inadmissível, ela não pode ser aproveitada.

No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violações às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (RANGEL 2008).

Vejamos o que diz o art. 5º, LVI CF/88:

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

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Até meados de 2008, o sistema jurídico não admitia em nenhuma hipótese as provas ilícitas, a partir do segundo semestre houve uma mudança legislativa, em seguida o tema que antes era ventilado somente na Carta Magna, passou a ser tratado no Código de Processo Penal em seu art. 157, redação dada pela Lei 11.690/08.

## 2.4 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Com a mudança na legislação referente a provas ilícitas, a norma infraconstitucional positivou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) é uma metáfora, que consiste em afirmar que uma árvore que estiver contaminada nenhum de seus frutos poderão ser aproveitados, isto revela que o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material contamina todas as demais provas produzidas decorrente daquela. Essas provas são tidas como ilícitas por derivação.

A prova por derivação, no primeiro momento parece ser lícita, porém, ela decorre de uma prova ilícita anterior, ou seja, prova contaminada (derivada) por um meio de ato ilícito ou ilegal de obtenção.

Esta teoria, de origem na Suprema Corte norte-americana, a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (TÁVORA, 2011).

Neste sentido Dezem alega que a Teoria da Árvore Envenenada corresponde ao dizer que: “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam conseqüências”.

Ainda, no que tange ao tema o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, afirma:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.” (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ de 18-5-07)

A reforma trazida pela lei nº 11.960/08, veio para consolidar o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal desde 2007, qual seja: a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

Como podemos ver o STF adotou, por maioria, a teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual a prova lícita, derivada de uma prova ilícita, também é contaminada por esta. Contudo, o tema é bastante controvertido pela doutrina.

No Brasil, a adoção dessa teoria não é pacífica, a doutrina majoritária acompanha o entendimento do STF, ratificando que qualquer prova lícita que originar de uma prova colhida ilicitamente não poderá ser admitida em nenhuma hipótese.

Grinover afirma que:

(...) a posição mais sensível às garantias da pessoa humana e, conseqüentemente, mais intransigente com os princípios e normas

constitucionais é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.”

Do mesmo modo, Grinover, afirma que não há diferença entre uma prova lícita por derivação de uma prova ilegal para uma prova ilícita original, em ambos os casos essas provas causam o mesmo prejuízo ao processo.

Como foi visto sobre as provas por derivação, a posição Do Supremo Tribunal Federal conforme se vem percebendo nos mais recentes acórdãos, pelo acolhimento da teoria dos frutos da árvore envenenada, defendem a inadmissibilidade da utilização de provas formalmente lícitas provenientes de outras colhidas ilicitamente. Nesse sentido, a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileiras também não admitem essas provas.

Porém, o desafio é encontrar um ponto de equilíbrio entre o valor jurídico do bem afetado, por exemplo, liberdade e intimidade e o interesse processual probatório, que visa elucidar crimes de difícil solução, uma vez que é função do Estado é proporcionar a paz social. Isso significa dizer até que ponto se poderia utilizar, por exemplo, uma gravação de conversa privada, colhida ilicitamente, sem a qual a autoridade não chegaria a outras provas relevantes sobre a verdade real dos fatos, em detrimento da impunidade.

Todavia, existe uma corrente minoritária que problematiza a questão, com base no art. 157, §§ 1 e 2 do CPP, apontam diversos fatores que validariam o uso dessas provas, a principal é a busca da verdade real. Há também que se diga que em um determinado caso concreto a parte contrária usando de uma manobra de má-fé poderia manipular uma prova lícita colocando alguma irregularidade, fazendo com que fosse excluída uma prova mais importante em uma disputa judicial, por conseguinte, a vedação de uma prova por derivação se tornaria temerária.

Pelo princípio declinado, procura-se estabelecer um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o criminoso, às vezes mais bem preparado que os policiais, e o de defender os direitos fundamentais do indivíduo, devendo-se sempre analisar cada caso, sopesando se outra norma, também constitucional (de ordem processual ou material), não supera em valor aquela que estaria sendo violada (FERNANDES, 1999).

Pedroso também defende esta concepção afirmando que, não concordo com o argumento de que a prova ilícita é ineficaz, pelo fato da ilicitude ser una e como tal deve se estender à esfera processual. Ou seja, deve o ato ilícito não ser confundido com o conteúdo que a prova possa revelar; se a prova demonstra uma verdade, seu teor não deve ser considerado ilícito, mesmo que o ato que a produziu seja ilícito. Logo, o ilícito material não se confunde com o teor da prova.

Dentro desses pensamentos a favor da admissibilidade da prova ilícita, dizem os seus defensores que tanto o crime descoberto pela prova, como o ato ilícito que a originou devem ser punidos, porém, cada uma em seu âmbito. Em outros termos, defendem que a prova ilícita deve ser aceita, contudo o valor da primeira conferido dentro da valoração processual, enquanto a segunda deverá ser apreciada na esfera do direito material.



A doutrina favorável ao uso da prova lícita derivada da ilícita faz referência a outras teorias que admitem o uso dessas provas.

Neste julgado constatou-se que policiais da delegacia de entorpecentes entraram em determinado domicílio sem causa provável ou evidência que autorizasse tal intervenção. Ao entrar no domicílio, foi feita a pressão em flagrante de um indivíduo a (prisão esta ilegal, uma vez que, a entrada dos policiais na residência não era autorizada e não tinha motivo de existir). Este indivíduo rapidamente implicou uma segunda pessoa, b, que teria vendido a droga, que implicou uma terceira pessoa c que também estaria envolvida. Todos estes três foram presos, e todos de forma ilegal. Dias mais tarde o indivíduo c, que já havia sido liberado, espontaneamente confessou aos policiais a autoria dos fatos investigados.

Analisando-se, em tese, o meio de investigação policial ou judicial, se é percebido que era inevitável a descoberta da prova ilícita derivada, poderá ser usada. A prova seria produzida de qualquer forma, independentemente da prova ilícita originária. Távora leciona que se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula desta última.

Quando há duas fontes de prova, uma lícita e outra ilícita, utiliza-se a fonte lícita, afastando-se a ilícita. A ilicitude da prova fica afastada se demonstrar que a prova não é decorrente da prova ilícita, ou seja, se comprovado que não há nexos de causa e efeito com a prova ilícita. Deverá o magistrado verificar se a prova é originada ou não de fonte independente da prova ilícita.

### 3 | PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio/Teoria da Proporcionalidade não está expresso em texto de lei, mas está implicitamente contido na Constituição da República, onde tem sua base de estudo mais aprofundada. A existência desse princípio tende a impedir decisões injustas e desproporcionais, sempre que houver conflito entre valores fundamentais, considerando um caso concreto, e atribui a justificabilidade sistemática das intervenções em direitos fundamentais.

A teoria da proporcionalidade tem origem no sistema jurídico alemão e de acordo com essa teoria as normas constitucionais estão articuladas dentro de um regulamento e essas normas devem conviver harmonicamente, da mesma maneira em que para o sistema jurídico não existe direito absoluto, nem intocável, por mais importante que seja um direito, este pode ceder diante de outro direito.

Perante a doutrina há uma grande divergência entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade que tem origem no direito americano, enquanto que parte da doutrina vê uniformidade tratando esses princípios como sinônimos, para outros esses princípios são distintos, vejamos a posição de Sampaio Júnior, apud Távora:

Há entendimento de que o princípio da proporcionalidade não se identifica com o princípio da razoabilidade. Enquanto o princípio da razoabilidade é denominação que representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduza os juristas a decisões aceitáveis, o princípio da proporcionalidade de origem germânica, representa um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto.

Como dito anteriormente o princípio da proporcionalidade é mais utilizado no direito constitucional, porém, tem uma vital importância no direito processual penal, considerando que os ramos do direito se relacionam, e também pelo fato de o direito processual penal ser composto por uma gama de enunciados normativos da constituição Federal. O princípio da proporcionalidade é utilizado em favor do réu para o acatamento de prova ilícita, e que esse entendimento é pacífico pela doutrina, no entanto, utilizar essas provas consideradas ilícitas contra o réu é bastante discutível (TAVORA 2011).

### **3.1 Princípio da Proporcionalidade e Provas Ilícitas**

Como foi exposto acima o tema tem extrema importância, contudo, ainda é bastante controverso, muitos doutrinadores são ainda conservadores não admitem a relativização das provas ilícitas.

### **3.2 Princípio da proporcionalidade *pro reo***

Para Távora, a utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu para o acatamento da prova que seria ilícita é pacífica. Presumamos que uma pessoa é condenada a uma pena privativa de liberdade e descobre depois que existe uma prova considerada ilícita que pode lhe levar a absolvição, para isso pode se valer do princípio da proporcionalidade. Com o emprego de uma prova ilícita podemos levar a absolvição de uma pessoa inocente, sob pena de se fazer injustiça que não é a finalidade do nosso sistema processual.

A aceitação do princípio da proporcionalidade ‘*pro reo*’ não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um estudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ 2020).

### **3.3 Princípios da proporcionalidade *pro societate***

A Constituição Federal ao mesmo tempo em que prevê o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI), ela também elenca vários princípios e garantias individuais que acabam por colidirem.

E é neste contexto que surge a necessidade de aplicação do princípio da

proporcionalidade, para que seja feita uma análise do caso concreto e identificar qual o princípio mais importante e sobrepô-lo em relação aos outros.

Suponhamos que não exista nenhuma prova contra uma pessoa extremamente perigosa, a única prova existente é uma prova considerada ilícita, como por exemplo, uma interceptação telefônica feita por um detetive particular, nesse caso o direito coletivo vai preponderar sobre o direito individual. Hoje predomina o entendimento no STF que não é possível o aproveitamento da prova ilícita no caso como esse.

Sobre este princípio, o ensinamento de Grinover:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip* (sic), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Como aduz Capez:

Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente movida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

Consoante este entendimento, vale ressaltar que já houve julgamento no STJ a favor da aplicação do princípio da proporcionalidade e da utilização de provas ilícitas:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional (verfassungssaktualisierung)', base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (Reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.).

Nesse sentido, o STF já se pronunciou:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Sob o entendimento de que esta corrente “limita os limites dos direitos fundamentais”, verifica-se que a teoria da proporcionalidade vem admitindo a prova ilícita, sempre em caráter excepcional e em casos visivelmente graves, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Greco Filho ratifica ainda que o texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Mesmo se tratando de um tema delicado, e que prevalece a doutrina e a jurisprudência majoritária que defendem a não utilização das provas ilícitas no processo penal em que toma como absoluto o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas. Já é significativa a corrente jurisprudencial e doutrinária que admite a utilização de provas ilícitas, acolhendo o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves, uma vez que vimos que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto.

## **4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal não admite em sua essência o uso de provas ilícitas no Processo Penal, e nesse sentido também se direciona o Supremo Tribunal Federal e todos os demais julgadores e doutrinadores que se inclinam para o conservadorismo. No entanto, seria utópico a defesa da plataforma do Estado de Direito, onde se apregoa a verdade real dos fatos, julgamento mais próximo possível da justiça em contrapartida com uma prova obtida por meios ilícitos, mas, que, em suma assegura, esclarece e resolve a elucidar o direito que é tutelado, logo, não se questiona o uso da prova ilícita em prol do réu, pois esse entendimento é pacífico, e sim, o uso da prova ilícita e prova lícita derivada da ilícita em prol da sociedade, usada quando não houver nenhum outro meios de provas idôneas, em casos graves e excepcionais visando sempre um julgamento justo e confiável, evitando assim que a justiça deixe de fazer justiça.

## REFERÊNCIAS

AQUERE, Fabiana Rodrigues. Artigo Forense: Site: <http://jus.com.br/artigos/24757/o-principio-da-proporcionalidade-e-a-prova-ilicita-no-direito-penal-brasileiro/2>. Acessado em 03/06/2014.

**ÁVILA, Thiago André** Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. rev. e atual. Saraiva, 27ª ed., 2020.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. 1ª edição. São Paulo: Millenium, 2008. P. 137.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas Ilícitas - Parte I**. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/provas-ilicitas---parte-i/2154>. Acesso em: 19 out 2014.

GRECO FILHO, Vicente, **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. - 9. ed., ampl. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Maria Gilmaise de Oliveira. **Direito à intimidade e interceptação telefônica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. rev. e atual.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Coleção OAB primeira fase: Direito Processual Penal 5**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **O Direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3 ed., ver, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª ed., 2008.

SILVA, *César Dario Mariano da*. Artigo Forense: Site: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>. Acessado em 02/06/2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

# AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ESTUDO EMPÍRICO ACERCA DO TEMPO NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DA CUSTÓDIA NA COMARCA DE FORTALEZA/CE

*Data de submissão em 19/12/2022*

*Data de aceite: 02/01/2023*

**Nestor Eduardo Araruna Santiago**

<http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>

**Italo Farias Braga**

<http://lattes.cnpq.br/0001364627398599>

**Jéssica Ramos Saboya**

<http://lattes.cnpq.br/1920954358412577>

**Jessyka Mendes Dias Simões**

<https://lattes.cnpq.br/9618048321456355>

**Amanda Furtado Mendes**

<http://lattes.cnpq.br/2294730358752320>

foi de 8.95 dias, com desvio-padrão de 10,87 dias e coeficiente de Pearson de 1,21 dias. Assim, concluiu-se que os prazos foram reiteradamente descumpridos, e que se pode afirmar com segurança que se levou em média 9 dias para a realização de uma audiência de custódia na comarca de Fortaleza, mesmo diante de alguns precedentes discrepantes, com o cumprimento do prazo, ou com descumprimento sobrelevado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Audiência de Custódia. Resolução 213/2015. Razoável duração do processo.

**RESUMO:** As audiências de custódia, após o Projeto Nacional Audiência de Custódia, e da padronização proferida pela Resolução 213/2015, foram estabelecidos objetivos para as audiências de apresentação, tais quais o cumprimento do prazo de 2 horas para a apresentação dos presos após os flagrantes. O objetivo deste trabalho foi verificar o cumprimento dos prazos das audiências de custódia na comarca de Fortaleza Ceará. Por metodologia analisaram-se 2 julgados por dia no período de janeiro a dezembro de 2016. A partir daí verificou-se que o prazo médio para a realização das audiências de custódia

### CUSTODY HEARING: EMPIRICAL STUDY ON THE TIME REQUIRED TO CARRY OUT CUSTODY IN THE DISTRICT OF FORTALEZA/CE

**ABSTRACT:** The custody hearings, after the National Custody Hearing Project, and the standardization issued by Resolution 213/2015, objectives were established for the presentation hearings, such as compliance with the 2-hour deadline for the presentation of prisoners after the arrests. The objective of this work was to verify compliance with the deadlines of custody hearings in the region of Fortaleza Ceará. By methodology, 2 judgments were analyzed

per day from January to December 2016. From there, it was verified that the average term for holding custody hearings was 8.95 days, with a standard deviation of 10.87 days and Pearson coefficient of 1.21 days. Thus, it was concluded that the deadlines were repeatedly breached, and that it can be safely stated that it took an average of 9 days to hold a custody hearing in the region of Fortaleza, even in the face of some discrepant precedents, with compliance with the term, or with high non-compliance.

**KEYWORDS:** Custody Hearing. Resolution 213/2015. Reasonable duration of the process.

## INTRODUÇÃO

Após a instauração do Projeto Nacional Audiência de Custódia, fluíram diversas discussões acerca do formato, legalidade e mesmo da efetividade e necessidade da realização de uma espécie de audiência de apresentação, denominada audiência de custódia.

Após a pacificação da necessidade jurídica da realização de audiências de custódia em todos os tipos de prisão e especialmente nas prisões em flagrante, editou-se a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (R213/2015). Então desde de dezembro do ano de 2015 há um normativo com padrões a serem seguidos pelos Estados da Federação. Dentre estes objetivos, há o da realização de uma apresentação imediata, entendida aqui como aquela dentro do prazo de 24 horas.

De outra sorte, no Estado do Ceará, este prazo vem reiteradamente sendo descumprido. Assim este trabalho tem por objetivo verificar qual tempo estava sendo necessário para a realização de uma audiência de custódia, tomando por base o ano de 2016.

## METODOLOGIA

Analisaram-se 502 decisões proferidas nas audiências de custódias, dentre 7433 audiências realizadas entre janeiro e junho do ano de 2016 na 17ª vara criminal de Fortaleza (17ª VAUC).

Com o objetivo de tornar os dados o mais equiprováveis o possível foram escolhidas, aleatoriamente, 2 decisões por dia em que houve audiência realizada

A base de dados foi obtida pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e permitiu um encontro amostral com confiabilidade de 99%, a partir de erro amostral de 5,4%. Portanto, dado relativamente seguro para mitigar os efeitos de uma eventual variância temporal.

A partir destes dados foram coletadas as medidas de tendência central, sejam estas média, moda e mediana, bem como foram buscadas as medidas de dispersão, aqui referenciadas pelo desvio-padrão e pelo coeficiente relativo de Pearson<sup>1</sup>.

---

1 O coeficiente relativo de Pearson é a medida adimensional resultante da divisão entre o desvio-padrão e a média.



## RESULTADOS

Audiência de custódia é definida como o momento de apresentação imediata do preso à autoridade judiciária competente após qualquer espécie prisional. Esta exigência legal é decorrência do controle de suprallegalidade ou de uma espécie de controle de convencionalidade estabelecido no artigo 7.5 da CADH e no artigo 9.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (MELO, 2016). Assim, o termo “imediatamente” possui significado jurídico e impacto na formulação da legalidade ou ilegalidade da prisão.

A definição de “imediatamente” oscila entre os países. No Reino Unido têm um prazo de 24 horas, entretanto este permite a prorrogação em até 36 horas; Na França o prazo é de 24 horas extensível em até 48 horas; enquanto na Alemanha tem-se prazo de 47 horas e 59 minutos; enquanto na Suécia, África do Sul e Portugal têm um prazo de 48 horas; Espanha e Argentina adotam também um prazo de 72 horas. (NICOLITT, 2015).

No Brasil adotou-se na R213/2015 o parâmetro de base para o estabelecimento do prazo de 24 horas, de modo analógico aquele descrito no artigo 306 do CPP, adotando-se o mesmo prazo necessário para a comunicação do ato à Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário (AVILA, 2016).

O descumprimento dos prazos na realização das audiências de custódia representa critério objetivo de aferição de ilegalidade. Ademais, esta ilegalidade deve ser observada pelo próprio juiz da custódia, vez que este tem por atribuição analisar toda a legalidade do procedimento flagrancial até o momento da realização da audiência de controle de detenção de modo que a competência só se exaure após a realização da audiência. (SANTIAGO et al, 2017).

No período de janeiro a dezembro do ano de 2016 realizaram-se 7433 audiências de custódia. Destas, segregou-se 2 julgados por dia em que houve audiência, coletando-se um total de 502 decisões para permitir o cálculo das medidas de tendência central de dispersão garantindo-se a precisão do dado obtido.

Esta base de dados permite a segurança de 99%, com margem de erro de 5,4%. Para tal considerou-se uma base equiprovável, vez que não há qualquer indicativo que de variação dos prazos entre audiências de custódia no lapso diário. Assim, tem-se dado seguro suficiente para delimitar com segurança o cumprimento do objetivo da razoável duração no processo na custódia.

Para a verificação do dado, tabulou-se as medidas em sequência de rol, atribuindo-se ao eixo x a distribuição temporal ao longo do primeiro semestre de 2016 e ao eixo y o prazo em dias para a realização da audiência. Assim formulou-se o gráfico abaixo.

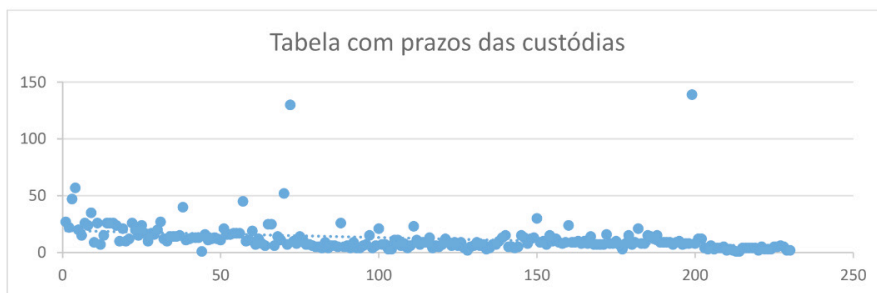


GRÁFICO 1 – DISTRIBUIÇÃO TEMPORAL DOS PRAZOS NO 1º SEMESTRE

Fonte: Dados da Pesquisa Direta.

Há uma leve linha de tendência decrescente ao longo do ano de 2016. Este dado indica que os prazos ao final do ano foram um pouco inferiores ou menos instáveis que aqueles do primeiro semestre. Cumpre indicar que no período de maio de 2016 no Estado do Ceará se teve grande conturbação com crises no sistema carcerário que impediram a realização das custódias, o que impactou as disposições temporais do início dos trimestres intermediários do ano. (SILVA NETO, 2016).

A média para a realização de uma audiência de custódia no período foi de 8,95 dias. Por outro o prazo estabelecido pela R213/2015, de 24 horas, foi obedecido em poucos casos. Ainda analisando a medida de tendência central, a moda e mediana foram calculadas. A moda foi de 6 dias, bem como a mediana também se estabeleceu em 6 dias, ou seja, um pouco inferior a média.

Estes dados permitem verificar apenas a centralidade dos dados. Entretanto, para conferir a segurança de representatividade destes, utilizou-se as medidas de dispersão Desvio Padrão e Coeficiente Relativo de Pearson. O desvio-padrão foi de 10,89 dias, ou seja, valor próximo aquele tido pela média, bem como o coeficiente relativo de Pearson foi de 1,21, o que indica valor também considerado pequeno.

Assim, verificou-se tendência a estabilidade dos dados, de modo que a amostra encontrada permite indicar com segurança que o tempo necessário para a realização de uma audiência de custódia, em fortaleza, no ano de 2016, foi de cerca de 9 dias. Por outro, esse dado seguro não quer dizer que todas as audiências tiveram o mesmo prazo, de modo que foram verificados precedentes discrepantes, como um no qual realizou-se a audiência em 130 dias e precedentes esparsos que as audiências foram realizadas no prazo das 24 horas.

Os precedentes discrepantes para maior constam de audiências remarcadas várias vezes sobretudo em razão da impossibilidade de levar o preso ao local da audiência, decorrente da multiplicidade de réus e de vítimas. Este precedente a maior foi inclusive foco do estudo de Simões et al. (2016), dada a manifesta demora que configuraria ilegalidade

por excesso de prazo.

Os precedentes a menor, foram aqueles decorrentes de plantões judiciais, nos quais a audiência foi prontamente realizada e o prazo das 24 horas cumprido. Enquanto na maioria dos casos, estabeleceu a regra de cerca de 9 dias para a realização do ato.

## CONCLUSÃO

As audiências de custódia foram instituídas no ordenamento brasileiro com uma série de objetivos de controle de legalidade e cumprimento dos primados constitucionais. Dentre estes, a apresentação imediata, no cumprimento da razoável duração do processo, foi um dos objetivos conformados pela R213/2015, que fixou termo de 24 horas para a realização das custódias.

Observou-se que no Estado do Ceará as audiências de custódia eram realizadas em prazo médio de 8,95 dias, de modo que em raros casos foi cumprido o prazo estabelecido na R213/2015. Este prazo foi verificado com segurança estatística e possuiu desvio-padrão de 10,89 dias, bem como um coeficiente relativo de Pearson de 1,21.

A partir de então, nota-se que, no que pese existirem alguns julgados que cumprem o prazo de 24 horas, decorrentes dos plantões judiciais, bem como alguns precedentes que extrapolam a média de forma exacerbada, em regra as audiências de custódia realizadas pela 17ª VAUC foram realizadas com cerca de 9 dias.

Diante disso, conclui-se que o objetivo do cumprimento do prazo e da fixação da razoável duração do processo não foi alcançado na Comarca de Fortaleza, no lapso temporal de janeiro a dezembro do ano de 2016.

## REFERÊNCIAS

MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal**. Conforme a resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado. Belo Horizonte: d' Plácido, 2016.

NICOLITT, André. **Processo Penal Cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BRAGA, Italo Farias; MENDES, Amanda Furtado; SIMÕES, Jessyka Mendes Dias. Audiências de custódia, razoável duração

do processo e relaxamento de prisão In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de Custódia**. Rio de Janeiro: D'Plácido, 2017. cap. 24, p. 493-504.

SILVA NETO, Aldemar Monteiro da. **Audiência De Custódia Como Instrumento Humanitário Do Processo Penal**. 2016. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016.

SIMÕES, J. M. D. et al. Audiência de Custódia no Ceará: um conflito entre a razoável duração do processo e o excesso de prazo. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA, 12., 2016, Fortaleza. **Anais do XII Encontro de Iniciação à Pesquisa Unifor**. Fortaleza: UNIFOR, 2016.

# FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL: OS REFLEXOS DA FALSIFICAÇÃO DAS LEMBRANÇAS

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Daiana Cristina Pereira**

Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. Pós-graduanda em Ciências Penais pela Esa – Escola Superior da Advocacia. Advogada. Membro da Comissão de Direito Penal da OAB/NH. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/NH

### **Lisandro Luís Wottrich**

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Defensor Público do Estado do RS, titular do Tribunal do Júri de São Leopoldo/RS. Professor da Graduação e da Pós-graduação da Universidade Feevale

**RESUMO:** A prova testemunhal é fundamental para o Processo Penal, no entanto, trata-se de um meio probatório passível de fragilidade, haja vista a necessidade da utilização da memória do indivíduo para relatar o fato que foi vivenciado. O presente artigo tem como objetivo principal analisar as consequências que as falsas memórias podem trazer para o Processo Penal, bem como a falibilidade da prova testemunhal. Parte-se do estudo referente a formação histórica da prova

testemunhal, assim como as formas de contaminação desse meio probatório. O estudo trará também a análise da memória, pelo viés da Neurologia e da Antropologia. Na sequência, discorre-se sobre as formas de entrevista e o depoimento especial. A pesquisa é de natureza descritiva e exploratória, com a utilização do método dedutivo e histórico. As contextualizações foram obtidas através de análise documental e revisão da literatura. Verifica-se, através da pesquisa, que o processo de evocação das memórias nem sempre é fidedigno à realidade, pois, a reconstrução dos fatos acontece de forma parcial, uma versão aproximada da experiência vivida. O decurso do tempo, a influência da mídia, a indução de terceiros e do entrevistador podem influenciar diretamente no conteúdo mnemônico trazido pelas vítimas e testemunhas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Falsas Memórias; Memória; Processo Penal; Prova Testemunhal.

**ABSTRACT:** The testimonial proof is a fundamental probative modality in the criminal, however, it is a method that can be fragile given the need to use the memory of the individual to report the fact that was

experienced. The main objective of this article is to analyze the consequences that false memories can bring to the Criminal Procedure, as well as the fallibility of the testimonial evidence, as well as the forms of contamination of this evidentiary medium. It starts with the study referring to the historical formation of the testimonial evidence, as well as the forms of contamination of this evidentiary medium. This study will also analyze memory, from the perspective of Neurology and Anthropology. Next, the interview forms and the special testimony are discussed. The nature of the research is descriptive and exploratory, and deductive and historical methods will be used. The contextualization's were obtained through document analysis and literature review. It is verified through the research, that the process of evocation of memory is not always reliable with the reality, because the reconstructions of the facts happen in a partial way, an approximate version of the lived experience. The passage of time, the influence of the media, the induction of third parties and the interviewer can directly influence the mnemonic content brought by victims and witnesses.

**KEYWORDS:** False Memories. Memory. Criminal Proceedings. Testimonial proof.

## 1 | INTRODUÇÃO

A recordação dos fatos trazidos ao processo é parte importante para elucidação de um crime, porém, depende da memória das testemunhas e vítimas. Com o passar do tempo, fatores externos e internos tendem a prejudicar as recordações sobre o acontecimento. O esquecimento, bem como o induzimento dos entrevistadores, de familiares e de amigos, ou da mídia, podem contribuir para a formação de falsas memórias, gerando consequências como uma sentença desfavorável, e a possível condenação de um inocente. Com isso busca-se, pelo presente estudo, o objetivo principal de analisar a prova testemunhal, assim como as consequências que as falsas memórias podem trazer para o Processo Penal, indicando medidas para redução de danos.

Nesse sentido, para atingir os objetivos propostos o artigo primeiramente propõe-se em analisar a prova testemunhal, visto que é o meio mais utilizado no Processo Penal, sua formação histórica e os diversos fatores que podem contaminar esse meio probatório, em especial o decurso do tempo. No tocante ao estudo acerca das falsas memórias, serão analisadas as implicações trazidas para a prova penal, iniciando-se pela análise do funcionamento da memória pelo ponto de vista neurológico, a influência do tempo e as formas de esquecimento. Além disso, será apresentada a memória pelo ponto de vista antropológico, que visa analisar a forma como se preserva a memória do fato passado no presente.

Parte-se da hipótese de que, na oitiva, podem ser declaradas situações vividas, presenciadas ou imaginadas, pois a interpretação errada de um fato, a sugestão de terceiros, e os problemas da maleabilidade da memória, podem auxiliar na falsificação da lembrança. Desse modo, serão analisados os métodos de oitiva e inquirição utilizados atualmente, assim como a forma que o entrevistador conduz a entrevista e o depoimento, destacando-se o testemunho infantil e a confiabilidade da memória da criança, notadamente nos casos

de abuso sexual em que se utiliza o depoimento especial, disposto na Lei 13.431 de 2017.

Para a elaboração deste estudo, utilizou-se o método dedutivo e histórico, pois a pesquisa explora conceitos, formação histórica, teorias, para posteriormente entrar no estudo sobre as falsas memórias. Trata-se de pesquisa exploratória, tendo como técnica de pesquisa a pesquisa documental e bibliográfica.

O tema enseja diversas discussões, haja vista que a credibilidade da prova testemunhal é posta em xeque. Importante destacar que, a intenção do presente artigo não é desvalorizar a palavra da testemunha ou vítima, mas sim, demonstrar os riscos das provas que dependem de informações provenientes da memória. Se as falsas memórias são fenômenos existentes, e podem conduzir inocentes ilicitamente ao cárcere, faz-se urgente repensar os métodos utilizados no sistema penal brasileiro e a cultura punitiva que se encontra arraigada neste.

## 2 | PROVA TESTEMUNHAL

Com efeito, um dos maiores desafios incumbidos ao juiz encontra-se na tarefa de enxergar através dos olhos da testemunha no Processo Penal. Contudo, mesmo existindo esta e outras dificuldades resultantes desse meio probatório, é imperativo o seu uso, pois existem crimes que necessitam de análise através da testemunha. (ÁVILA, 2013).

Destaque-se que, ao longo da história, identifica-se a prova testemunhal como forma de se declarar a verdade de um fato, sendo assim, não se permitia a condenação sem o testemunho. Conforme demonstra Aquino (2015), por meio da Bíblia na Palestina, já se percebia atenção quanto ao falso testemunho, como citado em Provérbios, capítulo 19, versículo 5: “A falsa testemunha não ficará inocente, o que profere mentiras não escapará”. (PROVÉRBIOS, 1969, p. 585). Ainda sobre a formação histórica da prova testemunhal, na Babilônia, a pessoa que imputasse um crime e não comprovasse a culpa do acusado, sofreria a mesma punição que seria imposta a este se a imputação fosse verídica. Na Índia, o código de leis de Manu merece destaque, pois foi o meio que mais se preocupou com o testemunho. Determinava que as testemunhas deveriam ser do mesmo nível social do acusado. Aliás, se uma mulher fosse acusada, somente poderiam testemunhar mulheres. Essa norma era dispensada quando os delitos ocorriam dentro da residência, em lugares desertos ou quando se tratava de homicídios. Entretanto, se as testemunhas fossem idosos, enfermos ou crianças, o testemunho era classificado inferior aos demais. (AQUINO, 2015).

A testemunha desempenha um papel retrospectivo no Processo Penal, uma vez que utiliza a memória para relembrar dos fatos, com a finalidade de conceder conhecimento ao juiz sobre o que presenciou. Inúmeras sentenças são proferidas diariamente com fundamento exclusivamente no depoimento, dependendo da memória das testemunhas, levando-se a se refletir sobre a fragilidade e os riscos da utilização da prova testemunhal como único meio probatório. (DI GESU, 2014).

No que tange ao testemunho infantil, cabe ao julgador analisar cada caso, pois a criança pode ser sugestionável e fazer confusões advindas de suas fantasias, ou, ainda, sob a influência de um terceiro, ser induzida. Destarte, se seu testemunho não for compatível com as demais provas obtidas, pode ser objeto de sua imaginação, ou até mesmo por mero desinteresse pelos fatos que não fazem parte de seu universo. (TOURINHO FILHO, 2013).

Nesse contexto, cabe ao magistrado analisar com atenção o testemunho infantil. Dessa forma, parte-se do pressuposto que o juiz atua como destinatário da prova, pois a reconstrução dos acontecimentos é trazida ao magistrado com a intenção de convencê-lo de que os fatos ocorreram de uma determinada forma. Entretanto, o processo mnemônico pode não ser fiel à realidade, bem como a lembrança pode ser exposta a contaminação. A contaminação da prova testemunhal pode ocorrer através de fatores externos, internos e temporais. Desse modo, a compreensão do fato pode estar eivada de interpretações. O decurso do tempo, a mídia, o subjetivismo do entrevistador, podem contribuir para debilitar esse meio probatório. (GIACOMOLLI; DI GESU, 2010).

É inerente que a testemunha já altera o fato desde o momento de sua percepção, retratando apenas uma interpretação parcial e não absoluta do fato conforme ocorrido. Além do mais, o decurso do tempo pode contribuir para ocorrer distorções no conteúdo mnemônico original, que pode ser alterado e acrescentado por informações externas. (IBÁÑEZ, 2006).

Em outros casos, a testemunha pode depor convicta de que fala a verdade, mas sem saber que está mentindo. Capturam-se os fatos pelos sentidos, e, posteriormente, geram-se os estímulos. Após serem levados ao cérebro, determinam-se as sensações e percepções. A união de sensações atuais com outras fixadas na memória forma a percepção. No entanto, a percepção dos sentidos pode ser modificada por diversos fatores, como por exemplo, o grau de luminosidade, o silêncio, as emoções, a imaginação, alucinações, o tempo, entre outras condições, que podem conduzir à testemunha a distorcer os acontecimentos. (TOURINHO FILHO, 2013).

Importante trazer ao estudo o reconhecimento fotográfico, que não está previsto em lei e pode ser considerado uma prova inominada. Consiste em um ato preparatório, utilizado antes do reconhecimento pessoal, entretanto, não pode ser utilizado para substituí-lo. Porém, é de se destacar que se o reconhecimento fotográfico for realizado anteriormente, pode ocasionar um efeito indutor, ou seja, um juízo precedente que pode contaminar o reconhecimento pessoal no futuro. A memória pode ser induzida a erro, pois a imagem mental captada pela fotografia pode comprometer o posterior reconhecimento pessoal. (LOPES JR., 2016).

Concernente ao reconhecimento pessoal, o sistema que se utiliza atualmente no Brasil é o simultâneo, previsto no artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que dispõe que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se

quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la”. O suspeito é colocado ao mesmo tempo ao lado de outras pessoas com fisionomias semelhantes, sendo submetido à percepção visual da pessoa que pretende identificar o suposto culpado. (BRASIL, 1941).

Um fenômeno que pode ocorrer e que deve ser considerado no reconhecimento pessoal, diz respeito ao efeito de “foco na arma”, no qual a existência de uma arma no evento pode fazer com que a testemunha ocular não se recorde detalhes sobre o ambiente e sobre o seu agressor. Tal efeito pode ser motivado pela tendência a se focar somente na arma, e perder o foco para outros detalhes importantes da circunstância presenciada. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011).

Ademais, na visão de Di Gesu (2014, p. 164) tanto o reconhecimento pessoal quanto o reconhecimento fotográfico, por serem meios que podem trazer inúmeros erros, deveriam ser substituídos pelo relato livre das características do suspeito, sendo inaceitável que condenações sejam embasadas somente através do reconhecimento.

Pode-se constatar que a prova testemunhal é um meio probatório de suma importância para o processo, pois auxilia o juiz na busca pela verdade a qual nunca será absoluta, mas sim uma representação parcial dos fatos, e pode ser contaminada por diversos fatores, sejam eles psicológicos, físicos, externos, e principalmente pela maleabilidade da memória humana.

### **3 | FALSAS MEMÓRIAS E A PROVA PENAL**

#### **3.1 Memória sob o viés neurológico - antropológico e as formas de esquecimento**

Através da prova testemunhal, busca-se reconstruir no presente o fato ocorrido no passado, fazendo uma retrospectiva do fato pretérito, sendo conduzido pelo juiz, a partir das provas produzidas pelas partes do processo. Na falta de provas materiais, sentenciam-se com base na palavra das vítimas e testemunhas que se utilizam da memória. Por consequência, vem a surgir o problema posto em questão, se a memória da testemunha acerca do delito é capaz de reconstruir o ocorrido da mesma forma que a realidade.

Antes de iniciar o estudo referente às falsas memórias, se faz necessário entender à memória, de acordo com a Neurologia e a Psicologia, sem se esgotar a matéria em virtude de sua amplitude. Sob o viés neurológico, a memória, conforme Izquierdo (2011, p.11): “[...] significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. [...] a evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido”.

O estudo referente à memória apresenta-se de forma interdisciplinar, abrangendo outras áreas além da Neurologia, como a Psicologia, a Filosofia e a História. À vista disso, se faz importante trazer ao estudo a memória pelo ponto de vista antropológico, que traz sob essa perspectiva a relação de outras áreas da ciência com a memória, e a vinculação



de memória e documento. (DI GESU, 2014).

Em consonância a isso, a conexão entre memória e passado pode ser demonstrada como:

Entendida enquanto forma de aprisionar o instante, a imagem desobriga a memória da recordação desse instante, no pressuposto de que este se afigura doravante disponível. Entendida, ao invés, enquanto impossibilidade analógica, e, por isso, enquanto impossibilidade de repor tal e qual aquele mesmo instante, a imagem parece solicitar, desta perspectiva, um trabalho exterior a ela – supostamente o trabalho memorial – que permita a aproximação possível a um instante doravante, e desde logo por definição, indisponível. (MARTINS, 2004, p. 21-22).

Na visão de Bergson (1999, p. 84), a memória busca a experiência pretérita para presentificá-la no presente. Realiza-se então um trabalho de reconhecimento, trazendo a lembrança do passado para se transmitir no presente. Refere ainda, que a lembrança apresenta-se de forma fragmentária, uma vez que apenas conserva alguns elementos do que foi percebido, e por ser um fenômeno biológico, importante transcender seu estudo com as demais ciências.

A relação entre memória e documento, revela a necessidade de que a documentação dos atos no Processo Penal seja feita, pois o transcurso do tempo pode perder o material obtido em razão do esquecimento. Dessa forma, a recordação dos fatos vividos será feita através da história contida nos documentos obtidos no processo. (DI GESU, 2014).

