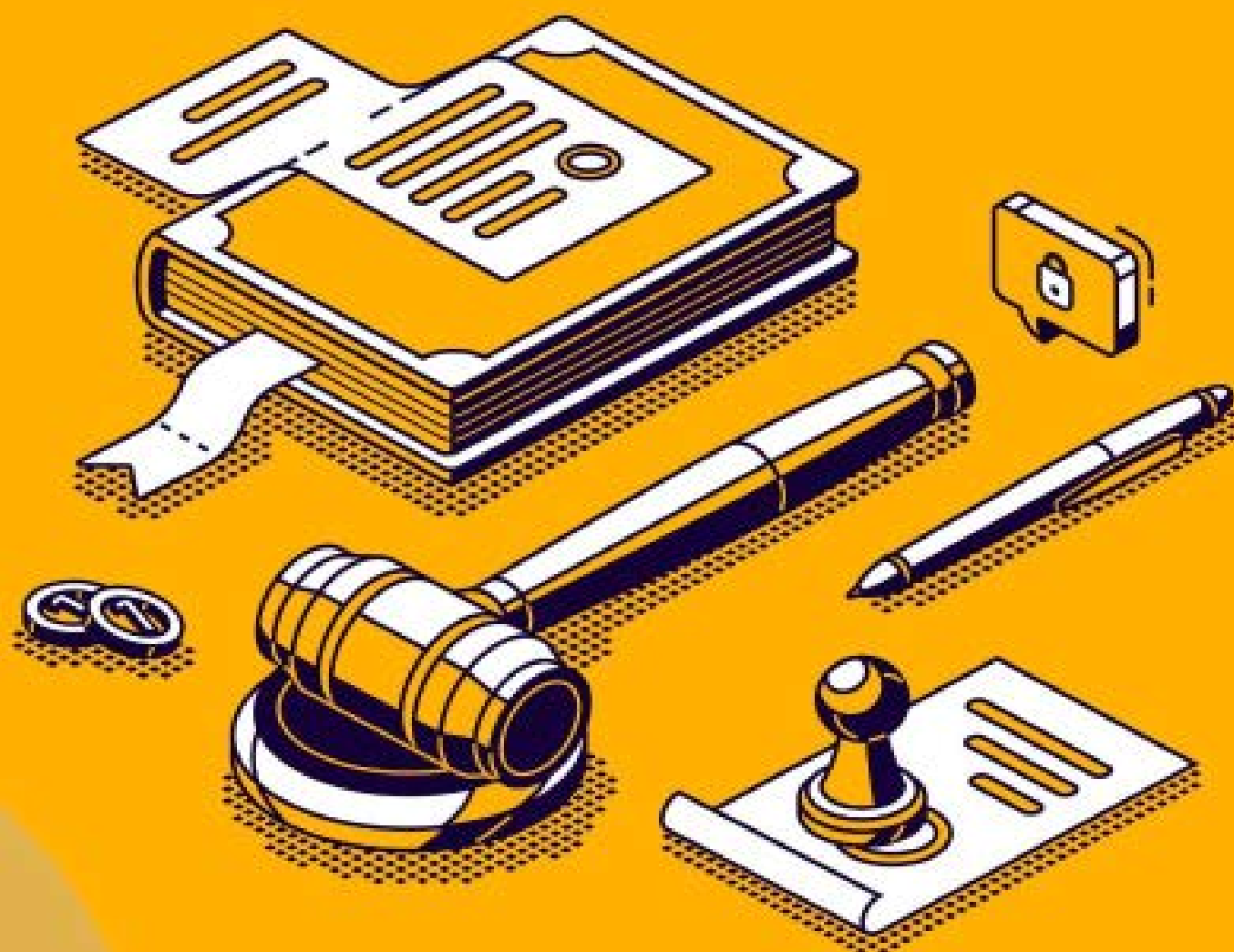


# Estudos Interdisciplinares

## EM DIREITO II



Org. Francielle Benini Agne Tybusch

**ARCO**  
EDITORES



# **ESTUDOS INTERDISCIPLINARES EM DIREITO II**

**ORGANIZADORA:**

**FRANCIELLE BENINI AGNE TYBUSCH**

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

**Estudos Interdisciplinares em Direito II [Livro Eletrônico] / Organização Francielle Benini Agne Tybusch. -- 2. ed. -- Santa Maria, RS : Arco Editores, 2021.**  
PDF

**ISBN 978-65-00-15895-3**

**1. Direito 2. Educação 3. Estudos interdisciplinares I. Tybusch, Francielle Benini Agne.**

21-54499

CDU-34

Índices para catálogo sistemático:

1. Interdisciplinaridade: Direito 34

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

DOI do Livro: 10.48209/978-65-00-15895-3

2.<sup>a</sup> Edição - Copyright© 2020 dos autores.  
Revisão: Arco Editores

# CONSELHO EDITORIAL

Msc. Ivanio Folmer

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/2379707211288456>

Msc. Gabriella Eldereti Machado

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/5628308415823159>

Msc. Jesica Wendy Beltrán

UFCE- Colômbia

<http://lattes.cnpq.br/0048679279914457>

Dra. Fabiane dos Santos Ramos

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/0003382878348789>

Dr. João Riél Manuel Nunes Vieira de

Oliveira Brito -

UAL - Lisboa- Portugal.

<http://lattes.cnpq.br/1347367542944960>

Msc. Rodrigo de Moraes Borges –

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/4696236455119397>

Dra. Alessandra Regina Müller Germani

Universidade da Fronteira Sul

<http://lattes.cnpq.br/7956662371295912>

Dra. Micheli Bordoli Amestoy

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/7865042624189677>

Esp. Thais de Melo Amaral Machado

Universidade Federal de Viçosa

<http://lattes.cnpq.br/2592090131289979>

Dr. Everton Bandeira Martins

Universidade da Fronteira Sul

<http://lattes.cnpq.br/9818548065077031>

Cássio Rodrigo Aguiar

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/5541624029364072>

Dr. Erick Kader Callegaro Corrêa

Universidade Franciscana

<http://lattes.cnpq.br/2363988112549627>

Dr. Pedro Henrique Witches Universidade

Federal do Espírito Santo

<http://lattes.cnpq.br/3913436849859138>

Msc. Luiza Carbunck Godoi

Universidade Federal do Rio Grande do

Sul

<http://lattes.cnpq.br/4447866451051627>

Msc. Alberto Barreto Goerch

Universidade Franciscana

<http://lattes.cnpq.br/7845816473131059>

Msc. Claudionei Lucimar Gengnagel

Universidade de Passo Fundo

<http://lattes.cnpq.br/3676481979050032>

Dr. Mateus Henrique Köhler

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/5754140057757003>

Msc. Sandi Mumbach

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/0222637186466933>

Msc. Yosani Morales Martínez

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/3656123692269129>

Esp. Ana Paula Visintainer Coelho

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/0410723770403484>

Msc. Alisson Galvão Flores

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/1218196537137303>

Dra. Aline Ferreira Paim

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/5813893425276768>

Dra. Liziany Müller Medeiros

Universidade Federal de Santa Maria

<http://lattes.cnpq.br/1486004582806497>

Msc. Itagiane Jost

IFFar - São Vicente do Sul/RS

<http://lattes.cnpq.br/7751407219167290>

Dr. Camilo Darsie de Souza

Universidade de Santa Cruz do Sul

<http://lattes.cnpq.br/4407126331414792>

Msc. Flávio Cezar dos Santos

-SMEDSC- Chapecó/sc

<http://lattes.cnpq.br/4711802547326257>

Murilo Vasconcelos Machado

PUC- Pelotas/RS

<http://lattes.cnpq.br/6068181035043197>

Msc. Gabriel de Oliveira Soares

Universidade Franciscana

<http://lattes.cnpq.br/5182622667860285>

Msc. João Felipe Llehmen

Universidade de Santa Cruz do Sul

<http://lattes.cnpq.br/9018174122542310>

Dr. Dioni Paulo Pastorio

Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul

<http://lattes.cnpq.br/7823646075456872>

Msc. Sara Beatriz Eckert Huppes  
SEDUC/RS- Santa Maria/RS  
<http://lattes.cnpq.br/3412482515928321>

Msc. Anísio Batista Pereira  
Universidade Federal de Uberlândia  
<http://lattes.cnpq.br/5123270216969087>

Dra. Maria Cristina Rigão Iop  
Universidade de Santa Cruz do Sul  
<http://lattes.cnpq.br/8028841762393298>

Esp. Dennis Soares Leite  
Universidade Federal de São Carlos  
<http://lattes.cnpq.br/4205979645558904>

Fagner Fernandes Stasiaki  
Universidade Regional Integrada do Alto  
Uruguai e das Missões  
<http://lattes.cnpq.br/0614691997654146>

Msc. Juliane Paprosqui Marchi da Silva  
Universidade Federal de Santa Maria  
<http://lattes.cnpq.br/4553161791704500>

Dr. Leonardo Bigolin Jantsch  
Universidade Federal de Santa Maria  
<http://lattes.cnpq.br/0639803965762459>

Dra. Francielle Benini Agne Tybusch  
Universidade Franciscana  
<http://lattes.cnpq.br/4400702817251869>

Dr. Leandro Antônio dos Santos  
Universidade Federal de Uberlândia  
<http://lattes.cnpq.br/4649031713685124>

Msc. Martiéli de Souza Rodrigues  
Universidade Federal de Santa Maria  
<http://lattes.cnpq.br/1460690648891778>

Dr. Rafael Nogueira Furtado  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
<http://lattes.cnpq.br/9761786872182217>

Msc. Taciana Uecker  
Universidade Federal de Santa Maria  
<http://lattes.cnpq.br/9050445553522704>

Msc. Adilson Cristiano Habowski  
Universidade La Salle  
<http://lattes.cnpq.br/2627205889047749>

Dra. Angelita Zimmermann  
Universidade Federal de Santa Maria  
<http://lattes.cnpq.br/7548796037921237>

# DEDICATÓRIA

*Dedicamos esta obra ao querido amigo e colega, Fernando Gambini Viana.*

*A vida inventa! A gente principia as coisas, no não saber por que, e desde aí perde o poder de continuação porque a vida é mutirão de todos, por todos remexida e temperada. O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas, mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. Viver é muito perigoso; e não é não. Nem sei explicar estas coisas. Um sentir é o do sentente, mas outro é do sentidor.*

*(Guimarães Rosa - Grande Sertão: Veredas)*

# PREFÁCIO

A alegria não chega apenas no encontro do achado, mas faz parte do processo da busca. E ensinar e aprender não pode dar-se fora da procura, fora da boniteza e da alegria.

Paulo Freire. **Pedagogia da Autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 142.

Assim, a alegria está relacionada com a esperança. A esperança de que se pode resistir aos obstáculos, aprender, produzir e lutar. Na organização dos capítulos desta obra - “Estudos Interdisciplinares em Direito II” - foram muitos os aprendizados e os obstáculos a serem transpassados. Mas, também, muitas foram as alegrias dentro do processo de busca por respostas.

Os capítulos que se encontram aqui, representam os anseios e questionamentos destas autoras e autores nas mais diversas temáticas do Direito. Assim, passa-se então a apresentação de cada um dos capítulos que compõem a referida obra.

O capítulo “É NECESSÁRIO JUDICIALIZAR? AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO MEIO ALTERNATIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE EXTENSIVA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL” de autoria de Camila Alves Quevedo, Joel Marcos Reginato aborda questões referentes ao acesso à justiça, desjudicialização e o papel das serventias extrajudiciais na garantia do acesso à justiça com recorte da usucapião extrajudicial ou administrativa.

A autora Julie Martins Freitas no capítulo “A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, NA VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS: O AUMENTO DA LONGEVIDADE” analisa o aumento da longevidade dos maiores de 70 anos à luz do artigo 1641, inciso II, do CC/02 no que concerne a vedação à escolha do regime de bens para o casamento. No capítulo “UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL: MOROSIDADE OU PROTEÇÃO?” de autoria de Camila Puntel busca revelar se o processo adotivo é moroso ou apenas protetivo.

Os autores Douglas Ferreira Luz, Kethelen Severo Bacchi no capítulo “A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO CASO DE DESASTRES ANTROPOGÊNICOS: O CASO BRUMADINHO – MG” abordam a responsabilização civil no caso de desastres antropogênicos, em especial no caso do rompimento da barragem de Brumadinho-MG. No capítulo “A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR NO PLANO DE COMPRA VIRTUAL COM AS NOVAS MODALIDADES DE CONSU-



MO” de autoria de Carolina Back e Júlia Cardoso Leal Dias, é analisado o Código de Defesa do Consumidor no Brasil no âmbito do comércio eletrônico.

As autoras Bruna Fagundes Rodrigues, Carine Luana Rogoski e Laura Dalcin Rossato no capítulo “MACHISMO E O ASSÉDIO NOS MEIOS DE TRANSPORTE: ESTUDO SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO NA PUBLICAÇÃO DO JORNAL ESTADÃO NO FACEBOOK SOBRE O APLICATIVO LADY DRIVER NO DIA 30 DE AGOSTO DE 2017” buscam analisar de que modo os discursos de ódio podem ser considerados meios para inviabilizar as iniciativas femininas, especificamente o aplicativo Lady Driver. No capítulo “O MARCO CIVIL DA INTERNET E O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A GUARDA DE REGISTROS DE CONEXÃO<sup>1</sup> E DE ACESSO A APLICAÇÕES DE INTERNET DE ACORDO COM A LEI 12.965/2014” de autoria de Gustavo Dorneles Moraes é feita uma análise sobre a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet conforme previsto no Marco Civil da Internet, verificando se essa guarda de registros está em conformidade com o direito à privacidade.

Os autores Matheus Ramão de Oliveira e Augusto Mota Rico Pereira no capítulo “A DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS: SUAS CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS RESPONSABILIZAÇÕES” abordam sobre a problemática da propagação de notícias e informações falsas com o objetivo de moldar a opinião alheia. No capítulo “UM ESTUDO SOBRE A ABORDAGEM MIDIÁTICA DOS PROTESTOS DE JUNHO DE 2013 E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DA LEI 13.260/2016 NO BRASIL” de autoria de Lucas Mota Ramos, Ana Paula Frighetto Pereira e Julia De David Chelotti é realizado uma análise sobre a criminalização dos movimentos sociais no Brasil, a partir de um olhar sobre as jornadas junho de 2013.

As autoras Jéssica Reis da Silva e Angelita A. Souza de Camargo, no capítulo “MULHERES NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DAS MULHERES NOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO TJ-RS E TJ-SC” estudam os crimes omissivos impróprios, nos casos específicos de violência sexual envolvendo a responsabilização de mulheres, tendo em vista o dever de cuidado imposto a elas, em decisões nos Tribunais de Justiça do Estado Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. No capítulo “A RONDA MARIA DA PENHA E SUA EFETIVIDADE COM BASE NA LEI Nº 11.340/2006 NA PROTEÇÃO DA MULHER NO RIO GRANDE DO SUL” de autoria de Amanda Nene Loiola, Caroline Adolfo Machado e Caroline de Oliveira de Vascon-

cellos é analisado quais seriam as formas possíveis de melhorar a efetividade dos programas de proteção a mulher e como torná-los de conhecimento da população para que possam, por pleno direito, reivindicá-las.

As autoras Giulia Melo de Mello e Taila Ariza Dalla Vecchia, no capítulo “ “MARIA SOFRIDA E SEU SOFRIMENTO”: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS N.º 143.641 E A SUA APLICAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO” realizam um estudo acerca do habeas corpus coletivo n.º 143.641, proferido pelo Superior Tribunal Federal (STF) na data de 20 de fevereiro de 2018. No capítulo “A AVERSÃO DA POPULAÇÃO SOBRE AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS À LUZ DO CASO SUZANE” de autoria de Giovanna Cabrera Bettega e Sara Micaela Coelho Barreto é investigado a opinião da população sobre o instituto das saídas temporárias através de comentários realizados na página do Facebook do G1, que tratam da concessão desse direito à apenas Suzane Von Richthofen, cujo caso teve grande repercussão nacional.

O autor Vinícius Aparecido Amancio da Silva no capítulo “O DIREITO À SAÚDE NA CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE: AS RELAÇÕES ENTRE A SUPERLOTAÇÃO E A PROLIFERAÇÃO DE CASOS DE TUBERCULOSE SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA” analisa a efetividade do Direito à Saúde na Cadeia Pública de Porto Alegre e entender as relações entre a superlotação e a proliferação de casos de tuberculose na unidade prisional. No capítulo “OS DESAFIOS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DOS REFLEXOS DO INQUÉRITO POLICIAL de autoria de Douglas Dutra Teixeira e Kethelen Severo Bacchi é dissertado acerca da relação existente entre o inquérito policial e o princípio da imparcialidade, analisando a intersecção destes conceitos.

Os autores Renato Augusto Reis dos Santos e Priscilla Silva no capítulo “PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRESUNÇÃO DE CULPA? A INTERPREÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL NO JULGAMENTO DO HC 152.752/PR DE 2018” abordam sobre o papel do princípio da Presunção de Inocência na fundação do Estado Democrático de Direito e a sua aplicabilidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal desde a mudança de entendimento no julgamento do HC 126.292/SP em 2016.

A autora Juliana Inês Urnau no capítulo “DIREITO NA LITERATURA: O CONTO DA AIA E A MANUTENÇÃO DE DIREITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO DE RETROCESSOS” tem como objetivo compreender a relação do livro com a conjuntura

histórica do Brasil do século XXI. No capítulo “A CRIMINALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO E NÃO PAGAMENTO DO ICMS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA” de autoria de João Artur Ferreira Müller busca verificar se o lançamento e não pagamento de ICMS se trata de crime contra a ordem tributária brasileira, bem como os métodos de cobrança a disposição do Estado.

Os autores Fernanda Sampaio Silva e Nei Adácio Pumes da Costa no capítulo “LIBERDADE NEGOCIAL E MERCADO DE TRABALHO: PERSPECTIVAS ACERCA DAS FUNÇÕES E DISFUNÇÕES DA AUTONOMIA” discutem sobre as perspectivas acerca da autonomia e da liberdade negocial nas relações de trabalho no mercado brasileiro, baseado simultaneamente em literatura, legislação pátria, jurisprudência e resultados de pesquisa empírica sobre o tema realizadas no Brasil. No capítulo “A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL” de autoria de Fernando Gambini Viana, Matheus Machado De Oliveira e Vinícius Prates Soares é analisado a temática acerca dessa atribuição de poderes investigatórios do Ministério Público, especificamente no campo criminal, visto gerar diversas discussões e controvérsias, a fim de se ter um maior aprofundamento quando aos benefícios e malefícios dessas atribuições dadas ao Ministério Público.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com entre o Direito e os mais variados sistemas. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Aos dezessete dias do mês de janeiro de dois mil e vinte um.  
(O dia em que a Anvisa autorizou a vacinação contra a Covid-19).

**Francielle Benini Agne Tybusch**  
Organizadora

# SUMÁRIO

**É NECESSÁRIO JUDICIALIZAR? AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO MEIO ALTERNATIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE EXTENSIVA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL.....16**

Camila Quevedo Alves

Joel Marcos Reginato

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, NA VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS: O AUMENTO DA LONGEVIDADE.....33**

Julie Martins Freitas

**UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL: MOROSIDADE OU PROTEÇÃO?.....45**

Camila Puntel

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO CASO DE DESASTRES ANTROPOGÊNICOS: O CASO BRUMADINHO – MG.....56**

Douglas Ferreira Luz

Kethelen Severo Bacchi

**A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR NO PLANO DE COMPRA VIRTUAL COM AS NOVAS MODALIDADES DE CONSUMO.....72**

Carolina Back

Júlia Cardoso Leal Dias

**MACHISMO E O ASSÉDIO NOS MEIOS DE TRANSPORTE: ESTUDO SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO NA PUBLICAÇÃO DO JORNAL ESTADÃO NO FACEBOOK SOBRE O APLICATIVO LADY DRIVER NO DIA 30 DE AGOSTO DE 2017.....84**

Bruna Fagundes Rodrigues

Carine Luana Rogoski

Laura Dalcin Rossato

**O MARCO CIVIL DA INTERNET E O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A GUARDA DE REGISTROS DE CONEXÃO E DE ACESSO A APLICAÇÕES DE INTERNET DE ACORDO COM A LEI 12.965/2014.....104**

Gustavo Dorneles Moraes

**A DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS: SUAS CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS RESPONSABILIZAÇÕES.....125**

Matheus Ramão de Oliveira

Augusto Mota Rico Pereira

**UM ESTUDO SOBRE A ABORDAGEM MIDIÁTICA DOS PROTESTOS DE JUNHO DE 2013 E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DA LEI 13.260/2016 NO BRASIL.....145**

Lucas Mota Ramos

Ana Paula Frighetto Pereira

Julia De David Chelotti

**MULHERES NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DAS MULHERES NOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO TJ-RS E TJ-SC.....163**

Jéssica Reis da Silva

Angelita A. Souza de Camargo

**A RONDA MARIA DA PENHA E SUA EFETIVIDADE COM BASE NA  
LEI N° 11.340/2006 NA PROTEÇÃO DA MULHER NO RIO GRANDE  
DO SUL.....180**

Amanda Nene Loiola

Caroline Adolfo Machado

Caroline de Oliveira de Vasconcellos

**“MARIA SOFRIDA E SEU SOFRIMENTO”: UMA ANÁLISE DO  
HABEAS CORPUS N.º 143.641 E A SUA APLICAÇÃO NO TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DA CULTURA DO  
ENCARCERAMENTO.....201**

Giulia Melo de Mello

Taila Ariza Dalla Vecchia

**A AVERSÃO DA POPULAÇÃO SOBRE AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS À  
LUZ DO CASO SUZANE.....220**

Giovanna Cabrera Bettega

Sara Micaela Coelho Barreto

**O DIREITO À SAÚDE NA CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE:  
AS RELAÇÕES ENTRE A SUPERLOTAÇÃO E A PROLIFERAÇÃO DE  
CASOS DE TUBERCULOSE SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
DIGNIDADE HUMANA.....235**

Vinicius Aparecido Amancio da Silva

**OS DESAFIOS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA  
IMPARCIALIDADE NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS: UMA  
ANÁLISE ATRAVÉS DOS REFLEXOS DO INQUÉRITO POLICIAL.....248**

Douglas Dutra Teixeira

Kethelen Severo Bacchi

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRESUNÇÃO DE CULPA? A INTERPREÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL NO JULGAMENTO DO HC 152.752/ PR DE 2018.....261**

Renato Augusto Reis dos Santos

Priscilla Silva

**DIREITO NA LITERATURA: O CONTO DA AIA E A MANUTENÇÃO DE DIREITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO DE RETROCESSOS.....273**

Juliana Inês Urnau

**A CRIMINALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO E NÃO PAGAMENTO DO ICMS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....293**

João Artur Ferreira Müller

**LIBERDADE NEGOCIAL E MERCADO DE TRABALHO: PERSPECTIVAS ACERCA DAS FUNÇÕES E DISFUNÇÕES DA AUTONOMIA.....308**

Fernanda Sampaio Silva

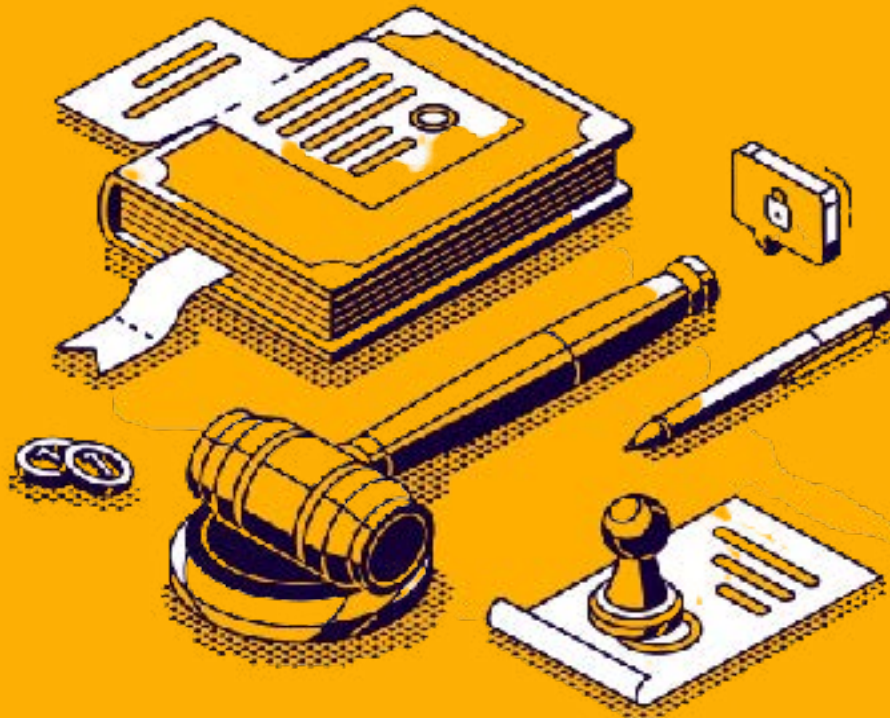
Nei Adácio Pumes da Costa

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....328**

Fernando Gambini Viana

Matheus Machado De Oliveira

Vinícius Prates Soares



# **É NECESSÁRIO JUDICIALIZAR? AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO MEIO ALTERNATIVO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE EXTENSIVA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL**

**Camila Quevedo Alves<sup>1</sup>**

**Joel Marcos Reginato<sup>2</sup>**

---

1 Acadêmica do 11º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Membro do grupo de pesquisa e extensão Poder, Controle e Dano Social da UFSM coordenado pela Profª. Drª. Marília Denardin Budó. Escrevente no Registro de Imóveis de Santa Maria-RS. E-mail: camiladir15@gmail.com

2 Acadêmico de Direito do 11º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. E-mail: joelreginato@gmail.com



**Resumo:** O presente trabalho abordará questões referentes ao acesso à justiça, desjudicialização e o papel das serventias extrajudiciais na garantia do acesso à justiça com recorte da usucapião extrajudicial ou administrativa. Para tanto, utilizaremos do método de abordagem dedutivo e do método de abordagem monográfico, iniciando com uma análise doutrinária e legal do instituto à nível nacional para após relacionar com os dados obtidos a partir de uma breve pesquisa de campo realizada nas varas cíveis judiciais e no Registro de Imóveis da comarca de Santa Maria-RS. Com isso, objetivamos verificar se o instituto tem se mostrado efetivo até o momento.

**Palavras-Chave:** Acesso à Justiça; Desjudicialização; Serventias Extrajudiciais; Usucapião Extrajudicial; Usucapião Administrativa.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O sistema judiciário brasileiro apresenta-se como principal mecanismo de solução de litígios oriundos das relações interpessoais, o que se constata da análise do Relatório Justiça em Números 2018 desenvolvido pelo CNJ anualmente que indicou estarem em tramitação 80 milhões de processos no Brasil durante o ano de 2017. A tendência à judicialização em massa dos conflitos encontra amparo no direito fundamental ao acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal/88, entretanto paradoxalmente, devido ao grande número de processos, pode resultar em óbice à duração razoável do processo que está intrinsecamente relacionado com tal direito.

Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro inaugurou o que chamamos de desjudicialização de demandas, trazendo à via extrajudicial importantes institutos como inventário e partilha, divórcio consensual e a usucapião extrajudicial, objeto as serventias extrajudiciais passam a contribuir diretamente para a perfectibilização de direitos, como é o caso direito à propriedade declarada na usucapião, pois o registro possibilita o poder de dispor juridicamente do imóvel, além de também, em caráter macro, conferir aplicabilidade ao principal objetivo traçado pelo novo código: o pleno acesso à justiça cuja satisfação depende, dentre outros fatores, da redução da carga processual.

Diante disso, o presente trabalho tem como questionamento a efetividade do procedimento de usucapião extrajudicial e seus reflexos na redução de demandas levadas ao Judiciário, garantindo-se assim o pleno acesso à justiça preconizado pela Emenda Constitucional 45/2004 e mais recentemente pelo Código de Processo Civil/2015. Para tanto, adotou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, partindo-se de uma análise teórica do acesso à justiça, dos procedimentos extrajudiciais e do papel dos notários e registradores no contexto da desjudicialização para posteriormente demonstrar os dados estatísticos levantados em consulta ao Registro de Imóveis e às Varas Cíveis Estaduais da Comarca de Santa Maria/RS. falta o resumo dos parágrafos

## **2. A DOUTRINA DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL**

O mundo jurídico é constantemente influenciado pelas demandas sociais, uma vez que são elas a força motriz para o reconhecimento pelo Estado de diversos direitos, sejam individuais, sociais, transindividuais e políticos.

Ocorre que, por evidente, a mera normatização de tais direitos não resulta automaticamente em seu efetivo exercício, sendo necessário instrumentos que lhes assegurem a efetividade. Nesse diapasão, adentra-se a seara do processo civil como o meio de acesso à justiça e para além disso, a suficiência deste meio na solução de litígios. Nesse sentido, assevera Mauro Capelletti:

O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos *da* moderna ciência jurídica (CAPELLETTI, 1988, p.13).

Neste capítulo, objetiva-se identificar quais os obstáculos encontrados à devida prestação jurisdicional antes de indicar possíveis estratégias de alargamento e aprofundamento do acesso à justiça elucidados.

### **2.1 A RELAÇÃO ENTRE O TEMPO PROCESSUAL E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA**

A abordagem doutrinária da garantia constitucional do acesso à justiça perpassa necessariamente pela tradicional obra do jurista Mauro Capelletti. Nela, o autor destaca alguns elementos importantes nesse sentido, dentre eles, optou-se aqui pelo recorte no quesito tempo. Além da satisfação do direito, a celeridade processual é pressuposto de efetividade do processo, pois a longa duração da lide conforme Capelletti “aumenta o custo para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores ao que teriam direito” (CAPELLETTI 1988, p. 20). Cabe ainda acrescentar que a morosidade de tramitação, ainda que não ocasione a desistência do pedido, diminui o tempo de exercício do direito, visto que o lapso até a sentença que o reconhece deixou de ser aproveitado pelo sujeito.

O enfrentamento da problemática da prestação jurisdicional perpassa tradicionalmente as três ondas de acesso à justiça proposta por Mauro Capelletti a saber: a primeira onda que diz respeito à assistência gratuita aos pobres, a segunda, à representação dos direitos difusos e a terceira está pautada na ideia do acesso à representação em juízo à uma concepção mais ampla de acesso à justiça, resultando assim em um novo enfoque do acesso à justiça (CAPELLETTI, 1988).

A terceira onda reformadora também denominada de enfoque do acesso à justiça tem seus horizontes ainda mais ampliados, ressaltando que:

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados privados ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. (CAPELLETTI, 1988, p. 67-68).

No contexto brasileiro, a Emenda Constitucional 45/2004 inaugurou uma série de medidas, visando o efetivo funcionamento do Judiciário Brasileiro, no que tange ao acesso à justiça que historicamente apresenta dificuldades decorrentes do período colonial. Retomando a história pátria, relevante é observar que o deslocamento da Coroa conforme assevera Ludmilla Ribeiro:

[...] fez com que, especialmente no âmbito do judiciário, se verificasse a famosa distinção entre o “país formal”, cuja existência se verifica na constituição e nos códigos legais e o “país real” que segue alheio e à margem dos direitos preconizados pelas leis. Se, quando houve a instituição do Estado, esperava-se que esse anacronismo fosse superado com o passar do tempo, na realidade atual, percebe-se a dificuldade de sua superação” (SHIRLEY, 2008 apud RIBEIRO, 1987, p. 467).

E assim, o aparato judiciário europeu introduzido não era compatível à realidade brasileira, tendo sido assim o marco da crise judiciária futura. Dentre as medidas adotadas pela emenda antes referida está a inserção da duração razoável do processo, insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal/1988 e, diante disso, vem à tona a reflexão do que seria ou poderia ser considerado razoável. Primeiramente, é preciso estabelecer a diferença entre duração razoável do processo e celeridade da tutela jurisdicional do direito conforme com maestria elucida o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni:

a norma não garante apenas tutela jurisdicional tempestiva ao autor, mas também confere ao demandado e à sociedade o direito à duração razoável do processo (MARINONI, 2009, p. 84).

Dessa forma, verifica-se a amplitude do referido direito constitucional que transcende o espaço processual inter-partes projetando-se e atingindo a sociedade como um todo, pois a morosidade processual acarreta em maior movimentação do aparato judiciário e, por consequência, das custas processuais suportadas aqueles que não estão envolvidos na lide em si.

O reflexo da duração do processo para muito além da lide nos desafia a pensar o tempo do processo. Haveria possibilidade de defini-lo genericamente? A complexidade e especialidade das demandas judiciais torna por óbvio inviável definir um tempo comum de tramitação, sendo esse relativo e ligado intrinsecamente com alguns outros elementos que lhe são indispensáveis para perfectibilizá-lo, garantindo assim o tão almejado acesso à justiça conforme destaca Marinoni. O primeiro deles seria a garantia de direitos e daí se constitui a própria razão de ser da provocação jurisdicional:

A questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional dos direitos. A jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, fundamentais ou não. A tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não

proteger ou a proteger de forma indevida (MARINONI, 2009, p. 88).

Inegável a importância substancial de se tutelar direitos, entretanto deve-se atentar a baliza posta pelo processo justo, nesse sentido:

*[...] o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo. Não é justo submeter o réu aos males da pendência processual por um prazo desrazoável. (MARINONI, 2009, p. 88).*

Por fim, os atos processuais devem durar o tempo necessário, evitando dilação para além desse. A demora seria injustificada “quando se equipara àquela ocorrida em casos similares”, entretanto como já abordado anteriormente há que se buscar maior celeridade dentro, atentando aos elementos referidos e considerando as similaridades das demandas submetidas à apreciação pelo Poder Judiciário, uma vez que “entender que a duração é razoável quando se consome o tempo que em outros casos vem sendo gasto constitui pecado lógico, pois a prática reiterada do errado não o transforma em certo ou razoável.” (MARINONI, 2009, p. 89).

Do exposto até o momento, o efetivo acesso à justiça é entendido como acesso ao Poder Judiciário que se dá por intermédio do tradicional processo. Embora se reconheça existirem formas de aprimoramento na seara judicial para melhor resolução de conflitos, o conceito de justiça multiportas aponta para introdução de meios alternativos como forma de reduzir a alta carga de processos e quiçá oferecer soluções mais adequadas e condizentes com a realidade, a exemplo dos conflitos envolvendo grandes empresas e a arbitragem. Sobre a justiça multiportas, destaca-se:

*[...] a parte interessada poderá ter acesso a diferentes formas de solução de conflitos, sendo o advogado responsável por oferecer e discutir com o seu cliente as maneiras de solução adequadas, de modo que este possa definir o que quer da solução de conflitos e qual seria a melhor maneira de atingir este objetivo. (GUERRERO, 2015, p. 11).*

A abordagem sobre o alargamento do acesso à justiça aponta para meios extrajudiciais, especialmente dos procedimentos administrativos junto às serventias extrajudiciais, como será abordado no capítulo seguinte.

### **3. DA CONVERSÃO DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM EXTRAJUDICIAIS: O PAPEL CARTORÁRIO NA CRIAÇÃO DE ALTERNATIVAS AO**

## **PODER JUDICIÁRIO**

O dinamismo das relações, dos negócios e das conexões que cada vez mais permitem transacionar de forma quase instantânea sofrem alterações ao longo do tempo. Nesse cenário, a fim de não ocasionar injustiças pela morosidade processual, os meios de solução de conflitos do direito foram instigados a uma reinvenção (3.1) necessária para garantir uma justiça compatível com as necessidades modernas do século XXI.

De fato, para fornecer respostas rápidas, num sistema pautado pela resolução de lides complexas e sobrecarregado diante de uma explosão conflitos, foi necessário encontrar meios alternativos. Enxergou-se, portanto, nas serventias judiciais um meio célere e confiável para a solução de conflitos (3.2), desjudicializando-se, assim, diversos procedimentos outrora judiciais.

Os procedimentos extrajudiciais foram, aos poucos, sendo implementados, tal que, hoje, pode-se elencar diversos procedimentos como o inventário e partilha, a separação consensual e a usucapião. Far-se-á, portanto, (3.3) uma breve análise do papel cartorário e dos procedimentos extrajudiciais frente às previsões e mudanças legislativas hodiernas.

### **3.1 A (re)invenção procedimental: a quebra das (in)justiças criadas pelo caos da morosidade processual**

O poder judiciário há muito tenta lidar com situações que, aparentemente, cada vez mais fogem de seu controle, visto que as demanda judiciais aumentam exponencialmente a ponto de que o nem mesmo o princípio da razoável duração do processo possa ser garantido. A partir disso, são necessárias mudanças estruturais para que possam ser resgatadas àquelas garantias suprimidas pelo número excessivo de judicialização de conflitos.

Não se pode afastar que o Estado é limitado quanto à sua atuação, visto que o direito produz uma resposta às demandas criadas na sociedade, sem conseguir, muitas vezes, prever fenômenos que fogem seu controle. Surgem, portanto, reformas que visam resolver situações, e diante disso a Emenda Constitucional 45 de 2004 buscou renovar o judiciário de forma a tentar assegurar direitos aos brasileiros.

Continuamente, foram feitas diversas alterações legislativas como a previsão da possibilidade de realização de inventário e partilha por via administrativa, previsto pela Lei 11.441/2007, bem como as disposições regulamentares previstas pelo CNJ que contribuíram para o desencadeamento do Novo Código de Processo Civil que previu e possibilitou uma nova fase às demandas. Imprime-se, portanto, uma objetivação e uma racionalização de procedimentos, possibilitando uma nova fase que permite (2.2) a celeridade, confiabilidade e meios alternativos de solução de conflitos: o fenômeno da desjudicialização.

### **3.2 A celeridade, confiabilidade e meios alternativos de solução de conflitos: o fenômeno da desjudicialização**

Sem dúvida, as reformas executadas paulatinamente, ao longo de anos, tiveram um papel primordial para que, de forma segura, o poder judiciário pudesse delegar uma mínima parcela de suas atribuições. Paralelamente, sabe-se que o princípio da jurisdição precisou ser preservado e, para tanto, conservou-se a faculdade de se optar pela esfera judicial, como pode ser visto no Art. 2º da Resolução 35 do CNJ,

Art. 2º É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial. (BRASIL, 2007).

Cria-se, portanto, uma alternativa ao método tradicional, sem, no entanto, desvirtuar o princípio da jurisdição já que é mantida a opção da via jurisdicional. O foco, portanto, são procedimentos de cunho administrativo, que possam ser supridos pelos notários e registradores, conforme explana Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

Ousa-se afirmar que desde a edição da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) já se apontava para a desjudicialização dos ritos presentes nessa Lei, ou seja, para os casos de procedimentos que não necessitavam de atividade decisória judicial para existir, mas há ingerência estatal para lhes assegurar segurança jurídica, e atribuir-lhes oponibilidade erga omnes. (PINHO, 2018, p. 194).

Ao longo dos anos, cada vez mais introduziu-se conciliação, mediação, arbitragem e procedimentos no âmbito das serventias extrajudiciais como métodos alternativos, e, dentre eles, o papel dos cartórios tem sido essencial à celeridade de

satisfação de direitos e a manutenção do acesso à justiça. Vise-se a análise desse papel de forma sucintamente exemplificativa de alguns institutos, e posterior análise do instituto da usucapião.

### **3.3 Uma breve análise do papel cartorário e dos procedimentos extrajudiciais frente às previsões e mudanças legislativas hodiernas**

Historicamente, os serviços notariais e de registro cumprem um papel tão importante na manutenção dos anseios sociais quanto aos negócios jurídicos que foram expressamente previstos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 236, *in verbis*, “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. (BRASIL, 1988).

Assim, em 1994 foi editada a Lei 8.935 que regulamentou o disposto na carta magna de forma a inculpir os meios pelo qual deverá ser aplicada a lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos). Cumpre destacar, brevemente, a natureza jurídica das serventias extrajudiciais, tal que:

Os serviços notariais e de registro possuem duas características: uma pública, regrada pelo direito administrativo que advém da delegação pelo Poder Público da fé pública e uma privada, regrada pelo direito privado que sujeita as relações do delegado internamente. (PEDROSO e LAMANAUSKAS, 2015).

E ainda:

[...] podemos definir o direito notarial como o conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário, a organização do notariado e os documentos ou instrumentos redigidos por este profissional do direito que, a título privado, exerce uma função pública por delegação do Estado. O conceito do direito registral é similar: trata-se do conjunto de normas e princípios que regulam a atividade do registrador, o órgão do Registro, os procedimentos registrais e os efeitos da publicidade registral, bem como o estatuto jurídico aplicável a este profissional do direito. (LOUREIRO, 2018, p. 48).

Diante disso, temos que as serventias extrajudiciais são delegações, “de organização técnica e administrativa” (BRASIL 1994) nas quais o papel dos notários e registradores é o de garantir, fiscalizar, dar segurança e publicidade aos atos praticados por particulares, visando a fé e a segurança pública dos negócios jurídicos. Nesse viés, a legislação que regulamenta tais atividades, passou por diversos avanços, reconhecendo que os notários e tabeliães são profissionais de direito e dotados de



fé pública.

A partir de uma corporação forte e fidedigna, bem como de fenômenos de desjudicialização e reformas do poder judiciário foi possível enxergar, nas serventias extrajudiciais, uma forma de garantir o acesso à justiça de forma célere e segura. Através de todo esse processo de desjudicialização de procedimentos, temos, hoje, diversos dispositivos que permitem transacionar sem a provocação do poder judiciário, obtendo-se segurança jurídica equiparável àquela advinda da lide.

Para tanto, podem ser citados diversos procedimentos como: 1) a demarcação por escritura pública e a divisão por escritura pública que são previstos no artigo 571, exigindo-se, basicamente, que as partes sejam maiores, concordes e tenham interesse no objeto; 2) outro meio de fuga da morosidade judicial é a possibilidade de executar inventário e partilha através de escritura pública, conforme previsão feita no parágrafo primeiro do artigo 610, no Código de Processo Civil; 3) o artigo 703, em seu parágrafo 4º prevê, a possibilidade de homologação de penhor legal através de escritura pública; 4) inclui-se, nesse rol, um instituto muito controvertido no sistema brasileiro, que não há muito conquistou seu espaço após a edição da lei do divórcio em 1973 e sua posterior modernização em 2007 que resultou na previsão da separação e divórcio consensuais por escritura pública, em conformidade com o artigo 733 do CPC; 5) Ainda no âmbito do direito de família o mesmo artigo, 733 CPC, juntamente com a equiparação jurisprudencial aberta pelos RExt 646721 e 878694, prevê a possibilidade de reconhecimento e dissolução consensual de união.

Recentemente, com a edição da lei 13.105/2015 foi acrescentado, também, a possibilidade da usucapião extrajudicial à Lei de Registros Públicos, 6.015/1973. Considerando-se o objetivo do presente trabalho, passa-se a uma análise aprofundada do instituto da usucapião extrajudicial.

#### **4. ASPECTOS LEGAIS RELEVANTES DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E RESULTADOS PRÁTICOS DESDE A INAUGURAÇÃO DA ESPÉCIE**

A possibilidade de processamento do pedido de usucapião através da via extrajudicial no Registro de Imóveis do lugar de situação do imóvel usucapiendo, foi introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil/2015 que acrescentou o art. 216-A na Lei 6.015/1973. A regulamentação do procedimento se deu mais tarde

com a edição do Provimento 65/2017 pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

O art. 4º do referido Provimento dispõe detalhadamente sobre o procedimento e documentos exigidos juntos ao Registro de Imóveis. Basicamente, o rol é composto por um requerimento assinado pelo requerente e seu advogado ou defensor público, instruído com a ata notarial, planta e memorial descritivo do imóvel, justo título, certidões negativas de distribuição de ações cíveis da Justiça Estadual e Federal, procuração e certidão dos órgãos municipais ou federais que demonstrem a natureza rural ou urbana do imóvel em questão.

Alguns aspectos da usucapião extrajudicial contribuem significativamente para a celeridade processual sem lançar mão da segurança jurídica das partes quais sejam: o não prejuízo da via judicial (4.1) e o silêncio do lindeiro como anuência (4.2). Por outro lado, ainda há uma certa resistência do legislador em igualar os institutos, posto que diferentemente do que ocorre na usucapião judicial, os gravames do imóvel não são cancelados (4.3).

Diante dos fatores positivos e negativos do novo instituto, no último subcapítulo (4.4) apresentamos os resultados de uma breve pesquisa de campo na Comarca de Santa Maria - RS.

#### **4.1 A ampliação da justiça: não há prejuízo à via judicial**

O protocolo do pedido de usucapião extrajudicial não obsta a desistência para ingresso da demanda na via jurisdicional, nem mesmo tem caráter obrigatório, facultando-se ao demandante a opção pela via judicial ou extrajudicial, nesse sentido é a redação do art. 216- A da Lei dos Registros Públicos:

Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado [...]. (BRASIL, 1973).

Há, portanto, coexistência entre os procedimentos judicial e extrajudicial no ordenamento jurídico e, de todo modo, a facultabilidade conferida ao sujeito na adoção por um desses resguarda o princípio constitucional de inafastabilidade da justiça, embora possa reduzir as demandas na via administrativa e não cumprir com o obje-

tivo inaugurada pela outrora mencionada Emenda Constitucional 45. Nesse sentido:

O ponto singular – e que deveria configurar o critério fundamental para, no caso, exercer a prudência legislativa–, dizia-se: o ponto singular para eleger a desjudicialização não parece ser o da “lógica da produtividade”,<sup>11</sup> o da mera expectativa de eficácia e eficiência circunstanciais, mas, isto sim, o da reserva própria do Judiciário para as questões de conflito (enfim, *reddite quae sunt Caesaris, Caesari*). A desjudicialização, em resumo, não deveria vir a reboque dos paradigmas economicistas, seja o da alimentação do “caixa estatal”, seja o da “exigência (ocasional) do mercado”, paradigmas ambos – *ad summam* e sem matizes: socialista, aquele, liberal, o último, utilitários ambos –, em que o objeto do direito se desloca do homem para o capital, e o objeto da justiça, do direito para a mera utilidade econômica (DIP, Ricardo, et.al., 2016, p. 139).