De acordo com a Neurologia, o cérebro possui estruturas cerebrais fundamentais para composição das memórias que são: o lobo temporal medial; certos núcleos do diencéfalo; e a base do prosencéfalo. Compreende-se no lobo temporal medial o hipocampo, local em que se armazenam as memórias, atuando conjuntamente com a amígdala, que possui a função de avaliação da importância das emoções vivenciadas, mobilizando o grau de atuação do hipocampo, conforme seu funcionamento. (SADOCK, 2017).

Atribui-se, desse modo, ao hipocampo e suas conexões a formação e a evocação das memórias, por meio de mecanismos bioquímicos. Já a amígdala, formada por um conjunto de células nervosas, responsabiliza-se pela concepção dos sentimentos, que são expressos através das emoções. (IZQUIERDO, 2010).

A formação da memória apresenta-se por meio de codificação, ou seja, durante o fato a testemunha ou a vítima visualiza o acontecimento e interpreta através do cérebro, podendo vir a se tornar parte da memória. Todavia, mostra-se impossível codificar todos os fatos ocorridos no evento. Além disso, existem várias condições que podem exercer relevante impacto na codificação do acontecimento, como por exemplo, a idade, o estresse, a distância do local do ocorrido, podendo causar impacto na qualidade da memória da testemunha ou vítima. Após a codificação, surge a etapa do armazenamento, que pode ser esquecida e sofrer deterioração com o decurso do tempo. (CECCONELLO; ÁVILA; STEIN, 2018).

Para Elizabeth Loftus (2015, Cap. 2, tradução nossa), “Nós somos vítimas inocentes das manipulações de nossa mente”.<sup>1</sup> Destaca a autora que a lembrança de um evento pode ser alterada, distorcida por eventos posteriores, sugestões, recordações de outras pessoas, pois a interpretação da realidade revela-se subjetiva, e com o passar do tempo as lembranças vão mudando gradativamente. (LOFTUS, 2015).

As memórias podem ser classificadas conforme sua função, conteúdo e tempo de duração. De acordo com a função, compõe-se a memória de trabalho, que se responsabiliza pela preservação da lembrança à medida que está sendo armazenada. Preserva-se, por poucos segundos ou minutos, a mensagem que está sendo gerada no instante. Distingue-se das demais memórias, pois não deixa sinais e não produz registros. De acordo com o conteúdo, compreendem-se as memórias declarativas, que fixam os fatos vividos. Os acontecimentos que se presenciam, recordações importantes de fatos vividos, denominam-se de memórias episódicas ou autobiográficas. (IZQUIERDO, 2011).

Por sua vez, quanto ao tempo de duração, as memórias podem ser identificadas como memórias implícitas e explícitas. As memórias implícitas, ou de longa duração, são aquelas que remetem a acontecimentos passados, e podem ficar gravadas por toda a vida. Já a memória explícita ou de curta duração, pode durar alguns minutos ou por um longo tempo. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011).

As memórias declarativas podem levar um período para fixarem-se. Este processo entre a aquisição e a fixação da memória, que posteriormente permite-se que estas memórias sejam relembradas, denomina-se consolidação. A exposição a fatores internos ou externos, como a um ambiente novo uma ou duas horas após aquisição da memória, pode afetar diretamente no processo de fixação, podendo corromper ou suspender a formação da memória declarativa, em virtude de não se estabelecer de forma definitiva logo após sua aquisição. Portanto, o período entre a aquisição e a consolidação mostra-se lábil e suscetível a sugestões. (IZQUIERDO, 2011). Nessa perspectiva, é notório que a ação dos fatores citados, pode modificar a recordação da vítima ou testemunha no interstício entre o fato e o depoimento.

Na mesma direção, as emoções podem influenciar a memória. Izquierdo (2010) afirma que, as memórias podem ser adquiridas em uma condição emocional ou em um estado de ânimo, pois uma notícia de impacto comovente pode influenciar nas memórias armazenadas no instante, provocadas pela grande emoção presenciada. A relevância emotiva de cada memória pode fazer com que outras memórias marcantes, obtidas anteriormente ou futuramente, sejam esquecidas.

Desse modo, torna-se possível afirmar que a emoção pode contribuir para a ocorrência de distorções e diminuição da lembrança dos fatos presenciados. Momentos dolorosos propendem a ser esquecidos, colaborando para que muitos indivíduos se esqueçam de detalhes essenciais de fatos vivenciados quando convocados para se

<sup>1</sup> Trecho original: “We are innocent victims of our mind’s manipulations”. (Loftus, 2015, Cap. 2.)

testemunhar. (FIORELLI; MANGINI. 2014).

Antônio Damásio (2012), em sua pesquisa referente à memória e a emoção, relata que, quando a emoção não atua conjuntamente com o raciocínio, a razão pode ser prejudicada, e que a emoção atua no processamento dos fatos para manter-se na mente a lembrança. O autor destaca que as imagens não são armazenadas no cérebro conforme fotografias, em razão da grande quantidade de informação que se adquire no decorrer da vida. Portanto, ao se recordar de um fato, não se obtém uma reprodução precisa, mas sim uma interpretação da recordação do acontecimento, ou seja, imagens aproximadas da experiência que se foi vivenciada. (DAMÁSIO, 2012, p. 118-119).

Referente à memória da criança, verifica-se que o infante com poucos dias de idade apresenta somente a memória de trabalho e a memória de curta duração, passando a diferenciar as pessoas somente com algumas semanas ou meses de idade. Ademais, antes dos três anos de idade, o entendimento da criança referente à linguagem é interpretado de forma genérica. Aliás, por esse motivo, que se torna impossível evocar as memórias autobiográficas da primeira infância na fase adulta. Tal fenômeno é denominado de amnésia infantil, e pode ocorrer com as lembranças antes dos cinco anos de idade aproximadamente. (IZQUIERDO, 2011).

Cumprido destacar que, pessoas sob efeito de substâncias psicoativas, como por exemplo, o álcool, podem apresentar falhas na fixação e na recuperação de imagens e conteúdos que foram armazenados. O testemunho está sujeito ao modo como o indivíduo percebeu o fato, como o conservou em sua memória, e de sua capacidade de recordação, tanto como o modo que irá expressá-lo no depoimento. (FIORELLI; MANGINI. 2014).

No tocante as formas de esquecimento, Izquierdo (2010, p. 24) afirma que “[...] esquecemos para podermos pensar, e esquecemos para não ficarmos loucos. Esquecemos para podermos conviver e sobreviver”. Destaca o autor que, as formas de esquecimento consistem em tornar as memórias menos acessíveis por meio da extinção, da repressão, e do bloqueio. O cérebro, dessa forma, faz com que lembranças indesejáveis sejam selecionadas para tornar-se de difícil acesso. (IZQUIERDO, 2010).

Diante do estudo até aqui exposto, verifica-se que a memória apresenta-se como evidência fundamental de um fato. Assim, é importante que sua coleta e análise seja realizada e analisada de forma que sua qualidade não se torne lábil. Apenas considerando-se que a memória humana pode ser maleável e limitada, será possível estabelecer procedimentos mais efetivos, preservando assim os direitos e garantias das vítimas e dos acusados. (GECCONELLO; ÁVILA; STEIN, 2018).

Enfim, pode-se constatar que, por mais que as neurociências tentem elucidar as formas de memórias e seus meios de conservação, resta evidente que não existem certezas definitivas, pois o problema da maleabilidade da memória persiste. Desse modo, a falsificação da lembrança e as distorções da memória, podem levar inocentes ao cárcere, conforme a seguir será demonstrado.

## 3.2 Falsas memórias

Como já citado anteriormente nesta pesquisa, a fase de evocação das memórias pode não ser recuperada precisamente, de acordo com o fato ocorrido. Todavia, a distorção da memória pode levar a testemunha a reconhecer um inocente como culpado. Com efeito, torna-se possível lembrar-se de um evento que nunca ocorreu, e acreditar fielmente que foi realmente vivido. De acordo com a Neurologia, os fatos não ficam registrados de forma integral no cérebro, e sim sob a forma de fragmentos que se unem, com base nas influências presentes na recuperação das memórias, que podem vir a se tornar memórias falsas. (SADOCK, 2017).

Nesse sentido, cabe trazer o conceito de falsas memórias:

[...] não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as falsas memórias serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As falsas memórias são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p.22).

Cumprе ressaltar que as falsas memórias se diferenciam da mentira, pois o indivíduo acredita que o evento realmente aconteceu, em decorrência de uma sugestão interna ou externa, e no caso da mentira age conscientemente em razão de algum interesse pessoal. O falso testemunho constitui crime, conforme previsão do artigo 342, do Código Penal. Entretanto, o falso testemunho nem sempre é uma mentira intencional, em muitos casos pode ser proveniente da lembrança de uma falsa memória. (STEIN; NYGAARD, 2003-2012).

O termo “falsas lembranças” foi utilizado pela primeira vez em 1881, pelo psicólogo Theodule Ribot, a partir de um caso ocorrido em Paris de um homem que passou a ter lembranças de eventos que nunca ocorreram. No entanto, as primeiras pesquisas acerca do fenômeno, foram conduzidas pelo psicólogo Alfred Binet, em 1900 na França, com foco em crianças, e se referiam à possibilidade de sugestibilidade da memória, que consiste na introdução e recordação de informações falsas, podendo ser de origem interna ou externa. Os estudos de Binet categorizaram a sugestibilidade em dois tipos: auto sugerida, que pode ser ocasionada através de processos internos do indivíduo; e deliberadamente sugerida, no qual o ambiente pode introduzir na memória do indivíduo a sugestão. Destaca-se que, em 1910 na Alemanha, o psicólogo Wilhelm Stern reproduziu os estudos de Binet, mas somente em 1932, na Inglaterra, foram feitas as primeiras pesquisas sobre falsas memórias em adultos, por Frederic Bartlett, que descreveu a lembrança como um procedimento de reconstrução fundamentado em esquemas mentais e na compreensão do indivíduo quanto ao evento presenciado. Porém, em 1978, que Elizabeth Loftus avançou nas pesquisas sobre as falsas memórias e denominou os processos de sugestão de falsas

memórias espontâneas e sugeridas. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010).

As falsas memórias espontâneas podem ser concebidas como consequência de um processo natural da compreensão do indivíduo, ocasionado por distorções da memória. Nesse cenário, a pessoa pode relatar uma dedução referente do que viu ou ouviu, e não exatamente da forma como aconteceu. Desse modo, não há como negar que no depoimento pessoal o depoente pode relatar inferências baseadas no acontecimento vivido. No tocante às falsas memórias sugeridas, verifica-se que resultam de sugestões externas, que podem ocorrer de forma acidental ou intencional. Nesse caso, a sugestão é aceita e incorporada na lembrança original do fato, e o indivíduo passa a recordar dos eventos sugeridos como se tivesse realmente vivido. (STEIN; NYGAARD, 2003-2012).

Outro aspecto importante que cabe destacar, se refere ao fato de que a testemunha, ao presenciar o fato, conforme já demonstrado, traz a sua reação perceptiva sobre a circunstância. Nesse processo de estruturação da percepção, o indivíduo utiliza associações, pois está sob a influência das percepções anteriores presenciadas, sujeitando-se as deformações do processo mnemônico. (ALTAVILLA, 1982).

Loftus (2015), em seus estudos, procurou demonstrar como a memória das testemunhas pode ser afetada pela sugestão. Reitera a autora que, quando a testemunha está insegura referente à identidade do acusado, ou se nenhum indivíduo da lista de acusados diz respeito a sua memória do fato, constantemente identifica-se a pessoa que melhor corresponde à sua recordação, e em muitas vezes a sua escolha pode estar errada. (LOFTUS, 2015, Cap. 2).

Em um de seus experimentos, denominado de “perdido no *shopping*”, Loftus demonstra a facilidade de se implantar uma falsa memória. Na experiência, foi apresentada a um grupo de adultos uma relação de fatos que haviam realmente ocorrido em suas infâncias. Entre tais fatos foi inserido um evento falso, que induzia que na infância os participantes teriam se perdido em um *shopping center* por um longo período e, ao final, uma pessoa mais velha os encontra e devolve aos seus pais. Ao término do experimento, 25% dos participantes acreditaram fielmente que o evento havia acontecido, e muitos após a revelação da pesquisadora, não concordaram que o evento seria falso. (STEIN; NYGAARD, 2003-2012).

Segundo Daniel Schacter (2002), corroborando os experimentos de Loftus, a sugestão pode gerar falsas memórias mesmo que o indivíduo venha a descobrir que a informação foi sugerida. Destaca o autor que, se a entrevista for sugestiva, a memória original sobre o evento pode ser modificada e que até mesmo as pequenas sugestões podem influenciar diretamente no depoimento da testemunha. A partir desse pressuposto, Schacter (2002, Cap. 5, tradução nossa) cita o conceito de sugestibilidade: “A sugestibilidade na memória refere-se à tendência de um indivíduo de incorporar informações enganosas de fontes externas – outras pessoas, materiais escritos ou imagens, até mesmo a mídia –

as suas lembranças pessoais”.<sup>2</sup>

Cabe destacar também outro ponto relevante, de que a sugestionabilidade pode ser introduzida com facilidade em crianças. No depoimento infantil, a criança pode ser influenciada por perguntas sugestivas feitas pelo entrevistador, podendo distorcer a memória original do acontecimento. Além disso, a figura do entrevistador para o infante pode ser representada como uma autoridade, fazendo com que a criança se ajuste as pressões e expectativas em relação às perguntas feitas pelo entrevistador. (BRUST et al., 2010).

Altavilla (1982) ressalta que o depoimento infantil pode ser perigoso, e que muitas vezes a criança pode sugestionar-se também com uma mentira criada por sua imaginação, fazendo com que a lembrança dessa mentira se fixe em sua memória como um fato verdadeiro, e passe, dessa forma, a acreditar naquilo que ela afirma.

Outro aspecto relevante a ser explanado, referente às falsas memórias em crianças, é que a partir das pesquisas, de um modo geral, nos primeiros anos da infância – entre os três e quatro anos de idade, a sugestionabilidade pode ser maior do que nos últimos anos, compreendidos entre os dez e os doze anos de idade. Ademais, grande parte das crianças assiste muitas horas de televisão todos os dias, e possivelmente a memória pode vir a ser distorcida por confusões de acontecimentos da vida real com o que foi visto nos programas televisivos. Como exemplo, pode-se citar que se a criança assistir cenas com conteúdo sexual na televisão, ou se o seu ambiente familiar for de promiscuidade, em algum momento pode vir a incorporar certos elementos do que foi visto ou presenciado à narrativa do acontecimento. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK, 2011).

Ainda é importante destacar que, em 1992 nos Estados Unidos, foi formada a organização: *False Memory Syndrome Foundation* (Fundação da Síndrome da Memória Falsa), com intuito de ajudar famílias afetadas pela incidência das falsas memórias. Foi composta, na época, predominantemente por pais que sofreram acusações de abuso sexual relatados por suas filhas, após serem expostas a entrevistas sugestivas, que desencadearam memórias falsas de abusos sexuais vividos na infância. Tais acontecimentos chamaram a atenção de pesquisadores da área, que passaram a investigar o fenômeno, tornando-se conhecido como Síndrome das Falsas Memórias. O termo síndrome tem sido utilizado para definir memórias falsas de eventos de abuso sexual ocorridos na infância. (PINTO; PUREZA; FEIJÓ, 2010).

Sob esse prisma, considera-se também que a omissão da informação sobre o abuso sexual vivenciado pela criança ou pela pessoa adulta, pode estar relacionada com a disposição a não se falar sobre o assunto traumático. Além disso, crianças que sofreram abusos sexuais repetitivos tendem a recordar com mais clareza os detalhes da experiência

---

2 Trecho original: “Suggestibility in memory refers to an individual’s tendency to incorporate misleading information from external sources - other people, written materials or pictures, even the media - into personal recollections”. (Schacter, 2002, Cap. 5).

do que crianças que vivenciaram apenas um único episódio. Por ser o abuso sexual um assunto delicado e aflitivo de se narrar, que o depoimento ou a entrevista cognitiva devem ser conduzidos com intuito de se obter uma melhor qualidade na obtenção das informações, e no caso das crianças, deve-se buscar a sua maior proteção contra questionamentos abusivos, e indutores de falsas informações. (WELTER, 2010).

Ao finalizar esta abordagem, é possível afirmar que as lembranças podem ser falsificadas, tanto pela sugestão interna ou externa. Tal fenômeno não advém de uma patologia, mas sim de um processo natural da memória, que deve ser considerado, pois a prova que depende da memória das testemunhas ou vítimas pode ser contaminada, e o reflexo da falsificação da recordação pode levar inocentes a uma injusta condenação. Dessa forma, é de suma importância atentar para os riscos que as falsas memórias podem trazer para o Processo Penal.

### **3.3 As formas de entrevista e o depoimento especial**

Consoante ao que já foi demonstrado no presente estudo, o indivíduo, ao vivenciar o evento, foca em apenas algumas informações, sendo impossível armazenar em sua memória todos os detalhes do episódio presenciado. Além disso, a grande carga emocional que recai sobre a testemunha ou vítima, sendo ela adulta ou criança, ao se relatar os fatos em um depoimento, pode interferir na evocação das lembranças, e o indivíduo pode adicionar novas informações na memória, através das falsas memórias. Por esse motivo, o entrevistador desempenha um importante papel para auxiliar o indivíduo no processo de busca das informações contidas na memória, com a maior riqueza de detalhes possível. (FEIX, PERGHER, 2010).

Outro ponto que deve ser considerado, diz respeito a linguagem e a forma como é conduzida a entrevista ou o depoimento. Conforme já exposto, a maneira como o entrevistador faz as perguntas pode vir a suggestionar o entrevistado. Desse modo, o entrevistador pode influenciar e manipular a testemunha ou vítima, com intuito de se ajustar a sua hipótese. Assim, sendo o procedimento de inquirição de testemunhas e vítimas um elemento essencial para as investigações no Processo Penal, faz-se necessário o estudo referente a forma como o entrevistador realiza a entrevista, para se obter redução de danos. (DI GESU, 2014).

Nesse sentido, cabe trazer as palavras Loftus (1997, p. 70-75, tradução nossa): “A desinformação tem o potencial de invadir nossas memórias quando conversamos com outras pessoas, quando somos sugestivamente interrogados ou quando lemos ou vemos a cobertura da mídia sobre algum evento que possamos ter vivenciado”.<sup>3</sup>

A fidedignidade das declarações trazidas na entrevista pode ser facilmente maculada, mormente com relação ao testemunho das crianças, em razão da facilidade em

---

3 Trecho original: “Misinformation has the potential for invading our memories when we talk to other people, when we are suggestively interrogated or when we read or view media coverage about some event that we may have experienced ourselves”. (Loftus, 1997, p. 70-75).

serem sugestionadas, proporcionando o desenvolvimento das falsas memórias, como já citado neste estudo. Nessa linha, a busca de informações verídicas de crianças se torna uma tarefa difícil, e que deve ser tomada com bastante cautela. (DI GESU, 2014).

Pisa e Stein (2007), alertam para o fato de que a violência sexual existe desde o início da humanidade, mas o crescente aumento de casos de abusos sexuais, sem evidências materiais, vem impulsionando o estudo referente a forma como as entrevistas são dirigidas. As autoras apontam ainda que, embora existam diversas medidas visando a proteção das crianças, a sociedade e o Estado ainda se preocupam mais com a punição do acusado do que com a proteção da vítima. Outro fator relevante é que a palavra da vítima, na maioria dos casos de abuso sexual, seria a única prova incriminadora contra o acusado, portanto, o julgamento de casos desse tipo, se torna mais complexo quando a vítima é uma criança.

Ao tratar dos métodos utilizados na entrevista e a qualidade dos relatos, pode-se averiguar que vários fatores podem afetar este procedimento, entre eles o modo como o entrevistador conduz, a forma como ele direciona as perguntas e a indução de estereótipos. Consoante ao viés do entrevistador, verifica-se que se estiver convencido sobre a ocorrência do fato, pode vir a delinear a sua entrevista, a fim de se alcançar respostas condizentes com a sua concepção. Entretanto, se o depoimento da criança for contraditório a sua convicção, o entrevistador pode fazer perguntas que se amoldem a sua hipótese. Assim, a entrevista pode vir a sugestionar a criança, mas também os familiares e outros profissionais ao questionarem sobre o fato, dependendo do modo como se fazem as perguntas. (PISA; STEIN, 2007).

No tocante às perguntas feitas pelo entrevistador, se percebe que o problema pode estar relacionado com o fato de se utilizar perguntas sugestivas e tendenciosas, em que o entrevistador ministra informações que a criança desconhece, e a pressão de pares, no qual o entrevistador garante que um amigo da vítima já relatou algo semelhante. Tais técnicas, se utilizadas em entrevistas repetidas, podem fazer com que o depoimento infantil se torne inseguro. (MIRA Y LÓPEZ, 2013).

Dessa forma, pode-se afirmar que para a entrevista ocorrer adequadamente, o entrevistador deve dar prioridade as perguntas abertas, embasadas nas informações trazidas pelo entrevistado, visto que podem possibilitar a recuperação da lembrança com maior riqueza de informações. Portanto, perguntas fechadas, sugestivas e confirmatórias tendem a contaminar o depoimento da testemunha ou vítima, logo devem ser evitadas. (FEIX; PERGHER, 2010).

Referente à indução de estereótipos, pode-se destacar que se trata de uma forma de sugestão, que ocorre quando se expõe previamente à criança uma opinião ou uma descrição sobre um evento ou uma pessoa, antes de entrevistá-la. Nesse contexto, o entrevistador relata à criança o que pensa sobre o acontecimento, sobre o acusado, ou sobre alguma atitude, fazendo com que a criança se submeta facilmente as suas ideias. Desse modo, a criança acolhe a tese do inquiridor de forma natural sobre os eventos



supostamente ocorridos. (WELTER, FEIX, 2010).

Nesse sentido, a entrevista cognitiva foi criada em 1984, por Ronald Fisher e Edward Geiselman, com intuito de se obter melhores depoimentos, com riqueza de detalhes e com maior exatidão possível de informações. A entrevista cognitiva desenvolve-se por meio de cinco fases: construção do *rapport*; recriação do contexto original; narrativa livre; questionamento; e por fim o fechamento. As duas primeiras fases se referem a implantação de um ambiente favorável, para que o entrevistado possa reproduzir as informações contidas em sua memória. A terceira fase compreende-se em permitir que entrevistado relate os fatos livremente. A quarta fase abrange o uso de técnicas de questionamento, embasadas somente nos dados trazidos pelo entrevistado, objetivando obter-se melhores esclarecimentos sobre os fatos. A última fase refere-se à finalização da entrevista, em que o entrevistador reproduz um resumo das informações obtidas nas fases anteriores, com o intuito de realizar a conferência com o entrevistado sobre os dados relatados. Além disso, todo o procedimento da entrevista deve ser gravado. (FEIX; PERGHER, 2010).

Cabe pontuar ainda, diante das afirmações até aqui expostas, o ponto de vista de Morais da Rosa a respeito da pureza da criança. O autor afirma que, se revela uma ilusão acreditar que a criança sempre estará dizendo a verdade. Ademais, a noção de que a criança sempre será “pura”, torna-se equivocada, uma vez que a criança pode estar mentindo, em virtude de sua capacidade para imaginação, ou pela sugestão de terceiros. Nesse sentido, é necessário se obter sempre com cautela o seu depoimento. (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 91).

Ao exposto, resta acrescentar que a criança pode reproduzir como uma verdade o acontecimento, fruto de presunções e percepções equivocadas de um adulto que interpretou de forma errada o fato, e conseqüentemente passa a induzir a criança a acreditar que realmente foi vítima de um abuso sexual, implicando em falsas acusações, em que a criança acredita como verdadeiras lembranças. (PISA; STEIN, 2007).

Objetivando-se proteger a criança e o adolescente, vítima ou testemunha de abuso sexual, ou de violência, podendo ser física, psicológica, sexual, e institucional, que o depoimento especial foi criado, pela Lei 13.431/2017. Pode-se constatar que a inexistência de outros meios de prova, em razão da clandestinidade do delito, e a necessidade de se dar valor probatório a palavra da vítima, haja vista, ser o testemunho infantil frágil e suscetível a distorções, conforme já demonstrado, são fatores que justificam a criação desse método de oitiva. (CAMBI, 2014).

O depoimento especial se apresenta como um método para substituir o ambiente formal em que são prestados os depoimentos de vítimas ou testemunhas - crianças ou adolescentes, que supostamente sofreram abuso, para uma sala especial, idealizada para tal fim. Além disso, deve ser gravado todo o procedimento, permitindo assim que o magistrado e as partes possam rever a gravação para dirimir eventuais dúvidas. Os objetivos que visam-se alcançar com este método são: redução do dano no decorrer do

processo em que a criança ou adolescente é parte; garantir-se os direitos da criança e do adolescente, visando a proteção de seus direitos ao ser ouvida, bem como a valoração de sua palavra; e uma melhor produção da prova. (CEZAR, 2007).

Ao tratar da forma como o depoimento especial é dirigido, pode-se verificar que a vítima fica em uma sala separada do seu ofensor, diferentemente da audiência formal, em que a vítima é ouvida pelo juiz na frente do acusado. Nesta sala, cria-se um ambiente recreativo com brinquedos, e a criança fala na forma de narrativa livre com um psicólogo ou assistente social antes da audiência. Acompanham a conversa o magistrado, o promotor e o advogado, por meio de vídeo, não podendo interferir na entrevista. Se preferir, à vítima poderá prestar o depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender. Antes de realizar o depoimento, o profissional pode fazer perguntas a criança, falando de forma aberta sobre os fatos, adequando-se a sua linguagem infantil, estimulando a criança a falar sobre o ocorrido com suas palavras. Todo o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo. (CAMBI, 2014).

É relevante trazer as posições contrárias ao método de oitiva do depoimento especial. Nesse sentido, Moraes da Rosa (2011, p. 89) é categórico ao afirmar que: “A postura infla-se de um inquisitorialismo cego pelo qual se busca, em nome do “bem”, as provas do que se crê como existentes, dado que os lugares, desde antes, estão ocupados: “vítimas e acusados”. O autor salienta ainda que, o procedimento coloca a criança em uma posição como se fosse vítima de fato, e que deve-se considerar que o profissional encarregado de inquirir a criança pode induzi-la, ao trazer os questionamentos das partes e do juiz, adequando a linguagem infantil. Reitera que, torna-se impossível garantir que sua utilização não ocasionará danos, tendo em vista que o depoente pode ser sugestionado pelo entrevistador. (MORAIS DA ROSA, 2011).

Na mesma posição contrária é a visão de Di Gesu (2014, p. 192-193), a qual reitera que mesmo que o procedimento possua a intenção de se preservar a vítima e a testemunha do sofrimento e do constrangimento do processo, e de ter que se relatar o fato, se realmente ocorreu, a oitiva não pode ser feita lesando normas e o devido processo legal. O método fere ainda na visão da autora o princípio da identidade física do juiz, pois o depoimento é intermediado por um terceiro.

É imprescindível que o entrevistador analise todos os aspectos acerca do depoimento, haja vista que, a criança pode mentir e se utilizar da acusação de abuso para cessar outras formas de violência psicológica, física ou por negligência que esteja presenciando. A condição de vítima de abuso sexual pode proporcionar a criança o cuidado e o respeito que talvez esteja lhe sendo negado, criando assim um falso relato, com base em notícias de crimes sexuais que viu na mídia, ou em informações que ouviu de pessoas de seu convívio. (PISA; STEIN, 2007).

Nessa esteira, conclui-se que as reflexões aqui apresentadas referentes à controvérsia acerca do testemunho infantil, deve considerar as capacidades da criança,

bem como as vulnerabilidades referentes ao processo mnemônico, tendo em vista o fato de que o relato de uma criança pode ser a única prova do processo. Assim, o entrevistador deve ser capacitado para conduzir o depoimento, tendo sempre a noção de que a criança pode ser sugestionada facilmente, por terceiros ou por perguntas sugestivas.

## 4 | CONCLUSÃO

Objetivou-se no decorrer do presente artigo, meios capazes de reconstruir os fatos à luz de um Processo Penal Constitucional, em que devem ser primados os direitos e garantias fundamentais. Constatou-se que, apurar a fidedignidade das alegações trazidas ao processo não é uma tarefa fácil, em virtude de se depender da memória das testemunhas e vítimas. Por meio dos estudos acerca da prova, percebeu-se que esta tem função essencial na busca pela verdade, ocupando o ponto mais importante no Processo Penal.

A pesquisa demonstrou a possibilidade de não ser fidedigna a memória do fato com a realidade, em razão de obter-se uma reconstrução parcial aproximada do que foi percebido no acontecimento. Ainda, a emoção pode influenciar diretamente nas lembranças, visto que o crime de fato é carregado de uma forte emoção pela pessoa que é vítima ou que o vivencia, prejudicando na recordação dos detalhes do evento. Observou-se, a partir dos estudos pelo viés da Neurologia, que o período entre a aquisição da memória e a consolidação pode ser frágil e passível a sugestões, apontando-se que as ações de fatores externos ou internos, no intervalo entre o fato e o depoimento, podem alterar a lembrança do acontecimento.

Concluiu-se que a testemunha desempenha um papel importante para o Processo Penal, sendo o meio probatório mais utilizado. Contudo, pode ser contaminada por diversos fatores como o decurso do tempo, a maleabilidade da memória, a forma como o entrevistador conduz a entrevista e a sugestão. Quanto maior o decurso do tempo, maior a probabilidade da vítima ou testemunha incorporar à sua recordação e percepção dos fatos informações externas, por meio da mídia, de parentes, de amigos, ou do entrevistador, contribuindo para o esquecimento e a inflação da imaginação. Verificou-se ainda, que as falsas memórias não decorrem de uma patologia, mas sim do funcionamento normal da memória, em que a pessoa acredita que realmente viveu ou presenciou o acontecimento, se diferenciando da mentira, em que o indivíduo age propositalmente. Confirmou-se, desse modo, a possibilidade de as falsas memórias gerarem sérias consequências, como a condenação de inocentes.

Ao longo do estudo, averiguou-se que os adultos podem ser sugestionados, mas especialmente as crianças tendem a ser induzidas com maior facilidade. O testemunho infantil deve ser tomado com cautela, tendo em vista a capacidade de imaginação do infante, e de ser mais suscetível a sugestão. Ademais, a linguagem e o método do entrevistador podem influenciar no conteúdo mnemônico trazido pela pessoa que está sendo inquirida,

confirmando que os métodos utilizados para oitiva de vítimas e testemunhas devem ser repensados, assim como os riscos de se utilizar apenas a prova testemunhal como único meio de prova. Constatou-se também que a entrevista cognitiva pode ser eficaz, se utilizados os métodos indicados. Já o procedimento do depoimento especial, é objeto de muitas controvérsias pelos juristas, tendo em vista que a criança assume uma posição de vítima que em muitos casos pode não ser de fato, pois as falsas memórias e a sugestão podem levar a uma interpretação errada de um fato, portanto, essa técnica merece aprimoramento.

Por derradeiro, cumpre destacar que o presente estudo objetivou trazer subsídios aos operadores de Direito sobre o fenômeno das falsas memórias e, a fidedignidade da prova testemunhal. Não é um estudo conclusivo sobre a temática das falsas memórias, tem-se ciência de que vários novos estudos podem ser conduzidos por pesquisadores da área do Direito e de outras áreas do conhecimento para a compreensão do fenômeno. A coleta da prova em um tempo razoável, a utilização de tecnologias, como a gravação das oitivas e depoimentos, a adoção da entrevista cognitiva, a exploração de outros elementos, além da palavra da testemunha e da vítima na prova testemunhal, podem contribuir para melhor elucidação dos fatos, e prevenir que inocentes sejam levados injustamente ao cárcere.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. (Personagens do Processo Penal). Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982, v. 2, (Coleção Stvdivm)

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Livro disponível em E-book.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no Processo penal brasileiro**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C.; EYSENCK, Michael W. **Memória**. Tradução de Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BERGSON, Henri. **Matéria e Memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito**. Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção tópicos)

**Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRUST, Priscila Goergen et al. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem Dano e Falsas Memórias. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais**, ano 39, v. 235, set. 2014.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de, STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, ago. 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5675/pdf>>. Acesso em 19 jun. 2020.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Livro disponível em E-book.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de contaminação da prova testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu; MAYA, André Machado. (Org.). **Processo Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IZQUIERDO, Iván. **A arte de esquecer: cérebro e memória**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOFTUS, Elizabeth. Creating False Memories. In: **Scientific American**. Seattle: Set. 1997, v. 277, p. 70-75. Disponível em: <<http://staff.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm>>. Acesso em: 15 maio 2020.

LOFTUS, Elizabeth; KETCHAM, Katherine. **Witness for the Defense: The Accused, the Eyewitness, and the Expert Who Puts Memory on Trial**. New York: St. Martin's Press, 2015. Livro disponível para Kindle.

MARTINS, Rui Cunha. O nome da alma: “memória por hipótese”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. (Org). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Servanda, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O depoimento sem dano e advogado do diabo: a violência “branda” e o “quadro mental paranóico” no Processo Penal. In: AZAMBUJA, Maria Fay de; FERREIRA, Maria Helena Mirante et al. **Violência sexual contra crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Artmed, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536324869/cfi/01/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 06 maio 2020.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

PINTO, Luciano Haussen; PUREZA, Juliana da Rosa; FEIJÓ, Luiza Ramos. Síndrome das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

SADOCK, Benjamin James; SADOCK, Virgínia Alcott; RUIZ, Pedro. **Compêndio de psiquiatria: ciência do comportamento e psiquiatria clínica**. Tradução Marcelo de Abreu Almeida. 11. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

SCHACTER, Daniel L. **The Seven Sins of Memory: How the Mind Forgets and Remembers**. Boston: Houghton Mifflin, 2002. Livro disponível para Kindle.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 43, p. 151-164, abr./jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. v. 3, p. 821-836, jun. 2012. Disponível em: <[TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. \*\*Processo penal\*\*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000169a08917254e313bd6&docguid=ld637cc202d4111e0baf3000085705dd350&hitgu id=ld637cc202d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=2615 &context= 94&crumbaction=ap pend&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk =1>. Acesso em: 23 mar. 2020.</p></div><div data-bbox=)

WELTER, Carmen Lisbôa Weingartner, FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingartner. Recordação de eventos emocionais repetitivos: Memória, sugestionabilidade e falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. (Org.). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. São Paulo: Artmed, 2010.

# A APLICAÇÃO DAS LEIS PENAIS NAS COMUNIDADES INDÍGENAS

*Data de aceite: 02/01/2023*

**Brenda Angelica Nobre da Silva**

Rio de Janeiro

**RESUMO:** Com o desenvolvimento das comunidades humanas em vilas, aldeias e burgos, nasceu a necessidade de organizarem-se em contratos sociais, dando origem a um ordenamento jurídico. O avanço da sociedade moderna nem sempre foi capaz de suprir e mudar costumes tribais, que por vezes podem ir contrário as leis. O presente artigo tem como objetivo abordar alguns costumes culturais praticados em comunidades indígenas do Alto Xingu, que vão de encontro com a lei universal dos direitos humanos e com as garantias fundamentais da constituição federal do Brasil de 1988. Costumes esses que estão previstos como crime no código penal brasileiro. Vamos abordar o “infanticídio” indígena, o abandono de crianças deficientes, filhos de mães solteiras e crianças gemelares. Trazendo uma análise do que é o costume dessas comunidades, em que ponto se chocam com a legislação vigente e os efeitos que causam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comunidade Indígena; Aplicação; Leis Penais.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar práticas indígenas que envolvem homicídio, abandono de crianças deficientes, gemelares e aquelas que são filhos de mães solteiras que apesar de ser um costume tribal, está descrito em nossa legislação como crime contra a vida.

Este trabalho tem como objetivo institucional produzir um artigo científico, como parte do requisito para obtenção do grau de bacharel em direito na universidade Estácio de Sá.

A abordagem deste tema se faz por uma análise do que está previsto nos estatutos, nas leis do código penal, na constituição federal do Brasil de 1988 e de maneira geral, de como é visto tal prática diante da sociedade.

Em linhas iniciais, este trabalho será desenvolvido em três seções principais, quais sejam:

Em um primeiro momento se buscou entender a área de atuação do direito e sua abrangência perante o território brasileiro.



Além de uma pequena introdução contando sobre o início do código penal.

Na continuidade, desenvolve-se acerca da conduta do ser humano contrária ao que está previsto no ordenamento jurídico e na visão atual da sociedade, assim como seus costumes.

Em seguida, vamos tratar e identificar o maior bem jurídico tutelado pelo Estado, o que é feito para proteção dele e a forma como é visto perante a doutrina.

Logo após, analisa-se a possibilidade de modificar um costume já solidificado em uma comunidade e de que forma isso poderia acontecer, além de abordar se o Estado pode agir de alguma forma direta nisso.

O presente trabalho se encerra com as considerações finais, expondo pontos conclusivos sobre o tema abordado e uma análise geral sobre a aplicabilidade das leis penais no Brasil.

O presente trabalho se vale do método investigativo bibliográfico de cunho antropológico e legislativo, coletando dados bibliográficos para entender o costume de determinadas tribos indígenas e o posicionamento diante da legislação vigente.

## **2 | O LIMITE ENTRE O DIREITO E OS COSTUMES**

### **2.1 O direito**

O direito é a ciência jurídica e a organização sistematizada das leis que estão em vigor. Que começa na criação da norma pelo legislativo, até a manutenção dela pelo judiciário.

Com o avanço das civilizações e o crescimento das comunidades, se fez necessário a criação de um sistema que fosse capaz de implementar ordem e organização que disciplinassem as relações humanas.

Para Miguel Reale <sup>1</sup>:"O Direito costumeiro [...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico. O Direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde a sua origem, se reveste de segurança de certeza." (REALE, 2002, p. 156)

#### **2.1.1 O direito penal brasileiro**

Em 1830 foi sancionado o primeiro código penal do império, ainda sim o Estado e a igreja não haviam se separado. O crime ainda era visto como pecado e penas cruéis ainda eram aplicadas. Somente em 1891 com a promulgação da nova constituição, houve o banimento da pena de morte e de banimento.

Em 1932 temos o decreto 22.230 de 14 de dezembro do ano em questão, que ficou

sob responsabilidade do então desembargador Vicente Piragibe, ficando vigente até 1940, onde então surgiria o novo código penal brasileiro, que ainda que tenha sido promulgado em 1940, só entrou em vigor em 1942.

O código penal brasileiro adotou a teoria mista, eclética, intermediária e unificadora ou conciliadora para a retribuição e prevenção do crime.

Que tem a finalidade de punir e prevenir, ou seja, vemos que o preso deverá pagar pelo crime cometido e ao mesmo tempo o código age na prevenção, dizendo a sociedade que se ele cometer tal crime, irá responder de tal forma, com base no que está descrito no artigo.

Para Magalhães Noronha <sup>2</sup>, “É o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”

## **2.2 A Constituição Federal do Brasil**

Nascida no dia 5 de outubro de 1988, conhecida como constituição cidadã, vem estabelecendo a democracia após 21 anos do regime militar.

Trazendo os princípios fundamentais em seu primeiro artigo, os incisos constantes nela são; A soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político.

Em seu artigo terceiro diz: “Constituem objetivos fundamentais da república federativa do Brasil; “Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação”.