Portanto, havendo consenso do proprietário registral e dos confinantes, dispensando-se o primeiro se houver relação jurídica deste com o possuidor nos termos dos arts. 4º, inciso II e 13 do Provimento 65/2017 do CNJ (BRASIL 2017), a via extrajudicial além de garantir maior celeridade para satisfação do direito, e, principalmente, para a garantia do pleno acesso à justiça, acaba por contribuir para a diminuição de demandas judiciais.

#### **4.2 A (des)necessidade de consentimento dos lindeiros do imóvel usucapiendo**

Fato controverso na implementação da usucapião extrajudicial foi a necessidade de consentimento do proprietário registral. Inicialmente, quando a lei 13.105/2015 incluiu o Art. 216-A na Lei de Registros Públicos (LRP), previa-se que em caso de silêncio de lindeiro notificado, caracterizar-se-ia como discordância.

Diante desse entrave à aplicação do instituto, criado pela própria regulamentação de aplicação, diversos autores aduziram sobre a necessidade de mudança, como pode ser percebido nas esclarecedoras palavras de Leonardo Brandelli

Em tal hipótese, a lei determina expressamente que se presume que houve impugnação, o que não apenas não parece ser a melhor escolha legislativa, como terá o condão de inviabilizar grande parte das usucapiões extrajudiciais, transformando em letra letárgica um instituto que pretendeu o legislador fomentar. Ora, se algum legitimado passivo certo recebe a notificação e se mantém silente durante o prazo para impugnar, a presunção que deve haver é a de que não tem ele interesse em impugnar. Se tivesse, o faria no prazo. (BRANDELLI, 2016, p. 135).

Desde a edição da lei, foram feitas inúmeras críticas em relação a opção trazi-

da pelo legislador, visto que considerando-se o silêncio espécie de impugnação ao procedimento, avança-se, quase que por completo, a possibilidade de êxito no trâmite do procedimento administrativo. Obstáculo a usucapião extrajudicial, o parágrafo segundo do artigo 216-A, em sua redação original faria com que a demanda continuasse a ser pleiteada no judiciário, e, assim, culminou-se na alteração desse parágrafo com a edição da Lei 13.465 de 2017, *ipsis literis*:

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância. (BRANDELLI, 2016).

Solveu-se, pela mudança legislativa, um óbice criado pelo próprio legislador. Mas ainda que se tenha encontrado uma alternativa a necessidade, de consentimento dos proprietários registrais, manteve-se um desequilíbrio entre a usucapião judicial e a extrajudicial, tal que enquanto naquela são extintos todos os ônus contidos do imóvel, nesta, adquire-se a propriedade juntamente com os ônus nela existentes.

#### **4.3 A aquisição originária e a manutenção dos ônus anteriores na matrícula do imóvel usucapido**

É fato, que busca-se tratar as modalidades da usucapião com a maior equidade possível, a fim de possibilitar a disseminação de seu uso na esfera extrajudicial. Seguindo-se pela diferenciação entre os procedimentos judicial e extrajudicial, é importante frisar quanto a *usucapio libertatis*, visto que justamente nesse ponto há uma grande diferença de tratamento entre os dispositivos.

Assim, em se tratando de conceito sobre a *usucapio libertatis*, Leonardo Brandelli, mais uma vez elucida sobre o tema:

Ser a aquisição originária significa que o direito adquirido não se apoia em um direito antecessor, analisando-se tal característica no momento da aquisição, não decorrendo daí a conclusão necessária de que haja a extinção de qualquer outro direito existente sobre o bem adquirido originariamente, mas apenas daqueles que não couberem no mesmo espaço jurídico do direito adquirido. (BRANDELLI, 2016, p. 54).

Dentro da modalidade judicial, tem-se que é possível o cancelamento de todos

os ônus constantes da matrícula do imóvel, criando-se verdadeira aquisição originária, sem quaisquer vínculos advindos do princípio da continuidade registral, reiniciando-se o ciclo daquele imóvel. Por outro lado, a modalidade extrajudicial aparentemente não comporta tal aplicação da usucapião, visto que no caso da modalidade judicial o procedimento realizar-se-á obedecendo o devido processo legal e garantindo a ampla defesa. Na modalidade extrajudicial, tal aplicação deverá ser pensada ao extremo, criando-se meios que possam salvaguardar tanto o registrador que possui responsabilidade pelos atos praticados, quanto os usuários, que devem ter sua segurança jurídica preservada. Diverge, também, a melhor doutrina:

A usucapião é espécie de aquisição originária, como já foi aqui dito, porém, a indagação que se deve fazer neste momento é se tal característica da prescrição aquisitiva tem o condão de fazer com que todos os direitos que existam sobre o imóvel usucapido serão sempre extintos pela usucapião, isto é, se o usucapiente adquirirá sempre a coisa livre de quaisquer ônus. A resposta, parece-nos, deve ser negativa. A solução não comporta uma única resposta, e deve ser encontrada com base nas nuances do caso concreto. Assim, a questão que se coloca é a de se, por exemplo, adquirindo alguém, pela usucapião, a propriedade de certo bem, há, ou não, a extinção de hipoteca que sobre ele pesava antes da aquisição. (BRANDELLI, 2016, p. 54).

De fato, a forma de aplicação do instituto ainda está em fases iniciais de aplicação e, provavelmente, muito amadurecerá nos próximos anos. Diante desses desafios apresentados e de tantos outros existentes, procurar-se-á entender dentre eles quais são os principais e suas perspectivas para o futuro.

#### **4.4 A efetividade do instituto em números: Resultados de uma breve pesquisa de campo realizada nas varas cíveis estaduais e no Registro de Imóveis da Comarca de Santa Maria - RS**

Após a abordagem teórica do instituto, optamos por coletar dados quantitativos acerca da tramitação dos processos de usucapião na esfera judicial e extrajudicial da nossa comarca. Evidentemente, o prazo abordado, qual seja, o período do ano de 2018, na cidade de Santa Maria - RS, pode ser uma amostragem muito pequena frente à extensão territorial de nosso país. Ainda assim, a fim de buscar-se dados de que a modalidade administrativa da usucapião vem sendo utilizada desde o início da vigência da legislação e regulamentos, procurou-se coletar dados quantitativos em relação ao número de processos de usucapião distribuídos tanto nas varas judiciais

quanto na serventia extrajudicial existente. Os resultados obtidos foram sintetizados na seguinte tabela<sup>1</sup>:

<b>CARTÓRIOS</b>	<b>USUCAPIÕES INGRESSADOS</b>
Serventia Extrajudicial (RI)	24
Cartório da 1ª Vara Cível Especializada em fazenda pública	2
Cartório da 2ª Vara Cível	Não foi obtido retorno
Cartório da 3ª Vara Cível	35
Cartório da 4ª Vara Cível	Não foram obtidos resultados

Conforme se desprende dos resultados obtidos, o número de processos de usucapião extrajudicial protocolados junto ao Registro de Imóveis está muito próximo do número de processos judiciais em tramitação na 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Maria - RS por exemplo, o que demonstra o alargamento significativo do acesso à justiça através da via extrajudicial. Ainda, o tempo de tramitação estimado dos processos de usucapião na serventia extrajudicial é de aproximadamente quatro meses, enquanto nas varas judiciais todos os processos ainda estavam em tramitação.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Seria imperioso fazer demasiadas afirmações sobre um assunto tão arenoso e vasto como o que fora explanado nesta abordagem, assim, o que se espera, além de transpor trechos e breves conclusões de estudos é, primordialmente, instigar cada vez mais a busca por assuntos dessa monta. Tem-se aqui forma prática de demonstrar a (re)generação do direito, e entender, dentro de uma teoria sistêmica, como é possível fragmentar-se um instituto tal de forma a torná-lo cada vez mais acessível à sociedade.

Destaca-se, assim, que há muito tempo as reformas do sistema jurídicos tem propiciado uma *mutatis mutandis* que, como consequência resultaram num aprimoramento constante e que busca, cada vez mais, solver anseios sociais. No presente estudo, demonstra-se desde que o acesso à justiça surgiu no condão de garantir

---

1 Os dados relativos aos processos nas varas cíveis judiciais foram levantados a partir de e-mails e os relativos à serventia extrajudicial foram levantados através de pesquisa presencial no banco de dados do cartório.

direitos fundamentais, e nessa esteira foram sendo incluídos diversos institutos, primordiais para dar continuidade ao propósito.

Buscou-se assim, perquirir sobre pontos instigantes da usucapião extrajudicial, tal que inobstante a inovação trazida pela sua regulamentação, foram encontrados diversos desafios para a aplicação, como o caso do consentimento dos proprietários registrais, que pouco após a edição da normativa, foi necessário alterá-la a fim de garantir maior aplicabilidade ao instituto. Em destarte, a usucapião administrativa, destacou-se, por ser uma forma desburocratizada, inovadora e com potencial de, cada vez mais, contribuir como forma alternativa aos meios tradicionais.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Resolução nº 35, de 24 de Abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf). Acesso em 28 jun. 2019.

PEDROSO, Regina, LAMANAUSKAS, Fernando, **M. Direito Notarial e Registral Atual**, 2 ed. 2015. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6740-6/>. Acesso em 29 mai. 2019.

PEDROSO, Regina - **Direito notarial e registral atual** / Regina Pedroso, Milton Fernando Lamanauskas. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo** : teoria geral do processo. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600502/>. Acesso em 01 jun. 2019.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 9. ed. rev., Atual e ampl., - Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 jun.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de Novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm) Acesso em: 20 jun. 2019.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa**: De acordo com o novo Código de Processo Civil – 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei Nº 6.015, de 31 de Dezembro 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm) Acesso em: 20 jun. 2019.

DIP, Ricardo, **Direito registral e o Novo Código de Processo Civil** / Ricardo Dip... [et. al.]; Coordenação Ricardo Dip. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SHIRLEY, R. W. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, apud RIBEIRO, Ludmilla. **A Emenda Constitucional 45 e a Questão do Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista de Direito do Governo de São Paulo, p. 465-492, 2018

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.





# A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, NA VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS: O AUMENTO DA LONGEVIDADE

Julie Martins Freitas<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar o aumento da longevidade dos maiores de

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. juliemartinsfreitas@gmail.com. Artigo científico elaborado para a disciplina de Interdisciplinares A.

70 anos à luz do artigo 1641, inciso II, do CC/02 no que concerne a vedação à escolha do regime de bens para o casamento. Serão analisados os critérios utilizados pelo legislador ao impor tal delimitação, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial. Também será abordada a capacidade dos agentes e a violação de princípios constitucionais. Isto posto, mediante o aumento da longevidade, ainda compete constitucionalmente ao Estado limitar e intervir na escolha do regime de bens para o casamento? A metodologia adotada consistirá em análise de dados estatísticos acerca da expectativa de vida, bem como a necessidade do artigo 1641, inciso II, onde será apurado se há proteção ou limitação aos direitos dos idosos.

**Palavras-Chave:** Inconstitucionalidade; vedação; longevidade; limitação; capacidade.

## **1. INTRODUÇÃO**

O ordenamento constitucional brasileiro tem com pilar embasador os princípios constitucionais, os quais são utilizados como parâmetro para o sistema jurídico. Dentre os cinco princípios previstos na Constituição Federal (CF) de 1988, far-se-á uma análise especificamente ao inciso III, do artigo 1º, no que concerne ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, indispensável verificar a efetividade dos direitos e garantias dispostas no artigo 5º, da CF, em atenção ao seu inciso I, no que tange a garantia a Igualdade entre os cidadãos.

O respeito na aplicabilidade tanto de princípios constitucionais, quanto nos direitos e garantias, garantem ao indivíduo o direito de escolha, direito esse que deve ser assegurado pelo Estado. Todavia, compete a este Estado se contrapor ao ser sistema normativo e dispor acerca da impossibilidade de escolha ao regime de bens para o casamento?

O aumento da longevidade surge como condição fundamental para a revogabilidade do artigo 1641, do CC/2002. A partir disso será discutido os fatores utilizados na vedação no direito de escolha, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da garantia constitucional do Direito à igualdade. Não obstante, conjuntamente será realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial, a fim de aferir o entendimento atual acerca da (in) constitucionalidade do mesmo.

O presente trabalho destaca-se juridicamente e socialmente, pois aborda a aplicabilidade das leis brasileiras em situações nas quais as pessoas com mais de 70 anos se deparam com limitações estatais na sua escolha de regime para o casamento. O método adotado será o dedutivo que auxiliará no desenvolvimento da pesquisa, bem como será utilizado variados tipos de pesquisa, tais como teórica, bibliográfica e documental valendo-se de materiais já elaborados, quais sejam códigos, artigos informativos, livros, bem como jurisprudências que ilustram as decisões e julgamentos do ordenamento jurídico contemporâneo.

## **2. DOS FUNDAMENTOS DA REDAÇÃO DO ARTIGO 1641 E DO AUMENTO LONGEVIDADE**

Desde o Código Civil de 1916, já se dispunha acerca do regime obrigatório da separação de bens aos idosos, conforme disposição do artigo 258, inciso II: “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial; Parágrafo único; É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: II - do maior de 60 (sessenta) e do maior de 50 (cinquenta) anos”.

O regime da separação obrigatória de bens consiste na incomunicabilidade dos bens dos nubentes em caso de divórcio, cabendo dessa forma a cada cônjuge a tutela de seus bens de forma individualizada. Com isso, mediante o desfazimento de fato do vínculo matrimonial ao cônjuge nada caberá em relação aos bens particulares do outro, preservando-se a esfera patrimonial de cada um.

Com o advento do Código Civil de 2002, passou a vigorar obrigatoriedade para tal regime aos maiores de 60 anos, independente do gênero. Todavia, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aumentando-se para 70 anos a idade para a obrigatoriedade do regime da separação de bens para o casamento.

Em que pese às alterações dadas desde o Código de 1916 até a nova redação da lei 12.344/10, o legislador se valeu do mesmo fundamento para validar o dispositivo, no qual consiste na proteção matrimonial. Entendeu o legislador ser necessário à tutela dos bens dos nubentes ao contrair matrimônio, mediante sua suposta condição de vulnerabilidade em decorrência da idade avançada, a fim de impedir casamentos

fundados em interesses exclusivamente financeiros.

Constitucionalmente, é o Estado o responsável por tutelar a o patrimônio, razão pela qual se valem de normativas, com o propósito de impedir que haja apropriação indevida do patrimônio do outrem, sem que este não pertença à linhagem sucessória ou esteja na condição de cônjuge. Compreensível o intuito protetivo do Estado, todavia não é razoável se valer tão somente do fator de idade, associando-se uma incapacidade indiscriminadamente de discernimento ao idoso, para imposição do regime da separação obrigatória de bens para o casamento.

Segundo um estudo realizado pela Agência IBGE:

Em 1940, de cada mil pessoas que atingiam os 65 anos de idade, 259 atingiam os 80 anos ou mais. Em 2018, de cada mil idosos com 65 anos, 637 completariam 80 anos. As expectativas de vida ao atingir 80 anos, em 2018, foram de 10,4 para mulheres e 8,6 anos para homens, respectivamente. Em 1940, estes valores eram de 4,5 anos para as mulheres e 4,0 anos para os homens” (IBGE, 2018).

Na imagem a seguir, é possível aferir o largo desenvolvimento dos indivíduos, aumento por sua vez, ao decorrer dos anos sua expectativa de vida desde o ano de 1940 até o ano de 2018:

<b>Expectativa de vida aos 65 anos - Brasil - 1940/2018</b>				
<b>Ano</b>	<b>Expectativa de vida aos 65 anos</b>			<b>Diferencial (anos) (M-H)</b>
	<b>Total</b>	<b>Homem</b>	<b>Mulher</b>	
1940	10,6	9,3	11,5	2,2
1950	10,8	9,6	11,8	2,2
1960	11,4	10,1	12,5	2,4
1970	12,1	10,7	13,4	2,6
1980	13,1	12,2	14,1	1,9
1991	15,4	14,3	16,4	2
2000	15,8	14,2	17,2	2,9
2010	17,6	16	19	3
2018	18,8	17,1	20,3	3,2
$\Delta(1940/2018)$	8,2	7,8	8,8	

Fontes: 1940 1950,1960 e 1970 - Tábuas construídas no âmbito da Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica.

1980 e 1991 - ALBUQUERQUE, Fernando Roberto P. de C. e SENNA, Janaína R. Xavier "Tábuas de Mortalidade por Sexo e Grupos de Idade - Grandes e Unidades da Federação – 1980, 1991 e 2000. Textos para discussão, Diretoria de Pesquisas, IBGE, Rio de Janeiro, 2005.161p. ISSN 1518-675X ; n. 20

2000 - IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período 2000-2060.

2010 em diante - IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Projeção da população do Brasil por sexo e idade para o período 2010-2060.

Em breve análise aos dados acima explicitados, pode-se analisar que a expectativa de vida, tanto dos homens, quanto das mulheres cresceu de 10,6 do ano de 1940 à 18,8 em relação ao ano de 2018, ou seja, aumentou em média 8,2% a expectativa de vida no curto lapso temporal de 78 anos.

Embora haja um intento exclusivamente protetivo, as condições pessoais evolutivas dos indivíduos surgem como elementos essenciais a uma reanálise da vedação imposta. O aumento da longevidade dos idosos se desenvolveu grandemente e com isso, sua qualidade e expectativa de vida, além sua composição física mais ativa e principalmente sua capacidade e discernimento de escolha, a qual apesar de lúcida e capaz, foi tratada pelo ordenamento jurídico como precária.

À luz disso, se faz essencial ter em mente que o idoso de 70 anos do século de XX, o qual nesta faixa etária de vida já era visto como indivíduo incapaz e debilitado físico e mentalmente, não serve como parâmetro para o idoso do século XXI, porquanto não possui as mesmas condições frente aos diferentes padrões estruturais de vida daquela época.

O século XXI surge com o ideal de uma nova perspectiva de vida, o incentivo a saúde, cuidados alimentares e exercícios físicos, surgem como novos parâmetros essenciais e básicos para uma qualidade de vida adequada. Com isso, pode se notar o aumento exponencial na expectativa de vida no Brasil, do ano de 1940 a 2018, conforme quadro exposto na imagem acima.

Não há, portanto que se falar na necessidade de medida protetiva matrimo-

nial, em face da vulnerabilidade, uma vez que um indivíduo mesmo com sua idade avançada, quando não reconhecida comprovadamente sua incapacidade, é completamente lúcido para o exercício pleno de seus atos pessoais e civis. Dessa forma, é integralmente apto a contrair matrimônio, no regime de bens que melhor lhe couber.

Todavia, o Estado insiste por englobar indiscriminadamente todos os idosos com mais de 70 anos, como sujeitos incapazes de se autoproteger, limitando-os ao regime da separação obrigatória de bens. O artigo 1641, do CC/02, se limita tão somente em vedar de forma geral a escolha do regime para fins de casamento.

Não obstante, verifica-se que não há critérios específicos, e por sua vez trata os idosos desta faixa etária como agentes incapazes, atuando o Estado de forma totalmente interventiva no livre arbítrio e ainda de forma genérica ao fazer à associação da idade a capacidade mental e intelectual de escolha. Por consequente, tal dispositivo viola diretamente e bruscamente o princípio da dignidade humana, além o direito à igualdade, e o estatuto do idoso.

### **3. DA PRINCIOLOGIA E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

O alicerce do sistema constitucional brasileiro em seu corpo normativo foi redigido com caráter de proteção aos brasileiros, com base nisso, e inspirada na Declaração Universal de Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 se desenvolveu agregando os direitos e garantias essenciais aos indivíduos, tais como: os direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade direitos políticos e concernente a existência e organização política.

Não obstante, a CF/88 ainda dispõe dos princípios constitucionais basilares e norteadores da do sistema jurídico disponíveis do artigo 1º ao 4º da desta Constituição Federal. Dentre estes, essencial fazer uma análise acerca da extrema importância do respeito ao princípio da dignidade da pessoa.

Outrossim, intrinsecamente a CF/88 também discorre acerca dos direitos e garantias dos brasileiros, dos quais se destaca o direito a Igualdade entre os indivíduos, predisposto em seu artigo 5º, inciso I.

#### **3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana, tido como uns dos princípios fun-

damentais da CF/88, tem por prerrogativa limitar a intervenção Estatal em suas imposições inerentes ao indivíduo, respeitando a individualidade, e assegurando um Estado democrático de direito pleno e eficaz.

Nesse sentido, discorre o nobre autor:

[.] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos; (MORAIS, 2003, p. 41).

Pode-se conferir que o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana dará precedente as demais garantias, uma vez que tal princípio tem cerne principal à preservação da individualidade da pessoa. O direito de escolha é um atributo deste princípio, porquanto há uma menor intervenção atribuída ao Estado, pois aos “olhos” da CF, o indivíduo é titular de direitos.

A vedação na escolha do regime de bens para o casamento imposta no artigo 1.641, inciso II, do CC, viola bruscamente princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que ao discriminar o indivíduo se valendo tão somente pela idade, e agregando-lhe uma invulnerabilidade e uma incapacidade intelectual de discernimento, de forma extremamente genérica.

O artigo 1641, do CC/02 dispõe claramente a intervenção do Estado, ao considerar todo e qualquer cidadão da referida faixa etária como sujeito de direito vulnerável, e lhe impor tal vedação ao direito aos nubentes ao contrair o matrimônio. Por conseguinte, há uma violação direta ao direito à igualdade, frente à impossibilidade de escolha.

### **3.2 Direito à Igualdade**

Disposto no artigo 5º, caput, da CF “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residen-

tes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

Em sentido amplo, a todos indivíduos competem os mesmos direitos e deveres, sem que haja discricionariedade ou favorecimento. A todos, em tese, são imputadas as mesmas obrigações de seguirem as normativas previstas em lei, a fim de que não haja abusividade perante outrem, ou ainda do Estado sobre o cidadão.

Desse modo, ressalta Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAIS, 2003, p. 51).

A partir disso, a garantia à igualdade se rege com o intuito de sistema igualitário, sem distinção de raça, gênero, direitos políticos ou civis. Entretanto, dentro do sistema normativo civilista há controvérsia entre os dispositivos legais, que por sua vez violam o direito à igualdade.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade - limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal. (MORAES, 2003, p. 51).

O artigo 1.639, do CC/02 dispõe que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”, em contrapartida, o artigo 1.641, do CC/02 prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento, das pessoas maiores de 70 anos. Enquanto aquele dispositivo legal se faz valer de acordo com a principiologia constitucional, onde se faz presente de fato, o intuito do princípio da dignidade humana e igualdade, este viola claramente a constitucionalidade, ao momento que veda e impossibilita a escolha do regime do casamento, se valendo da idade da pessoa.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, abarca sobre o Estatuto do Idoso. É



disposto em seus artigos 1º e 2º que:

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Enquanto o art. 1º qualifica, o art. 2º discorre que, aos idosos são assegurados todos os direitos fundamentais, ou seja, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e quais outros inerentes à pessoa humana. Não pode o art. 1.641, do CC/02 se manter em vigor, quando explicitamente contradiz outro dispositivo legal previsto no mesmo código, além de claramente desrespeitar o Estatuto do idoso e a CF/88, a qual é dotada de supremacia perante as demais normativas.