E no artigo quinto, dos direitos e garantias fundamentais, em seu caput temos:

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

## **2.3 Costumes**

A definição de costume; é a prática comum de um grupo social, um hábito. No presente artigo vamos tratar de um costume específico, de um povo específico.

Existe o bom costume e o mau costume, geralmente as leis acompanham os costumes de uma sociedade, sendo os bons uma fonte do direito.

O professor Georges Scellé nos escreve:

“O costume é a fonte intuitiva e coletiva da regra do Direito... Não nos admiramos de ver o costume, sendo característico de toda ordem jurídica primitiva e imperfeita, no jogo do Direito internacional, num papel capital, confiante num direito comum, ou “common la” internacional. (CASCUDO, 2004, P.163)

## **2.4 Costumes que estão em desacordo com as leis vigentes**

Se o costume pode ser uma fonte do direito, em que momento pode ir de encontro

com as leis?

Nas tribos indígenas, do alto Xingu há relatos de casos de assassinatos e abandono de crianças, que são justificados pela prática de um costume da tribo.

Costume esse que visa a preservação e o bem-estar de grande parte da tribo. Algumas tribos indígenas do Alto Xingu entendem que permitir que crianças deficientes, frutos de gestação de mães solteiras ou que são gemelares, podem trazer um mau agouro para o grupo, entendem que isso pode influenciar negativamente na vida de todos. Porém, os próprios integrantes dessas tribos não concordam mais com essa visão, estão buscando apoio e acolhimento para que não haja mais práticas assim.

Segundo um trecho do livro da professora Camacho<sup>1</sup>; “Um grupo de 41 mulheres indígenas, representantes de povos diversos, participava de uma reunião cuja finalidade era discutir conceitos básicos relativos a gênero e direitos humanos.

A certa altura da reunião, a antropóloga incumbida pela FUNAI de preparar uma cartilha que serviria de base para a discussão foi indagada pelas mulheres indígenas “Qual é a relação entre os costumes e a cultura?” Aos que lhes respondeu:

“A cultura é constituída por costumes- tanto do pensamento e dos valores, no sentido de normas e modos costumeiros de pensar e julgar, quanto as práticas, no sentido das ações e formas de interação habituais.” (SEGATO,2006, p.2010)

Em consonância com a finalidade que nos congregava, as mulheres (indígenas) recomendaram, então, que se tentasse sempre, durante a formulação das reivindicações de gênero, pensar e sugerir maneiras de modificar os costumes que as prejudicavam [...], o que se apresentou como grande desafio pelo contato com o Ocidente foi a necessidade de implementar estratégias de transformação de alguns costumes, preservando o contexto de continuidade cultural. (SEGATTO, 2006, P.210)

O direito evolui com base na sociedade, nos costumes e na visão do que se faz necessário para contribuição do bom desenvolvimento e convívio humano. Mas quando se diz que o costume influencia no ordenamento jurídico, pode-se de trazer tanto o bom como o mal costume. Ao se entender que a vida é um direito de todos independente da circunstância, as penas de morte e cruéis deixam de existir, penas essas que eram aplicadas pensando no coletivo, na ideia de cessar e não mais haver indivíduos que pudessem fazer mal a determinado grupo, para aquela sociedade era um bom costume e uma forma de preservar a grande maioria, ainda sim, deixou de existir no sistema jurídico atual.

Portanto, se o ordenamento jurídico expõe que todos têm direito a vida e a viver de forma digna, qualquer ato que vá de encontro com isso deve ser considerado errado. Há uma balança e nela o viver sempre tem maior peso. No momento em que o Estado tem ligação direta com as tribos que praticam atos contra o que é trazido pelas leis, ele tem o dever de intervir respeitando obviamente, a cultura e a forma de viver daquele povo.

### 3 I O MAIOR BEM JURIDICO TUTELADO

No início do ordenamento jurídico, a forma como eram punidos aqueles que infringiam as leis, havia penas como a morte, o banimento e trabalhos forçados, diante da mudança das sanções penais e da forma como a sociedade passou a enxergar o ser humano de forma geral, tais práticas foram deixando de serem aplicadas (apesar de ainda haver em alguns países a pena de morte em casos específicos, que são permitidos pela norma vigente desses países) justamente pela visão de que ninguém em nenhuma circunstância possui poder sobre decidir quem pode ou não viver, isso vem de um enxergar que não há justificativa para praticar o cruel.

Com base em nosso sistema jurídico, vemos que há proteção e garantia na constituição federal do direito à vida.

O artigo 5º em seu caput, nos traz que o direito à vida é inviolável, ninguém, nem o Estado tem o poder de arbitrar sobre quem vive ou não, pelo contrário, é dever do Estado garantir que todos os cidadãos possam viver com dignidade e segurança.

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.26).

Garantido na constituição, na declaração universal dos direitos humano, defendida no direito penal, torna o direito à vida como o maior bem jurídico tutelado.

Quando se fala que o código penal brasileiro defende a vida também, se dá pela penalização a tudo que atente a esse direito.

Temos como exemplo, o homicídio, a incitação ao suicídio, o provocar, auxiliar ou realizar aborto, são crimes com penas de perda restritiva de liberdade, como nos traz os artigos 121 ao 128 do código penal brasileiro.

#### 3.1 A criança e o adolescente perante o sistema jurídico

Vemos que em nosso próprio ordenamento jurídico, temos uma parte própria para reforçar e tratar do direito e das garantias da criança e do adolescente. O dispositivo legal reforça o papel do Estado e da sociedade, na proteção da criança e do adolescente.

Trazido pela constituição e pelo ECA, o direito à vida e a garantia de uma vida digna e segura, tem de ser garantido, mas quando esses direitos e garantias são infringidos, o Estado tem o direito e o dever de intervir da forma que se faz necessária.

Porém, há casos em que o próprio Estado é omissivo, como os casos de abandono e assassinatos que acontecem nas comunidades indígenas, que têm como justificativa, a prática de um costume de determinadas tribos.

Deve-se ter um olhar diferente ao lidar com tribos indígenas, não há de se falar em punir e tentar extinguir a prática tornando a sanção penal como “aviso” do que acontece a quem pratique tal ato. Tratando-se de um grupo com vivência, forma de enxergar o mundo

e de agir entre si diferente dos demais da sociedade, há de se falar em uma educação, a intervenção estatal tem de ser feita através do olhar antropológico, do entender aquele grupo e o instruir em direção do correto.

## **4 I A ATUAÇÃO DO SISTEMA JURIDICO NAS DIFERENTES CULTURAS EXISTENTES NO BRASIL**

Para quem é válido o direito, o dever e a justiça? Na constituição federal do Brasil, a resposta é para todos. Todo e qualquer cidadão residente do país, nos limites do território brasileiro.

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

O sistema jurídico deverá ser válido para todos os residentes em território nacional. Tratar o indígena como ser inimputável, além de ser ato equivocados, é desrespeitoso.

“O índio, mesmo os de pouco contato com a sociedade brasileira, sempre teve o desenvolvimento mental absoluto de suas faculdades mentais e condições de entender o mundo que o cerca. Pertencer a uma cultura de valores diversos dos nossos não produz um indivíduo de incompleto desenvolvimento. Para aquelas atividades necessárias à sua vida, o índio se adaptou com eficiência, o que lhe garantiu a sobrevivência até os dias atuais.” Direitos e povos indígenas. (Curitiba: Juruá, 2009, p. 299.)

Para grande parte da sociedade, do “homem branco”, temos o judiciário comum, delegacias etc. Para as comunidades indígenas, temos a FUNAI que tem a função de garantir os direitos dos indígenas (todos os indígenas) e a FUNASA que visa garantir e promover a saúde e o controle de doenças nas comunidades indígenas.

A FUNAI faz essa “ponte” entre as comunidades e o sistema jurídico, tendo como base a constituição, a lei internacional de direitos humanos e ao estatuto do índio.

O parágrafo único, do artigo 1 do estatuto do índio nos traz: Aos índios e às comunidades indígenas se estende à proteção das leis do país, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares, reconhecidas em lei.

Vemos que ainda que haja um órgão próprio para a manutenção dos direitos dessas comunidades, elas se submetem ao mesmo ordenamento jurídico nacional, pelo menos na teoria.

### **4.1 O sistema jurídico nos casos de “infanticídios” e negligências infantis nas comunidades do algo Xingu**

Retratados em livros, documentários, dados de pesquisas e reportagens, os casos de assassinato de crianças, abandono e negligência infantil, ainda é uma realidade viva na

sociedade.

“Faz parte da tradição cultural de algumas tribos indígenas brasileiras a rejeição de crianças portadoras de alguma deficiência (algumas etnias incluem gêmeos e filhos de mães solteiras). Na maioria das vezes, ocorre o homicídio destas crianças. Porém, apesar de se tratar de uma antiga tradição cultural, isso não impede que os pais sofram ao cometerem este ato. Alguns se suicidam logo após, por não suportarem a tristeza e a depressão; outros resistem as pressões e se negam a praticar o ato. (BARRETO, 2008, P.121)”

O sistema tem o dever de interferir, ainda que haja respaldo na lei para proteção aos costumes e práticas culturais, o maior dever do Estado é de proteger e garantir que todos tenham o direito à vida.

O “infanticídio” indígena não acontece como forma vil de acabar com a vida daquele pequeno indivíduo, ela acontece com base em crenças de que há um “mau agouro” na permanência daquela criança na tribo. Eles não entendem a doença ou a forma considerada “errada” da concepção daquela criança como algo natural, vem uma visão do divino e é pensando no bem do coletivo, que praticam o abandono na floresta ou assassinato dessas crianças em casos específicos.

Vale novamente ressaltar, que quando se fala de uma intervenção do Estado, não se faz menção de que o Estado deve trabalhar somente com o julgamento e punição e sim com um trabalho mais educativo e de acolhimento.

No documentário “Quebrando o silêncio” que traz narrativas de sobreviventes e de quem teve que ceder a força da prática cultural, fica nítido o pedido de socorro desses grupos. Aqueles que cederam expressam a dor da perda e da culpa e aos que tiveram que fugir para preservar a vida de seus filhos fica nítido o desamparo. Veja que está sendo exposto pessoas que vivem de forma diferente da grande maioria da sociedade, que veem a vida de forma completamente diferente e quando se têm essa necessidade de fugir de sua própria tribo, o desafio se torna muito maior, o vir para a cidade de alguém que não tem qualquer hábito de viver nela, de fugir da sua origem, só deixa ainda mais nítido o desespero.

“A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar bem-estar e minimizar seu sofrimento. Os direitos humanos perdem, completamente o seu sentido de existir se o ser humano for retirado do centro do discurso e da práxis [...] além disso, a cultura não é estática, imutável. Ao contrário, é a dinâmica e está em constante transformação. Os próprios antropólogos, atualmente, descartam o conceito de cultura como fenômeno social claramente delimitado e fixo. (BARRETO, 2008, P. 123-124)”

## 5 | A POSSIBILIDADE DE MODIFICAR UM COSTUME SOLIDIFICADO EM UMA COMUNIDADE

Diante do choque entre as práticas costumeiras dos povos indígenas e a legislação penal vigente, há que se indagar; diante de certa omissão do Estado, há a possibilidade de modificar um costume solidificado na comunidade?

“É fato que a prática lenta e gradativa dos costumes é que definiu a existência de leis e sempre foi assim, pois as leis não surgiram de decisões de conselhos ou assembleias, mas da capitalização dos costumes. Ou seja, o direito comum- ou o common law- ganhou forma em razão da insistência com que o costume era vivido. (CASCUDO, 2006, P.164).

Os costumes fazem parte da base originária do direito, mas como exposto, há casos em que determinado costume vai de encontro com a legislação o Estado tem o dever de promover informação e conscientização nas tribos indígenas, não vale só recriminar ou deixar que chegue a um nível alarmante para que haja um pronunciamento.

A história de um povo não se perde quando determinado costume deixa de ser praticado, ela existiu, foi de conhecimento de todos, não há de se preservar algo que é lesivo a vida, lesivo a seus integrantes, porque quando o ato abordado acontece, toda a tribo sente, existe aquele olhar de proteger a todos e ao mesmo tempo da perda de todos, do medo, da culpa. E é com base nisso que o Estado e a sociedade devem agir, quando se ouve pela primeira vez que tribos indígenas mata ou abandona suas crianças que não nascem como eles entendem que deve nascer, o primeiro pensamento é de indignação, reprovação, e isso é natural da sociedade e do momento da história humana, mas a visão relativa a esses casos deve ser bem mais ampla.

O projeto de lei nº 1057/2007 que tramita no senado, traz não a punição dos responsáveis pelo ato lesivo, e sim a preservação daquela criança, ele expõe que o Estado tem de acolher a criança e trabalhar efetivamente no diálogo e conscientização daquele grupo, mostrando uma forma de modificação de costume que pode ser eficaz. É um trabalho que requer atenção e dedicação por parte dos órgãos competentes, mas que se feito, pode alterar sem causar qualquer dano toda a forma de pensar daqueles grupos.

Muito do que foi exposto acerca dos casos de abandonando, negligência e homicídio infantil, foi retratado pelos próprios integrantes das comunidades indígenas, o que deixa nítido que a mudança desse quadro, o banimento dessa prática é da vontade até mesmo de quem vive tal realidade. Com o Estado fazendo o papel de mediação e de conscientização, é possível que toda a comunidade finalmente consiga abandonar essa prática que fere o maior bem tutelado pelo Estado, o bem de maior valor, que fere a constituição federal do Brasil e seu ordenamento jurídico.

## 6 | CONCLUSÃO

DIANTE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, O COSTUME PRESENTE NAS

COMUNIDADES INDÍGENAS ESTÁ EM DESARCO COM O QUE É TRAZIDO PELA NORMA. DEIXANDO CLARO, A OMISSÃO DO ESTADO EM CUMPRIR O SEU PAPEL DE GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. AINDA QUE SE TENHA UM PROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO SENADO, QUE VISA COMBATER AS PRÁTICAS NOCIVAS E À PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS INDÍGENAS, TAL PROJETO SEGUE EM TRAMITAÇÃO DESTE 2007, COMPLETADO 14 ANOS SEM SUA EFETIVAÇÃO. DIANTE DE TODO O EXPOSTO, SE TORNA AINDA MAIS NÍTIDO, A URGÊNCIA EM MODIFICAR ESSE CENÁRIO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DESSAS CRIANÇAS E O DIREITO À VIDA, QUE NÃO PODEM CONTINUAR SENDO VIOLADOS. ANTES DA IMPORTÂNCIA DE SE PRESERVAR COSTUMES E PRÁTICAS CULTURAIS, DE SE PRESERVAR RAÍZES HISTÓRICAS, DEVE-SE PRIORIZAR A VIDA, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O MÍNIMO PARA UM EXISTÊNCIA SAUDÁVEL.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Maíra de Paula. Os direitos humanos e as práticas tradicionais. In: SOUZA, Isaac Costa de; LIDÓRIO, Ronaldo (Orgs). **A Questão Indígena**- uma luta desigual: missões, manipulação e sacerdócio acadêmico. Viçosa, MG: Ultimato, 2008, p. 121-124.

Brasil. Câmara dos deputados. Projeto de lei nº 1057/2007, de 11 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362> . Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 17 out. 2021.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. **“Infanticídio” indígena: o dilema da travessia**- 1ed- Curitiba: Appris, 2017.

CASCUDO, Luiz da Câmara. Civilização e cultura. São Paulo – Global, 2004.

Cordeiro, Tiago. A verdade sobre o infanticídio indígena. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/a-verdade-sobre-o-infanticidio-indigena3v0lyrtbqvkd75wye51q3r8/> . Acesso em: 27 set 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20a%20tortura,castigo%20cruel%20desumano%20ou%20degradante>. Acesso em: 27 set 2021. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.26 NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Imprensa - São Paulo, Saraiva, 2004.

REALLE, Miguel. **Filosofia do direito**. Saraiva – Jur, 2002, p. 156 .



SEGATO, Rita Laura. **Antropologia e direitos humanos**: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/mana/a/tRYDbBv8ZQf9SJumpvSywtjb/?lang=pt> Acesso em: 17 out 2021.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba – Juruá, 2009, p. 299.

# OPERAÇÕES COMPLEXAS DOS COMITÊS DE CRISE INSTRUMENTALIZADAS A PARTIR DO DECRETO N. 10.277/2020

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Orleilso Ximenes Muniz**

Cel QOBM - Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar do Amazonas (CBMAM); Esp. em Segurança Pública

### **Helyanthus Frank da Silva Borges**

Cel QOBM – Subcomandante Geral do CBMAM; Esp. em Segurança Pública

### **Alexandre Gama de Freitas**

Cel QOBM – Chefe do Estado Maior Geral (CHEMG) do CBMAM; Esp. em Segurança Pública

### **Alexandre Costa Martins**

Cel QOBM – Chefe da Assessoria Jurídica e Institucional

### **Suiane de Souza Mota**

Tc QOBM – Dir. da DJD

### **José Ricardo Cristie Carmo da Rocha**

Tc QOBM – Comandante do BBE

### **Noeme Henriques Freitas**

1º Ten QCOBM – Oficial de saúde – farmacêutica; Mestrado em Ciências Aplicadas à Hematologia - UEA; Chefe do Setor de Farmácia

### **Raquel de Souza Praia**

1º Ten QCOBM – Coordenadora do Núcleo de Biossegurança do CBMAM; oficial de saúde – enf; Mestra em Gerontologia-UFSM

### **Eduardo Araújo dos Santos Neto**

2º Ten QOABM – Integrante da 3ª Sessão do Estado-Maior Geral do BM-3; Instrutor de cursos para combatentes

### **Rita Márcia Gomes da Silva Pessoa**

3º Sgt QCPBM – Assistente Jurídico da Seção de Justiça e Disciplina – SJD

### **Midian Barbosa Azevedo**

3º Sgt QCPBM – Integrante do núcleo de biossegurança do CBMAM; Esp. em Segurança Pública

### **Fabília da Silva Cunha**

3º Sgt QCPBM – Integrante do núcleo de biossegurança do CBMAM; Esp. em Segurança Pública

### **Warllison Gomes de Sousa**

Cabo QPBM - Integrante do Gabinete do Comandante geral do CBMAM; Especialista em Segurança Pública; Integrante do Núcleo de Biossegurança do CBMAM

**Euler Esteves Ribeiro**

Doutor em Gerontologia pela PUC-RS;  
Reitor da FUnATI (Fundação Universidade  
Aberta da Terceira Idade)

**Ciro Felix Oneti**

Mestre em Educação em Ciências na  
Amazônia; integrante do grupo de pesquisa do  
laboratório GERONTEC da FUnATI

**RESUMO:** Atualmente os comitês de crise estão ganhando muito foco na mídia. A razão é a grande atenção que se dá às ações dos ditos comitês para proteger a sociedade contra os impactos de crises. A lei 10.277/2020 traz amplas descrições sobre a operacionalização dessa estratégia das Forças de Segurança na promoção de qualidade de vida e saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bombeiro-militar, crise, comitê, lei, direito.

**ABSTRACT:** Nowadays the committees of crisis are being enfocused on the media. The reason is the great attention given by the society to their actions to protect people against crisis impacts. The law 10.277/2022 is explaining how these committees are functioning to promote health quality and safety. This article aims to demonstrate how this strategy is important to the society.

**KEYWORDS:** Military fireworker, crisis, comitee, law, law school.

## INTRODUÇÃO

Uma vantagem no modelo de ação dos Comitês de Gestão de Crise (CGC) é a agilidade e resolutividade na tratativa aos problemas pontuais. Essa vantagem se deve ao fato de o Comitê ser composto por todos os órgãos envolvidos diretamente na crise (PUNDER, 2020).

Em tempos recentes a importância da atuação dos CGC têm ficado mais em evidência em parte pela repercussão midiática alcançado por eventos adversos enfrentados pela sociedade amazonense. Citam-se como exemplos casos marcantes como o do desaparecimento de integrantes de um grupo de paraquedistas que foram carregados desde a área urbana da capital amazonense pelo vento forte de uma tempestade e dispersados por vários pontos desde a orla da zona Oeste da cidade, sobre o rio Negro e possivelmente a área florestal do município de Iranduba (GARCIA, 2022).

Um segundo exemplo que também mobilizou forças de segurança (FSs) no estado do Amazonas foi o caso da busca por uma dupla de ativistas pela causa indígena ocorrido numa área fluvial remota localizada no sudoeste do estado. Nesse segundo caso as FSs integrantes dos CGC trabalharam sob intensa pressão da mídia e opinião pública mundial (GOMES, 2022).

Quanto à pandemia de COVID-19 (Coronavirus Disease 19), a estratégia do CGR se tornou ainda mais valorizada e difundida. O comitê de crise instalado pelo Ministério da Saúde (MS) no município de Manaus tem sido fundamental para reorganizar o sistema de saúde local colapsado pela demanda repentina e aumentada de casos de COVID-19 gerando uma grave crise em janeiro de 2021. As estratégias foram definidas em conjunto pelos integrantes da pasta, os órgãos locais de saúde, entidades nacionais e internacionais do setor e ministérios que cuidam da logística. Esses são os agentes de tomada de decisão (BRASIL, 2021).

O CICC (Comitê Integrado de Comando e Controle) está sediando o CGC. Dezenas de reuniões já foram realizadas no local a uma frequência de duas vezes ao dia e segundo integrantes do MS o saldo das referidas reuniões foi positivo (BRASIL, 2021).

O ministro da saúde à época, general Eduardo Pazuello veio a Manaus para acompanhar de perto as ações e estabelecer diretrizes para o enfrentamento da crise. O MS é o responsável por coordenar dentro do comitê a orientação dos trabalhos e a atuação como mediador entre os órgãos para que haja eficácia nas medidas tomadas (BRASIL, 2021).

No CICC foram discutidas todas as ações implementadas no estado para a mitigação da crise, como o suporte ao abastecimento de oxigênio aos hospitais, transferência dos pacientes para outros estados para aliviar a demanda e suporte à campanha de vacinação que se iniciou no início de 2021 no Amazonas. Os membros do CICC são: MS, secretarias de saúde de estado e do município, Fundação de Vigilância em Saúde Doutora Rosemary Costa Pinto (FVS-RCP-AM), Defesa Civil, força Nacional de Saúde, Força Aérea Brasileira, Exército Brasileiro, entre outros (BRASIL, 2021).

## **OBJETIVOS**

Correlacionar as ações desenvolvidas por comitês de crise no Amazonas;

Descrever a integração das Forças de Segurança Pública nos contextos recentes de crise;

Compilar os resultados positivos que agregam mais experiência às corporações;

## **PERCURSO METODOLÓGICO**

Duas técnicas de busca de dados foram empregadas para a realização da presente pesquisa: uma combinação de levantamento bibliográfico com entrevista semiestruturada. Após a definição do problema de pesquisa e da questão norteadora deu-se início à coleta de dados no mês de maio de 2022.

Na primeira etapa uma busca por produções literárias foi empreendida em repositórios virtuais: SCIELO e LILACS norteadas pelo cruzamento dos seguintes descritores: crise, forças de segurança, gabinete e gestão. Como critérios de inclusão foram buscados textos

disponíveis na íntegra e referentes ao contexto da forças de segurança pública. Os textos obtidos embasaram a introdução e ajudaram na formulação do questionário.

A revisão na literatura é especificada por Oliveira (1992) como um procedimento que permite a reunião de dados mediante uma busca ordenada e planejada empreendida em plataformas de armazenamento de dados.

Na segunda etapa um depoente voluntário respondeu a um questionário que foi confeccionado com o propósito de extrair de maneira direcionada as informações sobre as atuações dos comitês de crise em casos recentes de grande repercussão no estado do Amazonas.

De acordo com Lima, Almeida e Lima (1999) as vantagens em se optar pelo método da entrevista semiestruturada são o fato de direcionar a conversa e se aprofundar bastante na extração de dados.

## DESENVOLVIMENTO

Um dos principais marcos regulatórios dos CGC é o decreto 10.277/2020, sancionado pelo presidente da república e que foi oportunamente implementado logo ao início da mais grave crise sanitária da história do Brasil. Sua composição conta com a presença e ação de múltiplas autoridades pública, em especial ministros, todos reunindo-se sempre que convocados pelo Coordenador do Comitê (BRASIL, 2020).

Portanto, pode-se inferir que foi concebida uma estratégia de enfrentamento à crise que comunga as ações de todos os segmentos das forças de segurança. Suas ações ficam demarcadas por participações como por exemplo: fiscalização de comércios, transporte interestadual de cilindros com cargas de oxigênio, auxílio no realocamento de pacientes em unidades de saúde de outros estados para aliviar a demanda local de Manaus, atuação em centros de triagem e organização de hospitais de campanha. Em corporações como o CBMAM (Corpo de Bombeiros Militar do Amazonas) houve também o fornecimento de profissionais de saúde especializados como médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, fisioterapeutas.

Em conferência às publicações do 3º Congresso Brasileiro de Direito Militar foram listadas também áreas de atuação nas quais os CGCs possuem enorme potencial para atuação em circunstâncias como manifestações, repressão à atuação do crime organizado, segurança durante eleições, repatriação, ajuda humanitária, operação de paz e segurança da navegação.

A compilação das fontes encontradas na primeira etapa da pesquisa pôde ser sintetizada como uma confirmação de conceitos pressupostos sobre a essencialidade do comitê de crise.

O militarismo costuma estar bastante presente nas operações dos CGC. Na citação de Servidão e Grandeza Militares é exposto que:

A honra é a consciência, mas a consciência exaltada. É, para cada um, o respeito de si próprio e da beleza da sua vida, levado até a mais pura elevação e até a paixão mais ardente. O homem, ao nome da honra, sente remexer dentro de si qualquer coisa é como uma parte de si próprio, e esse abalo desperta todas as forças do seu orgulho e da sua energia primitiva. Uma firmeza invencível sustenta-o contra todos e contra si próprio nesse pensamento de velar por esse tabernáculo puro, que está no seu peito, como um segundo coração onde habitasse um deus. Daí lhe vêm consolações interiores, tanto mais belas quanto ele lhes desconhece a origem e a razão verdadeiras: revelações súbitas da Verdade, do Belo, do Justo: daí uma luz que caminha diante dele.

Tal trecho pode ser interpretado como uma descrição do fator motivacional que impele o agente das FSs a estar sempre de prontidão a assumir operações que costumam envolver riscos, como é o caso das ações por vezes desenvolvidas nos CGC.

Em recente entrevista concedida a diversos meios de comunicação amazonenses, sobre a situação emergencial recente de desaparecimento de dois ativistas ambientais, vivenciada pelo estado, o Comandante-Geral do CBMAM declarou sobre o sinistro que:

Houve deslocamento até o local do acidente e alocamos recursos especializados, enviamos homens extremamente adaptados ao terreno, que são mergulhadores acostumados a mergulhar em rios de água escura, em rios de água barrenta e com os equipamentos adequados para durar na ação.

Além disso, nós deslocamos também componentes do nosso batalhão de incêndios florestais e meio ambiente. São militares preparados para fazer com qualidade a busca na selva empregando todas as técnicas que são necessárias.

O componente enchente dificulta pois há naquele terreno muitas áreas que poderiam ser varridas por técnicas de busca. Elas são comprometidas em virtude do alagadiço, contudo, todos, os recursos dos órgãos envolvidos estão conjugados para que possamos ter o indício o mais rápido possível do desaparecimento e direcionar mais a nossa busca, tais como: componente aéreo, componente terrestre e componente aquático.

Então estamos envolvidos, com representação do gabinete de crise, que está aqui hoje, efetivamente atuando e assim permanecerá até que tenhamos uma resposta.



Figuras 1 e 2: reunião de integrantes do comite de crise na investigação do caso

Fonte:elaborada pela equipe do CBMAN

## FESTIVAL DE CIRANDAS DE MANACAPURU

Realizado como competição desde 1997, o Festival de Cirandas de Manacapuru é atualmente o segundo maior festival folclórico do estado do Amazonas. Ocorre no último fim de semana de Agosto, contando com a participação de três agremiações locais. Reúne anualmente cerca de 60 mil espectadores na Arena Parque do Ingá. (SEC, 2019). O exemplo do planejamento para este festival ganha um tópico à parte por conta da magnitude do evento e seus respectivos cuidados por parte dos CGCs.

Durante a última noite de apresentações da edição de 2022 do Festival de Ciranda, ocorreu um acidente com causas ainda sob investigação. Contudo, informações preliminares indicam que a haste do guindaste que suspendia uma alegoria com mais de 20 brincantes envergou fazendo com que a mesma caísse ao solo. (G1AM, 2022).

A assistência prestada pela equipe do CBMAM foi imediata, O tempo de resposta foi de apenas dois segundos após a ocorrência do sinistro. As equipes do CBMAM já se encontravam posicionadas em prontidão na Arena Parque do Ingá para o caso de uma eventual fatalidade ocorrer (G1AM, 2022). Infelizmente uma das vítimas foi a óbito cerca de uma semana após o sinistro ( AMAZONAS ATUAL, 2022).

A assistência prestada foi determinante no sucesso do tratamento da grande maioria das vítimas. A equipe de combatentes do CBMAM estava bem dimensionada para responder à ocorrências num evento deste porte. As unidades móveis de resgate realizaram em tempo hábil o transporte de feridos de maior gravidade para pronto-socorros da capital amazonense.

A organização do evento decidiu que não haveria uma ciranda ganhadora e o

CBMAM foi encarregado de queimar os envelopes ainda lacrados com as notas atribuídas pelos jurados (PORTAL BARE, 2022).

## **PONTE DA BR-319**

Recentemente um caso de grande impacto regional foi o desabamento da Ponte Curuçá no município de Careiro Castanho com veículos e pedestres transitando sobre a estrutura no momento do incidente na manhã de 28 de setembro de 2022. O socorro inicial aos feridos foi prestado por testemunhas, algumas das quais haviam escapado de ser vitimadas pela ponte por estarem trafegando um pouco antes ou após o ponto de ruptura estrutural (G1AM, 2022).

Em seguida, chegaram equipes das forças de segurança para intervir. Integrantes do CBMAM puderam pôr em prática a experiência e técnicas para cenários de desastres. Havia diversos perfis de vítimas, desde as que saíram caminhando da cena do acidente com poucas escoriações até aos feridos que necessitaram de resgate com encaminhamento para unidades especializadas em traumatologia na capital do estado (G1AM, 2022)

A contagem mais atual indica 14 feridos, 4 mortos e um desaparecido. A infraestrutura dos transportes rodoviários no Amazonas restou ainda mais comprometida cerca de 10 dias depois com mais uma ocorrência de desabamento na mesma rodovia BR-319 de contexto muito similar, porém sem vítimas pois por prevenção essa ponte do KM 12 estava interditada (FOLHA, 2022).

Mais uma vez um CGC precisou ser instalado, o anúncio foi feito pelo governador Wilson Lima no mesmo dia do sinistro com a primeira ponte. O Governador se pronunciou da seguinte forma: “Suspendi minha agenda de campanha hoje para coordenar as ações em apoio às vítimas do acidente que aconteceu na BR-319. Nossas equipes já estão no local para fazer o atendimento. Também montamos um comitê com representantes de diversos órgãos para alinhar as ações” (CENARIUM, 2022).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O recente histórico da implementação dos CGC no estado do Amazonas demonstram que essa estratégia é bastante funcional e resolutiva para manejar situações de risco à sociedade civil. Paralelamente, as vivências tidas pelos agentes das FSs se convertem em experiências que são passadas adiante através de registros amplos.

O hábito de se registrar adequadamente a natureza dos eventos, os impactos sociais, as medidas tomadas e os resultados dessas implementações é uma medida que precisa ser continuamente adotada. Esses registros fomentam novos aprendizados para experiências futuras, como no caso das experiências adquiridas após a fatalidade no festival em Manacapuru.



Situações calamitosas ocorridas na capital do Amazonas nos últimos anos, como incêndios em bairros de periferia e as duas ondas de COVID-19 acompanhadas de crise no abastecimento de oxigênio demandaram o estabelecimento de comitês de crise. Nesses casos, a multidisciplinaridade foi uma ferramenta requisitada e marcante que intensamente contribuiu com o desfecho a essas problemáticas extremamente danosas à sociedade.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS ATUAL. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/morre-umas-das-vitimas-de-acidente-em-ciranda-de-manacapuru/>. Consultado em 20 set 2022;

BRASIL. Decreto nº 10.277, de 16 de março de 2020. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=10277&ano=2020&ato=7afoXQU1EMZpWT3dc>>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comitê de crise instalado no Amazonas tem sido ponto chave na reorganização do sistema de saúde local. 14 fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/comite-de-crise-instalado-no-amazonas-tem-sido-ponto-chave-na-reorganizacao-do-sistema-de-saude-local>>. Acesso em 17 jun 2022.

CUPERTINO, Joaquim Luís. **Direito Militar**. Lisboa: Serviços Gráficos da Academia Militar (Reedição), v.6-7, 1985.

FOLHA SP. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/10/ponte-da-br-319-desaba-no-amazonas.shtml>. Acesso em: 10 out 2022.

G1, Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2022/09/02/acidente-com-guindaste-em-festival-no-am-16-vitimas-seguem-internadas.ghtml>. Consultado em 20 set 2022;

GARCIA, I. Após 30 dias, bombeiros do AM encerram buscas por paraquedista desaparecido. **Uol**, 15 de maio de 2022. Disponível em: <<https://cultura.uol.com.br/cenarium/2022/05/15/193630-apos-30-dias-bombeiros-do-am-encerram-buscas-por-paraquedista-desaparecido-amp.html>>.

GOMES, B. Bruno e Dom: Marinha e Bombeiros localizam embarcação usada pela dupla. **Uol**, 19 de junho de 2022. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/06/19/bruno-dom-embarcacao.htm>>.

LIMA, M. A.; ALMEIDA, M.C.; LIMA, C.C. A utilização da observação participante e da entrevista semiestruturada na pesquisa de enfermagem. **Revista gaúcha de enfermagem**, vol. 20, n. especial, p.130-142, 1999.

OLIVEIRA, A. L. **Produção científica brasileira da área de Enfermagem Obstétrica 1956-1986**. Tese - Escola paulista de medicina da Universidade federal de São Paulo, São Paulo, 1992.

PORTAL BARE. Disponível em: <https://portalbare.com/2022/08/29/notas-das-cirandas-de-manacapuru-sao-queimadas-nao-havera-campeao/>. Consultado em: 20 set 2022.

PUNDER, Patricia. Qual a importância do comitê de crise para as empresas em tempos de coronavírus? Law Innovation, 18 de maio de 2020. Disponível em: <<https://lawinnovation.com.br/qual-a-importancia-do-comite-de-crise-para-as-empresas-em-tempos-de-coronavirus/>>. Acesso em 16 jun 2022.

REVISTA CENARIUM. Disponível em: <https://revistacenarium.com.br/governador-do-am-anuncia-comite-de-crise-em-apoio-as-vitimas-de-acidente-em-ponte-na-br-319/>. Acesso em: 11 out 2022.

Secretaria de Cultura e Economia Criativa (SEC). Disponível em: <https://cultura.am.gov.br/portal/festival-de-ciranda-agita-manacapuru-no-fim-de-semana/> Consultado em 20 de setembro de 2022.

# O DIREITO MILITAR E A CONQUISTA DE CÓRDOBA POR FERNANDO III (1236)

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Lucas Vieira dos Santos**

Universidade Estadual de Maringá - UEM  
Laboratório de Estudos Medievais – LEM  
Maringá – Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/9621649896074681>

### **Jaime Estevão dos Reis**

Universidade Estadual de Maringá - UEM  
Laboratório de Estudos Medievais – LEM  
Programa de Pós-Graduação em História  
– PPH/UEM  
Mestrado Profissional em Ensino de  
História – ProfHistória – UEM  
Maringá – Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/0512479141984737>

**RESUMO:** Este texto discute a prática da guerra no reinado de Fernando III, de Castela e Leão (1230 – 1252). Fundamentamos a discussão em duas fontes: a *Crónica Latina de los Reyes de Castilla* (1999) e a *Primera Crónica General de España* (1955). As expedições militares orquestradas pelo monarca contra os muçulmanos instalados na Península Ibérica são o foco deste estudo. Portanto, para investigar a logística utilizada nas campanhas militares e a composição dos exércitos cristãos, discorreremos sobre o direito militar peninsular

e as especificidades dos ataques do rei castelhano-leonês. Para exemplificarmos, analisaremos, sobretudo, a tomada de Córdoba em 1236, por Fernando III, sua primeira grande conquista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Militar, Fernando III, Conquista, Córdoba.

### **MILITARY RIGHT AND THE CONQUEST OF CORDOBA BY FERNANDO III (1236)**

**ABSTRACT:** This paper is focused on the practice of war during Fernando III's reign in Castile and Lion (1230-1252). Our thesis is grounded on the analysis of two sources: the *Crónica Latina de los Reyes de Castilla* (1999) and *Primera Crónica General de España* (1955). Our primar goal is to study the military expeditions leded by the king against the muslims living in the Iberian Peninsula. Therefore, in order to investigate the logistics involving the Christian armies' military campaigns and composition, we question the peninsular military law and the specificities of the castilian-leonese king's attacks. To exemplify, we are going to analyze, mostly, the taking of Córdoba by Fernando III in 1236, his first great conquest.

**KEYWORDS:** Military Law, Fernando III,

## 1 | INTRODUÇÃO

Os conflitos entre cristãos e muçulmanos na Península Ibérica, iniciaram-se poucos anos após a chegada dos invasores do norte da África, no início do século VIII. Em 722, deu-se, efetivamente, a primeira vitória significativa das forças cristãs, acontecimento que definiria o embate entre cristãos e muçulmanos durante toda a Idade Média. Denominado de Reconquista, os enfrentamentos representaram séculos de batalhas de pequena e grande expressão. No século XIII, Fernando III, rei de Castela e Leão (1230 – 1252), destacou-se como o monarca que mais recuperou territórios ocupados pelos muçulmanos.

Fernando III ascendeu ao trono castelhano graças à perspicácia e influência política da rainha Berenguela, sua mãe, que renunciou ao direito à sucessão monárquica, para que seu filho assumisse o reino. Após alcançar a coroa, antes mesmo de unificá-la diante da nomeação em Leão, retomou as ofensivas do processo de Reconquista. Em 1224, perante os grandes nobres do reino, o monarca pediu apoio político-militar para que os cristãos aproveitassem a discórdia entre os muçulmanos para declarar guerra (CRÔNICA LATINA DE LOS REYES DE CASTILLA, 1999, p. 74).

A proposta do rei era dar continuidade aos avanços dos seus predecessores, objetivando obter o domínio da Península. Inicialmente, Fernando III partiu em direção à Quesada (1224), expedição que marcaria uma jornada de enfrentamentos que o tornaria, no fim do seu reinado, em 1252, o maior conquistador de territórios até então ocupados pelos muçulmanos.

Para combater os muçulmanos e retomar territórios, os cristãos realizaram campanhas militares e redigiram diversos foros sobre direito militar. Estes documentos regulamentavam, entre outras coisas, o papel dos cavaleiros do reino que participavam das *huestes*<sup>1</sup>.

O ambiente cercado pela iminência de conflitos armados gerou a necessidade de legislações que normatizassem os enfrentamentos com os muçulmanos. Em regiões de fronteira, onde a conquista e perda das terras eram constantes, os documentos jurídicos legitimavam a ação dos combatentes (PALOMEQUE TORRES, 1944, p. 207), de modo a garantir um contingente mínimo de guerreiros à disposição, regular as relações de hierarquia das tropas ou propor direitos a serem respeitados e deveres a serem cumpridos.

O acirramento dos confrontos a partir do século XI, momento em que os reinos muçulmanos passavam por crises internas e que se demonstrou propício para a efetividade das investidas de Reconquista, também provocou um aumento de produção de documentos militares, sobretudo, nos séculos seguintes, com uma política de guerra mais estruturada.

---

<sup>1</sup> Em português, traduz-se como *hoste*. Doravante, a não ser quando tratarmos sobre questões etimológicas, utilizaremos a forma traduzida.

## Segundo Salvador de Moxó (1961):

[...] a riqueza legislativa militar presente nos foros dos séculos XII e XIII [...] contrasta, evidentemente, com a parcimônia dos anteriores. Aquela foi a época mais interessante e frutífera no âmbito do Direito Militar ao longo da Idade Média espanhola (MOXÓ, 1961, p. 13)<sup>2</sup>.

Francisco Javier Díaz González (2003, p. 39) afirma que, a partir do exame dos foros municipais castelhanos-leoneses, é possível perceber duas formas de se fazer a guerra: ofensiva e defensiva. Isto se deu, também, em razão das estratégias militares que predominavam.

Uma vez que a guerra medieval se consolidou como um processo de avanço por etapas, no qual, por conta dos sólidos sistemas defensivos, compostos por fortalezas fixas ou abrigos temporários (NICHOLSON, 2004, p. 67–68), as ofensivas de exércitos passaram a ser marcadas pela intenção de conquista de certas fortificações estratégicas para, então, as tropas se prepararem para uma nova marcha de batalha.

Assim, ao passo que as estratégias militares envolviam cada vez menos confrontos em campo aberto e cada vez mais longos acampamentos exigidos pela necessidade do cerco de fortificações, a regulação do serviço militar também sofreu alterações.

O arranjo eficaz das tropas comandadas por Fernando III, foi resultado de um planejamento militar sólido e da utilização de serviços bélicos devidos ao reino por parte de seus súditos. Ademais, a relação entre os fatores políticos, logísticos, financeiros, organizativos e militares foram questões determinantes para os resultados dos conflitos (GARCÍA FITZ, 1998, p. 842).

Analisaremos a logística empregada na expedição que culminou na conquista de Córdoba, em 1236, a primeira grande vitória de Fernando III. Entretanto, antes de fazê-lo, abordaremos aspectos fundamentais sobre o direito militar na Península Ibérica, apontando para a conjuntura em que essas batalhas ocorreram e foram organizadas<sup>3</sup>.

## 2 | O SERVIÇO MILITAR NA PENÍNSULA IBÉRICA

Esta discussão fundamenta-se em duas fontes: a *Crónica Latina de los Reyes de Castilla* (1999) e a *Primera Crónica General de España* (1955). Os dois documentos analisados foram elaborados em períodos próximos aos acontecimentos descritos por seus autores. O primeiro texto foi retirado de um manuscrito encontrado por Georges Cirot em 1912, e a versão que utilizamos foi editada por Luis Charlo Brea (1999). Presume-se que tenha sido escrita por Juan Dominguez, bispo de Osma, e a narrativa, em que demonstra um conhecimento presencial dos fatos descritos, torna a fonte ainda mais valiosa.

2 No original: Por lo que respecta a España, hay que destacar la riqueza legislativa militar contenida en los fueros de los siglos XII y XIII que contrasta evidentemente con la parquedad de los anteriores. Fué aquella época la más interesante y fructífera dentro del ámbito del Derecho Militar a lo largo de la Edad Media española (MOXÓ, 1961, p. 13).

3 Este texto foi publicado originalmente como artigo para o XI Encontro Internacional de Produção Científica (EPCC) em 2019. Revisto e ampliado para esta publicação.

Já a *Primera Crónica General de España* (1955) foi organizada a mando de Alfonso X, o Sábio, filho de Fernando III. Nesta obra, redigida com o auxílio de diversos especialistas, estes discorrem sobre acontecimentos que remontam desde a Antiguidade à morte do rei Fernando. A versão utilizada neste estudo foi editada por Ramón Menéndez Pidal.

Mesmo que não se trate de obras cujo assunto principal seja o aspecto legislativo, associados ao debate historiográfico, os documentos supracitados permitem uma investigação abrangente sobre a guerra durante o reinado do monarca castelhano-leonês e a convocação e articulação de homens para combate. Logo, trata-se de fontes muito úteis para o estudo de práticas de combate no decorrer do medievo.

Remontando às tradições legislativas visigodas expressas por meio de foros, para os peninsulares, o serviço militar era uma obrigação de todos os indivíduos. De acordo com os tratados, os exércitos, quando convocados pelo rei, deveriam armar-se e acudir à expedição pública (DELL'ELICINE et al, 2017, p. 171).

No *Fuero Juzgo*, nota-se a preocupação com a legislação como elemento de segurança do reino. Além disso, este código jurídico destaca autoridade do rei frente à hoste:

Defendemos bem nossa terra e nosso reino pelas leis que fazemos quando podemos nos defender e temos quem nos defenda. Que possamos encontrar em nossa terra muitas pessoas que lutem por nós, e que nos defendam. [...] portanto determinamos nesta lei que aqueles que são franqueados, e todos os outros que vieram deles, todos aguardem o rei na hoste; e o rei determina como devem andar, e como devem fazer, e aquele que ficar em casa enquanto o rei faz hoste, e não quiser seguir o rei, como foi dito, seja levado em servidão daquele senhor que ele franqueou. Mas aqueles que se estabelecem na terra para algum negócio ordenado pelo senhor, ou pelo rei, ou pelo conde, ou por qualquer outra coisa, não tenham medo desta lei, já que não podem ir de nenhuma maneira (FUERO JUZGO, 1815, p. 171)<sup>4</sup>.

Neste sentido, Maria J. García Vera e María C. Castrillo Llamas (1993) apontam para a importância e prestígio conferidos aos indivíduos que participavam da guerra e, portanto, colocavam a serviço do monarca seu corpo e armas, demonstrando que, embora houvesse a obrigação, estes guerreiros eram gratificados:

[...] não se deve estranhar que o guerreiro goze de grande importância na sociedade da época, pois quando vai servir ao seu senhor coloca à disposição deste seu corpo e suas armas. O alto custo do equipamento completo justificava a estima que outorgava a sociedade ao serviço prestado pelo guerreiro (GARCÍA VERA; CASTRILLO LLAMAS, p. 24, tradução nossa)<sup>5</sup>.

---

4 No original: Nos guardamos bien nuestra tierra e nostro regno por las leyes que fazemos estonz quando nos podemos defender de nuestros enemigos, e avemos quien nos defenda. [...] por ende mandamos en esta ley que aquellos que son franqueados, e todos los otros que vinieren dellos, todos aguarden el rey en la hueste; hy el rey les mande cuemo devan andar, e cuemo devan fazer, e aquel que fincare en casa en el tiempo quel rey fiziere hueste, e non quisiere seguir el rey, assí cuemo es dicho, sea tornado en servidumbre daquel senor quel franqueó. Mas aquellos non sean temidos por esta ley los que fincaren en la tierra por algún negocio de mandado del senor, o del rey, o del conde, o por otra cosa tal, que por nenguna manera non pueden ir (FUERO JUZGO, 2018, p. 171).

5 No original: [...] no debe extrañar que el guerrero goce de gran importancia dentro de la sociedad de la época, pues cuando acude a servir a su señor pone a disposición de éste su cuerpo y sus armas. El alto coste del equipo completo

Embora o direito à intimação para guerra fosse garantido inicialmente ao rei, havia, no século XIII, uma estrutura militar segundo a qual os senhores possuíam amplo poder bélico. Os laços de vassalagem – embora não tenham ocorrido conforme o feudalismo “tradicional” na Península Ibérica – permitiam que reis e senhores contassem com *militēs* ou homens a cavalo e, em alguns casos, sua fidelidade também poderia ser paga com terras e soldadas (PISNITCHENKO, 2016, p. 64).

Ademais, as *hostes* não eram o único dever militar do povoado. A *cavalgada* e o *fonsado*, sendo este último tratado por alguns autores como um termo distinto de *hueste*, embora não seja uma abordagem terminológica consensual, também faziam parte da realidade do período.

Para Rodán Jimeno Aranguren (2007, p. 37), *hoste* e *fonsado* eram sinônimos, ainda que este último termo tenha sido mais utilizado com o passar do tempo. De acordo com a dinâmica das relações de poder da época, ambos poderiam ser convocados não só por um monarca, mas também por senhores e conselhos. Por conseguinte, poderiam também ser patrocinados pelo rei, por um conselho, senhor ou arcebispo (DÍAZ GONZÁLEZ, 2003, p.40).

Com relação à origem etimológica dos termos, até o século VII, ir ao *fossatum* significava ir à guerra. Ainda assim, não há consenso historiográfico quanto a equivalência das expressões. Segundo Javier Alvarado Planas (2013), no *Liber Iudiciorum*, o termo *fossatum*, diz respeito a fosso ou limite territorial. Portanto, para Eleonora Dell’Elicine (et al 2017, p. 171), isso poderia significar que o *fonsado* designasse uma expedição militar com o dever de defender e segurar imediatamente uma fronteira sob ataque.

Contudo, alguns autores afirmam que as distinções entre *fonsado* e *hueste* se devem apenas a questões de magnitude. Para Agustín Ubieto Arteta (1966, p. 93 – 100), esta última, designaria uma expedição militar de grande alcance, onde um contingente maior de guerreiros deveria ser recrutado para a batalha. Por outro lado, para casos em que o conflito demonstrava ser mais simples, o *fonsado* era requisitado e, assim, menos indivíduos precisavam se juntar ao exército.

Para além destes deveres jurídico-militares supracitados, diversos documentos hispânicos se referem ao *apellido* e às *cabalgadas*. Esta última, é definida da seguinte maneira:

[...] dentre as guerras ofensivas, cabe destacar a cavalgada, que era uma rápida incursão a cavalo por terra inimiga, seguida, por norma, de um ataque surpresa a uma cidade, fortaleza ou acampamento e que tinha como finalidade a devastação dos campos, povoados e torres de defesa que se encontravam pelo caminho, fazendo prisioneiros e saqueando. Dos cavaleiros que compunham a cavalgada, se destacavam grupos de vanguarda que saqueavam o território e, a estes grupos, chamaram *algaras* (DÍAZ GONZÁLEZ, 2003, p. 40, tradução nossa)<sup>6</sup>.

---

justificaba la estima que otorgaba la sociedad al servicio prestado por el guerrero.

6 No original: [...] dentro de la guerra ofensiva, cabe destacar la cavalgada, que era una rápida incursión a caballo por

O caráter ofensivo anunciado no trecho acima demonstra a dinâmica da guerra no período, mas, além dos modelos de serviço militar previstos juridicamente que enunciamos, explicaremos o *apellido*. Este poderia ser definido como um chamamento defensivo, do latim tardio *apellitum*, termo pelo qual diversos reinos hispânicos se referiam ao chamado de vizinhos de um determinado local ou comarca para que acudissem a um ambiente ameaçado (JIMENO ARANGUEREN, 2007, p. 40).

Anunciado o debate sobre as divergências quanto ao significado dos termos, utilizaremos a expressão *hoste* para nos referirmos a um exército expedicionário público ou privado. Adotando o sentido mais abrangente deste termo, exploraremos as expedições militares contra os muçulmanos organizadas por Fernando III para compreendermos sua aplicação prática.

De acordo com Pierre Bonassie (1985), a expressão *hueste* é derivada do latim *hostis*. O autor assevera que o *ost*, no decorrer da Idade Média, foi utilizado para qualificar situações de guerra ou que se referissem à atividade guerreira. Ademais, a partir do século XI, quando os indivíduos que não possuíam recursos para atender ao chamado de guerra, passaram a ter a opção de pagar taxas para substituir o serviço. Até mesmo esse pagamento foi denominado *hoste* (BONASSIE, 1985, p. 115).

Por fim, ao longo do medievo, as expedições militares tornaram-se cada vez mais caras, diminuindo o número de indivíduos que de fato poderiam arcar com os custos de armamentos, armaduras e participar destas batalhas. Portanto, no século XIII, quando Fernando III passou a disputar territórios com os muçulmanos instalados na Península Ibérica, as campanhas se configuravam como um serviço bélico prioritariamente a cavalo, que os nobres ou *militēs* deviam ao rei ou a seus senhores (SILVA, 2011, p. 93). Isto posto, o monarca, ao convocar suas tropas, o fazia segundo permitia a estrutura prevista pela tradição legislativa peninsular e utilizava-se dos laços de vassalagem.

### 3 | FERNANDO III: LOGÍSTICA MILITAR E A CONQUISTA DE CÓRDOBA (1236)

Para além da composição dos exércitos, as técnicas bélicas de Fernando III merecem destaque. O modo de guerrear no decorrer da Idade Média, marcado pelo conflito por tomada de posições-chave e do confronto de desgaste, foi impactado diretamente pelas noções de direito militar do contexto e vice-versa. Aqui, utilizaremos a exposição do domínio de Córdoba enquanto exemplo para a aplicação prática da guerra.

Conforme a logística militar empregada no período, ataques que desencadeavam batalhas campais eram incomuns (MORETTI JUNIOR, 2015, p. 18), postos em prática apenas em último caso ou quando havia certeza da superioridade diante do atacado.

---

tierra enemiga, seguida, por regla general, de un ataque por sorpresa a una ciudad, fortaleza o campamento y que tenia por finalidad la devastación de los campos, poblados y torres de defensa que se encontraban al paso, haciendo prisioneros y recogiendo botín. De los caballeros que componian la cavalgada se destacaban grupos de vanguardia que saqueaban el territorio y a esos grupos se les llamó algaras (DÍAZ GONZÁLEZ, 2003, p. 40).



Graças aos consolidados mecanismos de defesa medievais e, sobretudo, às muralhas ao redor de cidades importantes, as guerras de cerco tornaram-se mais comuns.

O defensor frequentemente tinha ao seu lado vantagens de terreno e, enquanto quem ataca opera em maior vulnerabilidade, os sitiados operam dentro de suas próprias linhas de defesa, movendo soldados para pontos mais ameaçados. Por outro lado, unidades de ataque frequentemente se dispersavam para efetuar avanços e se tornavam alvos fáceis. Sendo assim, neste contexto, a guerra era vencida por quem conseguisse articular suas estratégias defensivas e ofensivas de modo a não permitir brechas para o ataque inimigo durante a execução do cerco (VERBRUGGEN, 1997, p. 320).

Além disso, as fortificações apresentavam ainda mais vantagens e funcionalidades:

Um castelo ou torre sob cerco desempenhava um papel defensivo, mas castelos também cumpriam importantes funções ofensivas. Como bases operacionais para forças móveis, as fortalezas atuavam como bases de suprimento e refúgio para tropas que não estavam ativamente envolvidas no campo. Áreas amplas eram dominadas a partir desses lugares (JONES, 1999, p. 164, tradução nossa)<sup>7</sup>.

Apesar da relevância destes pontos, as fortificações eram, frequentemente, improvisadas. Ao longo da Alta Idade Média, os sistemas de defesa temporários foram predominantes; na Idade Média Clássica, entretanto, se consolidam as defesas permanentes. Mesmo assim, de acordo com Helen J. Nicholson, em situações em que o conflito saía do controle, as fortificações que a princípio não eram projetadas para defesa serviam de abrigo (NICHOLSON, 2004, 67–68).

Questões naturais também influenciavam na prática da guerra. A região de Leão, por exemplo, por apresentar um relevo de planalto, fomentou a construção de castelos com plantas irregulares (adaptadas ao terreno) e com formato ovalado. Também era comum que se aproveitasse as defesas naturais, como fossas ou muralhas de terra (GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, 1992, p. 34–35). Para além do ambiente, algumas necessidades específicas exigiam alterações em projetos e plantas de fortificações.

Como pontua Joseph F. O’Callaghan (2004, p. 124), os castelos frequentemente surgiam a partir de uma torre simples e as cidades se desenvolviam ao redor gradualmente. A altura desses edifícios favorecia a visão de inimigos que se aproximassem a milhas de distância.

Embora houvesse muitos tipos de fortificações, a imagem clássica do castelo medieval é a da fortaleza da colina; um forte cercado por uma vala e construído sobre uma área mais alta com torres ao redor. Em caso de uma deficiência dos muros nesse tipo de construção, era comum que fossem reforçados com vigas de madeira (NICHOLSON, 2007, p. 67).

---

<sup>7</sup> No original: “A castle or town under siege played a defensive role, but castles also fulfilled important offensive roles too. As operational bases for mobile forces, strong-holds acted as supply bases and safe-havens for troops not actively engaged in the field. Broad areas were dominated from these places (JONES, 1999, p. 164).”

Ademais, as interações de séculos de convivência com os islâmicos interferiram diretamente na maneira como os cristãos peninsulares planejavam sua arquitetura, sobretudo a de caráter defensivo; assim sendo, a utilização de cubos semicirculares nas muralhas e fabricação de silhares, por exemplo, resultam da influência dos castelos de construtores muçulmanos (GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, 1992, p. 37).

Ao longo da Idade Média Clássica, as regiões de fronteiras passaram a ser tomadas por grandes muros que cercavam vilas. Os reis incentivavam a habitação desses locais em prol da segurança desses pontos que já tinham sob seu domínio. No século XIII, tornam-se comuns os castelos de planta retangular, de onde partem os muros que protegem as vilas (GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, 1992, p. 41).

Nesse contexto, assédios de exércitos ao redor das defesas inimigas poderiam se prolongar por um certo período. Entretanto, o tempo era um grande oponente para defensores e invasores. Enquanto os custos para os invasores representavam uma preocupação, já que se tornava mais caro sustentar tropas, quando os cercos se estendiam, para os sitiados, a longa duração de um confronto representava uma ameaça de esgotamento de mantimentos.

Isto posto, as guerras de posição também envolviam guerras de desgaste, pois estas abrangiam “[...] cavalgadas, pilhagens, incursões, destruições dos campos e demais atividades responsáveis pelo enfraquecimento do inimigo (MORETTI JUNIOR, 2015, p. 60)”. Notamos diversas passagens em que os exércitos aparecem atacando e devastando as plantações inimigas ou sitiando a região visada. As tropas em avanço buscavam aniquilar os adversários pela falta de alimentos, de auxílio externo e até mesmo pela fragilidade psicológica que fomentavam.

Logo nas primeiras empreitadas de guerra organizadas por Fernando III, notamos a utilização desta estratégia:

Levantam os acampamentos e avançam rapidamente dirigindo seus exércitos até Jaén, e devastam o território circundante, exceto o que estava sob domínio do rei de Baeza. Se aproximando da nobre e habitada cidade de Jaén, a assediaram e expugnaram durante muitos dias, e retiveram cercados todos os que estavam na vila, devastando hortas, trepadeiras, árvores e colheitas (CRÓNICA LATINA DE LOS REYES DE CASTILLA, 1999, p. 78).

Embora as guerras de assédio tenham sido empregadas nas mais célebres conquistas de Fernando III: Córdoba (1236) e Sevilha (1248), não eram a única alternativa para vencer defesas sólidas. Segundo Richard Jones (1999, p. 168 – 169), o uso de maquinários pesados para derrubada de muros também era uma opção. O maquinário de assalto, principalmente trabucos, manganelas e balistas, preocupavam e levaram os construtores de fortalezas a alterarem as plantas das fortificações com o passar do tempo (JONES, 1999, p. 174).

No entanto, essa não era uma alternativa bélica bem-vista, já que o método era

mais agressivo e destrutivo. Além de, em alguns casos, envolver uma quantia monetária maior para sua execução, essas ações imediatistas poderiam minar possíveis acordos estratégicos com monarcas adversários.

Ademais, conforme expõe Francisco García Fítz (2001), as investidas deviam objetivar a conquista de pontos estratégicos. Para o autor, conquistar vilas e cidades com posições privilegiadas garantia um local para abastecimento de tropas e organização militar para futuros ataques. Nesse sentido, a conquista de Córdoba conferiu a Fernando III um ponto de avanço importante para as futuras investidas na região do Vale do Guadalquivir.

O interesse do rei cristão nos domínios cordoveses se devia, para além do interesse militar, ao esplendor do reino muçulmano e sua importância simbólica para o Islã. Ricardo da Costa (2008) assevera que os escritores islâmicos do período acreditavam que naquela terra os exércitos dos seguidores de Alá eram favorecidos.

Fernando III toma parte no assalto para conquista de Córdoba apenas após seis anos de incursões na Península Ibérica e de ter se consolidado politicamente. O monarca, em 1224, com a permissão da rainha Berenguela havia iniciado seus combates contra os muçulmanos e, após 1230, com a morte de Alfonso IX, de Leão, seu pai, Fernando torna-se rei definitivo de Castela e Leão; a coroação o confere grande poder militar. Além disso, firmada sua aliança com Sancho II, o rei pôde enfrentar seu primeiro grande desafio contra o Islã (COSTA, 2008).

No entanto, a investida contra Córdoba não foi uma iniciativa do monarca. Conforme expõe a *Primera Crónica General de España* (1955, p. 729), alguns cavaleiros cristãos que se encontravam em Andújar, ao capturarem prisioneiros que conheciam a estrutura interna de Córdoba por terem vivido ali, foram informados que, na ausência do rei, tomar a cidade não seria difícil.

Aqueles homens, portanto, começaram a preparar o ataque. Em janeiro de 1236, começaram a operação militar. Contudo, o clima de inverno dificultaria ainda mais o conflito. Conforme expõem as crônicas castelhanas, Fernando III costumava ordenar a retirada de seus exércitos quando esfriava. Mesmo assim, o grupo autônomo insistiu na conquista da cidade.

A princípio, o assalto ao subúrbio de Córdoba, Axarquía, foi bem-sucedido. O mau tempo pode ter ajudado na escolha do ataque furtivo, que teve início durante uma noite chuvosa (MADRAZO, 1884, p. 31). Os cavaleiros, ainda que em pequeno contingente, com auxílio de mastros de madeira, escalaram as torres da região e renderam os primeiros guardas, que dormiam (PRIMERA CRÓNICA GENERAL DE ESPAÑA, 1955, p. 730). Em seguida, os invasores abriram a porta principal da cidade, permitindo que as tropas entrassem.

No entanto, a má organização da operação permitiu a reação dos inimigos. Os muçulmanos, que não haviam sido completamente sitiados, pois havia um muro dividindo internamente Axarquía, responderam com dardos, flechas e pedras. Isso ocorreu por conta

de os invasores terem cercado apenas parte da cidade, possibilitando que os cordoveses dessem a volta e contra-atacassem (CRÓNICA LATINA DE LOS REYES DE CASTILLA, 1999, p. 97).

Devido à desvantagem numérica cristã, os invasores estavam sendo derrotados. Portanto, quando Fernando III estava em Benavente, foi informado da situação por guerreiros que solicitavam seu socorro (MORETTI JUNIOR, 2015, p. 75).

Apesar do desejo do monarca em auxiliar seus cavaleiros em apuros, Fernando III precisava do apoio da nobreza, que desincentivou o ataque em conselho (CRÓNICA LATINA DE LOS REYES DE CASTILLA, 1999, p. 98 – 99). Esta negativa é tão relevante, pois os nobres, em Castela, possuíam *status*, amplo poder político e econômico (MOXÓ, 2000, p. 259), tanto é que dificultaram até mesmo os primeiros anos do reinado de D. Fernando.

Todavia, mesmo assim, Fernando III optou por apoiar seus vassalos no bloqueio de Córdoba. Segundo Augusto Moretti Junior (2015):

Apesar da resistência, Fernando III conseguiu levar adiante a campanha. A presença de importantes figuras como Álvaro Perez e Álvaro Fernández demonstra bem o poder da política de estreitamento dos laços vassálicos em seu reinado. Famílias que anteriormente brigavam entre si e até mesmo com o próprio rei uniram-se para tomar a cidade de Córdoba, antiga capital do califado Almorávida (MORETTI JUNIOR, 2015, p. 55).

O monarca, contudo, contava com um contingente reduzido de guerreiros e armamentos. Partindo de Benavente, Fernando III passou por Salamanca reunindo nobres em seu apoio e organizando armas e cavalos para a guerra. No entanto, o rei reunia apenas trinta pares de armas quando chegou a Benquerença (PRIMERA CRÓNICA GENERAL DE ESPAÑA, 1955, p. 731).

Quando, enfim, chegou à Córdoba, o líder militar trazia consigo cerca de cem homens. O exército pequeno cruzou o rio Betis e acampou entre Écija e a cidade principal. Embora estivessem em desvantagem numérica, a insatisfação dos cordoveses com seu governante, Abetihen, e o auxílio de D. Lorenzo Suárez garantiram a vitória dos cristãos.

Abetihen, que estava em Múrcia, sabendo da investida contra Córdoba, marchou em direção à cidade. Ao seu lado, o nobre castelhano Lorenzo Suárez era homem de sua confiança. O rei muçulmano não temia traições de Suárez mesmo porque este era desafeto de Fernando III (COSTA, 2008).

O exército islâmico possuía cerca de três mil homens enquanto os reforços cristãos, embora chegassem frequentemente, somavam em torno de duzentos guerreiros (ALBORNOZ Y GALBEÑO, 1995, p. 45). Contudo, antes de atacar os invasores, Abetihen optou por pedir conselho a Lorenzo Suárez, que pediu permissão para ir até o acampamento dos inimigos alegando que gostaria de espionar (PRIMERA CRÓNICA GENERAL DE ESPAÑA, 1955, p. 732).

Lorenzo Suárez, ao chegar ao exército de D. Fernando, propôs um pacto ao rei, que o aceitou como seu vassalo. O nobre aconselhou o monarca para que este fizesse múltiplas fogueiras, indicando a Abetihen que a hoste inimiga era numerosa. O conselho foi acatado e, voltando ao grupo dos cordoveses, o castelhano informou o líder muçulmano que Fernando III estava acompanhado de um grande exército bem armado.

Abetihen optou por marchar à Valência, que estava simultaneamente sob ataque de Jaime I, de Aragão; depois que o derrotasse, pretendia retornar e resolver a situação de Córdoba. Entretanto, o rei foi traído por um muçulmano próximo antes de sequer chegar ao seu primeiro destino (COSTA, 2008).

Desta maneira, Fernando III conquistou Córdoba em 1236. Conforme expõe a *Crónica Latina de los Reyes de Castilla* (1999, p. 101), os muçulmanos se renderam motivados tanto pela morte de seu líder quanto pela eficácia da estratégia de desgaste posta em prática pelo exército cristão. Os invasores cercaram rotas terrestres e rios a mando de D. Fernando provocando a fome e impedindo que os sitiados recebessem auxílio externo.

Nos termos dos cronistas, os moradores da cidade acabaram se entregando contra a vontade “[...] vencidos pela fome e pela carência de carnes (PRIMERA CRÓNICA GENERAL DE ESPAÑA, 1955, p. 733, tradução nossa)”<sup>8</sup>, além de não suportarem mais os combates.

A partir da conquista de Córdoba, D. Fernando conseguiu reunir membros de ordens militares e outros cavaleiros para organizar as próximas operações militares na Península. A última grande conquista do rei, Sevilha, representou um domínio quase total da região outrora governada pelos muçulmanos, tornando Fernando III o maior reconquistador da Península Ibérica.

## 4 | CONCLUSÃO

Neste estudo, procuramos compreender a relação entre o direito militar e as técnicas de combate levadas a cabo por Fernando III, em sua guerra contra os muçulmanos, especialmente, no enfrentamento que resultou na conquista da cidade de Córdoba em 1236.

Discutimos a dinâmica de recrutamento e a tradição legislativa estabelecida na Península Ibérica, para compreender como impactavam na composição das hostes. Notamos, uma estrutura bem consolidada de modo a atender aos conflitos recorrentes. Afinal, trata-se sobre uma sociedade moldada pela guerra e para ela.

A frequência dos embates, que constantemente ilhavam os atacados provocando esgotamento de mantimentos, dificultando o acesso a vias fluviais e outras problemáticas envolvidas na efetivação das estratégias de desgaste, implicavam na carência de regulações

---

<sup>8</sup> No original: [...] et vencidos por fanbre et por mingua de viandas, mager que non quisiesen, dieronse por fuerça al rey don Fernando (PRIMERA CRÓNICA GENERAL DE ESPAÑA, 1955, p. 733).

jurídicas que permitissem a continuidade da vida pública mesmo nesses momentos.

A velocidade da resposta bélica, sobretudo quando se trata dos atacados, era crucial para a resistência, já que esta implicava diretamente sobre as possibilidades de autodefesa. Por isso, a regulação de serviços militares com funcionalidades distintas era relevante.

Neste sentido, a investigação dos aspectos jurídicos envolvidos no contexto da Reconquista, é fundamental para a compreensão da guerra travada contra os muçulmanos, dada a complexidade dos serviços militares que envolviam a realização das campanhas de Fernando III. Estes aspectos foram amplamente abordados pelos cronistas medievais e nos documentos jurídicos do seu reinado.

Apartir da conquista de Córdoba, verificamos como as relações hierárquicas atuavam sobre os sujeitos envolvidos nos confrontos, e como a logística militar era empregada pelos exércitos castelhanos. Percebemos, como as guerras de cerco impactaram na duração dos conflitos, nos custos das hostes e até na dinâmica de vida dos indivíduos que participavam das batalhas.

Investigar o direito militar castelhano-leonês, as hostes, as particularidades das campanhas, os enfrentamentos e as estratégias utilizadas por Fernando III, permite a compreensão dos êxitos do monarca frente aos muçulmanos e a conquista de cidades simbólicas como a de Córdoba, em 1236.

## REFERÊNCIAS

ALVARADO PLANAS, J. A modo de conclusiones: el Liber Iudiciorum y la aplicación del Derecho en los siglos VI a XI. **Mélanges de la Casa de Velázquez**, p. 2-41, 2013. Disponível em: <http://mcv.revues.org/4056>.

BONASSIE, Pierre. **Dicionário de História Medieval**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1985.

BREA, Luis Charlo (Org.). **Crónica Latina de los Reyes de Castilla**. Madrid: Akal Ediciones, 1999.

COSTA, Ricardo da. A conquista de Córdoba por Fernando III, o santo. In: Lauand, Jean (Org.). **Filosofia e educação – Estudos 13**. São Paulo, Factash Editora, 2008. p. 07 – 18. Disponível em: <http://www.ricardocosta.com/artigo/conquista-de-cordoba-porfernando-iii-o-santo>.

DELL'ELICINE, Eleonora et al. **Artificios passados**. Nociones del derecho medieval. Madri: Carlos III University of Madrid, 2017.

DÍAZ GONZÁLEZ, Francisco Javier. La regulación de la guerra en los fueros de la provincia de Guadalajara. In: **Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)**. Madrid, 2002-2003, v. 2003, p. 39-65.

FUERO Juzgo o Libro de los Jueces. Liber Iudiciorum. Madrid: Real Academia Española, 1815.

- GARCÍA FITZ, Francisco. ¿Hubo estrategia en la Edad Media? A propósito de las relaciones castellano-musulmanas durante la segunda mitad del siglo XIII. In: **IV Jornadas Luso-Espanholas de História Medieval**: As relações de fronteira no século de Alcanices, v. II, 1998, p. 837-854., 1998.
- GARCÍA VERA, María J; CASTRILLO LLAMAS, María C. Nobleza y poder militar en Castilla a fines de la Edad Media. In: **Medievalismo**. Murcia: Universidade de Murcia, n. 3, 1993.
- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, José A. Castillos y Sistemas de Defensa en los Reinos de León y Castilla. In: **II Semana de Estudios Medievales**. Nájera: Instituto de Estudios Riojanos, 1992, p. 31-48.
- JIMENO ARANGUREN, Roldán. Servicio de armas en los fueros medievales de vasconia: fonsado/ hueste, cabalgada y apellido. **Iura Vasconiae**: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia, ISSN 1699-5376, n. 4, 2007, p. 33-66.
- JONES, Richard L. C. Fortifications and Sieges in Western Europe, c. 800-1450. In: KEEN, Maurice (Ed.). **Medieval Warfare: a history**. New York: Oxford University Press, 1999.
- MADRAZO, Pedro de. **Córdoba**. Barcelona: Daniel Cortezo y CA, 1884.
- MENÉNDEZ PIDAL, R. (Ed.). **Primera Crónica General de España que mandó componer Alfonso el Sabio y se continuaba bajo Sancho IV en 1289**. Madrid: Editorial Gredos, 1955.
- MORETTI JUNIOR, Augusto João. **Teoria e prática da guerra no reinado de Fernando III (1217-1252)**. Maringá: UEM, 2015. Dissertação de Mestrado.
- MOXO, Salvador de. El Derecho militar en la España cristiana medieval. **Revista Española de Derecho Militar**, n. 12, 1961, p. 9–61.
- MOXÓ, Salvador de. **Feudalismo**, Señorío y nobleza en la Castilla Medieval. Madrid: Real Academia de la Historia, 2000.
- NICHOLSON, Helen J. **Medieval Warfare: Theory and Practice of War in Europe 300-1500**. New York: Palgrave Macmillan, 2004.
- O'CALLAGHAN, Joseph F. **Reconquest and Crusade in Medieval Spain**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004.
- PALOMEQUE TORRES, Antonio. Contribución al estudio del ejército en los Estados de la Reconquista. In: **Anuario de Historia del Derecho Español**. Madrid, 1944, p. 205-351.
- PISNITCHENKO, Olga. **A cavalaria no discurso político castelhano-leonês no final do século XIII início do século XIV**. Entre vínculo social e forma de vida virtuosa. Tese (Doutorado) - Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.
- SILVA, Thalles Braga Rezende Lins da. Reflexões sobre a guerra em Castela Medieval. In: **Encontro de História Militar Antiga e Medieval**. Rio de Janeiro, 2011.
- UBIETO ARTETA, Agustín. **La guerra en la Edad Media**, según los fueros de la línea del Tajo. In: Saitabi, 1966, n. 16, p. 91-120.

VERBRUGGEN, J. F. **The Art of Warfare in Western Europe During the Middle Ages.** Woodbridge:  
The Boydell Press, 1997.



# TAMBOR TUPINIKIM E A INDÚSTRIA DE PAPEL E CELULOSE: ABORDAGEM DA LEI 11.645/2008 NO IFES ARACRUZ

*Data de aceite: 02/01/2023*

**Thiago Zanotti Pancieri**

**Giovane do Nascimento**

**RESUMO:** Este estudo traz reflexões sobre a obrigatoriedade de incluir no currículo oficial da rede de ensino a temática História e Cultura Indígena, estabelecida pela Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008, tendo como referência os Projetos Pedagógicos de Curso (PPCs) do Ensino Médio Integrado do Instituto Federal de Educação do Espírito Santo (Ifes) Aracruz, propondo possível abordagem dessa temática com base no perspectivismo indígena e no pensar “com” os indígenas, delimitando este estudo nos modos de vida tupinikim, principalmente no processo de produção do tambor tupinikim. Para desenvolver o estudo, utilizamos como metodologia a pesquisa bibliográfica. Realizamos análise dos PPCs Técnicos Integrados ao Ensino Médio ofertados no Ifes Aracruz e traçamos possíveis abordagens da temática indígena no currículo, a partir dos modos de vida do povo tupinikim, mais especificamente, nas discussões sobre a formação voltada para o mercado da indústria de papel e celulose

dos cursos técnicos do Instituto em diálogo com as disparidades do crescimento industrial, o avanço da monocultura de eucalipto sobre as terras indígenas e o processo de produção do tambor tupinikim.

## INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo contribuir com as discussões sobre a obrigatoriedade de incluir no currículo oficial da rede de ensino a temática História e Cultura Indígena, estabelecida pela Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008, tendo como referência os Projetos Pedagógicos de Curso (PPC) do Ensino Médio Integrado do Instituto Federal de Educação do Espírito Santo (Ifes) Aracruz, propondo possível abordagem dessa temática a partir dos modos de vida do povo indígena tupinikim, principalmente no processo de produção do tambor.

Desse modo, inicialmente, trazemos apontamentos de como vem sendo apresentando as questões de inclusão da temática História e Cultura Indígena no currículo do Ifes Aracruz, em consonância

com a Lei nº 11.645/2008, por meio da análise documentos dos PPCs Técnicos Integrados ao Ensino Médio, ofertados no campus.

Posteriormente, traçamos possíveis abordagens da temática indígena no currículo do Ifes Aracruz, a partir dos modos de vida do povo tupinikim, mais especificamente, nas discussões sobre a formação voltada para o mercado da indústria de papel e celulose dos cursos técnicos do campus, principalmente em diálogo com as disparidades do crescimento industrial e o processo de produção do tambor tupinikim,

## **POSSIBILIDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DA LEI 11.645/2008 NO IFES CAMPUS ARACRUZ**

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, atualmente alterada pela Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008 ao incluir a temática indígena, traz em seu Artigo 26A a seguinte redação:

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras (BRASIL, 1996, Art. 26A).

Diante da legislação, trazemos a partir dos Projetos Pedagógicos dos Cursos (PPCs) ofertados no Ifes *campus* Aracruz como vem sendo apresentada a História e Cultura indígena no currículo dessa escola, e como a oferta desses cursos estão atrelados ao arranjo produtivo da indústria de papel e celulose da região.

O primeiro ponto a se destacar nos referidos documentos, é a menção que é feita a escolha pela oferta dos cursos integrados ao ensino médio nas áreas de Mecânica e Química, em relação às principais bases de arranjos produtivos de Aracruz e Região. Nesse ponto, reportaremos, principalmente, a presença da empresa Suzano Papel e Celulose na cidade de Aracruz.

Essa empresa, é a maior produtora global de celulose de eucalipto, e é também responsável pelo avanço do deserto verde de eucalipto sobre as terras indígenas de Aracruz. “Onde o deserto verde avança a biodiversidade é destruída, os solos deterioram,

os rios secam, sem contar a enorme poluição gerada pelas fábricas de celulose que contaminam o ar, as águas e ameaçam a saúde humana” (VIA CAMPESINA, 2006, p. 29).

Nessa configuração, ressaltamos que Aracruz, configura-se como um dos principais complexos do mundo na produção de celulose. Atrelado a esse complexo, estão localizadas as Terras Indígenas Tupinikim, Comboios e Caieiras Velha II (TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL, 2021) sobrevivendo ao avanço da indústria de papel e celulose ao longo de mais de 40 anos.

A Terra Indígena Tupinikim e a de Caieiras Velha II, localizadas às margens do rio Piraquê-Açu estão compreendidas em uma área demarcada e homologada de 14.325 e 57 hectares, respectivamente. Suas áreas são compostas pelo mangue do rio Piraquê-Açu, capoeiras, macegas, áreas de cultivo e o que restou da Mata Atlântica. Já a Terra Indígena de Comboios, às margens do rio Comboios, compreende uma área de 3.872 hectares ocupada por capoeira e mata de restinga, com solo pobre e arenoso e de cultivo mínimo (POVOS INDÍGENAS NO BRASIL, 2021). Antes dessa realidade, os tupinikim se estabeleciam em uma extensão territorial de aproximadamente 200 mil hectares.