Desse modo, é lúcida a contradição da norma frente à Constituição Federal, que por vez, além de violar princípios básicos inerentes ao indivíduo, também fere o direito à liberdade de escolha.

#### **4. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Não pode, tampouco deve o Estado democrático de direito violar tais princípios, e direitos assegurados constitucionalmente. Não é lícito vedar o direito de escolha ao regime de casamento entre os nubentes, a partir de mera presunção de incapacidade, oriunda da idade.

O art. 1641, do CC/02 é eivado em inconstitucionalidade, ao se valer do fator idade para imputar determinado ato ao indivíduo. O intuito protetivo embasador do supramencionado disposto não se faz válido ao momento que incorre em discriminação e limitação aos idosos. O aumento da longevidade é o fator mais importante que corrobora tal invalidade, ao momento que os idosos do século XX não são os mesmos do século XXI.

Com o aumento da qualidade de vida e de longevidade, onde as pessoas com mais de 70 anos são dotadas de discernimento, capacidade intelectual se valer dos fundamentos de proteção patrimonial, ou ainda, de carência afetiva para vedar o direito de escolha e lhe impor o regime obrigatório da separação de bens.

Com isso, o entendimento jurisprudencial entende a inconstitucionalidade do dispositivo 1.621, II, CC/02, em decorrência da violação aos da igualdade e dignidade da pessoa humana:

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0702.09.649733-5/002, Relator(a): Des.(a) José Antonino Baía Borges, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula em 21/03/2014).

Ementa: Inventário Arrolamento Sucessão do companheiro União estável iniciada quando o “de cujus” era maior de 60 anos Inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil Precedentes Ausência de herdeiros necessários Aplicação dos arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil, art. 2º, III, da Lei 8.971/94 e art. 226, § 3º, da Constituição Federal Impossibilidade de se aplicar o art. 1.790, III, do Código Civil, sob pena de retrocesso Companheira que tem direito à integralidade da herança Recurso da herança Recurso provido. (TJ-SP – APL: 0399286-782009.8.26.0577, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 19/09/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/09/2013).

Igualmente, reforça o nobre autor (TARTUCE, 2019, p. 150):

Pois bem, vejamos a tese de inconstitucionalidade do inc. II do art. 1.641. De fato, há posicionamento convincente na doutrina segundo o qual essa previsão é inconstitucional. A essa conclusão chegaram os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil, conforme o Enunciado n. 125 do CJP/STJ, que propõe a revogação da norma. Foram as suas justificativas, com as quais se concorda integralmente: “A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Todavia, tem-se que apesar de haver decisões e entendimento doutrinário acerca da (in) constitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641, do CC/02, ainda não se tem pacificado uniformemente a validade do referido dispositivo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, concluiu-se que o poder do Estado perante os indivíduos, por certas vezes acaba por violar direitos, sob o fundamento de proteção. Com isso, embora constitucionalmente o Estado seja competente para administrar questões oriundas do convívio entre os cidadãos, a fim de assegurar a segurança, sua integridade física e de seus bens, não pode o Estado intervir diretamente das decisões pessoais e íntimas dos idosos.

Como já afirmado na jurisprudência e, doutrinariamente, a limitação ao direito de escolha do regime para casamento, ofende diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, ao condicionar tal escolha ao fator idade. Não obstante, limitar o direito de escolha, também viola bruscamente o direito igualdade tutela na CF/88 e no estatuto do idoso. O Estado de forma genérica, não pode limitar todo e qualquer cidadão de escolher o regime matrimonial o qual pretende contrair, a partir do pressuposto que todo idoso de 70 anos é totalmente vulnerável e incapaz de seus atos. O aumento da longevidade deve ser levado em consideração, e por sua vez reconhecer de plano a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código.

## REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2020.

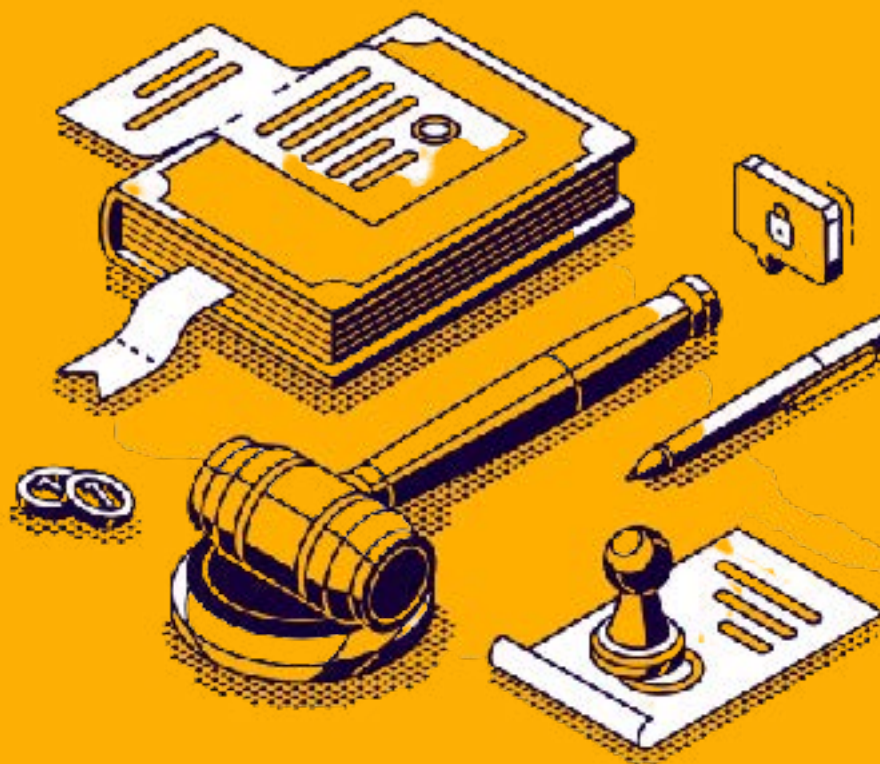
TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 14ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Arg 6497335-28.2009.8.13.0702. Relator: José Antonio Baía Borges. DJ 12/03/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg?ref=serp>.

Acesso em 12 jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. APELAÇÃO. Apl 03992867820098260577. Relator: Fábio Quadros. DJ 26/09/2013. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117700066/apelacao-apl-3992867820098260577-sp-0399286-7820098260577?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 jun. 2020.

IBGE. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>>. Acesso em: 02 out. 2020.



# **UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL: MOROSIDADE OU PROTEÇÃO?**

**Camila Puntel<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS. E-mail: [puntelc@gmail.com](mailto:puntelc@gmail.com).

**Resumo:** O presente artigo apresentará o processo de adoção. O objetivo é revelar se o processo adotivo é moroso ou apenas protetivo. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, onde se parte da premissa de que o processo é moroso, e através da pesquisa bibliográfica a tese será, ou não, comprovada. O problema gira em torno do tempo do processo adotivo, onde a pesquisa concluirá pela morosidade em função do judiciário e seus trâmites (demora de decisões judiciais) ou questões alheias ao sistema de adoção, como por exemplo, as escolhas dos possíveis adotantes.

**Palavras-Chave:** Adoção; Morosidade; Processo de adoção; Cadastro Nacional de Adoção; Processo adotivo.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A Comissão de Direitos Humanos, por dez anos, trabalhou a fim de elaborar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi aprovada em 1989 na Assembleia Geral das Nações Unidas, apresentando o mínimo que os países signatários e a sociedade devem garantir às suas crianças. O Brasil a ratificou em 1990, através do Decreto nº 99.710 (CUSTÓDIO, 2008).

Até então, o país passou por diversas correntes doutrinárias até chegar ao princípio do melhor interesse, adotado nos dias atuais. As correntes anteriores a do melhor interesse trabalhavam basicamente com a visão penalista, onde a criança ou adolescente era apenas “objeto de direito” e motivo de preocupação apenas quando se tornasse um possível infrator.

Essa compreensão se construiu através da percepção de que, em casos de vulnerabilidade social, a quantidade de atos infracionais era muito maior. Essa perspectiva, que por muito custo tenta-se desvincular, ainda é tida por boa parte da população. Objetivando essa mudança de pensamento, muito se discutiu até validar-se o entendimento descrito no Art. 227 da Constituição Federal e no Art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

No momento em que o Princípio da Proteção Integral é reconhecido e aplicado, concretiza-se a ideia de este ser a realização do próprio direito e da necessidade de priorização destas pessoas em formação, ignorando as doutrinas antiquadas

utilizadas anteriormente. Através dessa gnose protecionista, importante falar sobre o *parens patriae*, que é um instituto criado na Inglaterra, utilizado pela Coroa como prerrogativa de proteção daqueles que, por si só, não conseguiam proteger-se. “O *parens patriae* é definido por Daniel B. Griffith como “a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica” (PEREIRA, 1999, p. 03).

O processo adotivo atual é um segmento dessa proteção, elaborado de forma a superar práticas antigas e antiquadas de assistencialismo emergencial relativo aos “protegidos”, permitindo ao Estado decidir sobre a vida dessas crianças e adolescentes em relação ao seu convívio familiar. Mesmo após anos de discussão, o ato de adoção ainda é eivado de preconceitos exarados pelos desconhecedores do processo e dos motivos do Estado para decidir o futuro familiar de seus protegidos.

A presente pesquisa serve para esclarecer alguns mitos e informações equivocadas disseminadas na sociedade em relação ao processo de adoção. O problema serve para questionar as etapas do processo, o seu tempo de duração e pontuar a forma como ele ocorre, o que é desconhecida por boa parte da população leiga e até mesmo pelos aplicadores do direito.

Falar sobre a adoção é imprescindível, pois além de desmistificar ideias ultrapassadas, serve como forma de incentivar futuras adoções, que por mero desconhecimento, muitas vezes não acontecem. Por meio do presente artigo, serão analisados dados relativos à adoção no Brasil, como também os requisitos de um processo adotivo, a fim de responder um questionamento frequente sobre a demora desse e por qual motivo ela ocorre, se por mera questão processual ou por outra motivação.

Nesse sentido, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. O trabalho foi dividido em dois itens temáticos. No primeiro intitulado “Entendendo o processo adotivo” abordar-se-á a forma que o processo de adoção acontece na prática. No segundo, dados serão apresentados, a fim de corroborar com as conclusões obtidas por meio da pesquisa.

## **2. A ADOÇÃO NO BRASIL: Como funciona e quais são os dados disponíveis**

### **2.1 Entendendo o processo adotivo**

É de extrema importância a explicação clara e minuciosa das etapas de um processo adotivo. Não basta apenas visitar algum lar de acolhimento ou instituições de fins semelhantes e escolher a criança que mais agrada (essa visão é bastante divulgada pela mídia). Existe todo um contexto por trás da história daquela criança ou adolescente, um motivo para que ela ali se encontre, uma razão para estar (ou não) disponível à adoção.

Para que se inicie um processo de adoção, primeiro habilita-se. A habilitação à adoção exige dos possíveis adotantes 18 anos completos, independente do estado civil. Não é necessário conter matrimônio e a Lei 8.069 de 1990 não faz restrição quanto a orientação sexual dos adotantes. O processo é gratuito e não necessita de advogado para tramitar.

O que pode confundir muitos é a forma como o processo é levado. Não se parte diretamente do processo de adoção ou do ato de conhecer uma criança antes para então decidir adotá-la. Antes da adoção, existe o processo de habilitação, onde se verifica as reais condições de quem pretende adotar.

Para se habilitar são necessários alguns documentos elencados uma uma lista encontrada no site do Conselho Nacional de Justiça, mas o Estado em que o processo tramita pode exigir documentação complementar. O ideal é comparecer ao Fórum ou Vara da Infância e Juventude da comarca de residência do interessado para se informar acerca dos documentos necessários.

Depois da entrega da documentação, é gerado um número ao processo, que é enviado ao Ministério Público, a fim de que o órgão analise os documentos apresentados ao Cartório do Juizado. Após análise do órgão ministerial, a equipe interprofissional do Judiciário é convidada a agir. Tanto assistentes sociais quanto psicólogos(as) são de extrema importância nesse tipo de processo. São eles os responsáveis por entrevistar os possíveis adotantes, verificar as condições psíquicas, familiares, sociais dos postulantes, além de orientar sobre o processo adotivo.



A análise deve ser criteriosa, os adotantes devem estar seguros em relação a adoção e as mudanças que ela traz, pois o adotado deve se sentir seguro e parte da nova família. Essas avaliações constituem parte principal do processo adotivo, são elas que atestam a capacidade dos novos pais de criar e educar uma pessoa já em formação (muitas vezes com histórico de vida difícil e traumático). As avaliações servem como forma de proteger o adotado de novos traumas.

A última parte antes da decisão do magistrado sobre a habilitação é a participação em programa de preparação para adoção. É uma espécie de curso, onde os interessados em se habilitar recebem orientações sobre o processo, qual a melhor forma de lidar com as situações apresentadas no período de convivência, estímulos à adoção tardia, adoção de irmãos e de crianças ou adolescentes com algum tipo de doença ou deficiência.

Em suma, o processo adotivo e suas dificuldades são apresentadas no programa e o caminho para lidar da melhor forma possível com tais dissabores também é proposto. Por fim, o veredicto do juiz ou juíza. Se o processo seguiu todos os passos, a documentação está correta, os laudos psicológicos e psicossociais atestam favoravelmente à adoção, e o curso é realizado, dificilmente a decisão será contrária à habilitação.

Sendo a decisão do magistrado positiva, o casal ou a pessoa estão habilitados para adotar. Isso significa que a partir deste momento, farão parte do Cadastro Nacional de Adoção. Essa forma de organizar os dados dos adotantes foi criada para agilizar os processos adotivos. O Cadastro Nacional foi criado em 2008 e nele constam os dados dos adotantes e suas preferências em relação ao possível adotado (cor da pele, idade, sexo, estado em que mora, com ou sem doenças ou deficiências, entre outras características) que são escolhidas quando da solicitação da habilitação (CNJ, 2020). Também constam as características descritivas das crianças e adolescentes que esperam por uma família.

A ordem levada em consideração para adoção é a cronológica da decisão judicial, mas se o sistema do cadastro encontrar adotantes e adotados com compatibilidade de características, o período de convivência e a adoção podem acontecer, dependendo apenas da vontade das partes (tanto adotante quanto possível adotado).

Importante pontuar que o que leva a adoção é a retirada da criança ou adolescente da família ou do lugar que se encontra devido estar em situação de vulnerabilidade. É necessário tentar encontrar pessoas da família ampliada que se responsabilizem por estas. Caso não haja outros familiares ou, caso os pais não apresentem qualquer perspectiva de mudança ou melhora (ou tenham entregue a criança), a destituição do poder familiar acontece, resultando na disponibilização da criança ou adolescente à adoção.

O processo adotivo só se concretiza quando os pais biológicos são destituídos do poder familiar, tendo seus nomes retirados da certidão de nascimento da prole e permitindo que os novos nomes, tanto dos pais quanto avós e o nome do próprio adotado sejam alterados. O Estatuto da Criança e do Adolescente assim se refere:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 3º *A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção.* (BRASIL, 1980).

## 2.1 Os números que envolvem o Processo de Adoção

O Conselho Nacional de Justiça oferece a população um leque de dados referentes ao número de pessoas que buscam pela adoção, como também o número dos possíveis adotados.

Figura 1 – Dados do CNJ sobre o Cadastro Nacional de Adoção



Cadastro Nacional de Adoção  
Relatório de Dados Estatístico

Título	Total	Porcentagem
1. Total de crianças/adolescentes cadastradas:	8924	100,00%
2. Total de crianças/adolescentes da raça branca:	2988	33,48%
3. Total de crianças/adolescentes da raça negra:	1464	16,41%
4. Total de crianças/adolescentes da raça amarela:	17	0,19%
5. Total de crianças/adolescentes da raça parca:	4432	49,66%
6. Total de crianças/adolescentes de raça indefinida:	23	0,26%

7. Total de crianças/adolescentes que possuem irmãos		
7.1 Total que não possuem irmãos:	4033	45.19%
7.2 Total que possuem irmãos:	4891	54.81%
8. Total de crianças/adolescentes que possuem problemas de saúde:	2262	25.35%
9. Total de crianças/adolescentes que são da Região Norte:	377	100%
9.1 Que são brancas:	41	10.88%
9.2 Que são negras:	38	10.08%
9.3 Que são amarelas:	4	1.06%
9.4 Que são pardas:	291	77.19%
9.5 Que são indígenas:	3	0.8%
10. Total de crianças/adolescentes que são da Região Nordeste	1290	100%
10.1 Que são brancas:	211	16.36%
10.2 Que são negras:	189	14.65%
10.3 Que são amarelas:	1	0.08%
10.4 Que são pardas:	888	68.84%
10.5 Que são indígenas:	1	0.08%
11. Total de crianças/adolescentes que são da Região Centro-Oeste:	775	100%
11.1 Que são brancas:	203	26.19%
11.2 Que são negras:	99	12.77%
11.4 Que são pardas:	461	59.48%
11.5 Que são indígenas:	12	1.55%
12. Total de crianças/adolescentes que são da Região Sudeste:	3904	100%
12.1 Que são brancas:	1056	27.05%
12.2 Que são negras:	879	22.52%
12.3 Que são amarelas:	11	0.28%
12.4 Que são pardas:	1957	50.13%

Título	Total	Porcentagem
18.3 Total de crianças com deficiência mental:	702	7.87%
18.4 Total de crianças com outro tipo de doença detectada:	1177	13.19%
18.5 Total de crianças com doença não detectada no momento do cadastro:	7127	79.86%
19 Especificação das situações das crianças.		
19.1 Total de crianças disponíveis:	4306	48.25%
19.2 Total de crianças vinculadas:	4618	51.75%

Fonte: (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Em contrapartida aos dados acima, os números que envolvem os pretendentes à adoção e suas preferências não se coadunam. Apenas 51% é indiferente quanto a raça, e quase 62% não aceitam adotar irmãos, contudo, a porcentagem que mais assusta é a relativa a idade.

Como apresentado pelo CNJ, a maioria das crianças e adolescentes disponíveis à adoção são maiores de 10 anos. Também é válido ressaltar que a maioria das crianças acolhidas não estão disponíveis à adoção.

A tabela abaixo é datada de 12 de novembro de 2020 e desmistifica o argumento de que existem muitas crianças esperando por adoção. É fato que muitas esperam por uma nova família, mas a maioria delas espera apenas voltar para a sua, tanto à família natural quanto à família ampliada. A situação de acolhimento normalmente é temporária, até que a família do acolhido se reestabeleça ou esse não mais se encontre em situação de vulnerabilidade. A tabela abaixo demonstra o número de acolhidos no Brasil.

Figura 2 – Dados sobre crianças e adolescentes em situação de acolhimento no Brasil  
Por UF - Total: 38.929



Fonte: (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Conforme as tabelas expostas, é possível compreender o motivo da dificuldade em adotar. O perfil procurado pelos adotantes é, em sua grande maioria, crianças pequenas, brancas, sem irmãos, sem doenças ou deficiências, o que se distancia totalmente da disponibilidade demonstrada acima.

A idade é o principal empecilho de todas as adoções. Devido ao velho discurso de que toda criança disponível à adoção vem com traumas, os habilitados procuram crianças ou bebês, a fim de que estas não tenham memórias traumáticas ou idade suficiente para entendê-las. Segundo o próprio CNJ, mais de 55% das crianças e adolescentes disponíveis passam dos 10 anos de idade e por esse motivo, a espera na fila de adoção é tamanha. O número de pretendentes que aceitam adotar crianças com até 10 anos de idade é de aproximadamente 1,24% dos 35.865 candidatos habilitados (CNJ, 2020). Quanto maior a idade, menor ainda a porcentagem.

O fato é, quem opta por adotar com idade acima dos dez anos dificilmente precisará esperar anos por uma adoção, que é o caso das pessoas que optam por bebês ou crianças pequenas. Uma forma de incentivar a mudança de preferência dos casais que optam por crianças menores de 5 anos foi criada por intermédio dos aplicativos. A tecnologia sendo usada de forma a beneficiar a formação de novas famílias.

Alguns estados da federação têm seus aplicativos próprios, elaborados de maneira que as pessoas habilitadas tenham acesso, de forma restrita, a dados de crianças e adolescentes disponíveis. A elaboração de aplicativos serve para que se tenha mais visibilidade da realidade da adoção, proporcionando uma reflexão maior sobre o ato adotivo, pois o senso comum é ainda muito forte em relação ao tema, a ideia de que existem muitos bebês ou crianças pequenas nos lares é fato, e o aplicativo serve para comprovar que a realidade é totalmente diferente desta em que se está acostumado a pensar.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A morosidade é a forma de dizer que um processo é lento, vagaroso, com um certo tom de crítica. De acordo com os dados apresentados, o processo adotivo não é moroso, ele apenas exige das partes a espera que elas mesmas se propõem. Dizer que o problema está no Poder Judiciário, neste caso, é equivocado, e os números

são exemplo disso.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em média, 5.5166 crianças e adolescentes esperam por uma nova família e 35.855 adultos esperam formar essa família. Há quem imagine, quando visualiza esses números, que os pretendentes não adotam devido o tempo que o processo leva, ou que há negligência por parte da justiça na forma de conduzir o processo, sem perceber que a adoção não acontece exclusivamente pelo fato de as preferências não coincidirem.

O processo de habilitação pode ser perfeitamente concluído em 6 meses. A espera que pode durar anos é a relativa ao CNA. Apenas quando aparecer compatibilidade dos dados presentes no Cadastro é que os habilitados serão contatados.

Existe a possibilidade de alterar as preferências sempre que desejado, e é o que acontece na maioria das vezes em que os postulantes percebem que precisarão esperar anos até encontrar alguém compatível com as características iniciais da sua habilitação. O que existe, além da falta de incentivo à adoção tardia, é um grande preconceito misturado com medo. A maioria das pessoas interessadas em adotar nem cogita a possibilidade de adoção de adolescentes ou crianças acima dos 6 anos de idade e o incentivo que normalmente chega aos adotantes é apenas voltado a quem já procurou a adoção, o que é errado. A adoção deve ser vista pela população num todo, não apenas àqueles que já procuraram informações acerca.

Para deixar de criticar o processo e desmistificá-lo como ato de caridade (ou insanidade) é necessário que todos tomem consciência do procedimento, da necessidade de segui-lo e da sua importância. Aqui prevalece o princípio da proteção integral, proteger a criança e o adolescente é o objetivo, e a certeza de que estará em uma família acolhedora exige tempo. Portanto, é preciso divulgação, políticas públicas nos meios de informação, apresentar a realidade dos lares de acolhimento e de quem ali vive. A adoção é a maneira de entender que o amor não tem idade e que os adotados não são objetos esperando para serem moldados. A adoção não é um ato de caridade, é um ato de amor, e é assim que deve ser vista e ensinada.

## **REFERÊNCIAS**

**BRASIL. A aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em decisões de reconhecimento da pluriparentalidade.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a0ac7c34ea63ff>>. Acesso em 12 nov. 2020.