Apesar desse perfil, observamos nos PPCs que não há nenhuma referência a essa realidade. Reforça-se nos documentos as relações dos eixos tecnológicos dos cursos com a formação para o mercado de trabalho, principalmente na indústria de papel e celulose. No entanto, não há nenhum apontamento com as disparidades dos arranjos produtivos locais da região voltados para produção de celulose em relação aos modos de vida dos indígenas de Aracruz.

Destacamos nesse contexto, que os PPCs analisados são do ano de 2016, dos cursos Técnico em Mecânica e Técnico em Química Integrados ao Ensino Médio. Nos dois PPCs vemos macrorreferência a LDB, sem referência ao Art. 26A. No PPC do curso Técnico em Mecânica Integrado ao Ensino Médio, cita que o curso obedece ao disposto na Lei nº 11.645/2008. No PPC do curso Técnico em Química Integrado ao Ensino Médio não há referência à Lei 11.645/2008.

Os PPCs apresentam, ainda, as matrizes curriculares dos dois cursos citados trazendo as ementas dos componentes curriculares. Observamos que apenas a ementa do componente curricular de Artes, ofertado no segundo ano de ambos cursos, faz referência a temática indígena, citado como um dos objetivos: conhecer a história da arte afro e indígena.

Nesse sentido, direcionamos a importância de identificar as possibilidades de implementação da Lei 11.645/2008 no Ifes *campus* Aracruz, a partir do processo de produção do tambor tupinikim, principalmente nas questões contraditórias entre a formação dos cursos Técnicos Integrados ao Ensino Médio de Química e de Mecânica, voltados para atender o mercado de trabalho de papel e celulose. “No Espírito Santo, a conexão das populações indígenas ao chamado projeto de desenvolvimento pela industrialização é devastadora, porque leva essas populações a perderem os seus territórios (restrição

territorial) feitos de biodiversidade e cultura” (BARCELLOS, 2008, p. 1).

Em relação aos modos de vida tupinikim, destacamos o processo de produção do tambor. O tambor tupinikim é produzido a partir da madeira da siriba, originária da Mata Atlântica. Destaca-se que o avanço da indústria de papel e celulose sobre os espaços originários dos povos indígenas, degradou os recursos da Mata Atlântica, substituídos pela monocultura de eucalipto. A tupinikim Helena Coutinho Pereira (a Membyra, filha da terra em tupi), é referência na luta em manter viva essa expressão do seu povo, produzindo o tambor de siriba.

Membyra, em depoimento para a produtora independente Tupinikim Videomeker (2012) ressalta a dificuldade de encontrar a siriba para fazer os tambores, já que no lugar da Mata Atlântica só se encontra eucalipto, e reforça a importância em manter esse modo de vida, ensinando para seus filhos e netos a produzir o tambor de siriba. Após a produção, os sons do tambor ecoam nas apresentações do Grupo de Tambores Tupinikim de São Benedito da aldeia de Caieiras Velha. Além da presença nas festas, os sons dos tambores tupinikim de siriba também estão presentes nos mais de 40 anos de luta pelo processo de luta pela demarcação das terras indígenas.

Com esse recorte, retomamos o diálogo da Lei 11.645/2008 a partir das reformas educativas e a contraposição ao multiculturalismo. Para isso, recorremos à concepção crítica de Catharine Walsh (2007) sobre a interculturalidade. Essa concepção está enraizada nas lutas dos movimentos indígenas, reconhecendo a participação dos indígenas na transformação do Estado, da educação, da economia e da lei, “posicionando os povos indígenas local, regional e transnacionalmente como atores sociais e políticos” (p. 11), em contraste com as objetivações da academia aplicadas ao pensamento desses povos. “Nesse processo, o conhecimento e o pensamento indígena não se encontram reificados, mas servem como base a partir da qual é possível “dialogar com”, revertendo a histórica subalternização e propondo uma incorporação diferente” (WALSH, 2007, p. 29).

Walsh considera essa configuração conceitual como uma lógica “outra”, construída a partir de uma diferença colonial e que “[...] trabalha para transgredir as fronteiras do que é hegemônico, interior e subalternizado” (WALSH, 2007, p. 15), pois está relacionada a um movimento étnico-social que: não se origina nos centros geopolíticos de produção do conhecimento (norte global), não é proveniente de instituições acadêmicas, não se baseia nos legados eurocêntricos e nem nas perspectivas da modernidade, ao contrário, representa uma ruptura epistêmica de dominação, exploração e marginalização, consequências da modernidade/colonialidade, e que se faz a partir de um lugar de enunciação indígena.

[...] o conceito de Interculturalidade assume significado relacionado a geopolíticas de lugar e espaço, desde a histórica e atual resistência dos indígenas e dos negros, até suas construções de um projeto social, cultural, político, ético e epistêmico orientado em direção à descolonização e à transformação. [...] aponta e representa processos de construção de um conhecimento outro, de uma prática política outra, de um poder social (e

estatal) outro e de uma sociedade outra; uma outra forma de pensamento relacionada com e contra a modernidade/colonialidade, e um paradigma outro, que é pensado por meio da práxis política (WALSH, 2007, p. 09).

Nessa perspectiva, a interculturalidade como projeto social, cultural, político, ético e epistêmico possibilita uma prática pedagógica “outra”, com “[...] modos muito diferentes de ser, pensar, conhecer, sentir, existir e conviver” (WALSH, 2013, p.19). No contexto da interculturalidade:

A pedagogia é entendida para além do sistema educacional, do ensino e da transmissão do conhecimento, e como um processo e prática sociopolítica produtiva e transformadora a partir das realidades, subjetividades, histórias e lutas de pessoas, vividas em um mundo governado pela a estrutura colonial (WALSH, 2014, p.13-14).

Em contraposição, o multiculturalismo opera sobre outra lógica. Sugere, ao ser empregado pelo Estado como sinônimo de interculturalidade, reconhecer a diversidade e “[...] incluir” os anteriormente excluídos dentro de um modelo globalizado de sociedade governada não pelas pessoas, mas pelos interesses do mercado” (WALSH, 2014 p. 8). Esse reconhecimento se faz para sustentar os interesses hegemônicos, ao mesmo tempo que tenta ofuscá-los sobre a lógica da interculturalidade.

A retórica do multiculturalismo reforça o modelo neoliberal da acumulação capitalista, incluindo os grupos historicamente excluídos, como os povos indígenas e afrodescendentes, e impulsionam as reformas educativas e constitucionais, que fazem pouco mais do que reformular ou reformar o mesmo (WALSH, 2013, p. 5).

Na esfera educativa, as tendências hegemônicas do multiculturalismo neoliberal que usam o disfarce da interculturalidade, incorporam conhecimentos da história e cultura negra e indígena, entendendo que “[...] esse conhecimento não faz parte de uma verdadeira episteme, de uma “ciência real” (WALSH, 2007, p. 22).

Na prática, esse problema assume significados particularmente relevantes na esfera educacional, podendo ser observado, por exemplo, na produção de materiais didáticos, na formação de professores e nos currículos escolares. Sob o guarda-chuva da “interculturalidade”, os livros escolares respondem a uma política de representação que, incorporando muitas imagens de indígenas e povos negros, só servem para reforçar estereótipos e processos coloniais de racialização. Na formação docente, a discussão sobre a interculturalidade encontra-se, em geral, limitada – se é que ela existe – ao tratamento antropológico da tradição folclórica. Em sala de aula, sua aplicação é, na melhor das hipóteses, marginal (WALSH, 2007, p. 21).

Essa compreensão, no diálogo com Castiano (2010) a partir das considerações da professora de origem indígena africana Xhosa, Ivy Goduka, nos faz refletir que qualquer engajamento intelectual para com a cultura indígena:

[...] temos de estar conscientes do facto que, implicitamente, estamos a fazer uma confrontação com as experiências históricas individuais e colectivas que

fizemos e fazemos com a supremacia dos sistemas colonialistas, capitalistas, imperialistas, racistas e opressores do passado e do presente. A dominação teria, segundo ela, culminado com o aniquilamento do nosso direito de ser indígena, ou seja, com a negação da existência das nossas culturas, dos nossos valores espirituais, perda da nossa terra e das nossas identidades. A dominação negou sobretudo o direito das nossas crianças aprenderem hoje a nossa cultura, as nossas tradições espirituais e outras coisas nas escolas e nas universidades (CASTIANO, 2010, p. 163).

Logo, compreendemos a necessidade de aprofundamento dessas análises, a partir dos estudos de Castiano (2010), ao apresentar nas discussões da temática sobre a História e Cultura Indígena no currículo de ensino, os povos originários como sujeitos do conhecimento e ressaltando que seus modos de vida não são tolerados pelas corporações que produzem riquezas ao consumirem e destruírem os recursos da terra, como a Suzano Papel e Celulose, e tentam ofuscar essa realidade pela lógica do multiculturalismo. Krenak (2020) reforça a cosmovisão indígena anticolonial e anticapitalista, e que o modelo multicultural ofusca, nega e tenta esconder, mas que é escancarado pelo modelo de vida predatório disseminado pelos detentores desses empreendimentos.

Ainda nessa perspectiva, dialogamos com Eduardo Viveiros de Castro (2004; 2001) e no pensar “com” os indígenas pela concepção do perspectivismo indígena.

Pois não podemos pensar como os índios; podemos, no máximo, pensar com eles. E a propósito – tentando só por um momento pensar “como eles” -, se há uma mensagem clara do perspectivismo indígena, é justamente a de que não se deve jamais tentar atualizar o mundo tal como exprimido nos olhos alheios (VIVEIROS DE CASTRO, 2001, p. 42).

Na concepção do perspectivismo indígena, o mundo é compreendido segundo pontos de vista distintos, de diferentes espécies, humanas e não-humanas.

O estímulo inicial para esta reflexão foram as numerosas referências, na etnografia amazônica, a uma concepção indígena segundo a qual o modo como os seres humanos veem os animais e outras subjetividades que povoam o universo — deuses, espíritos, mortos, habitantes de outros níveis cósmicos, plantas, fenômenos meteorológicos, acidentes geográficos, objetos e artefatos — é profundamente diferente do modo como esses seres veem os humanos e se veem a si mesmos (VIVEIROS DE CASTRO, 2004, p. 227).

As cosmologias tupinikim explicitam essas compreensões sobre a gênese do universo, a partir da metamorfose de humanos em não-humanos, em uma relação ecológica entre os elementos da natureza, os animais, as plantas e a origem do homem, elaborando suas “[...] próprias explicações a respeito do mundo, dos fenômenos da natureza, dos espíritos, dos seres sobrenaturais e, também, do momento em que surgiram os seus ancestrais” (TEAO & LOUREIRO, 2009, p. 74).

No pensar “com” os indígenas e em referência às intervenções da indústria de papel e celulose sobre as terras indígenas, transformando as expressões da dança do tambor, buscamos nos estudos de Ailton Krenak (2020; 2019) o entendimento das relações dos

povos originários com os lugares onde vivem, reforçando a luta das populações indígenas em sobreviverem e manterem seus modos de vida, frente a ocupação de suas terras.

O que está na base da história do nosso país, que continua a ser incapaz de acolher os seus habitantes originais — sempre recorrendo a práticas desumanas para promover mudanças em formas de vida que essas populações conseguiram manter por muito tempo, mesmo sob o ataque feroz das forças coloniais, que até hoje sobrevivem na mentalidade cotidiana de muitos brasileiros —, é a ideia de que os índios deveriam estar contribuindo para o sucesso de um projeto de exaustão da natureza (KRENAK, 2019, p. 21).

Bruno Latour (2020), cita literalmente Ailton Krenak (2019) e faz esse diagnóstico da perda de mundo que estamos vivendo por conta da questão ecológica, contribuindo para o que Krenak chama de exaustão da natureza. Latour propõe que olhemos para aqueles que tiveram seus territórios arrancados, como os indígenas, pois como infere Krenak os povos originários já sobreviveram ao fim do mundo, e os demais terão que aprender com eles.

Notório considerar que uma dessas práticas de exaustão da natureza/perda de mundo é o que aconteceu e vem acontecendo com o povo tupinikim de Aracruz, que luta por mais de 40 anos pelos direitos sobre suas terras, frente ao avanço do deserto verde de eucalipto que atende ao crescimento da indústria de papel e celulose na região. E, hoje resistem para manter as expressões da dança do tambor, adaptando os espaços de festejo e representação transformados pelo domínio da Suzano, bem como na luta para encontrar a siriba e manter viva a produção de tambores, já que as matas nativas foram tomadas e destruídas pela monocultura do eucalipto.

## CONSIDERAÇÕES

Refletir sobre a Lei 11.645/2008 no Ifes Aracruz a partir das relações dos modos de vida tupinikim e a indústria de papel e celulose é uma temática que nos permite muitas formas de abordagem, tendo em vista a rica constituição cultural e histórica desse povo.

No entanto, optamos em fazer essa abordagem por meio do tambor e seu processo de produção, ressaltando o tupinikim como sujeitos do conhecimento e reforçando a luta para manter vivo esse modo de vida, frente aos avanços da empresa Suzano Papel e Celulose.

Desse modo, observamos na análise dos PPCs dos cursos de Ensino Médio Integrado do Ifes Aracruz que, ainda, é preciso ampliar a discussão sobre a temática História e Cultura indígena, com base na perspectiva dos povos originários, ressaltando a diversidade e diferenças regionais nos currículos e projetos pedagógicos e compreendendo a necessidade e aprofundamento da pesquisa para outros espaços de produção de conhecimento do Ifes Aracruz, para que outros estudos sobre a abordagem da História e Cultura Indígena nos currículos oficiais de ensino sejam alicerçados pela perspectiva dos próprios indígenas.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Gilsa Helena. Desterritorialização e R-existência Tupiniquim: mulheres indígenas e o complexo agroindustrial da Aracruz Celulose. 2008. Tese (Programa de Pós-Graduação do Departamento de Geografia) – Departamento de Geografia, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais.

BRASIL. *Lei nº 11.645*, de 10 de março de 2008.

BRASIL. *Lei nº 10.639*, de 09 de janeiro de 2003.

BRASIL. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996.

CASTIANO, José P. *Referenciais da filosofia africana: em busca da intersubjectivação*. Moçambique. Sociedade Editorial Ndjira, Ltda, 2010.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO DO ESPÍRITO SANTO - CAMPUS ARACRUZ. *Projeto Pedagógico do Curso Técnico em Mecânica Integrado ao Ensino Médio*. Aracruz, 2016.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO DO ESPÍRITO SANTO - CAMPUS ARACRUZ. *Projeto Pedagógico do Curso Técnico em Química Integrado ao Ensino Médio*. Aracruz, 2016.

KRENAK, Ailton. *A vida não é útil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

\_\_\_\_\_. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL (Brasil) (org.). Quadro geral dos povos. Programa Povos Indígenas no Brasil. Disponível em: <[https://pib.socioambiental.org/pt/Quadro\\_Geral\\_dos\\_Povos](https://pib.socioambiental.org/pt/Quadro_Geral_dos_Povos)>. Acesso em: 09 set. 2021.

TEAO, Kalna Mareto & LOUREIRO, Klítia. *História dos índios do Espírito Santo*. Vitória: Editora do Autor, 2009.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. *Informações gerais sobre Terras Indígenas no Brasil*. Disponível em: <<https://terrasindigenas.org.br/>>. Acesso em: 09 set. 2021.

TUPINIKIM VIDEOMAKER. O Valor do tambor tupinikim. Aracruz: Tupinikim Videomaker, 2012. 9m40s, son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tjOpSK4NyvA>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

VIA CAMPESINA. *O latifúndio dos eucaliptos: informações básicas sobre as monoculturas de árvores e as indústrias de papel*. Porto Alegre, 2006.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem*. São Paulo: Ubu, 2017.

\_\_\_\_\_. Os Involuntários da Pátria (Reprodução de Aula pública realizada durante o ato Abril Indígena, Cinelândia, Rio de Janeiro 20/04/2016.) ARACÊ - *Direitos Humanos em Revista*. Ano 4, Número 5. Fevereiro 2017.



\_\_\_\_\_. Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena. *O que nos faz pensar*, [S.l.], v. 14, n. 18, p. 225-254, sep. 2004.

\_\_\_\_\_. A propriedade do conceito. In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓSGRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 43., 2001, Caxambu (MG). *Anais...* Caxambu (MG): ANPOCS, 2001.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad Crítica y Pedagogía Decolonial: Apuestas (des)de el In-surgir, re-existir y Re-vivir*. Universidad Pedagógica Nacional-CONACIT. Plaza y Valdés Editores: México, 2014.

\_\_\_\_\_. *Pedagogías decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir*. Vol. I. Abya-Yala: Quito, 2013.

\_\_\_\_\_. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (Comp.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores et al., 2007. 308p. (pp. 47 –62).

# CINEMA - A SÉTIMA ARTE NO ENSINO DO DIREITO

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Marco Antônio César Villatore**

Advogado. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, “Tor Vergata” (2014).

Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, “La Sapienza” (2001), revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Presidente do Instituto

brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná (2009-2011). Professor Adjunto III da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina.

Coordenador das Especializações Presencial e em EAD de Direitos e Processos do Trabalho e Previdenciário da Academia brasileira de Direito

Constitucional (ABDConst). Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Selecionado pela Secretaria do MERCOSUL em 15 de dezembro de 2005 como Consultor do MERCOSUL para elaborar legislação sobre a Livre Circulação de Mão de Obra no MERCOSUL (2005/2006)

<http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>

### **Maria Raquel Duarte**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC;

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidad de Alicante - Espanha/ES (2013). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Civil pela

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2003), Especialista em Direito

Previdenciário pelo CESUSC (2007), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - UNIDERP/LFG (2010). Advogada e Professora em Cursos

de Graduação em Direito e Cursos de Especialização em Direito Previdenciário e Medicina e Segurança do trabalho

<http://lattes.cnpq.br/9554759029829817>

### **Michelle de Medeiros Fidélis**

Gerente do Setor de Cidadania da Procuradoria-Geral do Município de Itajaí,

Mestranda em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Pós-graduada em Jurisdição

Federal na Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC)

<http://lattes.cnpq.br/7429481809330527>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo repensar o ensino jurídico por meio da arte cinematográfica, eis que tal evolução tecnológica demonstrou ser diversificada para o seu uso e objetivo. Sendo assim, sabendo que o ensino jurídico tradicional é necessário, mas incapaz de, por si só, suficiente para a devida compreensão e aplicação no cenário real, a utilização conjunta de ensino alternativo é uma hipótese a se pensar. Diante desse cenário, o primeiro capítulo aborda brevemente a criação e revolução da arte cinematográfica, para, em seguida, no segundo capítulo, aprofundar sobre o que é o cinema, pois apenas assim se pode entender como ela pode ser um instrumento no ensino. No último capítulo, além de trazer uma síntese do ensino jurídico tradicional e seus efeitos, aborda como se pode utilizar o cinema no ensino do Direito. Quanto à sua natureza, a pesquisa foi pura, abordando o problema de forma teórica, tendo como técnica de pesquisa de forma essencialmente a bibliográfica. Quanto aos fins, a pesquisa foi de cunho descritivo tendo por método de abordagem o hipotético-dedutivo, e os resultados foram expostos em forma de texto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Cinema. Ensino Jurídico. Estrutura Curricular. Interdisciplinaridade.

**ABSTRACT:** This research aims to rethink legal education through cinematographic art, as such technological evolution has proven to be diversified for its use and purpose. Therefore, knowing that traditional legal education is necessary, but incapable of, by itself, sufficient for proper understanding and application in the real scenario, the joint use of alternative teaching is a hypothesis to be considered. Given this scenario, the first chapter briefly addresses the creation and revolution of cinematographic art, and then, in the second chapter, deepens on what cinema is, because only then can one understand how it can be an instrument in teaching. In the last chapter, in addition to bringing a synthesis of traditional legal teaching and its effects, it discusses how cinema can be used in teaching law. As for its nature, the research was pure, approaching the problem in a theoretical way, having as a research technique an essentially bibliographical way. As for the purposes, the research was descriptive in nature, using the hypothetical-deductive method of approach, and the results were exposed in the form of a text.

**KEYWORDS:** Law. Movie Theater. Legal Education. Curricular Structure. Interdisciplinarity.

## 1 | INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, a arte tem sido utilizada como forma de registro, expressão e comunicação. O cinema é exemplo de arte que tem sido utilizada não apenas para registrar momentos em movimentos, mas para relatar fatos e narrativas ficcionais, expressar sentimentos e ideias. Se assim é, ela também foi relacionada como meio de transmitir conhecimento.

E, para ressaltar tal questão, no transcorrer dos tempos, restou incontroverso que o ensino tradicional é importante, mas sendo insuficiente para atender as expectativas e necessidades cenário social, necessitando de outros métodos alternativos para efetivar a educação.

Neste artigo, discute-se a importância da arte, em específico, o cinema no ensino do

Direito, enriquecendo e facilitando a experiência dos docentes e discentes.

O cinema, sendo um ato democrático de exposição e registro, tem o poder de causar diferentes e diversas efeitos e sentidos. É um meio de realizar críticas, liberar emoções, transmitir conhecimento e de envolver. Estimula produzir pensamentos e raciocínio, assimilação, criatividade, percepção, reflexão e inovação.

A hipótese sustentada no presente ensaio é de que a arte cinematográfica no ensino do Direito concilia a teoria com a realidade, oferecendo elementos antropológicos, culturais e políticos que permitem maior humanização e capacitação jurídica.

Deste modo, no primeiro capítulo descreve-se brevemente o nascimento da arte cinematográfica, como ela se revolucionou para não apenas ser uma mera captação de imagens em movimento, mas um instrumento de utilização diversas, inclusive para o ensino jurídico.

Em seguida, no segundo capítulo, aprofunda-se sobre a arte cinematográfica e, através disso, é que se possibilita a compreensão da relação do cinema como meio de contribuição para o ensino jurídico.

E por último, no terceiro capítulo, faz-se uma síntese do panorama sobre o ensino jurídico tradicional e sua desconexão com a realidade e a impossibilidade de concretizar um operador de Direito qualificado e, por consequência, demonstra-se as abordagens possíveis para se utilizar o cinema no ensino do Direito.

Quanto à sua natureza, a pesquisa foi pura, abordando o problema de forma teórica, tendo como técnica de pesquisa de forma essencialmente a bibliográfica. Quanto aos fins, a pesquisa foi de cunho descritivo tendo por método de abordagem o hipotético-dedutivo, e os resultados foram expostos em forma de texto.

## 2 | A ORIGEM HISTÓRICA DO CINEMA E A UTILIZAÇÃO DO CINEMA COMO PRÁTICA PEDAGÓGICA

A necessidade de registrar movimentos por meio de pinturas e desenhos nas paredes remonta aos primórdios da humanidade sempre existiu. Os homens das cavernas pintavam cenas de seu cotidiano nas paredes, Platão em seu mito da caverna usou o princípio das sombras para criar a impressão de uma imagem em movimento. No oriente, os chineses, há cerca de sete mil anos, já projetavam na parede as sombras de figuras recortadas e manipuladas, o que era um típico jogo de sombras de seu teatro de marionetes.<sup>1</sup>

A ideia de humanidade surge no plano das realizações culturais, “seja pelo exercício das aptidões técnicas, seja pela implementação de sistemas de organização política e social”<sup>2</sup>.

1 THEBAS, Isabella. **A origem do cinema**. Instituto de Cinema. Disponível em: <https://institutedocinema.com.br/mais/conteudo/a-origem-do-cinema>. Acesso em: 07 out. 2022.

2 FERNANDES, Angela. **Literatura e humanidade** : aspectos da representação do humano a propósito de Admirável Mundo Novo, A Condição Humana e Seis Falsas Novelas. 234 p. Tese de Doutorado – Univesidade de Lisboa, Lisboa, 2009, p. 18-21. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/571>. Acesso em: 30 jun. 2022.

A arte confirma humanidade do homem, ao mesmo tempo que ajuda a definir seus traços.

No século XV, Leonardo da Vinci trabalhou com a projeção de luz sobre uma superfície e criou uma câmera escura, que era uma caixa fechada com uma abertura equipada com uma lente local por onde passa a luz produzida por objetos externos, a imagem refletida dentro da caixa era o oposto do que era visto na realidade. Mais tarde, no século XVII, o alemão Athanasius Kirchner criou a lanterna mágica, um objeto que consistia em um cilindro iluminado por uma vela para projetar imagens desenhadas em uma placa de vidro.<sup>3</sup>

Também para chegarmos à projeção atual de um filme, muitos processos de pesquisa sobre os fundamentos da ciência óptica foram realizados. No século XIX dispositivos foram construídos para estudar o fenômeno da persistência da retina. Esse fenômeno mantém a imagem na retina por uma fração de segundo, e Joseph-Antoine Plateau foi o primeiro a medir o tempo de residência da retina, e, concluiu que a ilusão de movimento requer uma série de imagens que se sucedem a dez quadros por segundo. Em 1832, Plateau criou o Fenacístoscópio, que mostra várias figuras de uma mesma pessoa em diferentes posições, desenhadas em uma placa para que, ao ser girada, comecem a formar um movimento.<sup>4</sup>

O Praxinoscópio criado pelo francês Charles Émile Reynaud foi uma invenção importante para o nascimento do cinema. Esse dispositivo era um tambor giratório com desenho colado na superfície interna e vários espelhos no centro do tambor. Quando o tambor foi girado, no centro onde estavam os espelhos, você podia ver os desenhos se unindo em um movimento harmonioso. Entre outras invenções está a invenção do cinetoscópio de Thomas A. Edison, que consistia em um filme perfurado projetado em uma tela dentro da máquina, que só podia hospedar uma pessoa por show. A projeção tinha que ser vista com uma lupa.

Conforme vimos, embora não seja claro onde realmente começou a história do cinema, sempre o grande desafio foi criar uma máquina capaz de capturar imagens em movimento. A partir do aperfeiçoamento do Cinetoscópio, que o Cinematógrafo foi criado pelos irmãos Lumière. O cinematógrafo era ao mesmo tempo filmador, copiador e projetor, e foi considerado o primeiro aparelho realmente qualificado de cinema.<sup>5</sup>

Assim, a sétima arte como conhecemos atualmente, surge 1895 quando da realização da primeira exibição cinematográfica pública do mundo de um filme de curta duração, realizada pelos irmãos Auguste e Louis Lumière, dando início a história do cinema

3 THEBAS, Isabella. **A origem do cinema**. Instituto de Cinema. Disponível em: <https://institutodecinema.com.br/mais/conteudo/a-origem-do-cinema>. Acesso em: 07 out. 2022.

4 MENDONÇA, Lêda Glicério et al. **Uso de cinema e teatro: desenvolvimento de roteiros de estratégias de ensino de boas práticas de fabricação na graduação em química**. 2010. Dissertação de Mestrado Profissional – Instituto Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/3880/leda\\_g\\_mendonca\\_ioc\\_ebs\\_0005\\_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/3880/leda_g_mendonca_ioc_ebs_0005_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 07 out. 2022.

5 DIAS, Pedro Miguel Letras. **O cinema de animação oriental e a guerra: uma proposta artística no contexto português da Primeira Guerra Mundial**. 2021. Dissertação de Mestrado - Universidade de Évora, Évora, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10174/30302>. Acesso em: 07 out. 2022.

mundial. A exibição cinematográfica ocorreu em 28 de dezembro de 1895, em La Ciotat, no Édén Théâtre. Na sala, foram projetados dez filmes de curta duração, como os dois mais famosos: “A chegada do trem à estação de La Ciotat” e “A saída dos operários da fábrica Lumière”.

Podemos dizer que o cinema não se resume à lazer, pois partindo da ideia de que “a vida imita a arte”, uma sessão de cinema além de inspirar boas novas ideias, faz bem para o corpo e para mente, estimula o pensamento e a criatividade, bem como amplia o conhecimento e o vocabulário.

Assim, enquanto prática pedagógica, pode-se dizer que o cinema estabelece um vínculo de proximidade da arte com a educação.

O cinema como arte é considerado um dos meios de comunicação mais influentes do século XX, com a vantagem de reconstruir a realidade, deixar a imaginação acontecer, e por isso, tem a luz do diálogo e da criação do conhecimento. O cinema na qualidade de recurso pedagógico da educação oferece uma perspectiva atrativa da realidade acadêmica, possibilitando a discussão, a inspiração, o conhecimento de novas questões, o que consequentemente prepara o discente para novos desafios.<sup>6</sup>

### **3 | O CINEMA NO ESTUDO DO DIREITO E A ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR DA APRENDIZAGEM**

A arte cinematográfica é uma forma importante de arte contemporânea, e se mostra também, numa importante abordagem multidisciplinar da aprendizagem do direito.

Aprender em diferentes disciplinas ajuda a criatividade, no campo da estética, une mentes criativas de diferentes origens, também cria uma força de trabalho competitiva pronta para atender às necessidades dos mercados globais. O direito é interdisciplinar.<sup>7</sup>

Nesse contexto de multidisciplinariedade, o cinema se mostra ferramenta extremamente poderosa que pode ser utilizada para ensinar conceitos jurídicos de forma dinâmica e interessante. Além disso, o cinema pode ser utilizado para sensibilizar os alunos para questões humanitárias. A utilização do cinema como veículo e ferramenta de ensino-aprendizagem oportuniza focar questões sociais, culturais, políticas e econômicas, tornando-se um instrumento de inúmeras potencialidades para inspiração de profissionais do direito, constituindo-se inclusive, um meio de impulsionamento para mudanças sociais.

Podemos dizer que tanto a sétima arte quanto o direito se complementam, apesar de muito diferentes, as duas atividades estão intimamente ligadas. Atualmente, ambos são importantes para a formação de um indivíduo, o cinema nos mostra como é o mundo fora da sala de aula, enquanto o ensino no direito nos mostra como funcionam as instituições

---

6 PERSEGUEIRO, Kelcilene Gisela. **Olhar caleidoscópico**: a experiência do cinema como prática pedagógica. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/151874>. Acesso em: 07 out. 2022.

7 DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito e Cinema**: uma visão interdisciplinar. Revista Ética e Filosofia Política, v. 2, n. 14, 2011.

jurídicas. O cinema proporciona uma visão geral do mundo, enquanto o ensino no direito prepara o indivíduo para enfrentar os desafios da vida.

Além da importância na formação do indivíduo, o cinema desperta curiosidade e estimula o intelecto. Quem nunca saiu do cinema com vontade de estudar Direito? Ou não ficou intrigado com os bastidores da produção cinematográfica? Por isso, quem ama uma estuda a outra e vice-versa. É nesse contexto que se enquadra a abordagem multidisciplinar da aprendizagem através da arte.

É cediço, que a metodologia empregada para a produção do conhecimento do direito, de forma monodisciplinar, se mostra insuficiente na formação de profissionais aptos a entender a universalidade de dimensões da realidade. O movimento da interdisciplinaridade vem em socorro a esse estado de crise do ensino jurídico.

Desde a introdução da ciência jurídica no Brasil, o ensino tradicional, isto é, pontuações ordenadas sobre artigos normativos, precedentes e doutrinas, tende a prevalecer, ainda mais com o aumento do número das faculdades e pela instantaneidade de cumprir o currículo acadêmico projetado pela coordenadoria do curso e produção acadêmica em padrões industriais<sup>8</sup>. O máximo de atenção dado foi pela mudança de currículos, programas, professores e compêndios, questão esta que se ressaltou pois o curso jurídico era destinado para elites, não acompanhando as mudanças estrutura social<sup>9</sup>.

A rigidez do positivismo jurídico se tornou hegemônico na concepção e no ensino do Direito, onde, conseqüentemente, acompanhou tal tendência nas criações das faculdades e, mesmo que tenha se ampliado mais tarde o seu acesso, pode-se inferir pelo aumento dos desníveis na qualidade do ensino<sup>10</sup>.

Tendo a gênese da crise enraizada, considerando que o estudo do direito possui uma extrema teorização de conceitos e enunciados, que dificulta a compreensão precisa e correta das proposições apresentadas pela ciência jurídica, que está inadequada para à realidade, que não cumpre a função social<sup>11</sup>; o cinema pode, por sua vez, ser concebido

---

8 FILHO, Francisco Bissoli. Das Reformas dos Cursos de Direito às Reformas do Ensino Jurídico no Brasil: A Importância dos Professores e Alunos na Discussão das Reformas e no Processo Ensino-Aprendizagem. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Educação jurídica: temas contemporâneos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 13-15. Disponível em: [http://funjab.ufsc.br/wp/?page\\_id=1819](http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819). Acesso em: 30 jun. 2022.

9 FILHO, Francisco Bissoli. Das Reformas dos Cursos de Direito às Reformas do Ensino Jurídico no Brasil: A Importância dos Professores e Alunos na Discussão das Reformas e no Processo Ensino-Aprendizagem. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Educação jurídica: temas contemporâneos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 16-20. Disponível em: [http://funjab.ufsc.br/wp/?page\\_id=1819](http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819). Acesso em: 30 jun. 2022.

10 FILHO, Francisco Bissoli. Das Reformas dos Cursos de Direito às Reformas do Ensino Jurídico no Brasil: A Importância dos Professores e Alunos na Discussão das Reformas e no Processo Ensino-Aprendizagem. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Educação jurídica: temas contemporâneos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 10, 34. Disponível em: [http://funjab.ufsc.br/wp/?page\\_id=1819](http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819). Acesso em: 30 jun. 2022.

SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenise. A Relação entre Direito e Literatura e suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da Jurisdição, 2016. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2016, p. 4. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15841>. Acesso em: 30 jun. 2022.

11 LEITE, L. C., LOPES, Érica V., & TASSIGNY, M. M. Direito, literatura e extensão: análise do projeto quinta literária da Universidade de Fortaleza como conteúdo curricular à luz da resolução CNE/CES nº 7/2018 e do parecer nº 635/2018. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, 20(3), 2019, p. 281. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1777>. Acesso em: 30 jun. 2022.

não apenas como arte, mas ao mesmo tempo, como um instrumento pedagógico rico na busca de novas abordagens da realidade dinâmica que atualmente se dá em razão da globalização da sociedade atual.<sup>12</sup>

A Constituição Federal de 1988, prevê, em seu art. 206, como princípios que orientam o ensino, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte do saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e, ainda, a garantia do padrão de qualidade.

Indo na mesma lógica, nos termos do art. 3º, da Resolução do Conselho Nacional de Educação n. 9, de 29 de setembro de 2004, dispõe que:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Pela leitura do dispositivo, nota-se que se deve ter um engajamento dos alunos e educadores, interagindo as disciplinas com a realidade, com o objetivo de capacitar as pessoas ao pensamento crítico, de ter uma visão do mundo e enfrentar os problemas amplos e complexos da realidade.

A multidisciplinariedade da utilização do cinema no ensino jurídico, implica também, na forma de como o filme será interpretado. A arte cinematográfica é suscetível a múltiplas formas interpretativas, ante a multiplicidade de conhecimentos e juízos de valor incorporados pelos indivíduos. Isso significa que, um único filme, pode ser interpretado sob formas variadas: seja pessoal ou disciplinar, bem como pode também ser interpretado sob diferentes pontos de vista: histórico, filosófico, sociológico, político, estético, econômico, social e jurídico.

Nesse contexto, enfatiza de SOUZA E NASCIMENTO:

[...] Fortalecer a capacidade de interpretação de filmes pode ser um ponto de partida para a interpretação no direito, na medida em que a atividade mental processa uma decomposição, indagação, comparação e vinculação para descobrir o exato significado do alcance e abrangência do objeto examinado [...].<sup>13</sup>

Dessa forma, podemos concluir que a aquisição de habilidades e competências não precisam ficar adstritas aos bancos escolares de modo tradicional. A utilização da arte de forma multidisciplinar contribui não apenas para fixação de conteúdos, mas também para o desenvolvimento emocional do indivíduo.

---

12 DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito e Cinema**: uma visão interdisciplinar. *Revista Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 14, 2011

13 DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito e Cinema**: uma visão interdisciplinar. *Revista Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 14, 2011.



Para tanto, o que se pretende demonstrar aqui é que a arte do cinema pode ser utilizada como instrumento para a construção de ideias do aspecto subjetivo do homem e do meio em que se insere, de dar o propósito do Direito, o seu caráter científico (ciência social aplicada) e, por consequência, toda a sua densidade e relevância.

#### 4 | A IMPORTÂNCIA DA ARTE NO ENSINO DO DIREITO

Como se pode vislumbrar, o caráter estático do ensino jurídico, o possui uma extrema teorização, o que por sua vez torna difícil uma precisa compreensão do conteúdo apresentado. O descompasso entre a teoria e a prática provoca desmotivação, e muitas vezes um sentimento de repulsa pelo conteúdo apresentado, o que a futuro pode comprometer o desempenho do profissional do operador do direito.

A ferramenta pedagógica, nas experiências de ensino e pesquisa, tem a responsabilidade de formar uma concepção democrática e inclusiva, de configurar valores produzidos pela evolução do pensamento científico e social, essenciais ao progresso cultural<sup>14</sup>.

Atualmente, o cinema é compreendido como arte. A finalidade da arte em geral é de revelar emoções e sentimentos escondidos na essência do ser humano, que podem ganhar consciência e empenho pela sua expressão. Por sua vez, o direito é também considerado uma arte. No realizar da arte do direito o profissional tem de desenvolver um resultado a ser obtido sobre um sentimento de duas perspectivas, que são com frequência opostas, geralmente entre o interesse do cliente e o da verdade jurídica.<sup>15</sup>

As produções cinematográficas podem demonstrar a atuação humana a partir do exercício da reflexão, do afinamento de emoções, da percepção de complexidade do mundo e dos seres, e da capacidade de penetrar e se transfigurar no cenário projetado. Ela também tem a capacidade de assumir um papel de transmitir herança de culturas, práticas e crenças da sociedade. Ela fomenta a liberdade de interpretação, de evidenciar ambiguidade de linguagens e vidas, do registro como patrimônio coletivo e, com isso, criar a identidade e o senso de comunidade entre as pessoas. Como instrumento social, ela permite a discussão de regras de conduta, deveres, direitos cívicos, da legislação oficial, e validação de princípios éticos.

O que se observa, portanto, é que as diversas produções cinematográficas são desenvolvimento de linguagem, constrói um patrimônio coletivo e expande a rede neural do expectador, fazendo-o mais atento a complexidade de diversas questões que tendem a ser submetidas.

Aliás, pode-se até mesmo dizer que a sétima arte é um instrumento de transformação da realidade.

---

14 NETO, Arnaldo Vianna.. Literatura, Humanidade, Humanização: A Plenitude Da Condição Humana. **Gragoatá**, 19(37), 2019, p. 245, 248. Disponível em: <https://periodicos.ufr.br/gragoata/article/view/32995>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
15 DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito e Cinema**: uma visão interdisciplinar. Revista Ética e Filosofia Política, v. 2, n. 14, 2011.

Para haver sinergia entre a arte e a educação deve-se realizar uma análise correta da mensagem transmitida pela arte aliada ao contexto educativo. A escolha de certa obra do cinema deve, em regra, ser realizada pelo professor da matéria para que possa estabelecer uma associação da obra com o ramo, tema jurídico ministrado e o perfil da turma.