BRASIL. A nova lei da adoção, editada em 2009, enfrenta desafios de má estrutura e questão cultural. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/a-nova-lei-da-adocao-2009-desafios-ma-estrutura-cultural.aspx>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

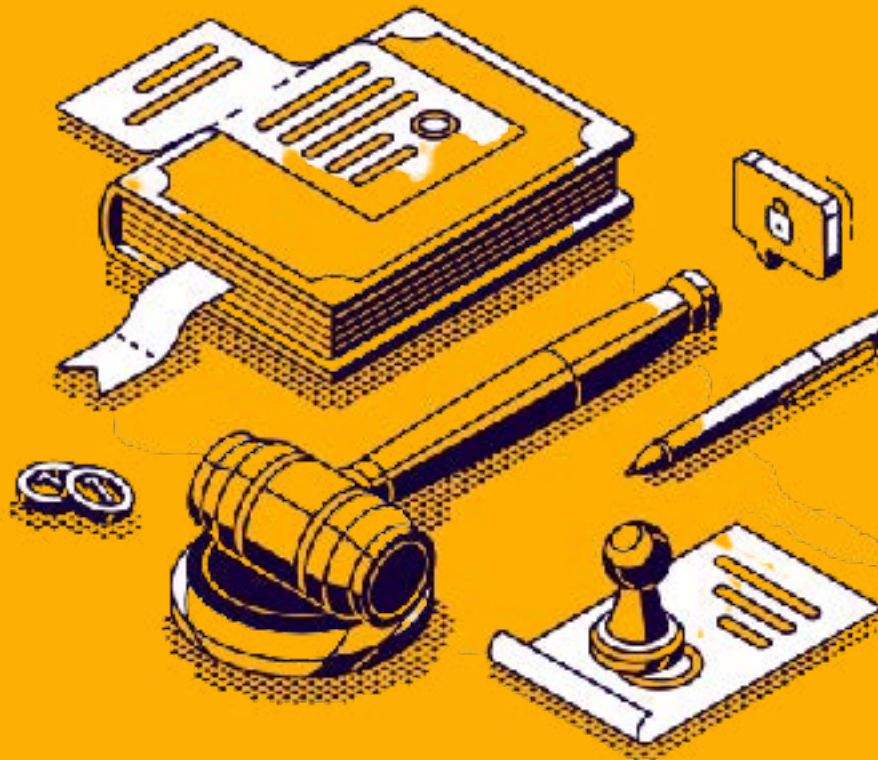
BRASIL. **CNA – Cadastro Nacional de Adoção – Relatórios estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de JULHO de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Perfil das crianças disponíveis para adoção. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/perfil-das-criancas-disponiveis-para-adocao.aspx>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 11 nov. 2020.



# **A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NO CASO DE DESASTRES ANTROPOGÊNICOS: O CASO BRUMADINHO – MG<sup>1</sup>**

**Douglas Ferreira Luz<sup>2</sup>**

**Kethelen Severo Bacchi<sup>3</sup>**

---

1 Artigo originalmente publicado nos anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede (2019). Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/3.10.pdf>>.

2 Aluno do Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa do Direito da Sociobiodiversidade (GPDS-UFSM), do Projeto de Ensino Meios Alternativos/Consensuais de Solução de Conflitos: Negociação, Mediação e Arbitragem (UFSM), do Projeto de Pesquisa Meios Consensuais de Solução de Controvérsias: Mediação e Arbitragem no Âmbito do Direito Empresarial e do Comércio Internacional (UFSM) e da equipe de arbitragem empresarial da UFSM (Arbitra). E-mail: douglasfluz2@gmail.com.

3 Aluna do Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: kethelenbacchi@gmail.com.



**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo geral estudar a responsabilização civil no caso de desastres antropogênicos, em especial no caso do rompimento da barragem de Brumadinho-MG, estudando o que são desastres antropogênicos, pesquisando sobre Direito dos Desastres e analisando especificamente o caso de Brumadinho. A partir disso, buscou-se verificar quais as possibilidades e limites da responsabilização civil da empresa Vale S.A. no caso em tela. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem indutivo, por meio do método de procedimento monográfico, analisando conceitos importantes e diferenciando-os. Como resultado, verificou-se a incidência da Constituição Federal, do Código Civil, da Lei nº 6.938/81 e da Lei 7.347/85 no que se refere às imputações de responsabilidade civil da empresa Vale S.A. Por fim, encerrou-se o presente artigo com uma retomada da diferença conceitual entre desastres naturais e antropogênicos, bem como as possibilidades de responsabilização civil da mineradora com base nas legislações aplicáveis.<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Responsabilização Civil; Desastres Antropogênicos; Brumadinho – MG.

## **INTRODUÇÃO**

O presente estudo traz uma problemática sobre as possibilidades e limites da responsabilização civil da empresa Vale S.A. no caso do desastre antropogênico de Brumadinho-MG, tendo como objetivo geral estudar essa responsabilização civil nos casos de desastres antropogênicos. Para atingir o objetivo deste trabalho e buscar possíveis soluções para a problemática apresentada, utilizou-se o método de abordagem indutivo, por meio do qual se iniciou de um caso específico – Brumadinho – e se chegou a conclusões mais amplas. Já o método de procedimento aplicado foi o

---

1 De acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a justiça mineira priorizou a busca por respostas rápidas e efetivas às demandas causadas pelo rompimento da Barragem Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, um dos maiores desastres da história brasileira, haja vista as perdas humanas e ambientais. Até agosto de 2020, no setor pré-processual da Comarca, 1.733 acordos já haviam sido homologados, de um total de 1.761 distribuídos extrajudicialmente no Cejusc, e 28 acordos ainda estavam em tramitação. No âmbito processual, 2.030 ações haviam sido distribuídas, sendo homologados 57 acordos. Ao total, foram 93 sentenças com resolução de mérito, sendo 7 sentenças julgadas parcialmente procedentes, 9 procedentes, 20 improcedentes e 57 transações homologadas. Ainda, havia 183 sentenças sem resolução de mérito, sendo 8 processos extintos por indeferimento da inicial, 3 por ausência de pressupostos processuais, 2 por litispendência ou coisa julgada, 7 por ausência das condições da ação, 116 por desistência, 38 por incompetência territorial e 9 por inadmissibilidade do procedimento sumaríssimo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2020).

monográfico, ou também conhecido como estudo de caso.

Este trabalho destaca-se juridicamente a partir da análise do artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal, que salienta a responsabilização civil, administrativa e criminal em virtude de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Ainda, analisou-se o artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81 que estabelece como critério a regra da responsabilidade objetiva por danos ambientais, em que o degradador deve indenizar e reparar os danos independentemente da existência de culpa. Além disso, o estudo buscou analisar brevemente a teoria do risco integral, acolhida pelo STJ, em que todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo, devendo o responsável reparar quaisquer danos que tenham conexão com sua atividade.

Ainda, a pesquisa é importante socialmente, uma vez que o desastre de Brumadinho afetou direta e indiretamente a vida da comunidade local, gerando danos e perdas irreversíveis. Mais uma vez, o interesse econômico prevaleceu sobre a vida humana e o meio ambiente, trazendo angústias e incertezas aos sobreviventes que viviam à margem da barragem.

No primeiro capítulo, foi realizada uma apresentação do amplo conceito de desastres, bem como da diferença entre desastre natural e desastre antropogênico. Em seguida, abordaram-se as questões da prevenção através do mapeamento dos desastres, da análise dos riscos e do plano de emergência.

O segundo capítulo teve foco no Direito dos Desastres, examinando o papel do Direito no tratamento desses casos e na prevenção e mitigação dos riscos. Além disso, a responsabilidade civil por desastres ambientais foi abordada nesse ponto.

Por fim, o terceiro capítulo adentra especificamente ao caso do rompimento da barragem de Brumadinho. Esse tópico objetiva identificar nas legislações vigentes o enquadramento do desastre e a responsabilização civil da empresa Vale S.A, uma vez que tal acontecimento atingiu direta e indiretamente a população local.

## **1. DESASTRES ANTROPOGÊNICOS: CONCEITO E LEGISLAÇÃO**

Há aproximadamente três anos e dois meses após o desastre ocorrido em Mariana, a história tornou a se repetir. Em uma sexta feira, 25 de janeiro de 2019, rompeu-se a barragem de rejeitos (B1) da mina Córrego do Feijão, da mineradora

Vale S.A. Nesse caso, no entanto, a diferença deu-se no fato que o dano ambiental foi muito menor que o de Mariana, mas a tragédia humana muito maior. Desde o primeiro dia do ocorrido já se sabia que 13 milhões de m<sup>3</sup> de rejeitos da mineração haviam sido lançados ao meio ambiente. Após um mês de buscas, o número de óbitos ultrapassava 300, com 179 corpos localizados e 131 pessoas desaparecidas (FREITAS, 2019).

Nesse viés, faz-se imprescindível trazer à baila o conceito da palavra desastre. “Desastres, por natureza e definição, são eventos que resultam em uma séria interrupção do funcionamento normal de uma comunidade ou sociedade, afetando seu cotidiano, envolvendo simultaneamente, perdas materiais e econômicas, assim como danos ambientais e à saúde das populações, através de agravos e doenças que podem resultar em óbitos imediatos e posteriores. Além disso, alguns também excedem a capacidade de uma comunidade ou sociedade afetada em lidar com a situação utilizando seus próprios recursos, podendo resultar na ampliação das perdas e danos ambientais e na saúde para além dos limites do lugar em que o evento ocorreu” (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2014).

### **1.1 Diferença entre desastre natural e antropogênico: Uma breve análise**

Na busca pela diferença conceitual entre desastre natural e antropogênico, é inevitável esbarrar em um grande abismo, onde a distinção, isoladamente, não explica muito. Isso porque aquilo que é tratado como inevitável e natural, e aquilo que é considerado como controlável e social, muitas vezes é questão de tecnologia e de ideologia ou interpretação. É questão também da abrangência que damos ao termo “mal-intencionado”. Embora possa haver alguma forma de deliberação consciente, a injustiça (palavra utilizada para definir algum agente mal intencionado, seja ele humano ou sobrenatural que tenha causado o evento) pode resultar não apenas da má intenção e da imprudência, mas também de comportamentos mais ambíguos, tais como a omissão de um governo no enfrentamento de uma desigualdade ou de um perigo previsível. A distinção entre injustiça e infortúnio (palavra utilizada para definir evento causado por forças externas da natureza) pode ser difícil, às vezes. O fato de alguma coisa ser obra da natureza, ou de uma mão social invisível, não nos exime da responsabilidade de reparar os danos e evitar a sua repetição na medida do possível

(FARBER E CARVALHO, 2017, p. 64).

Nessa senda, os autores ainda acrescentam que Shklar sintetiza a complexa questão ética em dois aspectos: a conduta do agente (agency) e a perspectiva. Em termos político, a injustiça exige uma parte a ser responsabilizada, ou em termos morais, alguém para culpar. Determinar se um agente deve ser considerado culpado em qualquer desses sentidos envolve um conjunto de perguntas inter-relacionadas que abordam questões como causalidade, previsibilidade, intenção, dever para com os outros, e assim por diante. Se o agente estiver sob jurisdição do governo, é razoável afirmar que a justiça pode exigir uma punição, compensação ou reforma induzida pelo Estado. Porém, a determinação da responsabilidade pelo critério da conduta do agente jamais será totalmente objetiva, como implica a referência ao termo “ideologia”. Assim, necessitamos de uma segunda investigação, desta vez sobre a perspectiva humana; ou seja, precisamos determinar o ponto de vista a partir do qual avaliaremos os significados científicos e sociais recolhidos na primeira investigação sobre a conduta do agente (FARBER E CARVALHO, 2017, p. 65).

## **1.2 Mapeamento dos desastres como ferramenta de prevenção**

O mapeamento dos desastres vem ao encontro de possíveis medidas para prevenir que situações futuras ocasionadas pelo homem ou pela natureza que venham a surpreender a comunidade local, provocando danos irreversíveis.

A ferramenta de mapeamento dos desastres é dividida em fases. “Na fase de planejamento, as autoridades municipais poderiam usar essas informações para ajudar a direcionar recursos para a gestão. Essa única medida já poderia melhorar as estratégias de mitigação de dezenas de milhares de municípios. Na fase de resposta, tanto nos níveis locais e federais, os socorristas poderiam usar mapas de vulnerabilidade social para identificar populações que necessitam de atenção especial. Os fundos de compensação governamentais ou os programas de reconstrução poderiam utilizar dados na criação de mecanismos mais justos para distribuir verbas aos mais necessitados (FARBER E CARVALHO, 2017, p. 103).

Na fase de recuperação, uma ferramenta de mapeamento nacional poderia identificar os bairros que apresentam necessidade especial de atenção ou capacitação na etapa em que as comunidades se preparam para participar do processo

democrático de reconstrução ou replanejamento das áreas atingidas. Considerando que os mapas seriam projetados para uso federal, estadual e local, as políticas federais não seriam uma resposta padrão do tipo “tamanho único”, pois a ferramenta incorporaria dados locais de cada passo (FARBER E CARVALHO, 2017, p. 104).

### **1.3 Plano de emergência**

O plano de emergência é uma ferramenta definida a partir de ações de socorro, acolhimento à comunidade afetada e no mapeamento de reabilitação de áreas atingidas, com objetivo de minimizar os danos e prejuízos causados em razão do desastre.

A impossibilidade de evitar o evento, muitas vezes real, repercute na necessidade de realização de medidas de preparo, as quais devem permitir uma organização e um planejamento estratégico para que seja prestada uma resposta coordenada e eficaz ao desastre. Os planos de emergência servem à relevante função de determinar previamente a estrutura organizacional das autoridades responsáveis e competentes para intervir em um desastre.

Deve, em tais planos, haver pelo menos, a definição clara i) das funções e competências das organizações envolvidas nas respostas emergenciais; ii) da estrutura e de formação de um de um gabinete de crise; iii) da identificação dos riscos e das áreas especialmente vulneráveis; iv) do inventário de recursos físicos, humanos e financeiros disponíveis e o procedimento para acesso a estes; v) localização estratégica de recursos e suprimentos; vi) da determinação e da sinalização de rotas de evacuação e áreas para alojamento temporário dos atingidos; vii) do estabelecimento de uma rede de comunicações internas e de informação pública; viii) das descrições de lições apreendidas com eventos anteriores, e seu respectivo dever de atenção a estes aprendizados, a fim de evitar equívocos recorrentes e estimular a adoção das melhores práticas (CARVALHO, 2015, p. 116-118). Por fim, é imprescindível observar que os Planos de Emergência devem ser revistos, atualizados e ensaiados em periodicidade que não exceda três anos.

## **2. DIREITO DOS DESASTRES E GESTÃO SOCIOAMBIENTAL DO RISCO: O PAPEL DO DIREITO NO TRATAMENTO DOS DESASTRES**

Com o passar do tempo, é inevitável a expansão entre o Direito Ambiental e o

Direito dos desastres. O encontro dessas áreas dá-se principalmente em virtude das adaptações necessárias às diversas mudanças climáticas que ocorrem no planeta. Mudanças essas que geram uma ligação entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres (CARVALHO, 2015, p. 35). Um dos relevantes fatores que influenciam no surgimento de desastres são falhas e lacunas nas legislações ambientais, uma vez que dão espaços para situações de risco como ocupações irregulares e indevidas de locais propensos a alguma catástrofe. Isso reforça a ideia de que, mesmo autônomos, o Direito dos Desastres e o Direito Ambiental apresentam diversos pontos comuns e de ligação (CARVALHO, 2015, p. 36).

Na legislação brasileira, podemos encontrar, no inciso II do Art. 2º do Dec. 7.257/2010, desastres como o “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”. Diante disso, cabe ressaltar que os desastres possuem um valor jurídico expressivo quando atingem uma ou mais comunidades, e não apenas um indivíduo, uma vez que se referem aos acontecimentos que alcançam uma dimensão social (CARVALHO, 2015, p. 37).

Nesse viés, por trazerem consequências de grande vulto, as quais as autoridades locais geralmente não conseguem proporcionar uma resposta à altura, esses eventos acabam impondo a declaração de estado de calamidade pública ou de situação de emergência, de acordo com a situação real. Tais atos possuem destacada relevância na superação dos problemas causados por um desastre e também se encontram definidos nos incisos III e IV do Art. 2º do Dec. 7257/2010.

Podemos, nesse sentido, observar que o conceito de desastres é bastante amplo e dentro dele podemos destacar o desastre ambiental, o qual se trata de acontecimentos que podem afetar tanto funções ambientais quanto interesses humanos em razão de alterações no meio-ambiente. Portanto, o desastre ambiental é o ponto de intersecção entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres (CARVALHO, 2015, p. 37).

O Decreto n.º 7.257/2010, a Lei n.º 12.340/2010, a Lei n.º 12.608/2012 e a Lei n.º 12.983/2014 são as principais normas brasileiras referentes ao Direito dos Desastres. De modo geral, o Brasil apresenta uma legislação com bastante foco na regula-

mentação de medidas de planejamento do solo urbano como os planos diretores das cidades ou os planos de gerenciamento de riscos de desastres.

No entanto, importa destacar que os chamados desastres não se limitam apenas aos eventos climáticos, mas englobam também os antropogênicos. Sendo assim, as normas direcionadas aos desastres ambientais naturais podem ser aplicadas de maneira análoga aos desastres ambientais antropogênicos (CARVALHO, 2015, p. 40).

Nos desastres, o Direito possui um papel de grande importância por meio de vários aspectos. O primeiro deles é a estabilidade proporcionada pelo Direito através de normas relativas aos desastres. Além disso, os desastres apresentam uma espécie de ciclo, que compreende diferentes fases, desde a prevenção até o atendimento após o ocorrido. E o Direito está presente em todas essas fases, seja por meio de juristas ou de gestores público (CARVALHO, 2015, p. 47).

## **2.1 Prevenção e mitigação dos riscos**

A prevenção e a mitigação são partes fundamentais da gestão do risco e devem estar presentes ao longo de todas as fases de um desastre. No que tange ao ponto de vista econômico, o custo é um dos principais fatores nas tomadas de decisões. Portanto, para que políticas de preservação ambiental tenham maiores chances de lograrem êxito, é interessante que os custos de remediação de um desastre sejam maiores do que os de prevenção, evitando que a prevenção seja menos vantajosa financeiramente do que as sanções aplicadas.

Vale ressaltar também que muitos riscos possuem baixa probabilidade de se concretizarem, porém as possíveis perdas em algum desses casos são muito grandes. Nesse ponto, destaca-se que a incerteza na hora da tomada de alguma decisão dificulta, e muito, as práticas de medidas preventivas, bem como o gerenciamento do risco como um todo.

A mitigação recente de um desastre geralmente se dá em meio a situações caóticas e, quando isso ocorre sem uma preparação apropriada, as respostas à sociedade se tornam mais difíceis e possivelmente menos eficientes (CARVALHO, 2015, p. 53-54).

## 2.2 Responsabilidade Civil extracontratual por desastres ambientais

Nos desastres ambientais, a responsabilidade civil surge como um dos pontos relevantes a serem questionados. De modo geral, a responsabilidade civil possui duas funções básicas: uma preventiva e outra compensatória. Em casos de desastres de grandes proporções, alguns problemas relativos à responsabilidade civil aparecem com maior destaque. O primeiro deles é grande número de pessoas afetadas, dificultando o ajuizamento de ações judiciais individuais. Outra dificuldade é reunião de provas para caracterização dos limites do nexo causal. Por último, a possibilidade de condenar os responsáveis se torna distante em virtude da dificuldade em comprovar a ligação entre os elementos constituintes da responsabilidade civil e os verdadeiros responsáveis (CARVALHO, 2015, p. 131).

Nos desastres de proporções catastróficas, a função compensatória da responsabilidade civil tem papel fundamental na compensação às pessoas atingidas. E aqui, novamente tem destaque a Lei 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), especialmente em seu art. 14, § 1º, o qual salienta a obrigação de indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independente de culpa.

Paralelamente, a responsabilidade civil também exerce a função preventiva, que pode ser subdividida em direta e indireta. A primeira se constitui basicamente por obrigações de fazer e de não fazer, com base no art. 255 da CF, no art. 187 do CC e no art. 3º da Lei nº 7.347/85. Essas obrigações se antecipam ao acontecimento de danos ou problemas ambientais, estabelecendo deveres de proteção e prevenção, de acordo com os riscos e a probabilidade de eventos prejudiciais ao meio ambiente. Já a preventiva indireta tem como característica a ideia da dissuasão, buscando que os custos de sanções e compensações ambientais não sejam internalizados na contabilidade das despesas dos infratores. Portanto, o ônus de indenizar ou compensar um desastre ambiental deve ser maior do que o ônus da prevenção, caso contrário existirá uma vantagem econômica em não prevenir possíveis danos ambientais, gerando um desestímulo no cumprimento às normas de proteção ambientais (CARVALHO, 2015, p. 132).

Para analisar a incidência da responsabilidade civil oriunda de desastres, deve-



-se observar a distinção entre desastres naturais e desastres antropogênicos. Os primeiros estão basicamente ligados a fatos da natureza, independentes do controle do homem, não gerando, portanto, responsabilidade. Por outro lado, os antropogênicos estão relacionados com a ação humana e, portanto, passíveis de responsabilização mediante análise dos elementos necessários a sua configuração, como nexos causal e condutas influentes no desastre.

A responsabilidade civil objetiva é aplicada amplamente no caso de desastres antropogênicos de grande vulto, em especial por incidência do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, como já mencionado anteriormente. Quando os danos de um desastre antropogênico são ocasionados por entidades privadas, ativa ou omissivamente, a teoria do risco integral é aplicada pela larga maioria da jurisprudência e da doutrina. No mesmo sentido, o Estado também é responsabilizado de forma objetiva no que tange às condutas ativas de seus agentes, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. No entanto, quando a conduta do Estado for omissiva em relação a desastres, a jurisprudência e a doutrina alternam entre a teoria do risco administrativo (responsabilidade civil objetiva) e a falta de serviço (responsabilidade civil subjetiva) (CARVALHO, 2015, p. 136).

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DO DESASTRE ANTROPOGÊNICO DE BRUMADINHO**

Em uma sexta-feira, dia 25 de janeiro de 2019, o Brasil e o Mundo foram surpreendidos por um desastre de enormes proporções. A barragem de rejeitos (B1) da mina Córrego do Feijão, da mineradora Vale S.A. rompeu-se, causando danos irreparáveis, tanto ambientais quanto humanos. Comparado ao desastre de Mariana, Brumadinho gerou danos ambientais menores, porém, a tragédia humana foi terrivelmente maior (FREITAS, 2019). Com base nisso, surge o questionamento acerca da responsabilidade civil nesse caso em questão.

Primeiramente, devemos analisar o art. 225 da CF/88, em especial o seu §3º, o qual prevê que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

No desastre de Brumadinho, a responsabilidade civil é inegavelmente

objetiva, tendo em vista que independente de análise do elemento subjetivo da culpa da empresa Vale S.A. O risco integral sustenta-se fundamentalmente no já referido artigo 225, § 3º e, de forma ainda mais explícita, no artigo 14, § 1º da lei 6938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e enuncia que, sem obstar a aplicação de multas, sanções de natureza penal, perda de incentivos fiscais, suspensão de atividades, dentre outros, o poluidor fica obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Pelo risco integral, as alegações de rompimento donexo causal como o fato exclusivo ou concorrente da vítima, ou ainda, outras causas ou concausas que possam existir, não afastariam, em tese, o dever de indenizar. Em situação semelhante, envolvendo danos materiais e morais causados a pescadores em decorrência do vazamento de nafta pela colisão do navio da Petrobras S/A no Porto de Paranaguá, no Estado do Paraná, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que compõem a Segunda Seção, por unanimidade, em julgamento submetido ao regime de recursos repetitivos fixaram teses no sentido da aplicação das regras acima citadas decorrentes do dano ambiental para a reparação dos danos de modo integral e individual aos lesados (BRASIL, 2012).

Também é importante ressaltar a possibilidade de pleito reparatorio e indenizatório por meio da Ação Civil Pública, podendo contemplar além das obrigações de fazer e não fazer que a tipicidade do caso requerer, o dano moral coletivo.

Diante das circunstâncias do caso, o caput do artigo 225 da Constituição Federal já seria suficiente para fundamentar a possibilidade de compensação pelo dano moral coletivo, mas imprescindível destacar o artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85 que expressamente contempla esse tipo de dano difuso sofrido por toda a coletividade.

É igualmente imprescindível, no caso do desastre em Brumadinho, fazer referência ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, pois elucida a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, atividade da mineração se encaixa, quer por uma linha hermenêutica doutrinária mais restrita ou mais ampla de aplicação dessa norma, como uma luva com relação a esse desastre.

Já no que se refere ao dano-morte, têm-se a partir do artigo 948 do Código Civil, a possibilidade dos familiares das vítimas falecidas no acontecimento em Brumadinho pleitearem a reparação. Esse dano reflexo ou em ricochete, posto que atinge diretamente o falecido e indiretamente a sua família, contemplará verba para o pagamento do tratamento da vítima, se, por exemplo, teve gastos hospitalares antes do falecimento, despesas de funeral e o pagamento de alimentos a quem o morto as devia.

É possível ainda, que os familiares que perderam seus entes queridos, pleiteiem o dano moral, tendo em vista que com a ocorrência do fato danoso, esses veem-se privados ilicitamente do convívio com o filho, o pai, o irmão, cônjuge ou companheiro. O dano moral decorre do próprio fato (*in re ipsa*), gerando a presunção relativa do prejuízo de afeição. Em outras situações como, por exemplo, a de um colateral de terceiro ou quarto grau, o ônus da prova do afeto justificador da compensação moral caberá a quem alega, invertendo-se o ônus da prova em desfavor da pretensa vítima reflexa.

Já aqueles que sofreram lesão corporal podem pleitear os danos materiais com fulcro nos artigos 949 e 950 do Código Civil, que podem incluir desde as despesas médicas, os lucros cessantes pelo período de convalescença em que se viu privado do seu ofício até, em casos mais graves, verba indenizatória pela perda da capacidade laborativa a ser paga de modo vitalício. Essa indenização surge sem prejuízo da devida compensação por dano moral cumulada, conforme o caso, com o dano estético.

É possível que dentre as vítimas, existam pessoas sem dano físico, mas que tenham experimentado prejuízo de ordem patrimonial e que, evidentemente, também poderão pedir indenização por dano material, nesse sentido incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes, sem embargo do pleito moral pela privação, por exemplo, da moradia ou do instrumento de trabalho, isto é, pela perda de bens essenciais que integram importante parcela da dignidade humana.

Além disso, ainda há que se falar na Teoria do Risco Integral, a qual foi acolhida pelo STJ. Essa teoria impõe o dever de reparação do dano, ou seja, consiste na responsabilização pelo resultado, e não pela causa.

Na busca por fundamentação acerca da responsabilidade civil objetiva, os ju-

ristas desenvolveram a teoria do risco, responsabilizando pelos danos que causarem aqueles que exerçam quaisquer atividades causadoras de perigos especiais. Por meio dessa teoria, o processo produtivo abarca completamente os riscos interligados ao empreendedorismo. Nessa conjuntura, o responsável, no caso a empresa Vale, deverá reparar quaisquer danos que estejam ligados à sua atividade, não sendo possível alegar excludentes de responsabilidade para afastar a obrigação de indenizar.

Para a configuração da responsabilidade civil é suficiente a existência de uma atividade que possa gerar risco para a saúde e o meio ambiente, mesmo que seu exercício seja lícito, ou seja, existência de licenciamento ambiental válido ou o desempenho de uma atividade legítima não exime o causador de degradação ambiental do dever de reparação. Assim, para a responsabilização, basta a existência da relação de causa e efeito entre a atividade e o dano. De acordo com o STJ, uma vez comprovado o nexo de causalidade entre o evento e o dano, afigura-se descabida a alegação de excludente de responsabilidade. Por isso, já se decidiu, por exemplo, que é irrelevante “qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação”.

Por fim, importa destacar que, no dia 15 de julho de 2019, a Vale S.A. fechou com o Ministério Público do Trabalho um acordo de indenização para familiares de funcionários vítimas da tragédia em Brumadinho, o qual tem a previsão de liberar R\$ 1,6 bilhão em indenizações. No referido acordo foram definidas indenizações por danos morais e materiais.

No que tange aos danos morais, cônjuge ou companheiro, filhos, mãe e pai de funcionários da mineradora que perderam a vida no desastre receberão individualmente R\$ 500 mil a título de dano moral e R\$ 200 mil como seguro adicional por acidente de trabalho, totalizando R\$700 mil para cada familiar acima mencionado. Já os irmãos de trabalhadores mortos terão direito a receber o valor de R\$ 150 mil pelo dano moral. Ainda, o dano moral coletivo foi definido em RS 400 milhões, que deverão ser pagos em agosto de 2019.

Em relação aos danos materiais, as famílias dependentes dos funcionários mortos receberão uma pensão até os 75 anos de idade, considerando que essa é a expectativa de vida do brasileiro, de acordo com o IBGE. Essa indenização na forma

de pensão não poderá ser inferior a R\$800 mil, ainda que a renda mensal acumulada da vítima não atinja esse valor.

Além disso, o acordo ainda prevê estabilidade de três anos no emprego para funcionários próprios e terceirizados da Vale S.A. que estavam lotados na Mina de Córrego do Feijão no dia do desastre, bem como aos sobreviventes que trabalhavam na hora do rompimento da barragem. Ainda, em benefício desses funcionários e sobreviventes, um auxílio creche de R\$ 920 mensais para filhos até três anos de idade e um auxílio educação de R\$ 998 mensais para filhos de até 25 anos foram estabelecidos no acordo em questão (G1 MINAS, 2019).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do presente estudo, observa-se inicialmente que o conceito do vocábulo desastre é relativamente amplo, por essa razão, buscou-se a diferenciação entre desastre natural e desastre antropogênico, uma vez que imprescindível para elucidação dos fatos e compreensão do estudo. Nessa senda, o acontecimento ocorrido em Brumadinho, trata-se de um desastre antropogênico de grande extensão, pois não se trata de algo inevitável e natural, mas sim um desastre claramente controlável e social. Buscou-se elucidar ainda possíveis ferramentas de prevenção e respostas aos desastres, evitando possíveis surpresas à comunidade local, como é o caso do mapeamento dos desastres e do imprescindível plano de emergência.

Em prosseguimento, adentrou-se ao âmbito do direito dos desastres e da gestão socioambiental do risco, analisando o papel do direito no tratamento dos desastres, bem como a prevenção e a mitigação dos riscos nesses casos. Conjuntamente, passou-se a verificação da responsabilidade civil extracontratual e a aplicação no caso de Brumadinho.

Considerando a problemática sobre as possibilidades e limites da responsabilização civil da empresa Vale S.A., observa-se que o ponto de partida é o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, o qual menciona as responsabilidades civil, administrativa e criminal dos infratores em razão de atividades ou condutas lesivas ao meio ambiente.

Além disso, tem-se como fundamento para a responsabilidade objetiva o artigo 927 do Código Civil, uma vez que determina a obrigação de reparar o dano, indepen-

dentemente da análise de culpa, quando a atividade normalmente desempenhada pelo autor do dano acarretar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Portanto, a mineração se enquadra na aplicação dessa norma. Ainda no Código Civil, cabe ressaltar o artigo 948, o qual traz a possibilidade dos familiares das vítimas falecidas no episódio em Brumadinho pleitearem a reparação.

Em seguida, a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, apresenta-se como o próximo balizador do presente tema discutido, em especial no § 1º do seu artigo 14, onde a responsabilidade por danos ambientais é objetiva, não dependendo da existência de culpa. Continuando, a Teoria do Risco Integral, aceita pelo STJ, disciplina que qualquer risco relacionado ao empreendimento deverá ser internalizado no processo produtivo, cabendo ao responsável a reparação de quaisquer danos que estejam conexos com a sua atividade. Por fim, importa destacar que a Lei nº 7.347/85 disciplina a possibilidade de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, considerando o dano difuso sofrido pela coletividade.

Em face disso, verifica-se que a Vale S.A. realizou diversos acordos referentes às indenizações de familiares de vítimas e de sobreviventes. Como exemplo recente, destaca-se o acordo realizado com o Ministério Público do Trabalho no mês de julho de 2019, no qual foram acertados os valores de indenizações por danos morais e materiais a serem pagos aos familiares de vítimas do desastre de Brumadinho. Por fim, à luz das legislações e doutrinas estudadas no presente trabalho, o desastre em Brumadinho, inegavelmente se enquadra como caso de responsabilidade civil objetiva, independente da análise de culpa subjetiva.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. **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/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional

do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.114.398/PR**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900679891&dt\\_publicacao=16/02/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900679891&dt_publicacao=16/02/2012)>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua regulação jurídica**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

FARBER, Daniel A.; CARVALHO Délton Winter de. **Estudos aprofundados em direito dos desastres**. 1. Ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

FREITAS, Carlo Machado de et al. Da Samarco em Mariana à Vale em Brumadinho: desastres em barragens de mineração e Saúde Coletiva. In: **Cad. Saúde Pública** 35 (5) 20 Maio 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csp/2019.v35n5/e00052519/>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

G1 MINAS. **Brumadinho: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>? Acesso em: 24 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Ministério da Saúde. **Desastres naturais e saúde no Brasil**. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde/Ministério da Saúde, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Cejusc de Brumadinho busca acelerar acordos pré-processuais**. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/caso-brumadinho/cejusc-de-brumadinho-busca-acelerar-acordos-pre-processuais.htm#.X7BVZ2hKjIU>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas Deslocadas: O caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do Direito dos Desastres**. 1. ed. Curitiba - PR: Íthala, 2019.



# **A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR NO PLANO DE COMPRA VIRTUAL COM AS NOVAS MODALIDADES DE CONSUMO<sup>1</sup>**

**Carolina Back<sup>2</sup>**

**Júlia Cardoso Leal Dias<sup>3</sup>**

---

1 Este artigo foi publicado no 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade – Edição 2019: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Edição 2019. Link de acesso: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/5.28.pdf>

2 Graduanda do 6º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Estagiária da Promotoria de Justiça Substituta de Santa Maria, Jecrim. E-mail: back.carolina@hotmail.com

3 Graduanda do 6º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: julialealdias@yahoo.com.br



**Resumo:** O presente artigo procurou analisar o Código de Defesa do Consumidor no Brasil no âmbito do comércio eletrônico, buscando compreender como as relações abusivas nos contratos de compra e venda se deram ao longo da história, e como foram ultrapassadas. Visou abordar em especial o oferecimento de serviços por meio de aplicativos de economia compartilhada, como uber e airbnb e como a legislação brasileira se moldou nos últimos anos em relação a eles, mais especificamente, as empresas adeptas da ideia do chamado peer to peer (pessoa para pessoa) receberam grande parte da atenção deste trabalho, mostrando como essa grande fatia do comércio online vem sendo um desafio para responsabilização judicial dos fornecedores.

**Palavras-chave:** Código de Defesa do Consumidor; Comércio eletrônico; Economia compartilhada; Novas Modalidades de Consumo.

## **INTRODUÇÃO**

Com o presente trabalho, analisou-se os limites e as possibilidades do Código de Defesa do Consumidor no que se refere ao espaço de compra online, visou entender a dinâmica da evolução das formas de consumo e como as partes do contrato de compra e venda foram postas no plano jurídico ao decorrer dos anos. Buscou compreender como subdivisões do comércio virtual vieram a ocorrer, abordando o fenômeno dos aplicativos de economia compartilhada como uma das principais novas modalidades advindas desse universo que configura hoje um iminente desafio no que diz respeito à positivação deste tema adentro do sistema normativo brasileiro.

Não obstante, o artigo aqui posto, almejou apontar e analisar as lacunas presentes na legislação brasileira, revendo seus referenciais e sua origem, para que assim então sejam emanadas as visíveis falhas e as viáveis formas de se contornar as lacunas jurídicas que estão tão presentes no direito brasileiro, a séculos engessado por políticas oligarquias e de enriquecimento facilitado àqueles que se compõem no polo vantajoso nos contratos onerosos de consumo.

Ademais, este artigo se concentrou no método de abordagem indutivo, onde partimos da observação dos casos do aplicativo de economia compartilhada líder em reclamações no PROCON (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor) – Uber, para poder inferir uma verdade geral aos demais sites do mesmo ramo, assim anali-

sando de forma específica a relação ineficiente do Código de Defesa do Consumidor para com este novo modo de comércio. Durante o trabalho utilizaremos dois métodos de procedimento: o monográfico e o comparativo.

O primeiro método - o monográfico - procurará analisar o comportamento adotado pelas empresas privadas no âmbito das irregularidades cometidas pelas mesmas, e como órgãos públicos reagem a essas ilegalidades e abusos. O segundo método a ser utilizado, o comparativo, tentará corroborar com a pesquisa achando similaridades com países que já enfrentaram este problema diretamente. Desta forma, tentando trazer a nossa realidade brasileira, possíveis inovações jurídicas provenientes de diversas comunidades internacionais, para que as mesmas contribuam com as normas vigentes do Brasil.

Nesse contexto, o artigo foi elaborado em dois capítulos. No primeiro item foi observado o direito do consumidor na internet de maneira abrangente, contextualizando historicamente. No segundo item analisou-se especificamente o direito do consumidor nos sites de economia compartilhada.

## **DIREITO DO CONSUMIDOR NO PLANO DA COMPRA VIRTUAL**

O comércio que estamos habituados a ver diariamente tem seu início na época dos burgos, onde desde então os comerciantes da chamada “Arte Mecânica” procuravam maneiras para adquirir uma vantagem na relação direta com o comprador. Com o passar das eras, novas relações comerciais foram surgindo, e a tentativa de dominação por parte do vendedor sempre se sobrepôs. Na década de 90, no Brasil, foi criado um código de leis específico para proteger aqueles que por séculos de dominação foram subjugados nos contratos de compra e venda.

O direito do consumidor no Brasil se faz presente, principalmente pelo fato de que, por princípios o consumidor é vulnerável perante o fornecedor de produtos e serviços. Nesse sentido, o sistema capitalista vigente no país faz o cliente se sujeitar ao contrato que rege a relação de compra de determinado serviço ou produto. Princípio que, segundo Alexandridis é a principal razão da existência e dos desdobramentos dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor<sup>1</sup> (Lei nº 9.008, de 21.3.1995) afirma que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objeti-

---

1 ALEXANDRIDIS, Georgios . Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo. Disponível em: <https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602/todo-consumidor-e-vulneravel-no-mercado-de-consumo>

vo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo<sup>1</sup>.

A efetividade da respectiva lei foi surpreendentemente positiva, mesmo que os comerciantes e agentes de venda insistissem em descumprir suas determinações. Frente a isso, quando uma transgressão era identificada, a população e os órgãos responsáveis aplicavam o Código de Defesa do Consumidor de maneira correta, resguardando sempre o elo mais fraco da relação jurídica. Contudo, novas formas de comércio foram sendo criadas desde o estabelecimento da Lei Nº 8.078/90 e do Código Civil Brasileiro, sendo que estes não foram capazes de acompanhar muitas dessas mudanças.

As empresas encontraram no ambiente virtual, um território fértil para a dissipação de seus produtos e serviços, tendo em vista o amplo acesso à internet por parte de quase todas as camadas da população, a agilidade da efetivação da compra, a comodidade que o consumidor tem ao adquirir os produtos no conforto de seu lar, e também a ampla divulgação de sua plataforma de marketing sem grandes custos institucionais.

Ato contínuo, com o advento da internet e com a criação de novos contratos de compra e venda, o consumidor – polo mais frágil do negócio jurídico - é cada vez mais afetado pelo surgimento dessas novas formas de contrato que o Direito não consegue atender, tendo em vista que o este não consegue acompanhar a velocidade e a evolução acelerada na tecnologia.

As leis teoricamente recentes do Código de Defesa do Consumidor, já foram rapidamente contornadas para os novos meios de comércio, fazendo com que a relação abusiva do vendedor para com seu cliente fosse mais uma vez evidenciada. Desta forma, os olhos dos juristas se voltam a este tema, uma vez que mesmo considerada atual, a Lei nº 8.078 não conseguiu acompanhar o avanço exponencial do comércio online.

No âmbito do fornecimento de serviços através de aplicativos de economia compartilhada - foco do presente artigo, como a UBER, Cabify, Airbnb, atenta-se

---

1 BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dos Direitos do Consumidor. Casa Civil, Subchefia para assuntos Jurídicos. Brasília, 11 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)

para a significativa alteração nas relações não apenas de consumo, mas também na esfera dos vínculos jurídicos e relações laborais, por meio do modelo de negócio que tem como primado a ideia do Peer to Peer, a ser esmiuçada mais adiante.

No que diz respeito a essas tecnologias, seu objetivo central consiste na alteração da forma como os intermediários gerenciam seus negócios. As inovadoras empresas adeptas do conceito se utilizam dessa tecnologia para colocar consumidores e fornecedores em contato direto. Dessa forma, a coleta de dados, avaliação e vigilância constantes por parte dos consumidores sobre os trabalhadores são os pontos chave dessa relação.

## **OS RISCOS E DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS NO ÂMBITO DO CONSUMO POR MEIO DAS PLATAFORMAS DE CONSUMO ONLINE À LUZ DO CÓDIGO DE DIREITO DO CONSUMIDOR**

As novas modalidades de consumo, como já mencionado, surgiram com a popularização e a flexibilização do comércio virtual. A facilidade de acesso, a comodidade em comparar preços, uma maior variedade de opções são alguns dos pontos atrativos de compras online. Assim, as várias transformações que o desenvolvimento tecnológico e das comunicações vem utilizando na sociedade de consumo atual, está o surgimento da denominada economia do compartilhamento, também conhecida como consumo colaborativo. Esta economia dita do compartilhamento (sharing economy) concebe novos modelos de negócio não mais concentrados na aquisição da propriedade de bens e na formação de patrimônio individual, mas no uso em comum — por várias pessoas interessadas — das utilidades oferecidas por um mesmo bem. A estruturação destes negócios, assim, ganha força pela internet, e se dá tanto sob o modelo peer to peer (P2P), quanto no modelo business to business (B2B), ou seja, entre pessoas não profissionais e entre empresários.

Um dos principais exemplos é a utilização do aplicativo Airbnb, o qual é um serviço online comunitário para as pessoas anunciarem e, conseqüentemente, reservarem acomodações e meios de hospedagem; essa hospedagem varia desde um quarto em hotel até mesmo um quarto em um apartamento particular. Nesse sentido, afirma o analista Daniel Pereira<sup>1</sup> que:

O modelo de negócio do Airbnb é do tipo Plataforma Multilateral pois conec-

<sup>1</sup> PEREIRA, Daniel. Modelos de Negócio do Airbnb. Disponível em <https://analistamodelosdenegocios.com.br/modelo-de-negocio-airbnb/>

ta turistas (consumidores), que querem alugar um espaço por curto período de tempo, a donos de locais para hospedagem (fornecedores), como casas, apartamentos e quartos. (...) O Airbnb possui 100 milhões de usuários, 650 mil anfitriões com um total de mais de 3 milhões de lugares para locação disponíveis em 65.000 cidades e 191 países. (...) Recentemente o Airbnb passou a oferecer também serviços de experiências turísticas como aulas de culinária, passeios e etc aumentando ainda mais seus efeitos de rede.

Percebemos, por conseguinte, a crescente utilização do consumo colaborativo. Há várias formas de interpretar-se o fenômeno. Desde uma interpretação com ênfase econômica, que dá conta de uma redução de custos e otimização de recursos em razão do compartilhamento, até uma interpretação cultural, que identifica neste novo modelo favorecido pela internet uma genuína inspiração de reação ao consumismo e adesão ao consumo sustentável. Por outro lado, também serve para viabilizar o acesso a bens e utilidades de maior custo, como exemplo do Uber mediante precisa definição das necessidades a serem satisfeitas.

Muitos setores da economia já estão sendo afetados por esta nova forma de oferecer e consumir produtos e serviços no mercado, como é o caso do transporte de pessoas, ou a locação de automóveis, e o compartilhamento de veículos, a hospedagem turística, utilização de ferramentas, dentre outros. Quem opta pelo compartilhamento, de um lado quer fruir da maior utilidade possível dos bens de sua propriedade, e ser remunerado por isso, em caráter eventual ou não. Por outro lado, quem procura utilizar os bens sem adquiri-los, visualiza a oportunidade de investir apenas o necessário para satisfazer sua necessidade momentânea, abrindo mão de imobilizar parte de seus recursos em bens que utilizará apenas eventualmente.

Partindo desse viés, no entanto, os sites e aplicativos de economia compartilhada passaram a ser alvo de diversas críticas e reclamações a respeito da prestação dos serviços ofertados, exatamente por eximirem-se da responsabilidade empregada no negócio jurídico. A mazela é facilmente passível de ser verificada através da análise do site “Reclame Aqui”, onde, por exemplo, em casos da utilização do Airbnb, o consumidor alega que o estabelecimento alugado não corresponde ao que lhe foi oferecido, e com isso busca solução no aplicativo, se limitando, o mesmo, a apenas encaminhá-lo para a proprietária.

Nesta senda, o que geralmente ocorre, de acordo com as reclamações dirigidas ao Procon, é que, nos casos da Airbnb, os hóspedes e proprietários estabelecem

um verdadeiro conflito inter partes, e o aplicativo opta por ausentar-se, alegando constituir apenas um meio para o contato, não se considerando, portanto, responsável pelo fato.<sup>1</sup>

A conduta não se limita, contudo, ao Airbnb. A partir da observação dos sites de reclamação infere-se que o líder de manifestações no que diz respeito à insatisfação dos consumidores é a empresa UBER.

Em dado contexto, conduta recorrente do aplicativo consiste na indicação do preço estimado da corrida em valor muito inferior ao cobrado ao final do percurso. Atitudes como essa evidenciam claro desrespeito à preceitos legislativos consagrados, como a obrigação fornecedor de oferecer informações claras e adequadas acerca do serviço fornecido, principalmente no que diz respeito ao preço (art. 6, III e 31 da lei 8078/90), além de consistir no exercício de cláusula abusiva e publicidade enganosa de acordo com o que aduzem os arts. 37, 39 e 51 do CDC.