O professor deve auxiliar o aluno funcionando como elo entre o que a arte proporciona e o conjunto de conhecimentos a serem construídos na relação de aprendizagem, tornando-o partícipe do processo de ensino e aprendizagem.

Assevera CHRISTOFOLETTI, que o cinema em sala de aula ocupa um lugar bem demarcado como recurso pedagógico no auxílio da educação, sem substituir livros e professores<sup>16</sup>. Em outras palavras, como já falado mais acima, não se opõe a metodologia tradicional e nem é possível fazer tal ato, mas é de se reconhecer que ela não pode ser utilizada de forma isolada, sendo insuficiente para a aprendizagem.

A exploração do cinema nas instituições de ensino, enquanto recurso pedagógico, demanda ampliar as problematizações para além de sua apropriação didática como simples ilustração dos conteúdos, ou seja, o cinema deve ser concebido como arte, como pensamento, como manifestação de afetos e simbolização do desejo e do prazer; não apenas como entretenimento.<sup>17</sup>

Salientam DO AMARAL, DOS SANTOS e DOS SANTOS que, a exploração da arte pelo ensino implica em tomada de iniciativas diferenciadas tanto pelas instituições de ensino quanto pelos docentes: a primeira iniciativa seria no sentido de implementação de estratégias que possibilitem o encontro dos estudantes com os filmes, seja através da criação de acervos, seja mediante visitas a cinematecas e salas alternativas de cinema, e, a segunda iniciativa implicaria na mudança do estatuto simbólico do educador, com o abandono do papel de professor como detentor do conhecimento para o de parceiro do processo educativo, através da criação de condições para o desenvolvimento da reflexão e da crítica. Enfatizam que “Tais ações aguçam o sentido estético, político e cultural e contribuem para pensar a academia com um espaço no qual é possível inovar sempre”.<sup>18</sup> É tornar a cientificidade jurídica passível de ser questionada, aprimorada ou modificada.

Outro ponto importante da utilização do cinema no estudo jurídico, enfatizada também por DE SOUZA E NASCIMENTO, é a finalidade “espelho”, onde o cinema permite ao aluno visualizar as próprias vivências refletidas na narração. Enfatizam os autores:

A identificação do cinema com a própria vivência faz recriar a imaginação, aclarar a problemática, fazendo o competente reconhecimento dos valores

---

16 CHRISTOFOLETTI, R. Filmes na sala de aula: recurso didático, abordagem pedagógica ou recreação?. **Educação**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 603–616, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reveducacao/article/view/871>. Acesso em: 7 out. 2022.

17 DO AMARAL, Mirian Maia; DOS SANTOS, Rosemary; DOS SANTOS, Edméa Oliveira. Letramentos digitais: o cinema como dispositivo didático-pedagógico potencializador de atos de currículo, no ensino superior. **Comunicação & Sociedade**, v. 41, n. 1, p. 159-190, 2019.

18 DO AMARAL, Mirian Maia; DOS SANTOS, Rosemary; DOS SANTOS, Edméa Oliveira. Letramentos digitais: o cinema como dispositivo didático-pedagógico potencializador de atos de currículo, no ensino superior. **Comunicação & Sociedade**, v. 41, n. 1, p. 159-190, 2019.

positivos e negativos da realidade e optar por aqueles mais convenientes.<sup>19</sup>

No fim da aplicação conjuntamente das metodologias de ensino, o educador deve estar disposto a aprimorar o seu ensino e, para isto, necessário que peça auxílio dos alunos no sentido de que eles apresentem suas ponderações, o que aprenderam, associaram, refletiram e, até mesmo, o que acreditam que seria juridicamente certo ocorrer (habilidade crítica de mudança). Esse compromisso reacende ainda mais o ato de participação ativa dos alunos no estudo, pesquisa e construção do Direito.

Ante o exposto, ao utilizar as obras cinematográficas com o método tradicional, os alunos passam a notar porquê o Direito não é uma ciência exata, e sim de que ele é um organismo vivo e dinâmico e, por isso, complexo. O aplicador do Direito torna-se não apenas um mero aplicador das leis, ele é inserido nas dinâmicas históricas, culturais e sociais.

## 5 | CONCLUSÃO

È sabido que diversos são os desafios a serem considerados tanto pelos docentes quanto pelos discentes no momento da realização do ensino jurídico. Vimos que um dos maiores desafios é tornar o ensino algo prazeroso e atrativo, considerando teorização do direito e o caráter estático do ensino jurídico.

Diante dessa problemática, concluímos que a importância do cinema no estudo do direito é multifuncional. O cinema é capaz de proporcionar uma visão artística da realidade, possibilitar o estudo de casos reais, além de auxiliar no entendimento de temas jurídicos. Por isso, o cinema é um aliado importante no ensino do direito.

No contexto dessa multifuncionalidade, o cinema se mostra uma excelente ferramenta, pois aborda diversos assuntos de forma artística, facilitando até mesmo a sociabilização e comunicação do aluno.

No contexto pedagógico o cinema é uma ferramenta que pode auxiliar o professor no processo de ensino-aprendizagem, despertando o interesse do aluno pela matéria, e mais, o cinema se mostra como um meio alternativo de auxílio à metodologia tradicional, visto que não apenas estimula aos alunos aos estudos, mas também propõe uma reflexão e percepção da realidade, o que conseqüentemente cria habilidades para a interpretação lógico jurídica.

Assim ao concluímos o presente estudo, podemos afirmar que a incorporação do cinema na educação jurídica se mostra frutífera, pois inspira futuros operadores do direito. Os filmes complementam o aprendizado por meio de exibições regulares, proporcionando uma oportunidade de se envolver com a vida do campus fora da sala de aula. Em última análise, incorporar o cinema na educação jurídica faz sentido, pois tanto o entretenimento

---

<sup>19</sup> DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito e Cinema**: uma visão interdisciplinar. Revista Ética e Filosofia Política, v. 2, n. 14, 2011.

cinematográfico quanto o direito se complementam, apesar de muito diferentes, as duas atividades estão intimamente ligadas. Atualmente, ambos são importantes para a formação de um indivíduo, pois partindo da ideia de que “a vida imita a arte”, uma sessão de cinema além de inspirar boas novas ideias, faz bem para o corpo e para mente, estimula o pensamento e a criatividade, bem como amplia o conhecimento e o vocabulário jurídico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 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 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 9**. Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em: 30 jun. 2022.

CHRISTOFOLETTI, R. Filmes na sala de aula: recurso didático, abordagem pedagógica ou recreação?. **Educação**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 603–616, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/871>. Acesso em: 7 out. 2022.

DE SOUSA, Ana Maria Viola; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito e Cinema**: uma visão interdisciplinar. *Revista Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 14, 2011.

DIAS, Pedro Miguel Letras. **O cinema de animação oriental e a guerra**: uma proposta artística no contexto português da Primeira Guerra Mundial. 2021. Dissertação de Mestrado - Universidade de Évora, Évora, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10174/30302>. Acesso em: 07 out. 2022.

DO AMARAL, Mirian Maia; DOS SANTOS, Rosemary; DOS SANTOS, Edméa Oliveira. Letramentos digitais: o cinema como dispositivo didático-pedagógico potencializador de atos de currículo, no ensino superior. **Comunicação & Sociedade**, v. 41, n. 1, p. 159-190, 2019.

FILHO, Francisco Bissoli. Das Reformas dos Cursos de Direito às Reformas do Ensino Jurídico no Brasil: A Importância dos Professores e Alunos na Discussão das Reformas e no Processo Ensino-Aprendizagem. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Educação jurídica**: temas contemporâneos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 253-279. Disponível em: [http://funjab.ufsc.br/wp/?page\\_id=1819](http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819). Acesso em: 30 jun. 2022.

FERNANDES, Angela. **Literatura e humanidade**: aspectos da representação do humano a propósito de Admirável Mundo Novo, A Condição Humana e Seis Falsas Novelas. 234 p. Tese de Doutorado – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/571>. Acesso em: 30 jun. 2022.

LEITE, L. C., LOPES, Érica V., & TASSIGNY, M. M. Direito, literatura e extensão: análise do projeto quinta literária da Universidade de Fortaleza como conteúdo curricular à luz da resolução CNE/CES nº 7/2018 e do parecer nº 635/2018. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, 20(3), p. 277-302, 2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1777>. Acesso em: 30 jun. 2022.

MENDONÇA, Lêda Glicério et al. **Uso de cinema e teatro**: desenvolvimento de roteiros de estratégias de ensino de boas práticas de fabricação na graduação em química. 2010. Dissertação de Mestrado Profissional – Instituto Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/iciict/3880/leda\\_g\\_mendonca\\_ioc\\_ebs\\_0005\\_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/iciict/3880/leda_g_mendonca_ioc_ebs_0005_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 07 out. 2022.

NETO, Arnaldo Vianna.. Literatura, Humanidade, Humanização: A Plenitude Da Condição Humana. **Gragoatá**, 19(37), 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/gragoata/article/view/32995>. Acesso em: 30 jun. 2022.

PERSEGUEIRO, Kelcilene Gisela. **Olhar caleidoscópico**: a experiência do cinema como prática pedagógica. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/151874>. Acesso em: 07 out. 2022.

SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenise. A Relação entre Direito e Literatura e suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da Jurisdição, 2016. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15841>. Acesso em: 30 jun. 2022.

THEBAS, Isabella. **A origem do cinema**. Instituto de Cinema. Disponível em: <https://institutodecinema.com.br/mais/conteudo/a-origem-do-cinema>. Acesso em: 07 out. 2022.

# DIREITO, LITERATURA E UMA (RE)CONSTRUÇÃO DE UM ENSINO JURÍDICO

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Maurício Dal Pozzo Schneider**

Advogado. Mestrando em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável na UFSC. Pós-graduado em Direito Aduaneiro e Comércio Exterior Brasileiros na Univali  
<http://lattes.cnpq.br/6647041987544412>

### **Michelle de Medeiros Fidélis**

Gerente do Setor de Cidadania da Procuradoria-Geral do Município de Itajaí. Mestranda em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável na UFSC. Pós-graduada em Jurisdição Federal na ESMAFESC  
<http://lattes.cnpq.br/7429481809330527>

### **Joana Stelzer**

Doutora e Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). Pós-Doutora em Direito (Universidade de São Paulo – USP). Professora Associada III na UFSC. Professora credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/CCJ/UFSC). Líder do Grupo de Estudos em Fair Trade/ Comércio Justo (NEFT)  
<http://lattes.cnpq.br/5604521988646530>  
<https://orcid.org/0000-0002-9503-4080>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo repensar o ensino jurídico por meio da Literatura, eis que o ensino tradicional, após anos de sua aplicação na academia, não tem atendido na formação de operadores do Direito qualificados e, por consequência, as expectativas e necessidades do cenário social. Repensa-se a metodologia de ensino utilizando-se das duas correntes: a metodologia recorrente com a interdisciplinaridade, por meio da Literatura. Diante desse cenário, o primeiro capítulo aborda brevemente o panorama do ensino jurídico clássico e seus resultados notórios, para, em seguida, no segundo capítulo, emergir sobre o que é literatura, pois apenas assim se pode entender como ela pode ser um instrumento no ensino. No último capítulo, além de trazer abordagens e exemplos de caminhos de como se pode utilizar, demonstra sua aplicação real em dois ambientes acadêmicos. Quanto à sua natureza, a pesquisa foi pura, abordando o problema de forma teórica, tendo como técnica de pesquisa de forma essencialmente a bibliográfica. Quanto aos fins, a pesquisa foi de cunho descritivo tendo por método de abordagem o hipotético-dedutivo, e os resultados foram expostos em forma de texto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Literatura. Ensino Jurídico. Estrutura Curricular. Interdisciplinaridade.

**ABSTRACT:** This research aims to rethink legal education through Literature, behold, traditional teaching, after years of its application in the academy, has not met the training of qualified legal professionals and, consequently, the expectations and needs of the social scene. The teaching methodology is rethought using two currents: the recurrent methodology with interdisciplinarity, through Literature. Given this scenario, the first chapter briefly addresses the panorama of classical legal education and its notorious results, and then, in the second chapter, emerges on what literature is, because only then can one understand how it can be an instrument in teaching. In the last chapter, in addition to bringing approaches and examples of how it can be used, it demonstrates its real application in two academic environments. As for its nature, the research was pure, approaching the problem in a theoretical way, having as a research technique essentially the bibliography. As for the purposes, the research was of a descriptive nature, using the hypothetical-deductive method of approach, and the results were exposed in the form of a text.

**KEYWORDS:** Law. Literature. Legal Education. Curricular structure. Interdisciplinarity.

## 1 | INTRODUÇÃO

Mesmo depois de 200 (duzentos) anos da introdução da ciência jurídica no Brasil e com aumento de faculdades nesse campo, ainda assim, a conduta tradicional de ensino tende a prevalecer.

Foi tempo suficiente para se verificar, pela observação do que ordinariamente acontece, que o método tradicional, ou seja, apenas repassar a memorização de artigos de leis, doutrinas e jurisprudências não é o suficiente. Isto pode ser visto pelas inúmeras reprovações na prova Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e em concursos públicos, das muitas peças mal formuladas por diversos advogados, e decisões incoerentes proferidas pelos magistrados. Até mesmo, como resultado, deve-se citar a grande quantidade de alunos formados em Direito, entretanto, não praticam a sua formação.

A metodologia tradicional não pode ser totalmente deixada de lado, mas ela, por si só, não forma operadores do direito preparados.

A ideia do artigo é justamente interligar as teorias jurídicas com suas densidades e complexidades, gerando também interesse dos alunos, tornando-os sujeitos do processo de conhecimento.

A literatura, sendo um meio livre e democrático de exposição de visão, de sentimentos, de relato de lugar, de tempo e de ações. Em resumo, se é que isto é possível, a literatura é a utilização de palavras carregadas de significado. Não é por acaso que a literatura tem o poder de provocar diferentes efeitos e sentidos nos leitores. Tem a capacidade de função político-social (realizar críticas), catártica (liberar emoções), estética (admiração), cognitiva (transmitir conhecimento) e lúdica (de envolver). Ajuda a formular e organizar

pensamentos, a estimular raciocínio.

Sendo assim, a relação da literatura no ensino indica ser uma ferramenta muito útil para a compreensão da ciência jurídica. Além do destaque da interdisciplinaridade, fundando um espaço crítico por excelência, possibilita a assimilação, a criatividade, a percepção, a reflexão e a inovação.

Desta forma, ao considerar que o estudante de Direito deve estar apto a desenvolver o pensamento crítico e demonstrar conhecimento sobre a realidade do mundo que o cerca, emerge o problema do presente estudo ao questionar se é possível utilizar a literatura como metodologia para aproximar o ensino jurídico brasileiro da realidade social.

Neste sentido, a hipótese sustentada indica que a literatura, quando utilizada no ensino do Direito de maneira interdisciplinar, representa alternativa para conciliar abordagem mais ampla sobre a realidade social, oferecendo elementos antropológicos, culturais e políticos que permitem maior humanização e capacitação do jurista.

Deste modo, na primeira parte faz-se breve síntese da história do ensino do Direito no Brasil, do panorama sobre o ensino jurídico tradicional, da desconexão com a realidade e da impossibilidade de concretizar um operador do Direito qualificado.

Em seguida, aprofunda-se sobre a literatura e, através disso, é que se possibilita a compreensão da relação da literatura como instrumento de contribuição para o ensino jurídico.

E por último, demonstra-se as abordagens possíveis para se utilizar no ensino o Direito e a literatura e, convenientemente, traça-se exemplos dessa utilização e dois casos reais promissores da metodologia.

Quanto à sua natureza, a pesquisa foi pura abordando o problema de forma teórica, tendo como técnica de pesquisa de forma essencialmente a bibliográfica. Quanto aos fins, a pesquisa foi de cunho descritivo tendo por método de abordagem o hipotético-dedutivo. Os resultados foram expostos em forma de texto.

## **2 | DESCOMPASSO ENTRE O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO E A REALIDADE SOCIAL**

O estudo da metodologia do ensino na formação jurídica é objeto de investigação desde os primeiros cursos de Direito no Brasil. Durante o período imperial, o País não contava com uma cultura jurídica própria, para tanto, a formação dos brasileiros ocorria principalmente nas universidades portuguesas. Nesse contexto, os estudantes brasileiros eram representados por filhos da elite política e econômica da Colônia e os conteúdos aprendidos nesses centros acadêmicos atendiam aos interesses do Reino de Portugal (BISSOLI FILHO, 2010, p. 13-15). O método utilizado nesse período era o ensino compendário, isto é, com pontuações breves, claras e bem ordenadas sobre as doutrinas, dando predomínio à didática sobre a polêmica, além da aula-conferência (BISSOLI FILHO,



2010, p. 15).

No decorrer do período imperial e republicano, as primeiras universidades surgiram em território nacional em paralelo à independência cultural da sociedade brasileira. De início, diversas reformas dos cursos e do ensino jurídico foram realizadas durante o período imperial, em especial, as de 1831, 1854 e 1879, em que as preocupações centrais se relacionavam aos cursos de Direito e não ao ensino propriamente dito, tendo como aspectos principais a mudança de currículos, programas, professores e compêndios (BISSOLI FILHO, 2010, p. 16-19).

Para tanto, a abordagem metodológica do regime imperial correspondia às práticas da academia portuguesa, sobretudo com a utilização do jusnaturalismo como doutrina dominante. Cabe mencionar que apesar das reformas no ensino jurídico da época, os estudantes dos cursos de Direito ainda pertenciam às elites econômicas e o aprendizado dentro das salas de aula não acompanhava as mudanças da estrutura social (BISSOLI FILHO, 2010, p. 20).

Após a promulgação do regime republicano, as grades curriculares se tornaram mais rígidas e o positivismo jurídico se tornou hegemônico na concepção e no ensino do Direito. Essa tendência foi acompanhada pela criação de faculdades livres que possibilitaram a expansão dos cursos de Direito e garantiram maior acesso da classe média ao ensino jurídico, mantendo-se, entretanto, a desvinculação entre o curso ministrado e a realidade social (BISSOLI FILHO, 2010, p. 23-24).

A criação de novas faculdades também fez surgir desníveis na qualidade do ensino. Somente em 1994 e 2004, as reformas do curso de Direito demonstraram preocupações com a qualidade da formação dos bacharéis, nas quais se buscou uma formação plural, menos tecnicista ou meramente dogmática (BISSOLI FILHO, 2010, p. 34).

Entretanto, observa-se que ainda existiam paradigmas na área de aprendizagem da ciência jurídica, de modo que se especulava a existência de uma verdadeira crise doutrinária. Para tanto, partiu-se do pressuposto no qual “[...] o ensino jurídico positivista cumpre a função disciplinadora do Direito e marginaliza o pensamento crítico” (SEEGER; ANDRADE, 2016, p. 4).

As críticas ao ensino jurídico giram em torno da produção rasa de conhecimento que geram falta de aderência teórica dos alunos. O ensino ‘plastificado’ ou ‘manualesco’ reduz o direito a uma representação limitada do Direito e a sua integração à sociedade (SEEGER; ANDRADE, 2016, p. 4).

Para Santos (2007, p. 71), “as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas na sociedade”. O ensino atual persiste na inadequação à realidade para a qual foi proposto e não cumpre a função social da aprendizagem da ciência jurídica. O que se observa é uma produção acadêmica em padrões industriais que põe em risco a qualidade do ensino (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 281).

O ensino jurídico atual, em síntese, está caracterizado por matriz curricular rígida e conservadora, que impede os juristas de compreender o próprio contexto social e de propor modificações a esse sistema (SILVA; RUIZ, 2012).

De acordo com as diretrizes curriculares nacionais do curso de Direito, estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação pela Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Da leitura normativa, percebe-se que se deve ter um engajamento dos alunos e educadores, tendo interação das disciplinas com a realidade, superando a fragmentação do ensino, com o fim de transformar as pessoas em seres capazes de exercer criticamente a cidadania, ter uma visão global do mundo e de enfrentar os problemas complexos e amplos da realidade.

Outrossim, a própria Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 206, princípios que orientam o ensino, garantindo, dentre outros: a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; e, a garantia do padrão de qualidade.

Apesar disso, nota-se que tanto os dispositivos constitucionais quanto aos parâmetros utilizados pelo Ministério da Educação se tornaram utópicos na medida em que não correspondem à realidade do ensino jurídico. O predomínio do senso comum teórico e a reprodução de verdades jurídicas, encobriu o pensamento crítico, obscureceu a ciência jurídica e fez do Direito uma obviedade dificilmente questionada (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 282).

A excessiva memorização de artigos de leis, doutrinas, jurisprudências e entendimentos torna o método de ensino predominantemente teórico. Nesse cenário, o aluno se desconecta do aspecto prático-profissional da disciplina e não favorece outras características fundamentais aos operadores do Direito, como criatividade, capacidade de interpretação, sensibilidade a questões sociais e senso crítico (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 282-283). O resultado é que os operadores do direito se tornam depósitos e sujeitos para memorizar conteúdos (função passiva), saindo totalmente incapazes de realizar as lógicas do direito as quais são inerentes. Além disso cediço que, a rotina e a repetição de conteúdo resultam em educandos e educadores que não mais refletem sobre o que estão fazendo, apenas sendo mero meio de reprodução.

Nessa toada, desconectado do seu fundamento, o ensino jurídico perde o seu

propósito, o seu caráter científico (ciência social aplicada) e, por consequência, sua densidade e relevância. E, se assim é, a cientificidade jurídica fica impassível de ser questionada, aprimorada ou modificada (AMORIM; FREITAS; HOLANDA, 2022, p. 609-610).

Nesse modelo mecanicista, o distanciamento entre teoria e prática ocorre com a ausência de reflexões críticas, sociais e culturais. A metodologia acaba por contribuir na manutenção de um sistema de ensino legalista e dogmático que contribui na fragilização do Direito (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 283).

Em outro ponto, a metodologia tradicionalmente adotada normalmente corresponde ao estudo de uma série de textos e obras de autores da própria área que inviabilizam a interdisciplinaridade e afunilam a capacidade de expansão científica (BOLWERK; SOARES; GOMES, 2021, p. 38). Os estudantes estão condicionados a uma visão mais restrita da sociedade e o estudo do Direito é vislumbrado como ciência fechada e limitada às disciplinas imediatamente correlatas à atividade profissional (BOLWERK; SOARES; GOMES, 2021, p. 38).

Em um mundo globalizado onde culturas, conhecimentos, ideologias e conflitos se encontram, o prisma da certeza e da perpetuidade não deveriam ser um objetivo a ser atingido. A atual ciência jurídica requer visão que conjugue a multidimensionalidade dos diferentes saberes e, para isso, é preciso abordagem ampla sobre o ensino do Direito (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 282).

Diante desta conjuntura, revela-se a necessidade de redimensionar e redefinir o ensino jurídico a partir de alternativas que atendam aos novos valores e métodos das demandas sociais. Além disso, é preciso que o jurista acompanhe conflitos bem como inovações culturais, ideológicas, científicas e esteja apto para lidar com esses elementos (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 283-284). As ciências jurídicas deveriam se aproximar do maior fator de sua existência, isto é, a pessoa humana, ampliando o ensino à capacidade de manifestação humana e expandindo a dimensão axiológica de suas interações (BOLWERK; SOARES; GOMES, 2021, p. 38-39).

Assim, adotar uma abordagem multidisciplinar pode contribuir na formação de um ensino que se afaste das metodologias meramente cartesianas. A aplicação de áreas como filosofia, sociologia, história e arte no Direito podem facilitar a compreensão da realidade em que se vive, seja por meio de textos científicos ou por obras fictícias. Torna-se fundamental avaliar como a interdisciplinaridade do ensino contribui na formação jurídica dos alunos, em especial, a partir da utilização da literatura como opção metodológica nos cursos de Direito.

### **3 | LITERATURA ENQUANTO MANIFESTAÇÃO HUMANA**

A contingência do ser humano diante dos inúmeros caminhos e possibilidades existentes no mundo provoca a inquietação da mente e propõe questionamentos sobre a

própria realidade. Conhecer novas culturas, ideologias e sensações faz parte da natureza intrínseca da pessoa de interagir com o ambiente comunitário e, para isso, as artes refletem uma forma de representação das complexidades existenciais.

A arte, por seu turno, é capaz de projetar a dinâmica das relações sociais e de revelar, inclusive, o próprio conceito de humanidade. Nesse meio, é possível identificar o papel da literatura como disciplina cultural, “realizando-se como atividade artística produzida pela linguagem e integrando um conjunto de expressões culturais que constituem o conceito de humanidade como resultante da atividade humana” (VIANNA NETO, 2014, p. 242). Para além disso, a literatura pode ser compreendida como maneira de conhecimento da totalidade humana, sendo que uma obra pode ser considerada universal na medida em que contém uma quantidade maior de ‘sonho humano’. Isso significa que a metáfora literária também é o *locus* no qual se problematizam discursos históricos, científicos e filosóficos, sendo, portanto, um importante instrumento de avaliação do pensamento (VIANNA NETO, 2014, p. 242).

Mais que isso, a literatura revela o contexto em que a sociedade se insere. Ao refletir sobre o papel do intelectual, Darcy Ribeiro questionou de forma crítica como a desconstrução das influências eurocêntricas na literatura brasileira pode manipular a noção cultural do país:

Que intelectualidade é esta nossa? De quem ela é? Supostamente somos a inteligência do povo brasileiro [...]. Os educados, os lidos, os competentes, os bonitos, [...] serviços fiéis da ordem. Nós, intelectuais, nos pagando com palavras de discursos literários [...]. O desencontro é total. Nossa vanguarda lúcida, fiel a seu povo, não existe. O povo brasileiro está órfão. É um corpo sem cabeça. Nós, intelectuais, sem um povo com que nos identifiquemos, com horror do povo de verdade que aí está, somos uma cabeça decepada. (1988, p. 35)

Assim, a literatura passa a ser considerada como um instrumento de construção histórico-social, isto é, como um fator indispensável de formação individual e coletiva, que confirma ao homem a sua humanidade (CANDIDO, 2004, p. 180). Nesse processo, identificam-se os aspectos fundamentais para a essencialidade humana no exercício de sua experiência histórica. De maneira exemplificativa é possível demonstrar a atuação humana na literatura a partir do exercício da reflexão, do afinamento das emoções, da percepção da complexidade do mundo e dos seres, da aquisição do saber, da boa disposição para com o próximo, do cultivo do humor, da capacidade de penetrar os problemas da vida e do senso da beleza (CANDIDO, 2004, p. 180).

Na busca de definições sobre a humanidade, pode-se partir de cenários imaginários com diferentes existências e criaturas nas quais se equacionam novos problemas éticos. Tipicamente, a literatura apresenta retratos problemáticos de personagens confrontados com seus próprios limites ou com suas próprias características e, precisamente nessas situações, nas quais se testam hipóteses de transfiguração do mundo, redesenhando a

imagem do ser humano e questionando as fronteiras da humanidade (FERNANDES, 2009, p. 25-35).

A literatura, como prática essencialmente humana, supõe que a atividade artística ecoa nos contornos da humanidade ao mesmo tempo que ajuda a definir seus traços. Isso significa que, além de servir como manifestação antropológica, a representação da realidade implica a utilização de procedimentos de rememoração, imaginação e juízo crítico na formação cultural do homem (FERNANDES, 2009, p. 61-63).

Logo, a natureza dessa relação está intimamente relacionada ao acesso à educação e à qualidade do ensino. A literatura, enquanto disciplina, representa, em sua dimensão estrutural, parte de um dispositivo de comunicação que não se limita à literalidade textual, representando, portanto, um sistema de conhecimento aberto (VIANNA NETO, 2014, p. 245).

A literatura também é um ato democrático de comunicação que evidencia as contradições ideológicas e materiais, bem como as diferentes determinações históricas de sua própria construção. Para isso, a literatura assume o papel de transmissão de herança identitária de culturas, práticas e crenças à sociedade (VIANNA NETO, 2014, p. 245).

Verifica-se, ainda, que quando há a correspondência da literatura em determinados contextos políticos e sociais, nota-se a capacidade que a interação desses dois elementos pode ter na transformação da realidade. Na literatura global, é possível destacar:

*A cabana de Pai Tomás* (1852), de Harriet Beecher Stowe, oferece um retrato crítico e dramático da escravidão nos Estados Unidos. O romance teria ajudado a provocar a Guerra Civil Americana e, indiretamente, a abolição da escravidão naquele país. *Memórias de um caçador* (1852), de Ivan Turguêniev, reúne contos que retratam o pobre camponês russo de forma humana, em contraste com o frívolo e cruel proprietário de terras. As histórias teriam ajudado a convencer o Tzar Alexandre II a abolir o sistema de servidão em 1861. *Um dia da vida de Ivan Denissovitch* (1962), de Alexandr Soljenitsin, é um relato detalhado das duras condições de vida em um campo de trabalho soviético. O livro teria contribuído para a difamação do stalinismo e, indiretamente, para a derrocada do sistema soviético (SHECAIRA, 2018, p. 369).

Já nas experiências de ensino e pesquisa, nota-se a responsabilidade de se formar uma concepção democrática e inclusiva em nossas sociedades, adotando, nesse aspecto, a função de ferramenta pedagógica (VIANNA NETO, 2014, p. 245).

Para Derrida (2003, p. 16), a Universidade deveria, dentre outras responsabilidades, assumir uma postura de resistência crítica, e mais que crítica, “a todos os poderes de apropriação dogmáticos e injustos”. O que se observa é a capacidade da arte literária enquanto instrumento de formação do senso crítico, sendo nas universidades onde se configuram valores produzidos pela evolução do pensamento científico e social, essenciais ao progresso cultural (VIANNA NETO, 2014, p. 248).

Na formação acadêmica a literatura também serve como estudo de caso para a

produção científica. Nas pesquisas sobre a mente humana, por exemplo, Freud se utilizou de antigos mitos para abordar e explicar processos psíquicos de seus pacientes, definindo conceitos amplamente estudados na contemporaneidade, como id, ego e superego. Da mesma forma, Goethe se utilizou de uma verdade metafórica para ilustrar a ocorrência de uma neurose supostamente a partir de uma presença demoníaca.

A proximidade desta perspectiva à teorização específica da psicanálise ocasiona objeções concretas sobre a validade das suas premissas, sendo que a literatura surge neste contexto apenas como mais uma demonstração do funcionamento de um certo modelo do pensamento humano (FERNANDES, 2009, p. 63).

O mito assume um papel central na formação do ser humano relacionando valores éticos com o imaginário coletivo, com aspectos lúdicos, com as crenças religiosas, com o caráter de um povo, com a transmissão de conhecimentos e sabedoria (GUERREIRO, 2011, p. 155).

Para tanto, o que se pretende demonstrar é que a literatura pode ser utilizada como instrumento para a construção de teorias sobre o aspecto subjetivo da pessoa humana e o meio em que este se insere. De maneira complementar, Umberto Eco destaca que “o mundo da literatura é um universo no qual é possível fazer testes para estabelecer se um leitor tem o sentido da realidade ou é presa de suas próprias alucinações” (2011, p. 15).

A leitura das obras literárias não só fomenta a liberdade de interpretação, mas também evidencia ambiguidades da linguagem e da vida. Mais que isso, a literatura mantém em exercício a língua como patrimônio coletivo e, com isso, cria a identidade e o senso de comunidade aos homens (ECO, 2011, p. 10-12). Na visão filosófica, política e jurídica, a literatura representa um instrumento essencial para a construção desse sentido de comunidade e para a promoção de uma solidariedade fundada sobre modelos linguísticos (GUBERT; TRINDADE, 2008, p. 61).

A ideia de humanidade surge no plano das realizações culturais, “seja pelo exercício das aptidões técnicas, seja pela implementação de sistemas de organização política e social”. A literatura enquanto instrumento social permite a discussão de regras de conduta, deveres, direitos cívicos e da própria legislação oficial, sendo que a ideia de humanidade recai na validação de princípios éticos que poderão ser convertidos em normas jurídicas (FERNANDES, 2009, p. 18-21).

O que se observa, portanto, são as diversas aplicações da literatura no desenvolvimento da linguagem, na construção de um patrimônio coletivo e na expansão da rede neural do leitor. Percebe-se a sofisticação da compreensão sobre problemas morais e sociais, tendo em mente a percepção de que “Talvez a literatura não faça dos leitores pessoas melhores, mas ela ainda pode fazer dos leitores pessoas mais atentas à complexidade de questões morais que tendem a ser subestimadas” (SHECAIRA, 2018, p. 357).

Por fim, é notável a capacidade da literatura como instrumento de transformação da realidade. No âmbito do Direito, a análise interseccional com a literatura repercute, em especial, na compreensão da sociedade e dos sujeitos, ampliando o nível de formação dos juristas para além de meros aplicadores da lei. Conforme será abordado na seção seguinte, são inúmeros os exemplos em que a arte serve de metodologia para o ensino jurídico. Dessa maneira, passa-se a análise do papel pedagógico da literatura nas diferentes abordagens que o Direito proporciona.

## 4 | A LITERATURA NO ENSINO JURÍDICO

Como se pode concluir até aqui, a literatura pode ser um mecanismo de auxílio à metodologia tradicional, com o objetivo de estimular a leitura, o uso correto da linguagem, a reflexão e a percepção da realidade. Além disso, o estímulo literário cria habilidades para a pesquisa lógico jurídica e a produção científica, resultando melhor compreensão dos fenômenos jurídicos e tornando o ensino mais dinâmico.

Em outras palavras, a utilização da literatura no ensino jurídico não se opõe à metodologia tradicional, eis que a exposição dos conteúdos é necessária para a apresentação do objeto de estudo. Contudo, o aprendizado da letra da lei não pode ser utilizada de forma isolada, já que se revela insuficiente para tornar o aluno partícipe no processo de ensino e aprendizagem.

Da relação entre o direito e a arte, é possível um desdobramento compreendendo o Direito como tema de obras de arte e a arte como objeto de normas jurídicas. No primeiro, a literatura é uma possibilidade de expressão do Direito; enquanto no segundo, é o direito na literatura. Seja qual for utilizada, a releitura de um mesmo objeto enriquece a ciência jurídica, ao trazer análise e interpretação plural, aprofundada, sensível e concreta, vinculando – inclusive – a mutação normativa.

Não obstante, importante ressaltar que a escolha das obras, em regra, deve ser realizada pelo professor da disciplina de modo que se possa estabelecer associação da obra com o ramo e o tema jurídico ministrado. É preciso observar o perfil da turma, sempre dando atenção ao aprimoramento ao aprendizado daquele grupo de estudantes. Deve o professor avaliar a turma para escolher a obra literária a ser trabalhada (fio condutor do lecionador), o tema e a abordagem adequada.

Depois da experiência realizada, o professor pode exigir uma avaliação dos estudantes, na qual apresentem suas ponderações acerca da metodologia utilizada, principalmente sobre o que aprenderam, associaram, refletiram e, até mesmo, o que acreditam que seria juridicamente correto (habilidade crítica de mudança).

No processo educacional, o educador deve estar disposto a aprimorar a metodologia de ensino, aberto a críticas e indagações dos educandos, sempre estimulando-os sobre a possibilidade de questionar, das múltiplas respostas de uma mesma situação, ou seja, gerar

a autonomia reflexiva e a importância da participação ativa dos alunos no estudo, pesquisa e construção do direito. Para contribuir com o debate do presente ensaio, destacam-se alguns exemplos de obras literárias, bem como propostas de temas.

Segue-se então para o primeiro modo citado, isto é, a utilização da literatura como possibilidade de expressão do Direito. Essa possibilidade utiliza-se de narrativas literárias com o intuito de ensinar o universo jurídico. Habitualmente, quem os escreve são pessoas com formação acadêmica jurídica, tendo o fim eminentemente pedagógico, dando um ambiente mais leve para ensinar as normas jurídicas, suscitar questionamentos, reflexões e debates.

O exemplo clássico desse tipo de metodologia é o livro “O Caso dos Exploradores de Caverna”, escrito pelo filósofo jurídico Lon L. Fuller, que traz o debate entre o positivismo jurídico e o direito natural, uma introdução à argumentação jurídica. Outro que segue a mesma linha é a obra “O Caso dos Denunciantes Invejosos”, de Dimitri Dimoulis.

Aqui, de outro modo, os autores trazem suas memórias para descrever o Direito e estratégias processuais e judiciais. Pode-se citar as obras “Discursos de Defesa” e dos “Discursos de Acusação”, de Enrico Ferri; e, “Reminiscências de um Rábula Criminalista”, de Antônio Evaristo de Moraes.

Como são obras que devem ter o objetivo de ensinar o Direito pela literatura, e por isso, serem, em regra, repete-se, escritos por pessoas da área, o número de obras resta mais limitado.

Por outro lado, no segundo tipo de abordagem, ou seja, quando se vê o direito na literatura, o número de obras que podem ser levadas em consideração aumenta, pois se procura na literatura considerações, críticas, qualquer manifestação sobre o direito. É um terreno fértil para identificação do âmbito jurídico.

Em “O Processo”, de Kafka, o escritor foi preso sem processo legitimador, sem acusação formalizada e sem crime descrito, sem poder saber do que estava sendo acusado (objeto e motivos da acusação). A obra demonstra a burocracia excessiva das instituições judiciárias e, ao mesmo, a importância de que todo processo jurídico deve obedecer etapas e princípios para concretizar o fim que se busca.

A angústia relatada em “Memórias do cárcere” de Graciliano Ramos, por sua vez, relata a vivência na prisão, arbitrariamente ordenada pelo Estado Novo, de Vargas. No livro “Quarto de Despejo: diário de uma favelada”, ilustra a vulnerabilidade humana em diversos aspectos (pobreza, fome, racismo e mulher), ou seja, uma estrutura social de exclusão, desigualdade e restrição de direitos. Abre-se, portanto, uma discussão sobre os atos e o planejamento de execução do Estado Democrático Social (terceira dimensão dos direitos fundamentais), além de discutir o seu limite de aplicação.

Na obra “Brumas de Avalon”, escrita por Marion Zimmer Bradley, várias questões podem ser tratadas como, por exemplo, os direitos das mulheres e toda a história de sua luta; a figura da criança e do adolescente através do tempo; o aspecto da adoção; e, a



importância de uma base de laicidade do Estado.

Em “A Casa Torta”, de Agatha Christie, pode ser tratada a questão da maioria penal, sobre o homicídio por motivo fútil e sobre a relação entre os crimes e a psicopatia. Relaciona a conduta criminosa, a sua justificativa e a mente daquele que a praticou e a possível punição a ser aplicada. Em “O Natal de Hercule Poirot”, também da autora Agatha Christie, pode-se abordar os efeitos de um testamento realizado com o falecido, manifestado diante do advogado, contudo, sem ter sua assinatura. No livro “Auto da Compadecida” de Ariano Suassuna, traz lições reflexivas dos papéis de atuação no judiciário, eis que na cena do tribunal de júri, vislumbra-se Deus como juiz, o demônio sendo o promotor e a Nossa Senhora representando a advogada de defesa. Finalmente, não se poderia deixar de citar a obra “O mercador de Veneza”, escrita em 1596 por William Shakespeare, que relata o formalismo jurídico, trazendo à tona a discussão hermenêutica.