**Art. 6.** São direitos básicos do consumidor:  
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei n 12.741, de 2012) Vigência.

**Art. 31.** A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

**Art. 37.** É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

1 É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

**Art. 39.** É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei n 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei n 8.884, de 11.6.1994)

**Art. 51.** São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

<sup>1</sup> Disponível em: [https://www.reclameaqui.com.br/airbnb/alerta-sobre-a-politica-de-cancelamento-abusiva-cuidado\\_IBvI4NCeQpCw\\_3Rr/](https://www.reclameaqui.com.br/airbnb/alerta-sobre-a-politica-de-cancelamento-abusiva-cuidado_IBvI4NCeQpCw_3Rr/)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;  
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;  
1 Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:  
III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (Lei nº 8.078, 1990).

Imperioso destacar que a expansão dessas novas modalidades de fornecimento de serviço tem se dado de maneira global, de forma que as lacunas nos sistemas normativos destinados à proteção do consumidor se dão não apenas no Brasil. Isso ocorre posta a dificuldade de se acompanhar a velocidade do avanço exponencial do comércio online.

Partindo desse paradigma, fato é que países do mundo todo se encontram imbuídos do desafio de amparar os consumidores – polo vulnerável da relação, dada a insuficiência das legislações vigentes em o fazer. Corroborando com o exposto, cada vez mais comuns os casos como o de julho de 2018, quando o site de viagens Airbnb foi acusado pela Comissão Europeia de promover práticas comerciais desleais, de forçar cláusulas contratuais abusivas e de não tutelar os clientes. No referido, fora concedido à empresa um tempo para que se adequasse, ocasião em que porta-vozes da Airbnb afirmaram prezar pela transparência e prometeram colaborar com as autoridades para esclarecer quaisquer irregularidades.<sup>1</sup>

Diferente do que ocorreu, no entanto, com as empresas *UBER*, *Easy Taxi* e *Cabify*, às quais foram sancionadas multas pelo México em razão da aplicação de contratos de adesão com benefícios desproporcionais, desiguais e abusivos em detrimento dos consumidores, além da a difusão de propaganda enganosa.<sup>2</sup> Destarte, esse tipo de conduta, em especial no Brasil, reflete em uma verdadeira desconsideração do Código de Defesa do Consumidor vigente.

Ademais, está previsto em Lei que o fornecedor responde por eventuais danos ou defeitos presentes nos produtos ou serviços. O que fica evidente nesse trecho da Lei nº 8.078:

1 Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/ue-acusa-airbnb-de-promover-praticas-desleais,c426410bc8b5d6ec9163a01829aea1ddjkz3qhph.html>

2 Disponível em: <https://www.dci.com.br/servicos/mexico-multa-uber-easy-taxi-e-cabify-por-propaganda-enganosa-e-clausulas-abusivas-1.723091>

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.

No campo da Responsabilidade Civil dos fornecedores de serviços online, não apenas no que diz respeito aos aplicativos de economia compartilhada, ainda, afirma Carla Mendonça<sup>1</sup> que conforme os contratos de compra e venda existentes nos sítios eletrônicos, haverá a responsabilidade deles por ressarcir em caso de algum problema, pois ao fazer o intermédio de fornecedor e cliente, pois o cliente a ela confia na hora da contratação:

Poderá ser a responsabilidade civil classificada como subjetiva, quando há a necessidade da existência de dolo ou culpa do agente que praticou a conduta danosa, gerando assim o dever de indenizar; bem como objetiva, que independe de dolo ou culpa, que deriva do risco inerente da sua atividade, a qual está prevista no art. 927 do Código Civil: “haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (MEDONÇA, 2015, página 1).

Ainda, na relação de compra e venda, tendo por base o art. 6º do código de defesa do consumidor, aplica-se a responsabilidade objetiva, não sendo necessária a comprovação da existência de culpa, com base na relação desigual inerente às relações de consumo. Logo, a culpa estaria vinculada ao risco proveniente da atividade econômica do fornecedor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I- a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

I - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

II - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas

---

1 MENDONÇA, Carla. A responsabilidade civil decorrente dos contratos de compra e venda coletiva através de sítios eletrônicos. Disponível em: <https://cmrm31.jusbrasil.com.br/artigos/111703605/a-responsabilidade-civil-decorrente-dos-contratos-de-compra-e-venda-coletiva-atraves-de-sitios-eletronicos>



ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos edifusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamentação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Diante dessa análise, ficou evidenciado que os sítios especializados nesse tipo de fornecimento têm papel fundamental na divulgação do produto, ou seja, exerceram o convencimento do consumidor justamente pelas condições que o portal ofereceu. Sendo, portanto, plenamente responsáveis pela relação jurídica de consumo. Embora a legislação vigente preveja o amparo ao consumidor no âmbito virtual, nota-se que este não se encontra explícito no Código de Defesa do Consumidor. Ademais, o acesso a estas informações encontra-se restrito a uma mínima parcela dos consumidores brasileiros.

Outro ponto a ser destacado pela análise dos depoimentos no site “Reclame Aqui”, é que, embora muitas das práticas fossem passíveis de reparação civil pelo Código de Defesa do Consumidor, o que se observa é que o consumidor, muitas vezes, acaba abandonando seus direitos para evitar um maior desgaste com ajuizamento de ações. O principal motivo que acarreta esse comportamento padrão por parte do consumidor é que, quando havia o ajuizamento da ação, o fornecedor passava a esquivar-se da entrega produto ou serviço, o qual atribuía a responsabilidade ao aplicativo. Da mesma forma sucedia, por parte do site ou aplicativo, retribuir a reparação do dano ao fornecedor de produtos e serviços.

Embora o Decreto 7962/2013 tenha surtido efeitos positivos no amparo a essa parcela de consumidores, não houve significativa expressão dos órgãos competentes quanto a ampliação das leis vigentes que auxiliam o consumidor. Tampouco quanto

a identificação e responsabilização das empresas que prestam esse tipo de serviço. O que acarreta em um desamparo prático e também informacional ao usuário, tendo em vista que este dificilmente tem acesso às mudanças legislativas que tratam do assunto.

## **CONCLUSÃO**

Desde os séculos passados percebe-se a necessidade de instituir normas, direitos e deveres nas relações de consumidores e fornecedores. O tempo passou e esses relacionamentos comerciais tornaram-se cada vez mais vastos e detalhados, observando que o poder de consumo no Brasil disparava em direção a proporções nunca antes imaginadas.

Somado a esse contexto, surge à internet, que veio a injetar bilhões de reais na economia através do comércio de economia compartilhada. Um ponto que pode ser destacado é que o acesso à rede mundial de computadores deixou de ser um luxo usufruído apenas pelas classes sociais mais altas, dessa forma impulsionando ainda mais o número de usuários e popularizando essa necessidade humana de consumo e de imediatismo.

As medidas governamentais foram capazes de conter os abusos de fornecedores para com seus clientes até certo ponto, pois ao passo que a tecnologia e o comércio se desenvolviam, as formas ardis de ganho de vantagem indevida, enganação aos consumidores de boa-fé e os lucros a todo custo também evoluíram de patamar, fazendo com que legislativo e judiciário enfrentassem novamente barreiras para sanar tais problemas na relação de consumo. O mais recente ponto de desafio - os sites de economia compartilhada- mostrou-se capazes de contornar a legislação até certo ponto, enfraquecendo a credibilidade aos códigos e ao poder estatal, entretanto o pensamento do judiciário foi hábil o suficiente para enfrentar tais dilemas, através de analogias, decretos e comparações. É inegável que ainda compete ao poder legislativo e executivo virem ao auxílio desta causa para que os fornecedores de produtos e serviços sejam responsabilizados por completo, e não apenas apontados de maneira rasa por decisões judiciais.

Entretanto, na atual estrutura principiológica do Direito do Consumidor pode-se verificar que princípios como a boa-fé objetiva, da vulnerabilidade do consumidor,

da informação, da transparência e da confiança são plenamente aplicáveis como norteadores da conduta das partes na relação de consumo virtual. Destes deveres jurídicos, sobressaem os deveres anexos da boa-fé objetiva que, caso violados geram o inadimplemento do contrato - violação positiva do contrato e, por conseguinte, a responsabilidade objetiva e civil, daquele que lhe deu causa.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgios. **Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo**. Disponível em: <https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602/todo-consumidor-e-vulneravel-no-mercado-de-consumo>. Acesso em: 05 out de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dos Direitos do Consumidor. Casa Civil, Subchefia para assuntos Jurídicos. Brasília, 11 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em 06 out. de 2020.

PEREIRA, Daniel. **Modelos de Negócio do Airbnb**. Disponível em: <https://analista-modelosdenegocios.com.br/modelo-de-negocio-airbnb/>. Acesso em 06 out. de 2020.

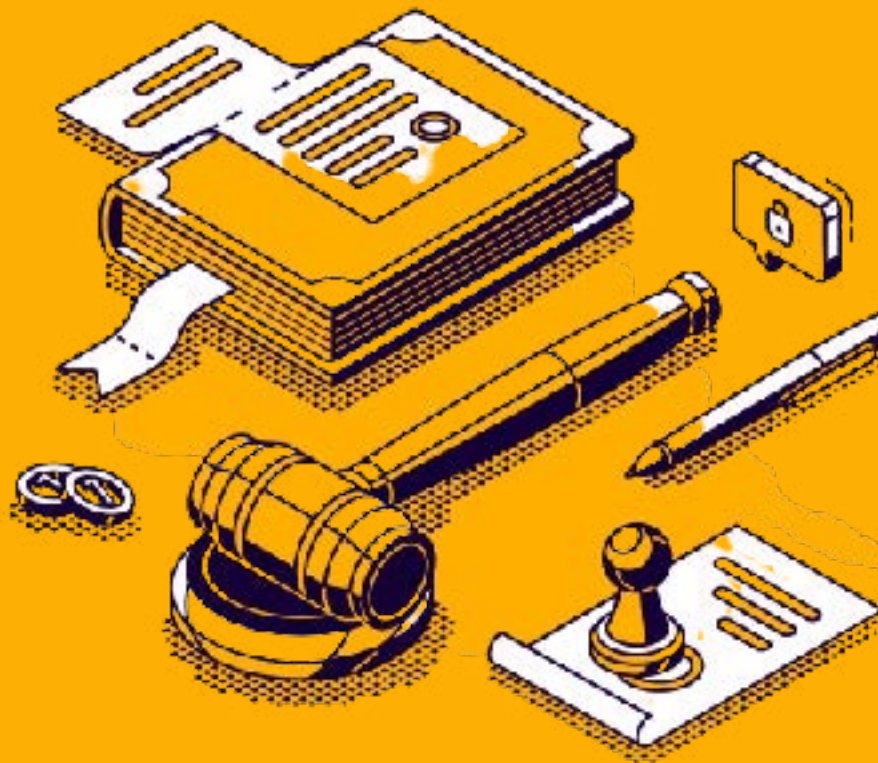
Disponível em: [https://www.reclameaqui.com.br/airbnb/alerta-sobre-a-politica-de-cancelamento-abusiva-cuidado\\_IBvI4NCeQpCw\\_3Rr/](https://www.reclameaqui.com.br/airbnb/alerta-sobre-a-politica-de-cancelamento-abusiva-cuidado_IBvI4NCeQpCw_3Rr/). Acesso em 06 out. de 2020.

Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/ue-acusa-airbnb-de-promover-praticas-desleais,c426410bc8b5d6ec9163a01829aea1ddjkz3qhhp.html>. Acesso em 06 out. de 2020.

Disponível em: <https://www.dci.com.br/servicos/mexico-multa-uber-easy-taxi-e-cabify-por-propaganda-enganosa-e-clausulas-abusivas-1.723091>. Acesso em 06 out. de 2020.

MENDONÇA, Carla. **A responsabilidade civil decorrente dos contratos de compra e venda coletiva através de sítios eletrônicos**. Disponível em: <https://cmrm31.jusbrasil.com.br/artigos/111703605/a-responsabilidade-civil-decorrente-dos-contratos-de-compra-e-venda-coletiva-atraves-de-sitios-eletronicos>. Acesso em 06 out. de 2020.

10.48209/978-65-00-15895-6



# **MACHISMO E O ASSÉDIO NOS MEIOS DE TRANSPORTE: ESTUDO SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO NA PUBLICAÇÃO DO JORNAL ESTADÃO NO FACEBOOK SOBRE O APLICATIVO LADY DRIVER NO DIA 30 DE AGOSTO DE 2017**

**Bruna Fagundes Rodrigues<sup>1</sup>**

**Carine Luana Rogoski<sup>2</sup>**

**Laura DalcinRossato<sup>3</sup>**

---

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: bfgundesr@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: carinerosgoski@hotmail.com

3 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet da Universidade Federal de Santa Maria (CE-PEDI), cadastrado na plataforma de pesquisas do CNPq. E-mail: ldrossato@gmail.com

**Resumo:** Tendo-se em vista o grande número de assédio enfrentado pelas mulheres diariamente nos espaços públicos, principalmente nos meios de transportes, sejam eles públicos ou privados e as novas iniciativas surgidas para combater tal ato, o presente artigo busca elucidar a matéria do assédio sexual e apresentar dados referentes a essa problemática na sociedade. Ainda, busca analisar um determinado caso a fim de observar de que modo os discursos de ódio podem ser considerados meios para inviabilizar as iniciativas femininas, especificamente o aplicativo Lady Driver. Para realizar tais propostas, utilizou-se de abordagem indutiva, pois se obteve uma generalização do comportamento internauta. Além disso, como foi aplicado um questionário e obtidos dados e, ainda, estudou-se um caso para generalização, os procedimentos utilizados foram o estatístico e o monográfico. Como técnica para realização da pesquisa usou-se da observação extensiva direta para coleta de dados através de questionários e a pesquisa documental para embasamento teórico dos conceitos e abordagens temáticas do desenvolvimento do trabalho. Assim, constatou-se com o projeto, que o assédio sexual é uma prática cotidiana em que diversas mulheres, em sua maioria, já foram vítimas. Além disso, concluiu-se que é necessário haver iniciativas legislativas e privadas para proteção das mulheres no âmbito público. Por fim, observou-se um comportamento preconceituoso e desestimulador dos comentários com carga machista frente às causas femininas, bem como da deslegitimação dessas causas.

**Palavras-Chave:** assédio sexual; meios de transportes; discurso de ódio.

## **1. INTRODUÇÃO**

O assédio sexual é uma conduta de importunação de uma vítima, em sua maioria pessoas com perfil de submissão ao agressor. Este, normalmente, encontra-se em uma posição de maior hierarquia frente ao agredido, com o objetivo de obter favores, geralmente libidinosos. Em virtude de características patriarcais, tal prática enraizada na sociedade brasileira, ocorre pelos mais diversos perfis de agentes e nos mais diversos lugares em que as vítimas se encontram, havendo relatos de assédio sexual em suas próprias casas, até mesmo, nas redes de comunicação online. Levando esses fatos em consideração, o desenvolvimento do presente trabalho

dedicar-se-á a um local de frequentes práticas assediosas, os meios de transportes, sejam eles públicos ou privados.

Uma vez que os meios de transporte, principalmente os públicos, são diariamente utilizados por milhares de brasileiros, inúmeras mulheres sujeitam-se a diversos obstáculos ao usufruírem desses serviços. Nesse âmbito, ocorrem constantemente, relatos de casos em que as mulheres enfrentam abusos físicos e verbais ao utilizarem os transportes públicos e até privados (DATAFOLHA,2018)<sup>1</sup>. Em razão disso, foi criada a Lei 13.718 de setembro de 2018 que caracteriza a importunação sexual como crime, junto dela há outras tipificações penais criminalizando condutas de assédio sexual.

Entretanto, sabe-se que, muitas vezes, a denúncia ou até mesmo a comprovação do assédio, torna-se inviável e ineficaz para garantir a segurança da mulher nos transportes. Dessa forma, alternativas são criadas para evitar esse assédio, físico e moral, ao qual as mulheres são submetidas diariamente, sendo essas razões, os principais coeficientes que levaram a criação do aplicativo Lady Driver por mulheres no estado de São Paulo. Contudo, o feedback recebido pelas idealizadoras, principalmente nas redes sociais e, nessa análise, na publicação do jornal Estadão, concretiza-se como um potencial desestimulador para que mais iniciativas manifestem-se no mercado em prol da defesa e segurança da mulher.

Desse modo, o presente trabalho tem como questionamento: de que modo os discursos de ódio podem ser considerados meios para inviabilizar as iniciativas femininas, em específico, o aplicativo Lady Driver?

Objetiva-se, com essa pesquisa, analisar os comentários e a disseminação do machismo como caracterização do discurso de ódio e explicitar os limites da liberdade de expressão ao tratar dos comentários na internet, além disso, quer-se, por meio da pesquisa, analisar a adesão ao aplicativo. Ao tratar da questão jurídica, almeja-se encontrar possíveis soluções legislativas eficazes contra o assédio sexual.

Para alcançar um resultado efetivo a esse questionamento, utiliza-se, nesse trabalho, o método de abordagem indutivo, pois o projeto contará com o estudo de um caso específico a respeito do assédio e do discurso de ódio, principalmente com carga machista, e, após o referido estudo, ter-se-á uma breve conclusão do com-

---

1 Segundo o Instituto de Pesquisa Datafolha em pesquisa publicada em janeiro de 2018, 42% das mulheres já sofreram assédio sexual sendo desses 22% em transporte público.

portamento geral dos internautas a respeito de publicações em redes sociais que tenham o propósito de combater o machismo. Como procedimento, serve-se do método monográfico, visto que será analisado um caso a fim de considerá-lo representativo de muitos outros semelhantes em busca de uma generalização sobre o tema. Além deste, através do método estatístico, serão analisados termos quantitativos e planeja-se obter um conjunto de dados que se reduzirão a fenômenos da sociedade para comprovar a sua relação com o estudo do caso e das generalizações propostas.

Por fim, são empregadas duas técnicas de pesquisas, primeiramente a documentação indireta com pesquisa documental, em razão da utilização das fontes de coletas de dados, será utilizada uma forma de documento informal para obter dados na forma de comentários. Além desta, será utilizada a técnica de observação direta extensiva através da aplicação de questionários que atinja, principalmente, mulheres e estudantes da Universidade Federal de Santa Maria, a fim de coletar dados para corroborar com a generalização das conclusões estabelecidas futuramente.

O trabalho divide-se em três tópicos com suas subdivisões, sendo o primeiro referente à questão do assédio sexual e da legislação que diz respeito a ele. O segundo tópico abrange o aplicativo Lady Driver e as ações e reações dessa iniciativa e, por último, estudar-se-á o caso em questão, classificando os comentários da publicação do jornal Estadão. Ao término do trabalho têm-se os resultados obtidos com a pesquisa realizada e as premissas de generalização do caso.

## **2. ASSÉDIO SEXUAL DO VERBAL AO FÍSICO: OS ESPAÇOS PÚBLICOS INSEGUROS**

O tráfego de pessoas nos centros urbanos ocorre diariamente e em grande quantidade. O direito à livre locomoção dos cidadãos brasileiros é assegurado pela Constituição do Estado e enquadra-se como um direito fundamental da população nas cidades. Ocorre que, para uma parcela da população brasileira, esse direito não se concretiza como está normatizado e essa parcela é, constantemente, incomodada e impedida de dispor desse ir e vir. A grande maioria dos atingidos por esse constrangimento são as mulheres brasileiras que sofrem, frequentemente, assédio sexual, físico ou moral, nos meios que utilizam para locomoverem-se na cidade. Para explicitar o tema do assédio sexual, tem-se a frase do coletivo Think Olga:

Mas o que é esse assédio? Todos os dias, mulheres são obrigadas a lidar com comentários de teor obsceno, olhares, intimidações, toques indesejados e importunações de teor sexual afins que se apresentam de várias formas e são entendidas pelo senso comum como elogios, brincadeiras ou características imutáveis da vida em sociedade (o famoso “é assim mesmo...”) quando, na verdade, nada disso é normal ou aceitável (THINK OLGA, 2018).

Os meios de transportes públicos são diariamente utilizados para a locomoção, segundo estudos do IPEA de 2017, 65% da população brasileira usa o transporte público nas capitais, área de maior fluxo e concentração de pessoas. Em razão dessa grande circulação, as mulheres são o alvo da maioria dos constrangimentos e das práticas naturalizadas pela sociedade patriarcal, e assim, a mulher tem seus direitos à cidade, limitados pela demarcação de espaço do homem nos transportes (BENEDICTO, 2017, p.3). Além desses atos em transportes públicos, inúmeros são os relatos de assédio sexual em meios de transportes privados em que o motorista dispensa sua ética profissional e desrespeita suas clientes. O Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, através do Dossiê da Mulher, publicou um estudo referente à violência contra mulher e relatou a ocorrência, em 2018, de 150 casos de assédio sexual, 193 registros de ato obsceno e 638 casos de importunação ofensiva ao pudor denunciados à polícia e, dentre esses, 12,5% ocorreram em via pública, incluindo os transportes coletivos/alternativos, e 17,7% em “outros locais”, enquadrando-se nessa categoria os transportes privados (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018).

Outro frequente problema enfrentado ao realizar análises quantitativas dos assédios sexuais, é a baixa quantidade de denúncias que chegam até a polícia e, quando há denúncia, tem-se a dificuldade probatória dos fatos narrados. Desse modo, há uma falha na segurança da mulher no que tange a legislação do assédio sexual. O assédio torna-se então, uma prática naturalizada e diariamente enfrentada por diversas mulheres. Assim, com o intuito de fortalecer a pesquisa sobre o assédio sexual nos meios de transportes e às iniciativas privadas femininas, empõem-se os resultados de uma coleta de dados referente ao tema.

## **2.1 Resultados da aplicação de questionários: a realidade do assédio sexual**

A fim de dar maior veracidade a pesquisa sobre assédio sexual, foi realizado, no período de 21 de maio de 2019 ao dia 01 de junho de 2019, um questionário intitulado “Questionário referente à pesquisa: “Discurso de ódio como potencial inviabilizador



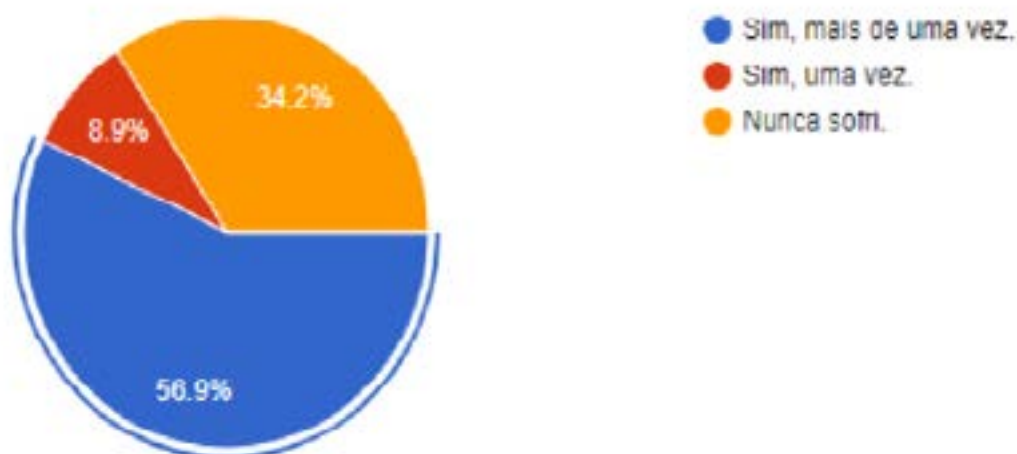
das iniciativas femininas contra o assédio nos meios de transporte”. A referente formulário contou com 16 perguntas através do Googleforms, sendo impulsionado pelas redes sociais das pesquisadoras, professoras e demais acadêmicos da Universidade Federal de Santa Maria, alcançando-se 362 respostas com 82,5% dos participantes enquadrando-se no sexo feminino. Os questionamentos referentes a assédio foram feitos com respostas optativas previamente fornecidas. Referente à escolaridade, 93,9% já haviam terminado o ensino médio e 82,5% estavam cursando graduação, pós ou técnicos ou já haviam concluído.