Evidentemente, ficaram de fora diversas obras que se poderiam relacionar ao estudo do direito, mas com as *supra* citadas, pode-se inferir que a literatura no ensino do Direito, além de realizar um senso de assimilação de fato e ciência, clarifica e disponibiliza vários panoramas, tornando-o mais inteligível e, conseqüentemente, mais acessível. Emerge a importância de incentivar um sistema de reflexão, de crítica e de mudança. Isso afasta a intolerância, a intransigência, falta de compaixão e empatia ao compreender e aplicar a normativa jurídica.

Desse modo, quando a literatura é utilizada conjuntamente com o método tradicional, os alunos passam a perceber porque o Direito não é uma ciência exata. A ciência jurídica é um organismo vivo e dinâmico e, por isso, complexo. No ensino jurídico, a literatura permite contestar obviedades e afastar o que é dado como verdade, buscando na expressão humana um ensino que não se limite à análise gramatical, sintática ou semiótica. A interdisciplinaridade entre o Direito e a literatura torna o aluno adverso a um ensino racional estritamente objetivista, porém receptivo a compreensão de valores morais e sociais que tornam o jurista apto a dissolver certezas e romper convicções (LEITE; LOPES; TASSIGNY, 2019, p. 285-287).

Torna-se oportuno, portanto, utilizar a literatura como método de ensino para superar o estigma do jurista identificado como um mero aplicador da lei, inserindo dinâmicas históricas, culturais e sociais na formação em sala de aula e no desenvolvimento de teorias na ciência jurídica (ALVES; ESPINDOLA, 2019, p.11).

Para demonstrar que é possível utilizar o ensino tradicional com a literatura, a Universidade de Fortaleza, desde 2011, possui o projeto intitulado “Quinta Literária”. Com a iniciativa da professora Gina Vidal Marcílio Pompeu e sob a coordenação da professora Ivanilda Souza da Silva. O método ocorria apenas nos primeiros semestres do curso de direito, mas, com o sucesso da empreitada, a metodologia foi repassada ao programa de pós-graduação. Para expandir o público, foi criado o projeto “Quinta Literária Itinerante” que leva a mesma estrutura e propósito para as escolas públicas da região, com o auxílio de

universitários capacitados para realizar o trabalho. A atividade consiste na escolha de uma obra que é discutida sob o viés jurídico, tendo juristas para enriquecer o debate. Todos que participam são estimulados a manifestar suas ideias.

Na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), a docente Josiane Rose Petry Veronese ministra<sup>1</sup>, para mestrado e doutorado, a disciplina denominada “Marcos Teóricos e Produção do Conhecimento Jurídico”, no qual o plano de ensino<sup>2</sup> objetiva examinar as possíveis conexões entre Direito e a Literatura. Com isso, busca conhecer os aspectos históricos do Direito e da Literatura; compreender a teoria do Direito e a teoria da literatura, interpretação e hermenêutica; e, possibilitar a construção de uma teoria do Direito e Literatura. Além de se utilizar de diversas obras para concretizar os fins delineados, o cronograma do programa estipula “As Oficinas”, na qual os alunos escolhem alguma obra que se relaciona com o tema de dissertação e tese dos alunos, visando ao incremento da abrangência e da complexidade em suas pesquisas.

Segundo Oliveira e Sanches (2017, p. 309-310), existem outros professores que utilizam a literatura no ensino jurídico, como Vera Karam de Chueiri (Universidade Federal do Paraná), Cristiano Paixão (Universidade de Brasília); Arnaldo Godoy (Centro Universitário de Brasília), André Karam Trindade e Lênio Streck (UNISINOS).

## 5 | CONCLUSÃO

O ensino jurídico positivista cumpre uma função importante, contudo, se utilizada por si só, de forma endógena, impede a integração na vida prática, sendo apenas um reproduzidor de lei, doutrinas e jurisprudências adquiridas nos cursos jurídicos. O art. 206 da Constituição Federal e a Resolução n. 9/2004 CNE/CES estabelecem que o processo ensino-aprendizagem tem como sujeitos o professor e o aluno, estabelecendo a liberdade de ensinar e aprender, de pesquisar, de divulgar o pensamento, promover o pluralismo de ideias e garantir o padrão de qualidade, induzindo a interdisciplinaridade como nova ferramenta para o ensino jurídico.

Com a utilização conjunta de uma ferramenta extrajurídica como a literatura, por meio de uma aprendizagem interdisciplinar, proporciona-se aos estudantes um aspecto de sujeito ativo na cadeia de conhecimento, adicionando e alargando a compreensão e discussão do mundo jurídico. A literatura é uma ferramenta que promove visão integrada, crítica e reflexiva dos fenômenos jurídicos, contribuindo para solução de conflitos e mudanças de paradigmas e legislativas.

Além disso, percebe-se que a interdisciplinaridade aqui proposta enriquece pesquisas, fomentando nas fundamentações das dissertações e teses. De mais a mais, os casos reais citados fazem inferir que as metodologias conjuntas são possíveis de serem

<sup>1</sup> Antes ministrada pelo Dr. Luís Carlos Cancellier de Olivo.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://cpgd.paginas.ufsc.br/files/2022/05/Marcos-Teoricos-e-Producao-do-Conhecimento-Profa.-Josiane.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2022.

aplicadas e exercidas na sala de aula, trazendo resultados primorosos do que apenas se utilizar a metodologia clássica.

Ante todo o exposto, a mudança da metodologia de ensino jurídico é necessária e urgente, justamente porque o tempo não estagna e diversos fatos vão ocorrendo com mais rapidez e complexidade. As salas de aula devem ser lugares que integram professor e aluno, gerando interesses de ambos em viver o aprendizado. Os operadores do Direito devem sair aptos a se depararem com a realidade, exercendo a inter-relação do conhecimento teórico com a prática.

A função primordial de todo operador do Direito não é apenas solucionar os casos, mas provocar mudanças de paradigmas e causar reflexos sociais, econômicos e políticos positivos e de inspirar que outros façam o mesmo.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Paiva; ESPINDOLA; Angela Araújo da Silveira. O Ensino de Humanidades e o Direito & Literatura Face à Crise da Democracia Liberal na Sociedade em Rede. **5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede - Programa de Pós-Graduação em Direito – Campus Santa Maria**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/8.6.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

AMORIM, Rosendo Freitas de; FREITAS, Ana Carla Pinheiro; HOLANDA, ANA Carolina Pessoa. A utilização da literatura no ensino jurídico brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 02, p. 603-627, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/62407/42016>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BOLWERK, Aloisio Alencar; SOARES, Francisco dos Santos Oliveira; GOMES, Mayara Pereira. A Inserção da Literatura nas Ciências Jurídicas: uma Proposta Transdisciplinar para uma (Re)construção do Ensino Jurídico. **ACTIO REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS**, Maringá, PR, N. 31, v. 1 – Jan./Jun. 2021. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/205>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 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 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 9**. Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em: 30 jun. 2022.

CANDIDO, Antonio. O direito à literatura. In: **Vários escritos**. São Paulo: Duas Cidades, 1995/2004. p. 171-193.

DERRIDA, Jacques. A universidade sem condição. Tradução de Evando Nascimento. São Paulo: **Editora Estação Liberdade**, 2003.

ECO, Umberto. Sobre a literatura. Ensaio. Rio de Janeiro: Record, 2003.

FERNANDES, Angela. **Literatura e humanidade**: aspectos da representação do humano a propósito de Admirável Mundo Novo, A Condição Humana e Seis Falsas Novelas. 234 p. Tese de Doutorado – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/571>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BISSOLI FILHO, Francisco. Das Reformas dos Cursos de Direito às Reformas do Ensino Jurídico no Brasil: A Importância dos Professores e Alunos na Discussão das Reformas e no Processo Ensino-Aprendizagem. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Educação jurídica**: temas contemporâneos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 253-279. Disponível em: [http://funjab.ufsc.br/wp/?page\\_id=1819](http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819). Acesso em: 30 jun. 2022.

GUBERT, Roberta Magalhães e TRINDADE, André Karam. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para repensar o direito. In: COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito e Literatura**: Reflexões Teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GUERREIRO, Carla Alexandra do Espírito Santo; MESQUITA, Armindo. Bendito e Louvado, meu conto acabado: A literatura tradicional como patrimônio cultural da Humanidade. **Revista de Letras**. ISSN 0874-7962. 10:II, p. 153-164. Disponível em: <https://bibliotecadigital.ipb.pt/handle/10198/8096>. Acesso em: 30 jun. 2022.

LEITE, L. C., LOPES, Érica V., & TASSIGNY, M. M. Direito, literatura e extensão: análise do projeto quinta literária da Universidade de Fortaleza como conteúdo curricular à luz da resolução CNE/CES nº 7/2018 e do parecer nº 635/2018. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, 20(3), 277-302, 2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitossegantias/article/view/1777>. Acesso em: 30 jun. 2022.

VIANNA NETO, Arnaldo. Literatura, Humanidade, Humanização: A Plenitude Da Condição Humana. **Gragoatá**, 19(37), 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/gragoata/article/view/32995>. Acesso em: 30 jun. 2022.

OLIVEIRA, Taciana Soares de; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. A Literatura como Instrumento de Contribuição para o Ensino Jurídico. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo - Lorena, Ano IX, n. 36, p. 307-327, 1º Semestre, 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Dir-Paz\\_n.36.17.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Dir-Paz_n.36.17.pdf). Acesso em 16 jun. 2022.

RIBEIRO, Darcy. **Migo**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Adriana Barbosa da; RUIZ, Ivan Aparecido. **O ensino jurídico de qualidade como forma de contribuir à realização plena do acesso à justiça**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Disponível em: <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3845.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

SEEGER, Luana da Silva; ANDRADE, Edenise. A Relação entre Direito e Literatura e suas Contribuições para a Superação da Crise do Ensino Jurídico e Refundação da Jurisdição, 2016. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15841>. Acesso em: 30 jun. 2022.

SHECAIRA, F. P. A importância da literatura para juristas (sem exageros). **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 357–377, 2018. Disponível em: <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/423>. Acesso em: 30 jun. 2022.

# PLANEJAMENTO DE ENSINO COM OS PROFESSORES DO CURSO DE DIREITO COM A UTILIZAÇÃO DO FISH BOWL

*Data de aceite: 02/01/2023*

**Elenir Cardoso Figueiredo**

UNINOVAFAP, Centro Universitário,  
Teresina, PI

**Igo Yossi Lima Fonseca**

UNINOVAFAP, Centro Universitário,  
Teresina, PI

**RESUMO:** Esse trabalho teve como objetivo compreender os princípios norteadores da elaboração do plano de ensino por competências, por meio do fishbowl com os professores do curso de Direito. A roteirização da formação com os docentes por meio dessa metodologia ativa, presencialmente, trouxe mais engajamento e participação. Os participantes expressaram feedback positivo a proposta realizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Planejamento, *fishbowl*, aprendizagem, competências.

**ABSTRACT:** This work aimed to understand the guiding teaching plan's elaboration principles by competences, through the fishbowl method with Law course's teachers. The training teachers scripting through this active methodology, in a live moment, brings more engaged and participation on training. The participants expressed

positive feedback as final result.

**KEYWORDS:** Planning, fishbowl, learning, skills.

## INTRODUÇÃO

Planejamento é a chave do sucesso de qualquer ação. E quando se trata de agregar conhecimento a pessoas que já têm na ponta dos dedos o caminho para encontrar qualquer tipo de informação, bastando para isso digitar uma palavra em um buscador da internet, é preciso de uma boa dose de estratégia. O plano de ensino é o instrumento no qual esse “plano de ação” é arquitetado, servindo de bússola ao professor durante toda a jornada. (LIBANÊO, 2018)

O plano de ensino baseado em competências é uma inovação ao professor para que possa entender o princípio básico da aprendizagem ativa, pois não é o método, mas a forma como faz (SANTOS, 2020). A utilização do *fishbowl* foi propor uma discussão no grupo de professores do curso de Direito e promover uma troca de

experiências em torno da leitura do texto: A preparação das aulas onde se fez um debate dinâmico sobre a questão do planejamento.

## OBJETIVOS

Compreender os princípios norteadores da elaboração do plano de ensino por competências, por meio do *fishbowl* com os professores do curso de Direito.

## METODOLOGIA

A formação docente ocorreu em 04 momentos de dois turnos. Inicialmente foi disponibilizado textos aos professores sobre competências e planejamento. A proposta foi que os docentes percebessem que uma das grandes questões que levantamos em torno da aula é a forma como a mesma é elaborada, então nesse momento, fazer a leitura de um material mais prático levou a instigar a importância do planejamento.

Em um segundo momento foi aplicada a metodologia do *fishbowl* com um grupo de 40 professores que durante a aplicação do método perceberam o quanto a escuta ativa, a necessidade da participação e a fala de cada um é importante e, o melhor de tudo, o aprendizado acontece por meio da colaboração. A metodologia ativa aplicada facilitou o diálogo do tema proposto de uma maneira que o debate não se tornou apenas com alguns mais com todos.

## RESULTADOS

O maior resultado da aplicação da metodologia ativa do *fishbowl* foi a confirmação dos professores que o método funciona e é eficaz, pois não só permite a aprendizagem por meio de debates, mas também perceberam que dá oportunidade de quem aplica com um grupo compartilhar conhecimentos efetivos de habilidades comunicacionais.

A necessidade de planejar as aulas foi outro aspecto de fundamental importância ao final da formação, compreendendo que desenvolver as competências do discente vai de encontro as exigências desse novo perfil profissional e ainda mais que a ausência de planejamento poderá tornar as aulas monótonas e desorganizadas levando o desinteresse dos estudantes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação ocorreu de forma satisfatória com discussão da leitura do texto: a preparação das aulas, por meio da técnica do *fishbowl*. Os objetivos e metas foram alcançadas, pois a ideia foi refletir sobre a importância do planejamento na organização das ações de ensino; identificar os elementos que compõem um plano de ensino baseado

em competências e elaborar plano de ensino baseado em competências.

Percebeu-se que a utilização de metodologias ativas na formação docente deve ocorrer sempre não como um somente atrativo, mas transformador inculcando inovação, aprendizagem vontade e pertencimento, para tornar os professores cada vez mais motivados a perceberem que é possível de ser aplicado na sala de aula e a necessidade do planejamento.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ulisses F. **Adoção da estratégia de mentoria fisbowl em projetos integradores em curso de graduação** (2016). Disponível: <http://www.abed.org.br/congresso2016/trabalhos/237.pdf>. Acessado: 10.08.2021.

INFORSATO, E. C. ; ROBSON, A. S. **A preparação das aulas**. IN: Universidade Estadual Paulista. Caderno de Formação. São Paulo: Cultura acadêmica, 2011.

LIBANEO, José Carlos. **Didática**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SANTOS, William. **Entenda como trabalhar competências e habilidades na sala de aula**. (2020). Disponível: <https://educacao.imagine.com.br/como-trabalhar-competencias-e-habilidades-na-sala-de-aula/> Acessado: 15.08.2021.

# PLÁGIO DE ARTIGO CIENTÍFICO EM AMBIENTE DIGITAL

---

*Data de submissão: 28/11/2022*

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Ilton Pinto Seixas**

Centro Universitário do Norte –  
UNINORTE  
Manaus – Amazonas  
<http://lattes.cnpq.br/5751915279732465>  
<https://orcid.org/0000-0001-7349-5436>

### **Lorena Contis Rodrigues**

Centro Universitário do Norte –  
UNINORTE  
Manaus – Amazonas  
<http://lattes.cnpq.br/6951282296950031>  
<https://orcid.org/0000-0002-7987-2084>

### **Debora Moraes Gomes**

Centro Universitário do Norte –  
UNINORTE  
Manaus – Amazonas  
<http://lattes.cnpq.br/1846207285341830>

tais informações sem informar a devida referência. Observa-se que o ambiente digital traz muitas vantagens para a obtenção de informações relevantes para qualquer tipo de pesquisa, porém também facilita para que sujeitos optem por um caminho menos árduo ao adotar as obras de outros como se fossem suas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Plágio em artigo científico acadêmico. Implicações Legais. Direitos Autorais. Propriedade Intelectual.

### **PLAGIARISM OF SCIENTIFIC ARTICLE IN DIGITAL ENVIRONMENT**

**ABSTRACT:** This article seeks to investigate plagiarism in academic scientific articles in the digital environment committed voluntarily or involuntarily. To find out in what ways the individuals who commit them may or may not be held civilly and criminally liable for plagiarized works. There are many academic works with free access on the Internet, which makes it easier for other researchers to copy such information without providing the proper reference. It is observed that the digital environment brings many advantages for obtaining relevant information for any type of research, but it also makes it easier for subjects to choose a

**RESUMO:** Este artigo busca investigar sobre o plágio em artigos científicos acadêmicos no ambiente digital cometidos de forma voluntária ou involuntária. Averiguar de quais formas os indivíduos que os comete podem ou não ser responsabilizados civilmente e criminalmente por obras plagiadas. Existem muitos trabalhos acadêmicos com livre acesso na *Internet*, o que torna mais fácil para que outros pesquisadores copiem



less arduous path by adopting somebody else's work as if they were their own.

**KEYWORDS:** Plagiarism in an academic scientific article. Legal Implications. Copyright. Intellectual property.

## 1 | INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é revisar obras de pesquisa publicadas por autores que tratam do tema “Plágio de Artigos Científicos em Ambiente Digital”, bem como tratar e caracterizar os diferentes tipos de plágio existentes. Além disso, busca trazer soluções e ferramentas que, segundo seus autores, podem ser úteis no combate à citada prática. A Lei 9.610 de 1998 regula os direitos autorais e diz que qualquer tipo de produção intelectual produzida, seja ela registrada ou não, publicada ou não, está protegida.

Este artigo é baseado em uma revisão bibliográfica na literatura e em artigos científicos sobre a responsabilização de indivíduos por plágio acadêmico cometidos em ambiente digital. Sua fundamentação teórica jurídica de proteção do Direito Autoral e sua problemática estão inseridos no contexto das Tecnologias de Informação e a Legislação Brasileira, e as mudanças sociais que as dadas matérias trazem são de extrema importância no âmbito acadêmico. A partir disso, propor uma solução ao Centro Universitário do Norte – UNINORTE, elaborando-se um guia online que visa informar meios de prevenir o plágio no cenário acadêmico, assim como a verificação de autenticidade por meio de softwares.

As constantes mudanças no mundo tecnológico não conseguem ser acompanhadas pelo sistema jurídico com igual celeridade. Com isso, surge a necessidade de redefinir conceitos como autoria e produção científica a fim de proteger a propriedade intelectual, além de reformular e atualizar leis (COSTA, 2016). Esses esforços visam adequar o mais rápido possível uma regulamentação para as novas práticas sociais, que estão cada vez mais interligadas ao ambiente digital.

O mundo acadêmico é um dos setores mais afetados pelas mudanças provocadas pelas Tecnologias de Informação, no qual monografias, dissertações, teses, artigos e resenhas científicas ganham um ritmo e uma abrangência inimagináveis. Atualmente, não existem mecanismos efetivos para observar a produção e assegurar uma alta proteção do direito do autor, violado cada vez mais com muita facilidade. O Direito não se isenta dessas questões, pois também está inserido no contexto acadêmico e é diretamente implicado na questão do Direito Autoral e do Direito Digital, isso faz com que este tema seja duplamente instigante e relevante para a área do Direito. Sendo o plágio de textos científicos um problema que afeta constantemente a comunidade acadêmica, foram desenvolvidas ferramentas que ajudam na detecção do plágio, como passaremos a demonstrar no presente conteúdo.

Ademais, a lei do Direito Autoral e o Marco Civil da Internet tratam do plágio de conteúdos científicos abrangendo também se as sociedades científicas podem ser responsabilizadas por plágio de terceiros. Então ao se centrar em um dos aspectos

dessa temática, aborda-se, neste artigo, o plágio de obras científicas em ambiente digital, buscando a definição de plágio, de quais formas os indivíduos cometem tal ato, as sanções pela prática do plágio, bem como as melhores práticas para evitá-lo.

Este artigo se subdivide em quatro seções. Na primeira, definiremos o plágio de artigo científico no ambiente digital, a concepção de plágio em si e acerca da propriedade intelectual. Na segunda seção, abordaremos o plágio na legislação brasileira. Na terceira seção, relacionaremos o plágio às suas implicações legais, juntamente com as violações dos direitos autorais na esfera civil e criminal. Finalmente, na quarta seção, apresentaremos as principais formas de evitar o plágio, para então mensurar as conclusões da análise proposta, bem como as considerações finais.

## 2 I PLÁGIO DE ARTIGO CIENTÍFICO NO AMBIENTE VIRTUAL

Nesta sessão de abertura, apresentaremos um panorama do que se trata o presente artigo como um todo. Para isso, será levado em consideração uma análise bibliográfica sobre o plágio e suas implicações legais de acordo com a legislação brasileira.

Conforme conceitua a Rede Sirius, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, o plágio é o ato de assinar ou apresentar uma obra intelectual de qualquer natureza, como texto, música, obra pictórica, fotografia, obra audiovisual etc; contendo partes de uma obra que pertença a outra pessoa.

O plágio é considerado antiético e é qualificado como crime de violação de Direito Autoral no Brasil. Existem diversos casos de plágio no mundo acadêmico, em faculdades, cursos de pós-graduação, mestrado e doutorado. E ainda que o autor do texto original venha a consentir, copiar trabalhos acadêmicos sem informar as devidas referências, é considerado plágio.

### 2.1 Concepção de plágio

De origem etimológica grega *plágios.a.on*, a palavra plágio segundo Dicio – Dicionário Online de Língua Portuguesa, significa a “ação ou efeito de plagiar, de expor ou de mostrar uma obra intelectual de outra pessoa como se fosse de sua própria autoria”. Em contexto jurídico, significa a “apresentação que alguém faz de algo, como se fosse de própria autoria, quando na verdade foi criado ou pertence a outrem; cópia, imitação: plágio de um livro, trecho de música, de uma pintura etc.”

O plágio ocorre quando um autor utiliza os pensamentos ou expressões diretas de outro autor sem fazer alusão a ele no texto. Isso é um erro grave porque o autor original não recebe crédito pelo seu trabalho e o leitor pode ficar confuso sobre a origem das ideias (DINIZ; MUNHOZ, 2011). Se o autor citar corretamente o responsável pela ideia original, o que se encontra em outra obra, pode ser copiado (MIRANDA; SIMEÃO; MUELLER, 2007), como costumeiramente ocorre em trabalhos acadêmicos como este, através das citações,

paráfrases, entre outros recursos de remissão autoral (FERREIRA, 2012).

O plágio acadêmico é uma forma de fraude autoral, que embora possa ser enquadrado de acordo com a Lei de Direito Autoral, no mundo acadêmico, existem algumas “regras” que extrapolam os limites legais. O autoplágio, por exemplo, é um tipo de fraude autoral que é totalmente rejeitado pelos cientistas. Já o conluio pode ocorrer quando alguém compra um trabalho acadêmico e o apresenta como se fosse seu próprio trabalho. Outra forma de conluio é a chamada “autoria fantasma”, onde uma pessoa presenteia outra com a autoria de um determinado trabalho (KROKOSZ, 2022).

Sauthier et.al (2011) referem-se ao plágio como assinar o trabalho de outra pessoa, imitar o trabalho e usar outras informações ao apresentar resultados. No Ocidente, o plágio é visto como um crime que viola a “ética da pesquisa e publicação”, mas no Oriente não é considerado crime porque as ideias de outros autores “estão nas mãos da sociedade”. No entanto, o plágio ainda é um problema grave, pois rouba o trabalho árduo de outras pessoas e pode levar à publicação de informações erradas (SAUTHIER et.al, 2011).

Portanto, o plágio acadêmico é um problema real entre os estudantes nas instituições de ensino, bem como está presente nas publicações de pesquisadores, tratando-se de uma prática reprovável, cometida muitas das vezes por desconhecimento ou negligência (KROKOSZ, 2022). Felizmente, este problema pode ser facilmente evitado se os indivíduos desenvolverem algumas competências informacionais, tais como a própria pesquisa ao conceito de plágio e as formas de evitar que suas produções sejam caracterizadas como tal, por meio de instrumentos que possam guiar tanto o orientador acadêmico como o desenvolvedor do conteúdo.

Vários são os tipos de plágio, dentre os quais pode-se elencar, conforme Krokosz (2011), os seguintes como sendo as principais ocorrências em obras científicas:

- **Plágio direto:** é o tipo em que o plagiador copia literalmente uma parte da obra ou a obra completa sem apresentar as devidas referências, permitindo que se supunha ser de sua autoria, quando na verdade foi um texto criado por outrem;
- **Plágio indireto:** não é incomum na era da *Internet* que as pessoas copiem ideias de outros autores e tentem passar essas ideias como suas. Esse tipo de plágio é chamado de plágio indireto e ocorre quando o plagiador reescreve as ideias principais de um texto, sem citar a fonte original. Dessa forma, o plagiador mantém as ideias centrais do texto original ocultando a fonte consultada e possibilitando a interpretação de que ele seria o verdadeiro autor;
- **Plágio de fontes:** nesse modelo de plágio, o plagiador consulta uma obra e copia as citações encontradas no texto original e as coloca no seu texto como se fossem suas próprias referências, fazendo com que o leitor entenda que ele teria pesquisado diretamente nas fontes originais;
- **Plágio consentido:** nesse modelo de plágio temos um acordo entre o autor original e o plagiador, onde o primeiro permite que o segundo se aproprie de sua

produção intelectual em troca de alguma vantagem. O verdadeiro autor oferece o produto intelectual que criou, seja um texto, uma imagem ou outra obra, para que outra pessoa apresente-a como de sua autoria, beneficiando-se com este engodo. É basicamente o mesmo conceito do “trabalho escravo”, só que com produtos intelectuais ao invés de bens materiais;

- **Autoplágio:** é o tipo em que o plagiador apresenta um trabalho escrito por ele mesmo, mas que foi criado anteriormente, como se fosse recente e original, podendo também cometer plágio sobre toda a obra ou em parte dela.

Ao abordarmos o conceito de plágio e suas diversas características, se faz necessário trazer ao presente conteúdo o Direito quanto à Propriedade Intelectual, importante base que deve se destacar a respeito deste que é um dos pilares do direito moderno.

## 2.2 Propriedade intelectual

A propriedade intelectual, advindo do Direito Intelectual, é um dos pilares do direito moderno e está presente em nosso dia-a-dia, mesmo que não percebamos. Sua importância reside na proteção que garante aos titulares de direitos autorais, patentes e outros (CHAGAS, 2021).

O Direito Intelectual, conforme Chagas (2021), regulamenta, reconhece e protege tudo o que é criado pelo “espírito humano” e que pode ser objeto de comercialização. Em última análise, protege e incentiva a criação, a inovação, a invenção e a criatividade humana. Deste Direito surgem dois sub-ramos importantes que são a propriedade industrial e os direitos autorais.

A propriedade industrial é o conjunto de bens intangíveis que dão a uma empresa o seu valor intrínseco. São os ativos intangíveis que tornam a empresa única e diferenciada no mercado. São os seus bens mais valiosos, os que lhe conferem vantagem competitiva. A propriedade industrial é uma área importante da lei que protege inovações e cria mecanismos para impedir a cópia indevida. A propriedade industrial inclui patentes, desenhos industriais, marcas e nomes comerciais. A Lei da Propriedade Industrial (LPI) - Lei 9.279 de 1996 é a que trata da matéria.

Já os direitos autorais, conforme Chagas (2021), dão ao seu criador a exclusividade de exposição, exploração econômica e circulação das suas composições musicais, literárias, teatrais, esculturais, coreográficas e outras formas de arte, além dos programas de computador. Isso significa que só o criador da obra pode decidir como e onde a obra será exibida, comercializada ou distribuída. A Lei 9.609 de 1998 trata dos direitos autorais de programas de computação, enquanto a Lei 9.610 de 1998 trata dos direitos autorais das demais criações intelectuais artísticas.

Para compreender a propriedade intelectual, é preciso se debruçar sobre o direito de propriedade. Assim, ainda com base em Chagas (2021), a propriedade intelectual é o poder exclusivo de usar, fruir, dispor e perseguir uma coisa, ou seja, é o domínio que se tem

sobre ela. A propriedade intelectual é uma forma de proteger as criações da genialidade humana, coisas que não têm corpo físico, mas que têm um expressivo valor econômico e assegura que essas criações sejam usufruídas de forma justa e equitativa.

A propriedade intelectual está vinculada a bens que satisfazem as necessidades físicas e imateriais das pessoas. Enquanto os direitos autorais são especialmente importantes para atender às necessidades imateriais dos seres humanos, como a absorção de conhecimento, a cultura, o lazer e a arte. O dono de uma ideia inventiva terá reconhecida sua propriedade sobre a criação, na qual poderá então, usufruir, dispor e perseguir essa criação, remunerando-se, exclusivamente, do produto financeiro da comercialização, ou de parte desse valor.

As leis mencionadas anteriormente conferem proteção aos direitos autorais através da exclusividade de exploração, que pode ser temporária ou eterna. Dessa forma, quem cria um bem intangível será recompensado com a possibilidade de, por um período de tempo determinado ou indeterminado, usufruir da remuneração de sua “ideia”. O titular de um direito autoral pode explorar exclusivamente a sua obra, podendo vender ou ceder esse direito a outros. Também pode perseguir judicialmente terceiros que estejam explorando ilegalmente a sua obra, buscando a proibição de exploração ilegal ou ainda uma indenização pelo abusivo uso do que foi criado.

Após esse panorama sobre os conceitos de plágio e a sua relação com a propriedade intelectual, é importante centralizarmos no contexto propriamente dito deste trabalho, o plágio acadêmico em contexto digital, bem como na sua relação inerente com a legislação brasileira.

### 3 | PLÁGIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A palavra “plágio” não é encontrada no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, sabe-se que o assunto é tratado por dispositivos estatutários que legalmente o caracterizam como violação de direitos autorais. A Lei 9.610 de 1998, regulamenta os direitos autorais de escritores, artistas, fotógrafos e músicos. Além disso, o Art. 7º da mesma Lei enfatiza quais produções de um indivíduo são consideradas sua propriedade intelectual e, portanto, devem ser protegidas. *In verbis*:

Art. 7º – São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II – as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III – as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

- V – as composições musicais, tenham ou não letra;
- VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
- VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
- VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
- IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
- X – os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
- XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
- XII – os programas de computador;
- XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Bittar (2016) ressalta que existem diferentes níveis normativos que orientam a prática de pesquisa científica. Como as atribuições de pesquisadores estabelecidas por lei, podemos citar a Constituição Federal, a Lei de Direitos Autorais e o Código Penal. A Constituição Federal caracteriza os direitos autorais como um direito fundamental, exatamente no Art. 5º, nos seguintes incisos e alíneas:

- XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
- XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:
  - a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
  - b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Com isso, deve-se evitar tal ilicitude, assim como se faz necessária a propagação de conteúdos informativos, especialmente em âmbito acadêmico, buscando fomentar boas práticas acerca do desenvolvimento de obras científicas e literárias. Por conseguinte, visando o aprofundamento sobre a dada questão, passaremos a aprofundar as implicações legais do presente tema no tópico a seguir.

## **4 | PLÁGIO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS**

Os direitos autorais ligados à propriedade intelectual perpetuam o vínculo entre o autor e sua obra e vêm sendo contemplados na legislação brasileira ao longo de sua evolução. O direito autoral defende o patrimônio cultural, bem como com a tutela ao patrimônio material, tanto na esfera cível quanto criminal, e também no âmbito administrativo da instituição de

ensino, de sorte que sua prática deva ser coibida com medidas de conscientização, de prevenção e de coerção (LIMA, 2019).

A proteção aos direitos dos autores está resguardada na Constituição Federal, bem como nas esferas Cível e Criminal, como o exemplo dos seguintes dispositivos legais, *in verbis*:

Constituição da República Federativa do Brasil (1988): Art. 5º, inciso XXVII: aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

Código Civil: Art. 1.228, caput: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Diante da proteção constitucional, percebe-se que o legislador deu aos direitos autorais um patamar de direito como garantia fundamental e cláusula pétrea, que merece a obediência de todo o ordenamento jurídico pátrio. Há, também, tratados internacionais que regem a matéria, como a Convenção de Berna (1886), onde foram recepcionados e ratificados pelo Executivo Federal, conforme Lima (2019).

Atualmente, existe uma legislação específica que não somente protege os autores e suas obras, como determina o teor criminoso de se apoderar daquilo que não nos pertence em relação às obras literárias, acadêmicas, artísticas e científicas, ainda tratando-se da Lei nº 9.610 de 1998 (Lei do Direito Autoral - LDA). Como já mencionado, a Lei em seu artigo 7º, sustenta sobre a proteção que o autor dispõe na legislação brasileira sobre a sua obra: “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

De acordo com Márcia Cassimiro (2017), na análise infraconstitucional do sistema normativo, destacam-se os seguintes textos legais como parâmetro para os pesquisadores:

- Lei nº 9.610 de 1998 (Lei de Direitos Autorais) – Lei que regula, altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais;
- Lei nº 9.609 de 1998 (Lei do Software) – Lei que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual quanto à programas de computador, sua comercialização no Brasil, e dá outras providências;
- Lei nº 11.484 de 2007 (Lei da Topografia de Circuitos Integrados) – Lei que dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para televisores, de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados. Instituiu o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital;
- Lei nº 9.456 de 1997 (Lei dos Direitos de Proteção de Cultivares) – Lei que tem como objetivo de proteger os direitos dos obtentores, criando-se um ambiente de estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento de novas cultivares;

- Lei nº 9.279 de 1996 (Lei de Propriedade Industrial) – Lei que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial;
- Lei nº 12.270 de 2010 – Lei que dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou de outras obrigações do país relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, na hipótese de descumprimento de obrigações multilaterais por membro da Organização Mundial do Comércio – OMC;
- Lei nº 10.603 de 2002 – Lei que dispõe sobre a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos;
- Lei nº 12.965 de 2014 (Marco Civil da Internet) – Lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres no uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Como já explanado, atualmente, a Lei nº 9610 de 1998 rege os direitos de autores no Brasil, estando em consonância com a Constituição Federal e demais tratados e convenções recepcionados pela legislação brasileira.

#### **4.1 Violações dos direitos autorais na esfera cível**

Cassimiro et.al (2017) esclarece ainda que a indenização decorrente da responsabilidade civil, descrita nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que neste caso ocorre pela violação dos direitos morais do autor, tem como pretensão minimizar os prejuízos gerados à vítima.

Essa espécie de punição teria um caráter pedagógico e punitivo em que seria aplicada para punir o transgressor da norma e ao mesmo tempo dissuadir práticas futuras. No caso dos direitos autorais, a Lei nº 9.610 de 1998 (Lei dos Direitos Autorais), apesar de não fazer referência explícita ao plágio, o disciplina em alguns de seus artigos:

Art. 5º – Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VII – contrafação - a reprodução não autorizada.

Art. 7º – São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas.

§3º – No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Além disso, os artigos 29 e 33 da Lei nº 9.610 de 1998 versam sobre a autorização:

Art. 29 – Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral.

Art. 33 – Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público,



a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor.

Assim, para alguém utilizar uma obra, ou parte dela, que advenha da criação intelectual de outrem, precisa obter autorização prévia e expressa daquele que fez nascer a obra que se pretende utilizar. Para tanto, a mesma Lei nº 9.610 de 1998 em seu Art. 46, também determina práticas que definem a excludente de ilicitude quanto à utilização dessas obras:

Art. 46 – Não constitui ofensa aos direitos autorais:

III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

A recomposição dos danos é trazida pelos artigos 102 e 103, da Lei dos Direitos Autorais, onde estabelece que poderá ser requerida a apreensão dos exemplares fraudulentamente reproduzidos ou a suspensão da divulgação, como meio de sustar a incidência do ilícito, sem prejuízo da indenização cabível, sendo certo que o editor responsabilizar-se-á pelos exemplares editados, tendo eles sido vendidos ou não. *In verbis*:

Art. 102 – O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Art. 103 – Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará ao transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Existindo ainda a possibilidade de co-responsabilidade, chamada também de responsabilidade solidária, como dispõe o artigo 104, da mesma lei, entre o responsável pelo plágio e qualquer outro que tenha conduta ligada à exposição ilícita da obra que caracterize plágio, independentemente da intenção de lucro ou do local onde se pratique o fato. E em complemento ao artigo 104, também temos o artigo 107, da mesma lei, que caracteriza meios de exposição da obra ou métodos que comprometam a mesma. *In verbis*:

Art. 104 – Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.

Art. 107 – Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

I – alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;

II – alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;

III – suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;

IV – distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.

## 4.2 Violações dos direitos autorais na esfera criminal

A violação dos direitos autorais e os seus direitos conexos estão previstos como crime no Art. 184 do Código Penal. Se a conduta for com intenção de lucro, aumenta a reprovabilidade da conduta, ensejando as hipóteses dos parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo, sendo certo que a correta citação do trabalho, não só exclui o ilícito cível do plágio, mas também exclui a ilicitude na esfera criminal. *In verbis*:

Art. 184 – Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§1º – o Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§2º – Na mesma pena do §1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Temos em Lima (2019), que a vantagem não necessariamente será de cunho material, como valor monetário direto, sobretudo nos meios acadêmicos, uma publicação, um prêmio, ou uma titulação também são formas de se obter um benefício profissional, logo também podem ser consideradas como formas de lucro.

## 5 | COMO EVITAR O PLÁGIO

Segundo Ferreira (2012), o debate sobre o plágio no Brasil ainda é recente, embora já existam métodos para combatê-lo que são discutidos na literatura brasileira e internacional. Algumas dessas técnicas são discutidas por estudiosos estrangeiros tais como Rojas-Revoredo, Huamaní e Mayta-Tristán (2007), que mencionam a checagem de trechos e o uso do *Google* ou *Google Scholar* para buscar trechos que indiquem plágio.

Para os mesmos autores, o objetivo da análise de parágrafos é garantir a ordem lógica das ideias e citações em relação às referências. Para facilitar a detecção de plágio, já existem softwares dedicados, como o *Turnitin*, citado por Saraiva e Carrier (2009), que possui um vasto banco de dados que possibilita a consulta em variadas categorias de obras, bibliotecas e publicações (TURNITIN, 2022). Uma característica do *Turnitin* é pegar um artigo ou trabalho acadêmico em formato eletrônico e compará-lo com publicações em seu banco de dados.

No Brasil, comumente são utilizados dois programas do mesmo tipo para detecção de plágio, *Farejador de Plágio* e o *Plagius*, cuja tarefa é identificar fragmentos do documento original que se encontram na *Internet* (DINIZ; MUNHOZ, 2011). O *Farejador de Plágio* compara arquivos Word ou RTF com informações e dados encontrados em mecanismos de busca como *Google* e *Yahoo* (FAREJADOR DE PLÁGIO, 2022). O *Plagius* analisa documentos nos formatos Word, PDF, OpenOffice, HTML e Plaintext na busca de referências e ocorrências que possam ser encontradas (PLAGIUS, 2022). O grande problema de alguns softwares analisados é que não são gratuitos, ou seja, não são softwares livres. Uma maior disponibilidade de softwares antiplágio gratuitos ajudaria muitas instituições de ensino a garantir a qualidade de suas obras científicas publicadas.

Consideramos necessário saber e difundir o conhecimento quanto ao conceito do que é o plágio e quais são suas características, principalmente dentro do contexto acadêmico-científico. Pensando em sanar uma lacuna quanto à orientação, criamos um guia didático online, livre e gratuito, o qual ficará disponível aos orientadores e alunos de instituições de ensino, assim como aos demais professores ou pesquisadores que se interessarem em utilizá-lo como ferramenta e guia para o desenvolvimento de pesquisas científicas.

Em uma breve síntese quanto ao conteúdo desse guia online, quem o acessa encontrará informações como as que foram apresentadas neste artigo, como o conceito de plágio, suas características mais comuns e alguns trechos dos principais dispositivos legais referentes a essa prática ilegal. A proposta é, além de incentivar todo e qualquer pesquisador às boas práticas no desenvolvimento de obras científicas, seja de textos livres, literários ou acadêmicos; é também instruir com a finalidade de combater tal ilicitude.

Guia Online Antiplágio

URL: <https://guiaantiplagio.com.br>

Este guia online é uma iniciativa dos alunos que desenvolveram o presente

artigo acadêmico, bacharelados do curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE, como forma complementar ao estudo aqui apresentado, assim como uma forma de contribuir com solução de ferramenta acadêmica que possa ser utilizada no combate ao plágio, que é um problema recorrente principalmente dentro das instituições de ensino face aos avanços tecnológicos.

## 6 | CONCLUSÃO

Através da estrutura de raciocínio apresentada, buscamos com o presente artigo, demonstrar o que é o plágio no tocante ao desenvolvimento de artigos científicos utilizando meios informacionais digitais como fonte de pesquisa, onde também buscamos demonstrar suas características e apresentar os principais dispositivos legais que combatem a prática da dada ilicitude.

Apesar de todas as leis de proteção à propriedade intelectual em nosso ordenamento jurídico, que muitas das vezes não evoluem com compatível celeridade se comparadas às inovações tecnológicas, ainda versa a proteção intelectual como principal objetivo a ser atingido, objetivo de proteção esse que temos como garantia fundamental, conforme nossa Constituição Federal de 1988. Embora o advento da Internet tenha facilitado o plágio, tal prática existe desde tempos imemoriais, dessa forma, entende-se que apropriar-se de textos, imagens, vídeos, dados informativos etc; é, além de um ato egoísta e antiético, o qual se coloca em risco a carreira de quem plagia ao tomar o trabalho plagiado como se fosse seu, também um ato criminoso.

Demonstramos ainda meios e ferramentas que podem ser utilizados no combate ao plágio ainda na fase de desenvolvimento das obras científicas dentro das instituições de ensino, antes mesmo da publicação dessas obras. Fazendo-se necessário ainda a propagação de conteúdo informacional visando a instrução de boas práticas aos orientadores e orientados quanto à importância de referenciar fontes e autores, assim como na checagem com o propósito de evitar erros que caracterizem o plágio, erros esses que também podem ser involuntários. Um aluno que comete plágio no decorrer de sua jornada pelo ensino fundamental e médio, continua a fazê-lo em artigos universitários e científicos, algumas das vezes pelo simples fato de não saber que essa prática é reprovável e que poderá resultar em sanções.

Portanto, em tempos em que o acesso às informações e ao conhecimento é facilitado pela *Internet* e demais meios digitais, faz-se necessário um posicionamento em combate às práticas de plágio, promovendo a proteção à propriedade intelectual, que tem como uma de suas principais características, a própria essência humana, criativa e original.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ulysses Paulino de. A qualidade das publicações científicas - considerações de um Editor de Área ao final do mandato. **Acta bot. bras.** v. 23, n.1, p. 292-296, 2009. Disponível em: <[scielo.br/pdf/abb/v23n1/v23n1a31.pdf](https://scielo.br/pdf/abb/v23n1/v23n1a31.pdf)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.603, de 17 de dezembro de 2002**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10603.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10603.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11484.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11484.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.270, de 24 de junho de 2010**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/12270.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12270.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19456.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19456.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

CASSIMIRO, Márcia de Cássia; DIÓS-BORGES, Marcelle Mourelle Perez; ALMEIDA, Renan MVR (Orgs.). **Políticas de integridade científica, Bioética e Biossegurança no século XXI**. Série Filosofia e Interdisciplinaridade - 82, Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. Disponível em: <[www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/30946/2-48d206\\_cbdcc1fc2a1441bf86e3eda7eb5f6745.pdf](http://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/30946/2-48d206_cbdcc1fc2a1441bf86e3eda7eb5f6745.pdf)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Propriedade Intelectual**, 2021. Disponível em: <[tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/propriedade-intelectual](http://tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/propriedade-intelectual)>. Acesso em: 03 de nov. 2022.

COSTA, Rosa Maria Cardoso Dalla. **Plágio acadêmico: a responsabilidade das associações científicas**. Intercom - RBCC, São Paulo, v.39, n.3, p.187-200, 2016. Disponível em: <[scielo.br/j/interc/a/gcJYXmNvb8qrJ3fK5B6kRmH/?format=pdf&lang=pt](https://scielo.br/j/interc/a/gcJYXmNvb8qrJ3fK5B6kRmH/?format=pdf&lang=pt)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

DICIO. **Plágio**. Disponível em: <[dicio.com.br/plagio](https://dicio.com.br/plagio)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana Terra Mejia. Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica. **Argumentum**, v. 1, n. 3, p. 11-28, jan./jun. 2011. Disponível em: <[periodicos.ufes.br/argumentum/article/download/1430/1161](https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/download/1430/1161)>. Acesso em: 30 de out. 2022.

FAREJADOR DE PLÁGIO. **FAREJADOR DE PLÁGIO**. Disponível em: <plagiarismcombat.com>. Acesso em: 28 de novembro de 2022.

FERREIRA, Isac Elias. **Plágio em artigo científico: o que diz a literatura brasileira**. Florianópolis: UFSC, 2012. Disponível em: <repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/25837/TCC\_11\_julho\_2012\_Isaac\_vers%3%a3ofinal.pdf>. Acesso em: 30 de out. 2022.

GOMES, Livia Letícia Zanier; DALBERIO, Oswaldo. Aspectos éticos no uso da Internet como ferramenta de pesquisa. **EccoS – Rev. Cient.**, v. 12, n. 1, p. 195-205, jan./jun. 2010. Disponível em: <redalyc.org/pdf/715/71518577011.pdf>. Acesso em: 30 de out. 2022.

KROKOSZ, M. **Instituto Antiplágio**, 2022. Disponível em: <institutoantiplagio.com.br>. Acesso em: 30 de out. 2022.

KROKOSZ. **MINISTÉRIO DA SAÚDE**, p. 2, 2012. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/inca/plagio\_academico.pdf>. Acesso em: 30 de out. 2022.

LIMA, Henrique. **Plágio acadêmico: consequências jurídicas**. Campo Grande News, 2019. Disponível em: <www.campograndenews.com.br/colunistas/compartilhando-justica/plagio-academico-consequencias-juridicas>. Acesso em: 28 de out. 2022.

MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira; MUELLER, Suzana. **Autoria coletiva, autoria ontológica e intertextualidade: aspectos conceituais e tecnológicos**. Ci. Inf., Brasília, v. 36, n. 2, p. 35-45, maio/ago. 2007. Disponível em: <researchgate.net/publication/250988123\_Autoria\_coletiva\_autoria\_ontologica\_e\_intertextualidade\_aspectos\_conceituais\_e\_tecnologicos>. Acesso em: 30 de out. 2022.

MUNHOZ, Ana Terra Mejia; DINIZ, Debora. Nem tudo é plágio, nem todo plágio é igual: infrações éticas na comunicação científica. **Argumentum**, v. 1, n. 3, p. 50-55, jan./jun. 2011. Disponível em: <periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/1434/1162>. Acesso em: 30 de out. 2022.

PLAGIUS. **PLAGIUS**. Disponível em: <plagius.com>. Acesso em: 28 de novembro de 2022.

REDE SIRIUS. **Rede de Bibliotecas da UERJ**. Disponível em: <www.rsirius.uerj.br/novo/index.php/suporte-a-pesquisa/deteccao-de-plagio>. Acesso em: 24 de novembro de 2012.

ROJAS-REVOREDO, Verônica; HUAMANÍ, Charles; MAYTA-TRISTÁN, Percy. Plagio en publicaciones científicas en el pregado: experiencias y recomendaciones. **Revista Médica de Chile**, v. 135, n. 8, 2007. Disponível em: <www.scielo.cl/pdf/rmc/v135n8/art21.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2012.

SARAIVA, Ermani Viana; CARRIERI, Alexandre de Pádua. Citações e não citações na produção acadêmica de estratégia no Brasil: uma reflexão crítica. **R. Adm.**, v. 44, n. 2, p. 158-166, 2009. Disponível em: <rausp.usp.br/wp-content/uploads/files/V4402158.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2012.

SAUTHIER, Marta et al. Fraude e plágio em pesquisa e na ciência: motivos e repercussões. **Revista de Enfermagem Referência**, vol. III, núm. 3, p. 47-55, 2011. Disponível em: <www.redalyc.org/pdf/3882/388239962007.pdf>. Acesso em: 30 de out. 2022.

TURNITIN. **TURNITIN**. Disponível em: <turnitin.com>. Acesso em: 24 de novembro de 2012.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA DIFUSÃO VOLUNTÁRIA DE DADOS PESSOAIS NÃO CONSENTIDA PELO TITULAR

*Data de aceite: 02/01/2023*

### **Catiane Medianeira Milani**

Procuradora Federal, Pós-graduanda em Advocacia Pública na Escola da Advocacia-Geral da União  
<http://lattes.cnpq.br/7987668915144265>

### **Otávio Augusto Milani Nunes**

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/9028001267866490>

### **João Pedro Seefeldt Pessoa**

Professor no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria/RS. Mestre em Direito pela Universidad de León (ULE) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)  
<http://lattes.cnpq.br/3238221565472756>

### **Tainara Mariana Mallmann**

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/5237145910222092>

### **Otávio Martins Finger**

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/5009710233069939>

### **Luiz Henrique Silveira dos Santos**

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/2300445125267326>

### **Alessandra Staggemeier Londero**

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/5728075885388257>

### **Nathalia Zampieri Antunes**

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/2106318776090970>

### **Danilo Martinez Brandão**

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria/RS

**RESUMO:** A interpretação dos institutos jurídicos deve acompanhar a realidade social a fim de conformá-los com as situações fáticas da sociedade moderna inevitavelmente conectada. A nova fase normativa inaugurada pela Lei Geral de Proteção de Dados tem o potencial de moldar comportamentos dos atores sociais de forma a preservar e proteger os direitos constitucionais fundamentais da sociedade da informação. Novos conceitos devem ser construídos e antigas definições devem ser reinterpretadas. Assim, utilizando o método dialético em conjunto com o monográfico, apoiados em pesquisa indireta documental e bibliográfica e partindo do entendimento adotado no julgamento do recurso cível nº 71009738089, este artigo buscará demonstrar que o direito fundamental à proteção de dados pessoais, quando violado por conduta voluntária do agente de tratamento, poderá caracterizar dano moral *in re ipsa*. O resultado alcançado é que há condutas de tratamento de dados pessoais que, principalmente por sua gravidade, implicam dano moral presumido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Indenização; LGPD; Privacidade; Tratamento.

## THE OBJECTIVE CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE VOLUNTARY DISSEMINATION OF PERSONAL INFORMATION NOT CONSENTED TO BY THE HOLDER

**ABSTRACT:** The interpretation of legal institutes must follow the social reality in order to conform them to the factual situations of modern society inevitably connected. The new normative phase inaugurated by the General Law of Data Protection has the potential to mold the behavior of social actors in order to preserve and protect the fundamental constitutional rights of the information society. New concepts must be constructed and old definitions must be reinterpreted. Therefore, using the dialectic method in conjunction with the monographic method, supported by indirect documentary and bibliographical research and based on the understanding adopted in the judgment of Civil Appeal No. 71009738089, this article will attempt to demonstrate that the fundamental right to the protection of personal data, when violated by the voluntary conduct of the treatment agent, may characterize moral damage *in re ipsa*. The result achieved is that there are personal data processing conducts that, especially for its gravity, imply presumed moral damage.

**KEYWORDS:** Compensation; LGPD; Privacy; Treatment.

## 1 | INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea em rede, hiper conectada e hiper vigiada, o fluxo e o compartilhamento de dados é contínuo e inevitável, notadamente de dados pessoais, sendo não raro a imprescindibilidade do seu fornecimento indispensável, chegando inclusive a fazer às vezes da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a presença física outrora seria indispensável (DONEDA, 2011). Em decorrência dessa nova realidade inevitavelmente cada vez mais digital, multiplicam-se as controvérsias judiciais envolvendo a personalidade do indivíduo independentemente de eventual repercussão patrimonial, destacando-se as pretensões indenizatórias sobre os direitos da personalidade, em especial envolvendo o tratamento de dados pessoais.

Em tempos em que impera o capitalismo de vigilância, partindo-se da premissa



de que a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, é direito fundamental, conforme reconhecido pela Emenda Constitucional nº 115/2022, que incluiu no art. 5º da CF o inciso LXXIX, tem-se como consequência que a violação voluntária à referida proteção impõe ao responsável o dever de indenizar o dano decorrente independentemente da comprovação do prejuízo ou dano concreto.

Nesse cenário, a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018), conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), inaugurou no Brasil uma nova fase normativa na proteção dos dados pessoais. Com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, a LGPD reforça, principalmente em seu art. 42, a responsabilidade civil daquele que, ao tratar dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo.

Diante desse novo horizonte, como problema de pesquisa, questiona-se: a publicização de dados pessoais, não consentida pelo titular, decorrente de conduta voluntária do agente de tratamento, isto é, não decorrente de intervenção externa, caracteriza dano moral indenizável *in re ipsa*, sendo presumido o dano; ou, além da prova da efetiva ocorrência do ato danoso e do nexo de causalidade é necessário provar, também, o dano concreto suportado pelo ofendido.

Pertinente esclarecer que não se trata de investigar a responsabilidade em razão de eventual incidente de segurança (vazamento de dados) mas aquela decorrente da conduta voluntária do agente de tratamento. Da mesma forma, importante destacar que não se tratará da responsabilidade civil envolvendo relação de consumo, a qual possui especificidades que transbordam os contornos do presente estudo.

Para balizar a presente análise, parte-se do entendimento fixado pela Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, por ocasião do julgamento do Recurso Cível, nº 71009738089 (RIO GRANDE DO SUL, 2021), que sinaliza em sentido contrário ao que despontaria como majoritário na doutrina e jurisprudência em formação.

O estudo justifica-se, essencialmente, na necessidade de conscientização dos agentes de tratamento e também dos titulares de dados pessoais sobre a indispensabilidade de maximizar a contínua implementação e observância de medidas técnicas aptas a proteger os dados pessoais, prevenindo a ocorrência de danos reais ou potenciais, próximos ou futuros, e restringindo o tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades diretas consagradas na base principiológica da LGPD, assim como por outros regramentos de segurança de dados pessoais, inclusive no Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia - RGPD.

A difusão irresponsável de dados pessoais, em desacordo com a LGPD e em virtude de conduta voluntária do agente de tratamento, por constituir espécie nuclear mais gravosa, não deve ser tolerada nem ter suas consequências minimizadas, sob pena de destruir a

eficácia da proteção de dados pessoais pretendida pelo legislador e, recentemente, pelo constituinte derivado, em obediência às novas conformações dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade da atual sociedade da informação incessantemente conectada em rede.

Em termos metodológicos, será utilizado o método de abordagem dialético, a fim de analisar, qualitativamente, o objeto de pesquisa, realizando uma conexão relacional e recíproca entre os temas tratados, especialmente o estudo de caso para com os regramentos relativos. Quanto ao procedimento, utiliza-se o método monográfico, com a intenção de obter conclusões sobre o tema a partir da análise relacional de um precedente judicial. Em relação às técnicas de pesquisa, faz-se uso da documentação indireta, com pesquisa documental e bibliográfica.

Visando responder a problemática aventada, o artigo será estruturado em três subcapítulos. Primeiramente, discorrer-se-á acerca do embasamento legal para o reconhecimento do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, nos dois últimos subcapítulos será realizada uma análise dos principais elementos descritos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que corroboram para reconhecimento do dano moral *in re ipsa* em virtude da divulgação e difusão, pelo agente de tratamento, de informações sem o consentimento do titular dos dados, questão de suma importância na atualidade.

## **2 | RESULTADOS E DISCUSSÃO**

O debate proposto no presente trabalho tem por objetivo investigar os dois principais entendimentos que retratam a provável divergência que será objeto de controvérsia nas demandas judiciais envolvendo responsabilidade civil pelo tratamento de dados, notadamente pretensões indenizatórias decorrentes da difusão de dados pessoais, sem a autorização do titular, por conduta voluntária do agente de tratamento. Em síntese, será analisado se nesses casos, para a caracterização de dano moral indenizável, é suficiente a mera comprovação do ato ilícito e do nexo de causalidade ou se é necessário comprovar, também, a ocorrência de dano decorrente da divulgação voluntária de dados pessoais em desacordo com a LGPD.

### **2.1 Do dano moral**

O dano consiste na lesão injusta aos componentes dos valores protegidos pelo direito, incluindo-se aquele que atinge unicamente a esfera moral do indivíduo. Caracterizada a violação, surge para o titular do direito, indubitavelmente, a possibilidade de reparação como imposição natural da própria vida em sociedade, de suma importância para o desenvolvimento ordinário do próprio ente personalizado – já que a interferência no circuito de bens e valores alheios perturba o fluxo tranquilo das relações sociais (BITTAR, 2015).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), no art. 5º, que versa sobre direitos e garantias fundamentais, refere que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Estabelece, também, no art. 5º, inc. V, que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

O Código Civil (BRASIL, 2002), no art. 186, menciona que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Já o art. 187, descreve, em suma, que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. No que tange à obrigação de indenizar, o Código Civil, no art. 927, enuncia que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Frisa-se, ademais, que nem todo o dano é reparável. Para que possa ser exigida a reparação, o dano deve ser injusto, configurando-se pela invasão da esfera jurídica alheia ou de valores sociais basilares. Afastam-se, desde logo, da esfera dos danos reparáveis, os danos justos e aqueles advindos da natureza ou do acaso, desde que não provenientes de ações humanas lesivas. Enfatiza-se, portanto, como reparáveis os danos materiais ou morais experimentados por alguém e advindos da prática de atos ilícitos ou atividades perigosas (BITTAR, 2015).

A ideia de reparação não se limita, exclusivamente, à atribuição de valor pecuniário em substituição à obrigação descumprida ou dano causado. Para além disso, compreende a restauração do equilíbrio rompido pela ação lesiva do agente, razão pela qual outras formas de reparação – que não a pecuniária - têm sido aceitas e aplicadas (BITTAR, 2015).

Enquanto categoria jurídica específica, danos morais são aqueles suportados no âmbito dos valores da moralidade pessoal ou social e, assim, reparáveis em sua integralidade. Qualificam-se como morais os danos atinentes à esfera da subjetividade, havendo-se, como tais, aqueles que atinjam os aspectos mais íntimos da personalidade individual ou da valoração da pessoa no meio social (BITTAR, 2015).

Apesar do dissenso que acompanhou a definição de dano moral e a possibilidade de sua aplicação, cujo ressarcimento era praticamente inexecutável até a Constituição Federal de 1988, notadamente se não decorresse de um dano material (STIEFELMANN, 2007), atualmente há consenso sobre a possibilidade de seu ressarcimento mesmo que desacompanhado de dano material.

O dissenso permanece, contudo, sobre as hipóteses que caracterizam dano moral, já tendo a doutrina e jurisprudência construído há algum tempo diretrizes sobre sua caracterização, em especial sobre a necessidade de a situação extrapolar atos do cotidiano da vida em sociedade, produzindo consequências que ultrapassem o que se entende por mero aborrecimento ou dissabor inerentes à normalidade do dia a dia.

Há conformidade, também, quanto aos pressupostos para sua comprovação, quais sejam, conduta - omissiva ou comissivo - que caracterize dano e nexos de causalidade entre esses dois elementos. Seja de caráter punitivo, reparatório ou educativo, multifuncionalidade da responsabilidade civil ainda objeto de acirrados debates na doutrina e jurisprudência brasileira, incontroverso que uma vez comprovados os referidos pressupostos, surge ao ofendido o direito de buscar a reparação do dano sofrido, “desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *status quo ante*” (DINIZ, 2003).

No que tange ao dano, a depender do bem da vida atingido, ele pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral). Dentre as modalidades de dano moral, nos interessa o dano moral *in re ipsa*, que se configura com a mera ocorrência da situação fática, sendo desnecessário provar a efetiva ocorrência do dano. O dano, nesse caso, é presumido, como ocorre, por exemplo, com a publicação não autorizada de imagem da pessoa com fins econômicos ou comerciais (BRASIL, STJ, Súmula 403), com a inscrição ou manutenção indevida de nome em cadastros de proteção ao crédito e no caso de morte de ente familiar.

Inobstante eventuais divergências sobre o enquadramento de condutas fáticas como passíveis de caracterizar dano moral presumido, fato é que a ocorrência de algumas situações traz, por si só, o potencial de, pela mera ocorrência no mundo fático, lesionar direito protegido pela ordem jurídica, dispensando a prova da efetiva ocorrência do dano concreto. Assim, questiona-se se a difusão de dados pessoais, sem consentimento do titular e por conduta voluntária do agente de tratamento, teria o potencial de caracterizar dano moral *in re ipsa*?

## 2.2 Do tratamento e da proteção de dados pessoais

O motivo que inspirou a proteção dos dados pessoais em âmbito internacional, de forma mais consolidada a partir do ano de 1990, relaciona-se intrinsecamente ao desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a depender de forma direta dos fluxos internacionais de bases de dados. Houve, portanto, a necessidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com o povo integrante da sociedade digital, objetivando a garantia dos direitos humanos fundamentais, como a privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (PINHEIRO, 2020).

Com o acelerado desenvolvimento tecnológico e a ascensão dos espaços públicos virtuais, revela-se imprescindível o controle individual dos dados pessoais – denominado autodeterminação informativa - para a proteção integral à liberdade, à privacidade e ao desenvolvimento da pessoa natural (FRAZÃO; OLIVA; ABILIO, 2019).

A evolução na proteção de dados pessoais, que para alguns doutrinadores pode ser classificada em quatro diferentes gerações de leis (MAYER-SCÖNBERGER, 1997), inicia com uma abordagem técnica e restrita, evoluindo para acompanhar a massiva inclusão digital no ciberespaço com a “datificação das coisas”. A proteção, que era individual, técnica

e restrita, passa a ser coletiva, ampla e preventiva (PESSOA, 2020).

No Brasil, o direito à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, bem como à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, constituem garantia fundamental (art. 5º, X, XII e LXXIX, CF), razão pela qual, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal -STF (BRASIL, 2021), por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387, o tratamento e a manipulação de dados pessoais, na medida em que relacionados à identificação efetiva ou potencial da pessoa natural, devem observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais, sob pena caracterizar lesão a esses direitos.

Após menção ao caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais no ambiente normativo interno, em 15 de novembro de 2003, quando o Governo Brasileiro firmou a Declaração de Santa Cruz de La Sierra, que em seu item 45 dispunha que os signatários estavam conscientes de que “a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas [...], os debates sobre a matéria culminaram com a edição da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, LGPD, que positivou como fundamentos específicos da proteção de dados pessoais o respeito à privacidade, à liberdade e à autodeterminação informativa, complementando a proteção já conferida principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Marco Civil da Internet.

Para dissipar eventual controvérsia que porventura pudesse pairar sobre o *status* de direito fundamental do direito à proteção de dados pessoais foi incluído no rol do art. 5º da CF o inciso LXXIX, assegurando a todos o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Os dados pessoais, que conforme reconhece o Núcleo de Proteção de Dados do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, são a representação do indivíduo na sociedade e, por isso, são parte de sua personalidade, foram definidos pela LGPD, em seu art. 5, I, como qualquer “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. A LGPD conceitua, também, no inciso X do mesmo artigo, o tratamento de dados de modo a compreender qualquer operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a reproduzir, coletar, transmitir, distribuir, processar, modificar, transferir, difundir ou extrair.

Destarte, qualquer operação envolvendo informação relacionada à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural realizada por agente de tratamento, isto é, qualquer pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou direito privado, deve observar as normas da LGPD, assim entendidas as regras e princípios que orientam referida lei, sendo assegurado ao titular do dado, dentre outros direitos, a possibilidade de acompanhar e controlar o tratamento.

Em consequência, se houver divulgação de dados pessoais, por agente de tratamento, em desacordo com a LGPD, em tese, estará caracterizada a violação à proteção de dados, implicando, por conseguinte, lesão ao direito do titular dos dados, que

teve suas informações pessoais divulgadas sem sua autorização.

### 2.3 Do recurso cível nº 71009738089

Apesar da atualidade do normativo legal, a aplicação de suas previsões já bateu às portas do Poder Judiciário, embasando ações que englobam pretensões diversas, notadamente indenizatórias. Em outras oportunidades, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS, acompanhando entendimento que vem sendo albergado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, entendeu que a ausência de comprovação da efetiva ocorrência de abalo em algum dos atributos da personalidade afastaria a pretensão indenizatória, restando caracterizado apenas mero aborrecimento da vida em sociedade, “o que não configura dano moral passível de indenização” (RIO GRANDE DO SUL, 2022).

Entretanto, adotando postura inovadora, em recente precedente datado de 24/08/2021, os Juízes de Direito integrantes da Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, negaram provimento ao Recurso Inominado nº 71009738089, mantendo sentença que entendeu pela possibilidade de reconhecimento de dano moral puro, ou seja, “*in re ipsa*”, uma vez que foi atingido direito personalíssimo da parte autora, notadamente, a privacidade de seus dados pessoais”.

Na situação concreta que deu origem ao referido processo, o pedido de reparação do dano moral teve por base a violação do sigilo dos dados pessoais da parte autora, que, ao participar de um concurso público municipal, teve os números de seu RG e CPF divulgados, em páginas da internet, através de sítio eletrônico, mediante publicação de edital, informado o local de realização das provas do certame, constando, ao lado de seu nome, os referidos dados pessoais.

As alegações defensivas embasadas na publicidade dos atos da Administração Pública e na ausência de prejuízo foram rejeitadas, entendendo a sentença, mantida à unanimidade em sede recursal por decisão ainda não transitada em julgado, pela caracterização de dano moral independente da prova da efetiva ocorrência do dano, pois

[...] com a divulgação de tais informações, a parte autora fica vulnerável a prática criminosas, como fraudes e estelionatos realizados por terceiros com a utilização de seus números de CPF e RG. Isso se torna ainda mais grave em virtude de a divulgação ter ocorrido pela internet, de modo que criminosos do mundo todo podem ter acesso aos dados pessoais da autora. Logo, desnecessária prova específica de que eventual delito assim tenha ocorrido, pois a mera divulgação dos dados pessoais fragiliza a privacidade e segurança do autor, expondo a riscos (Recurso Cível, Nº 71009738089, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Maria Beatriz Londero Madeira, Julgado em: 24-08-2021).

A corroborar a conclusão de que o sentimento de insegurança experimentado pelo titular dos dados pessoais, que sem a sua autorização tem suas informações

disponibilizadas em bancos de dados de fácil acesso por terceiros caracteriza dano moral puro, há recente acórdão unânime do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do recurso especial nº 1.758.799/MG, que entendeu não merecer reparos os fundamentos de decisão reconhecendo a ocorrência de dano moral *in re ipsa* na conduta “[...] no mínimo inconsequente na medida em que facilita o acesso aos dados pessoais da pessoa cadastrada, sem o seu consentimento expresso, o que favorece a prática de atos ilícitos ou contratações fraudulentas por terceiros de má-fé” .

No que tange ao regime da responsabilidade civil, o art. 42 da LGPD é palco de entendimentos divergentes, alguns defendendo a responsabilidade subjetiva, outros a responsabilidade objetiva. Inobstante, independentemente do regime de responsabilidade civil, o fato de o agente de tratamento supostamente violador da legislação pertinente à proteção de dados pessoais pertencer à Administração Pública não afasta a presunção do dano moral, mas, pelo contrário, confirma a incidência, especialmente considerando a responsabilidade objetiva prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Depreende-se, assim, que no regime normativo instituído pela LGPD, considerado um marco regulatório da segurança no ciberespaço, no que tange ao dano, há condutas que caracterizam tratamentos de dados pessoais, dentre eles a publicização, em desacordo com a LGPD, que podem - e devem - implicar, por si só, dano moral indenizável *in re ipsa*, principalmente em razão da gravidade da conduta danosa e dos reflexos reais ou potenciais na vida do ofendido. Exigir comprovação da efetiva ocorrência de dano nesses casos representaria impor ao ofendido ônus probatório excessivo, incentivando comportamentos irresponsáveis por parte dos agentes de tratamentos de dados e minimizando o evento danoso.

Afinal, o “novo petróleo” da sociedade e economia baseada em dados - há quem afirme inclusive que os dados seriam até mais valiosos - deve ser protegido por posturas proativas visando potencializar a eficácia das previsões normativas que tutelam as novas conformações dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade da atual sociedade da informação conectada em rede.

### 3 | CONCLUSÃO

Nos casos de tratamento de dados pessoais em desconformidade com LGPD, especialmente de difusão de informações sem o consentimento do titular, os danos daí advindos são *in re ipsa*, tendo em vista que o evento danoso reside no próprio fato, ou seja, verifica-se na própria ocorrência do ato antijurídico, sendo presumido o abalo moral ao titular dos dados pessoais. O precedente nº 71009738089, da Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, caminha em importante sentido acompanhando a evolução da sociedade contemporânea, quando reconhece que a publicização de dados pessoais por conduta voluntária do agente de

tratamento e sem o consentimento do titular implica lesão presumida indenizável hábil a atingir a privacidade, liberdade, igualdade e segurança do indivíduo, direitos que hoje devem ser considerados sob um prisma mais abrangente que o sentido clássico, que se revelam insuficientes para assegurar uma regulação adequada e eficaz.

A (re)construção de uma cultura de privacidade, cuja manifestação mais tradicional compreendia o “direito de estar só”, assim como a (re)interpretação da responsabilidade civil, classicamente compreendida como reparação do dano, exigem, principalmente nessa fase inicial de vigência da proteção constitucional expressa e da nova legislação, a modulação de comportamentos a partir da inovação normativa para a futuridade. Ou seja, uma postura proativa dos atores sociais a fim de evitar a banalização de atos irrefletidos por parte dos agentes de tratamento e inibir ocorrências de novas e similares condutas que possam desvirtuar a eficácia da proteção inaugurada pela LGPD, constituindo a intromissão no patrimônio do agente causador do dano uma forma eficaz para conformar padrões de comportamento responsáveis e adequados.

Neste contexto, em uma sociedade datificada já composta por nativos digitais, a violação do direito constitucional à proteção de dados pessoais desafia o sistema jurídico tradicional, exigindo revisão de paradigmas, entendendo-se caracterizado o dano *in re ipsa* em caso de tratamento de dados em desacordo com a LGPD, haja vista que algumas condutas de tratamento de dados pessoais operadas de forma ilegal, ilegítima, irregular, inadequada, desnecessária, dentre outras hipóteses, são suficientes para privar o indivíduo do pleno gozo dos direitos da personalidade. O fato de o agente de tratamento supostamente violador da legislação pertinente à proteção de dados pessoais pertencer à Administração Pública não afasta a presunção do dano moral, mas, pelo contrário, evidencia a incidência, especialmente considerando a responsabilidade objetiva.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 18 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 18 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 18 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 18 set. 2021.



\_\_\_\_\_. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 18 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Como proteger seus dados pessoais**: Disponível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-justica-e-seguranca-publica-e-anpd-lancam-guia-de-protecao-de-dados-do-consumidor/guia-do-consumidor\\_v5-5.pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-justica-e-seguranca-publica-e-anpd-lancam-guia-de-protecao-de-dados-do-consumidor/guia-do-consumidor_v5-5.pdf). Acesso em: 18 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça - STJ, Recurso Especial nº 1.758.799/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 nov. 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201700065219](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700065219). Acesso em: 19 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI nº 6387. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 07 de maio de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 18 set. 2021

DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. In: **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, pp. 91-10, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 set. 2021.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Viviane da Silveira. Capítulo 10: Compliance de dados pessoais. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.

MAYER-SCÖNBERGER. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (Org.). **Technology and privacy: The new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997.

PESSOA, João Pedro Seefeldt. **O Efeito Orwell na sociedade em rede**: cibe segurança, regime global de vigilância social e direito à privacidade no século XXI. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/073orwell>. Acesso em: 15 set. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 152 p.

RIO GRANDE DO SUL. Primeira Turma Recursal da Fazenda Pública. Recurso Cível nº 71009738089. Porto Alegre, RS, 24 de agosto de 2021. **Diário de Justiça eletrônico (DJe)**. Porto Alegre. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=71009738089&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71009738089&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 15 set. 2021.

SECRETARIA-GERAL ÍBERO-AMERICANA. XIII Cimeira Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo. **Declaração de Santa Cruz de La Sierra de 14 e 15 de novembro de 2003**. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

STIEFELMANN, Roger Leal. **Memória Jurisprudencial**: Ministro Oroszimbo Nonato. Brasília. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/OroszimboNonato.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

**ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS** - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: [orcid.org/0000-0002-5472-8879](https://orcid.org/0000-0002-5472-8879).

**A**

Administração pública 40, 43, 44, 45, 47, 49, 52, 53, 55, 56, 70, 71, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 84, 85, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 96, 305, 306, 307

Ambiente virtual 285

Audiência de custódia 186, 187, 188, 189, 190

**C**

Cinema 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264

Compliance 80, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 186, 187, 308

Comunidades indígenas 211, 215, 216, 218, 219

Constitucional 1, 3, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 26, 28, 29, 31, 34, 36, 37, 38, 40, 43, 47, 50, 55, 59, 69, 72, 73, 74, 75, 77, 85, 86, 90, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 109, 110, 116, 125, 174, 177, 179, 181, 182, 183, 184, 206, 215, 219, 253, 290, 300, 307, 309

**D**

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 55, 57, 58, 59, 61, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 92, 96, 97, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 138, 145, 149, 150, 155, 157, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 190, 191, 207, 208, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 224, 228, 230, 231, 232, 234, 235, 240, 241, 249, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 293, 295, 296, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 309

Direito militar 224, 228, 230, 231, 232, 235, 240, 241

Discurso de ódio 14, 16, 17, 18, 22, 24, 27, 28, 37, 38

Drogas 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138

**E**

Educação 37, 110, 122, 216, 222, 241, 244, 245, 247, 251, 254, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 269, 272, 278, 279, 308, 309

Ensino jurídico 254, 255, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 274, 276, 277, 278, 279

**F**

Falsificação das lembranças 191

**G**

Garantismo constitucional 99, 100, 102, 103

**H**

História 24, 26, 44, 113, 121, 123, 128, 138, 171, 193, 195, 196, 218, 224, 230, 241, 242, 244, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 256, 267, 270, 275

**I**

Imunidades parlamentares 1, 2, 11, 14, 15

Inquisitorialidade 99, 100

**L**

Leis penais 113, 129, 211, 212

Liberdade de expressão 3, 5, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 45, 58, 59, 100

Literatura 70, 71, 191, 224, 245, 255, 258, 260, 263, 264, 265, 266, 267, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 284, 294, 297, 309

**O**

Operações complexas 221

**P**

Penal 8, 9, 11, 12, 13, 14, 22, 33, 34, 75, 78, 85, 99, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 154, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 181, 182, 183, 184, 185, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 202, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 215, 218, 219, 276, 289, 293

Pesquisas 15, 16, 61, 62, 63, 146, 199, 201, 216, 273, 277, 294, 309

Pessoas egressas do sistema prisional 139, 140, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155

Plágio 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297

Processo do trabalho 40, 44, 253

Processo penal 8, 9, 14, 99, 100, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 172, 174, 175, 176, 177, 178, 182, 183, 184, 185, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 202, 206, 207, 208, 209

Proporcionalidade 84, 112, 114, 118, 124, 163, 174, 175, 180, 181, 182, 183, 184, 185

Proteção de dados 40, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 110, 299, 300, 301, 303, 304, 306, 307, 308

Provas ilícitas 105, 174, 175, 176, 177, 178, 181, 182, 183, 184

## R

Racionalidade penal moderna 157, 158, 164, 165, 166, 167, 171, 172, 173

Realidade carcerária 112, 121, 124, 140

Redes sociais 6, 7, 10, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 143, 144, 146, 151

## S

Segurança pública 51, 115, 123, 130, 132, 137, 150, 183, 221, 223, 224

Sociedades de economia mista 86, 87, 92, 93, 95

Superencarceramento 126, 127, 128, 134, 137

## T

Trabalho 2, 14, 15, 16, 17, 18, 23, 27, 28, 31, 36, 40, 43, 44, 49, 53, 54, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 77, 86, 87, 100, 101, 108, 112, 122, 136, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 169, 174, 186, 187, 196, 197, 198, 211, 212, 213, 217, 218, 246, 253, 257, 272, 277, 280, 285, 286, 287, 288, 293, 294, 295, 301

## U

Uberização 61, 62, 67, 68, 69

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

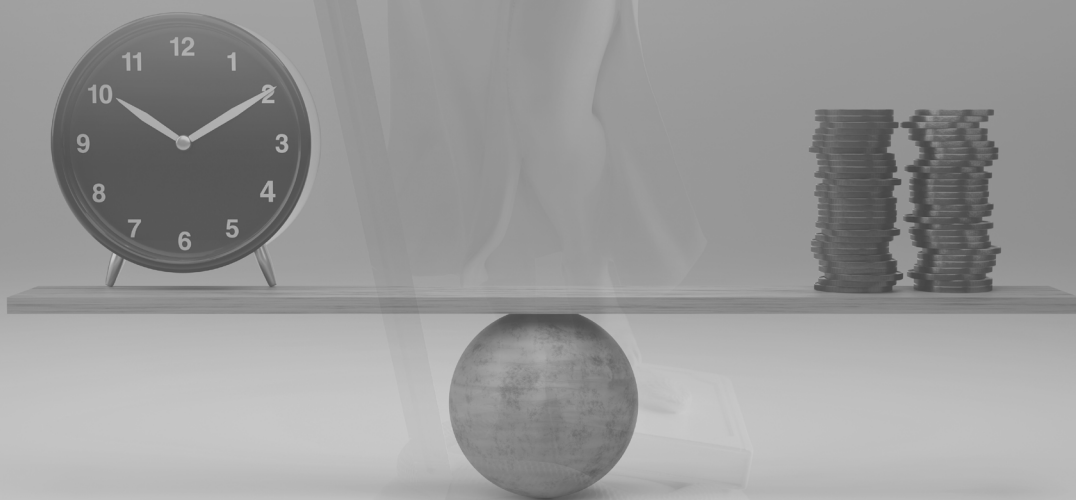
 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

 @atenaeditora

 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](http://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

# DIREITO:

## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 3



 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)

 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)

 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

# DIREITO:

## PESQUISAS FUNDADAS EM ABORDAGENS CRÍTICAS 3