A questão cinco obteve 360 respostas e, ao analisar o gráfico, conclui-se que 65,8% dos participantes já sofreu assédio, verbal ou físico, em local público e, ainda, 56,9% desses sofreram-o mais de uma vez. Na questão de número 6, referente ao assédio no transporte público, 103 pessoas declaram já terem sofrido assédio nesse local ao menos uma vez.

Figura 1. Pergunta 5 do Questionário

### 5. Você já sofreu assédio sexual, verbal ou físico, em local público?

360 responses



Fonte: “Questionário referente à pesquisa: “Discurso de ódio como potencial inviabilizador das iniciativas femininas contra o assédio nos meios de transporte”- Google Forms

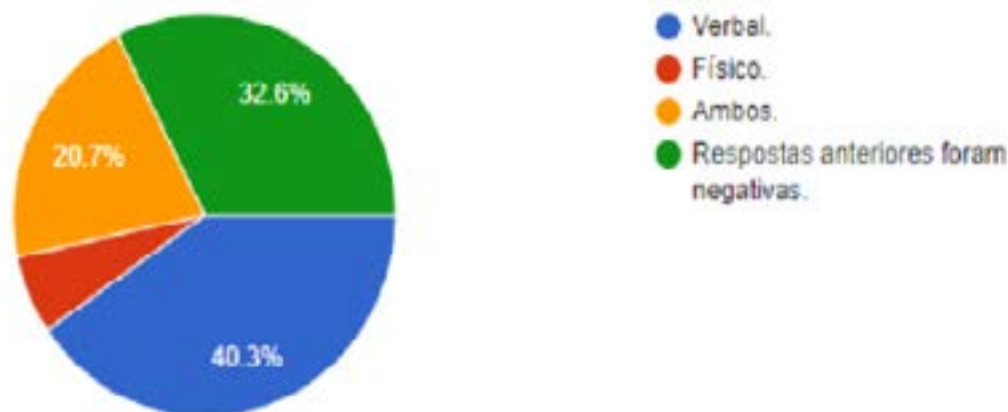
Para esclarecer quais as formas de assédio são as mais frequentes no dia a dia, foi questionado aos participantes, na pergunta sete, se esse assédio era físico, verbal ou se foi das duas formas. Ainda, havia a opção para as pessoas que nunca sofreram assédio. Nesta questão, obteve-se 347 respostas e conclui-se que mais da metade dos casos de assédio, 61% precisamente, envolvem o assédio verbal e 94

dos casos envolveu assédio físico de um total de 297 casos de assédio.

Figura 2. Pergunta 7 do Questionário

7. Caso as respostas anteriores foram positivas, esse(s) assédio(s) foi (foram) verbais, físicos ou ambos?

347 respostas



Fonte: "Questionário referente à pesquisa: "Discurso de ódio como potencial inviabilizador das iniciativas femininas contra o assédio nos meios de transporte"- Google Forms

É notório, portanto, que há assédio na sociedade brasileira e que ele ocorre tanto físico como verbalmente. Tem-se uma predominância do assédio verbal que, por ser uma prática mais fácil, é constantemente usado pelos agentes a fim de constranger as mulheres no seu dia a dia. Além disso, nota-se que com o transporte público, utilizado por mais da metade dos participantes- mesmo que raramente-, o assédio é reduzido se comparado com os demais locais públicos, mas, mesmo assim, um terço dos participantes declarou ter sofrido, ao menos uma vez, intimidações nesses locais. Para elucidar a pesquisa, então, foram realizados questionamentos para averiguar a validade ou não de investimentos em transportes exclusivos às vítimas de assédio.

### 2.1.1 ANÁLISE QUANTITATIVA À LUZ DAS INICIATIVAS DE SEGURANÇA NO TRANSPORTE PÚBLICO

Com o propósito de dar maior clareza ao trabalho, subdividiu-se a análise do questionário. Neste tópico constarão as perguntas referentes a iniciativas para a segurança das mulheres nos transportes públicos. Tendo em vista essa abrangência, foi realizado um questionamento para investigar o grau de relevância que a sociedade dá as iniciativas de transportes exclusivos para mulheres visando sua segurança.

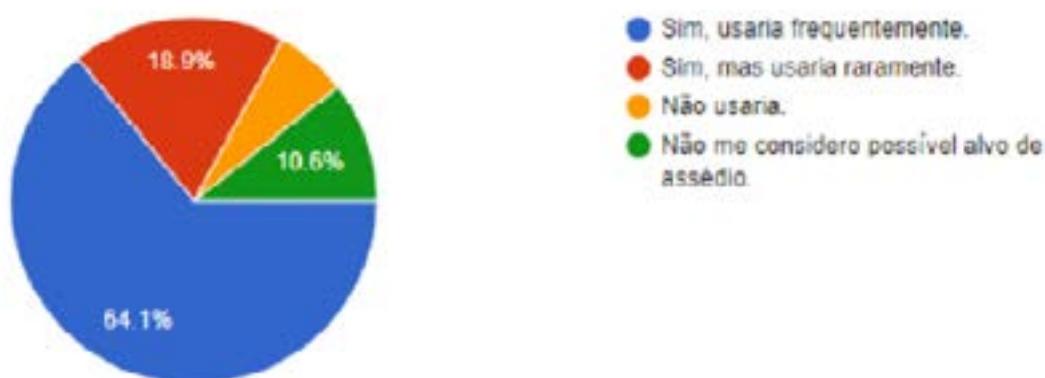
Adquiriram-se, então, as respostas de 50,6% das pessoas considerando-as como muito relevante e 28,3% como relevante, ou seja, mais da metade dos participantes considera, ao menos, importante iniciativas que tenham como finalidade proporcionar maior segurança na locomoção das mulheres e apenas 10,3% não considera essa espécie de projeto relevante.

Para dar maior concretude ao projeto, questionou-se sobre a utilização dessas iniciativas de transporte exclusivo para mulheres. Obteve-se uma grande parcela de participantes que demonstrou interesse nessa atividade para evitar as práticas de assédio, um total de 298 pessoas usaria esses transportes, 18,9 % raramente e 64,1% frequentemente.

Figura 3. Pergunta 9 do Questionário

9. Você, como possível vítima de assédio sexual, usufruiria de iniciativas privadas e/ou públicas de meios de transporte exclusivo à mulheres para evitar essa prática?

359 respostas



Fonte: “Questionário referente à pesquisa: “Discurso de ódio como potencial inviabilizador das iniciativas femininas contra o assédio nos meios de transporte”- Google Forms

Ademais, outra porcentagem significativa concluída com a aplicação do questionário foi na questão da segurança referente ao motorista do transporte (nesse caso o privado em que o contato é mais direto). Quando se tem mulheres como condutoras dos veículos privados, transparece maior segurança física aos passageiros, pois, com elas na direção, o risco de assédio sexual ou intimidações é menor, visto que a maioria dos assédios tem como agressor o homem.

Figura 4. Pergunta 10 do Questionário

10. Você sente-se mais segura (o) em um transporte privado (táxi, uber, garupa...) dirigidos por mulheres ou por homens?

360 respostas



Fonte: “Questionário referente à pesquisa: “Discurso de ódio como potencial inviabilizador das iniciativas femininas contra o assédio nos meios de transporte”- Google Forms

Encaminhando-se à conclusão do questionário, optou-se por realizar perguntas sobre o conhecimento dessas iniciativas atualmente em âmbito nacional bem como em âmbito municipal, nesse caso, em Santa Maria.

As perguntas de número 11 e 12 foram elaboradas referentes ao conhecimento de iniciativas privadas e públicas, respectivamente, de transporte exclusivo para mulheres. Em ambas, a porcentagem de desconhecimento foi elevada, tendo, no primeiro caso, 61,9% de desconhecimento de iniciativas e, no segundo caso, 70,3%. Essa pergunta foi realizada para ter-se conhecimento se a população alvo conhecia alguma prática da espécie do aplicativo Lady Driver ou iniciativas públicas, como ônibus exclusivo ou vagões em metrô para o público feminino.

Nos questionamentos referentes à cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, 74,2% das pessoas não conhece nenhum transporte exclusivo para mulheres que atue na cidade. Entretanto, com o questionamento de número 14 constatou-se que há, na cidade, transportes privados que são dirigidos por mulheres (táxis, uber e outras empresas) e que o conhecimento desses é maior, visto que, 67,5% dos participantes conhecia ao menos um carro guiado por uma mulher<sup>1</sup>. Ocorre um empecilho

1 Desconsidera-se, para fins de porcentagem, os participantes que não se enquadram na população santa-mariense (64 pessoas= 17,8%). Caso considerasse-os, a porcentagem ficaria de 55,6%.

na utilização desses meios devido à dificuldade de contato com essas motoristas, pois, normalmente, acaba-se ligando para o número da empresa ou utilizando o aplicativo dela sem obter a certeza de que a motorista será a requisitada, ou, ao menos, de que será uma mulher. No questionamento, 30,5% das pessoas (109) não sabia como comunicar-se com essas mulheres, sendo que, do total dessa porcentagem, 37,8% não se enquadravam na pergunta.

Dessa forma, com a arrecadação de dados em virtude do questionário, constatou-se que os maiores problemas nos transportes privados são a falta de motorista ou a dificuldade de requisitar os seus serviços. Ainda, referente aos transportes públicos, aferiu-se que não há essa espécie de iniciativa municipal e que, quando há, a fiscalização é precária, como ocorreu na iniciativa do rio de janeiro (R7, 2014)<sup>1</sup>, assim, as pessoas alvo de assédio sexual não são respeitadas quando possuem alguma medida para proteger-se e, ainda, possuem grande dificuldade de comprovar o dano sofrido.

## **2.2 O problema das legislações de proteção às mulheres frente a assédio**

A legislação brasileira assegura a todos direitos referentes à dignidade da pessoa humana, dentre eles enquadram-se o direito a uma vida digna, o direito a igualdade, ao respeito e o direito de ir e vir. Entretanto, sabe-se que esse último não se concretiza em diversos ambientes nos quais a mulher encontra como obstáculo da sua liberdade de locomoção o constrangimento e importunações que caracterizam o assédio sexual. Assim, reafirma a autora Edna A. F. Benedicto a fragilidade do direito da mulher na prática e as formas de ser e aparecer do machismo nos espaços públicos tem sido considerado uma das formas de impedir as mulheres de usufruírem de forma tranquila as estruturas e espaços que as cidades oferecem. (BENEDICTO, 2017, p.2).

O assédio sexual engloba desde importunações como comentários com intimidações ou obscenidades e até contato físico com teor sexual podendo enquadrar-se em três tipos penais de acordo com o grau de importunação, o ato obsceno, a importunação ofensiva ao pudor e o estupro (DIEMINGER, 2019, p. 107). No entanto,

---

<sup>1</sup> Houve, no Rio de Janeiro, o Decreto 46.072/17 que garantiu um metrô exclusivo às mulheres e pessoas que se identificam com o gênero feminino, entretanto, os homens não respeitam tal medida.

no código penal a tipificação intitulada como assédio sexual vem prevista no artigo 216-A, contando com o seguinte teor: “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (BRASIL, 1940). Desse modo, o assédio é caracterizado por ser uma conduta que o agente se prevalece de uma posição hierárquica para constranger a vítima com o fim de obter vantagem ou favorecimento sexual (SILVA, 2012, p. 66).

Há, mesmo com a tipificação explicitada na legislação brasileira, diversos problemas advindos do assédio e desamparados pela lei, ou, então, que a lei torna-se ineficaz perante eles. Por esse fato, diversas de mulheres encontram-se desassistidas frente à ineficácia ou lacunas legislativas. Os transtornos enfrentados pelas mulheres decorrem de problemas legislativos, sociais e, até mesmo, problemas culturais. Neste misto, há falta de apoio à vítima e a culpabilização desta diante do assédio, pois a sociedade tende a apontar para a mulher como a principal causadora do assédio sofrido e naturaliza para o agressor, como um ato de “brincadeira” (BENEDICTO, 2017, p. 04). Assim, agregando-se aos problemas culturais em que se acredita que a mulher deve subjugar-se ao homem, como ocorria antigamente<sup>1</sup>, a figura da feminina acaba desamparada, e o agressor vê-se impune ao crime cometido e, assim, como há a perspectiva de que não há sanções, comete-o novamente.

Diversos são os casos, por exemplo, de dificuldade em comprovar o assédio sexual verbal e, até mesmo, o físico, pois ele deve ser feito por meio de filmagens ou testemunhas e, normalmente, a sociedade não quer comprometer-se com assuntos criminais e por limites burocracias, a obtenção de filmagens, muitas vezes, torna-se um obstáculo, o que acarreta na desistência de denúncia. Também, agregando-se a isso, a falta desse registro dá-se por não ser um tema tratado com a necessária importância, justamente pela naturalização do assédio pela sociedade e por não haver o cuidado psicológico necessário, acarreta em traumas ainda maiores nas vítimas.

É visível, portanto, que diversas são as consequências para a saúde física e emocional da vítima por não ter sua causa tratada com respeito e por ter sua priva-

---

1 No antigo Código Civil (1916), era o normatizado, antes de advir o Estatuto da Mulher Casada, no artigo 6º, que a mulher casada era considerada relativamente capaz e a administração familiar era papel do homem, ou seja, a mulher deveria obedecer ordens administrativas e solicitar ao homem assuntos referentes até mesmo ao trabalho, pois não era permitido que ela trabalhasse por conta própria.

cidade invadida, isso é: ansiedade, depressão, perda ou ganho de peso, dores de cabeça, estresse e distúrbio de sono (BENEDICTO, 2017, p. 05), ainda, síndrome do pânico, vergonha, nojo, raiva, sensação de culpa e o medo que, num extremo, o assédio torne-se um estupro (SANTOS, 2017, p. 05-06). Nota-se, então, que unindo todos esses fatos que tornam a vítima desamparada legislativamente, socialmente e psicologicamente, a concretização dos direitos das mulheres está longe de ser efetivada, por essas razões surgem estratégias de combate ao assédio que são realizadas principalmente por mulheres – incluindo-se as vítimas- e apoiadas pelos simpatizantes da causa. É dessa forma que surgem iniciativas para efetivar a demanda de combate ao assédio sexual e do direito de locomoção seguro, que, normalmente, são idealizadas por alvos desse assédio, dentre essas iniciativas está o “personagem” desse estudo, o aplicativo Lady Driver.

### **3. A INICIATIVA FEMININA, O APLICATIVO LADY DRIVER: DEFINIÇÃO, FINALIDADE E EFEITOS PARA GARANTIR A SEGURANÇA DA MULHER**

O aplicativo *Lady Driver* foi lançado no dia 08 de março de 2017, pela idealizadora Gabryella Correa, sendo a primeira aplicação legalizada que conecta passageiras à motoristas mulheres, além de ser o maior aplicativo de transporte feminino da América Latina. O aplicativo iniciou com 1.800 motoristas, contando no seu segundo ano, com 35 mil motoristas em São Paulo e mais de 500 mil downloads no aplicativo.

O *Lady Driver* surgiu com a proposta de trazer igualdade de gênero a este estigma da profissão masculina nos meios de transporte principalmente privados e incentivar a independência financeira das mulheres. Atrelado a tais fatores, a necessidade de fortalecer a segurança feminina foi um estímulo à criação, conforme relatos de Gabryella:

A ideia surgiu depois que eu sofri um assédio pelo taxista que eu chamei via aplicativo. Foi uma situação muito difícil, fiquei muito nervosa, e depois disso decidi criar um aplicativo, porque eu não queria que outras mulheres passassem pela mesma situação. Acabei usando a minha experiência negativa para uma ideia positiva, capaz de ajudar outras mulheres (MÍDIA CENTER LADY DRIVER, 2018).

Em virtude dessa experiência, após um ano dedicado ao estudo tecnológico, ao desenvolvimento, abertura e processo de legalização da empresa, concretizou-se a ideia como marco de progresso na proteção da locomoção feminina. A necessidade

de segurança se verifica visto que há receio por parte da mulher em utilizar aplicativos de transporte, no qual se desconhece o perfil do motorista, enquanto a identidade, moradia e local de trabalho dessas mulheres estão expostos. Diante desses aspectos, facilita-se, em caso de denúncia por assédio ou violência efetuada pelas transportadas, um retorno negativo dos motoristas que sabem onde as encontrar.

Torna-se indispensável ponderar o incentivo que a idealizadora do projeto obteve, primeiramente das mulheres de sua família e amigas que, por serem as principais vítimas do assédio, já presenciaram situações diversas de abusos no transporte privado. Em segundo plano, houve o apoio do pai e outros homens da família, que foram duvidosos de início à criação do aplicativo, por desacreditarem no sucesso dessa iniciativa e, de pronto, por não vivenciarem os acontecimentos abusivos que ocorrem no cotidiano da mulher. Com relação às expectativas do aplicativo, Gabryella destaca que:

Meu sonho é que a Lady Driver, esteja em todas as capitais e regiões e que as mulheres possam ser transportadas com segurança, dignidade e que seja normal ver uma mulher dirigindo sem preconceito, sendo independente e tendo uma boa renda. (MÍDIA CENTER LADY DRIVER, 2018)

Apesar do diferencial do aplicativo ser o transporte de passageiras mulheres, é possível ainda, o acompanhamento de homens (seja filho, amigo, marido, dentre outros), não retirando a peculiaridade da ideia original dessa iniciativa. Além disso, é importante ressaltar que, referente à economia desse serviço, as taxas são similares às aquelas cobradas pelos demais aplicativos de transporte, valorizando o trabalho realizado pela mulher a fim de eliminar a disparidade salarial de gênero.

### **3.1 Redes sociais como viabilizadoras de discurso de ódio**

O discurso de ódio manifesta uma discriminação, um ato atentatório à dignidade da pessoa humana, baseado na disseminação de ofensas a determinado grupo, gênero, raça, etnia, dentre outras características distintivas da sociedade, frutos da intolerância. Apesar de o preconceito estar enraizado na base social e não ser uma questão inédita, a incitação ao ódio, mesmo assim, pode ser considerada atual, uma vez que produz reflexos nas relações contemporâneas, sendo constantemente objeto de produção científica. Diante disso, pesquisadoras da área conceituam que:



O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. (DA SILVA; NICHEL; MARTINS; BORCHARDT, 2011, p. 447)

Nesse sentido, no momento em que a ofensa se externaliza, tornando-se pública, há necessidade de meios de intervenção, como os ramos do Direito, para coibir os ataques e dar suporte aos efeitos danosos sofridos pela pessoa. Outro fator de relevo ao âmbito jurídico dá-se pelo fato da extensão dos conteúdos nocivos e amplitude do ato danoso, que se assevera ao surgimento de obstáculos como a questão do anonimato, a facilidade da criação de sites e perfis fakes, como meios que desafiam o controle de primazia à dignidade humana no tocante a conteúdos propagadores de ódio.

A criação de estereótipos, a triagem de culturas e a seleção de fatos sob um único panorama são questões programadas à incitação ao ódio. Diante desses conteúdos pré-prontos destinados à comunicação odienta, há ampliação de fala ao discurso de repulsa pela falta de apoio à contraposição de argumentos para a defesa das vítimas dessas manifestações, fator que, conseqüentemente, cede espaço a intolerância. Embasando-se nessas circunstâncias, o ato de insulto é uma forma de disseminação do discurso de ódio que se remete à vítima, podendo consistir ainda, em grupos que partilham das mesmas particularidades. No que concerne tal avença à heterogeneidade, a regulamentação brasileira por meio da Lei n. 7.716/89, em seu artigo 20, considera crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Os atos de intolerância que não se enquadram nessa legislação específica devem ser analisados sob parâmetros inseridos na Constituição Federal de 1988, como a igualdade perante a lei, a dignidade humana e o não tratamento desumano ou degradante.

A exteriorização do pensamento hostil provoca impactos desenfreados, uma vez que não se conhecem os limites que essa manifestação alcança no que tange a quantidade e individualidade. Diante disso, em razão da acessibilidade aos meios de transmissão de informações, a internet emerge como um difusor destaque, devido à desproporção e imoderação de conteúdos nocivos vinculados a tal meio de propagação. Contudo, pode-se afirmar um conflito de direitos: em um lado a defesa à dig-

nidade da pessoa humana e, no outro, a garantia da liberdade de expressão. Nesse sentido, postula Samantha Ribeiro:

A princípio não se pode admitir que o agravo a terceiros ou a difamação justifiquem a proibição da liberdade de expressão como regra geral, pois o próprio ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos necessários para coibir e reparar tais situações, como o direito de resposta, os crimes de calúnia, difamação e injúria (esfera penal) e a reparação por danos materiais e morais (esfera civil). É necessário analisar cada caso isoladamente, não se pode criar uma regra geral aplicável para todas as situações, pois se trata de um conflito de direitos fundamentais, que deve ser solucionado com a aplicação do princípio da proporcionalidade. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 103)

Por fim, tendo em vista o preceito pragmático da incitação ao ódio e seu recrudescimento por ser uma representação de intolerância, acomete-se à diversidade e instiga o preconceito e a discriminação. Entende-se então, a possibilidade de consubstanciar a relação do discurso de ódio em relação à defesa da pessoa, em que a solução estaria apoiada em uma regra fundamental: o respaldo a liberdade de expressão enquanto não interpelar a dignidade da pessoa humana, como um instrumento de manifestação idônea e consagrada pelo direito.

#### **4. A PUBLICAÇÃO NO JORNAL O ESTADÃO: OS COMENTÁRIOS DISSEMINADORES DE ÓDIO**

O estudo realizado tomou como base a análise de uma publicação na rede social facebook do jornal Estadão na data de 30 de agosto de 2017. Essa publicação é uma matéria jornalística com objetivo divulgar ao público informações sobre o primeiro aplicativo idealizado em São Paulo para transporte privado de mulheres. A matéria continha o seguinte título: “São Paulo tem o primeiro aplicativo de transporte só para mulheres”, a seguinte descrição: “Lady Driver nasceu após fundadora sofrer assédio”.

Constatou-se, com a análise do post, que havia inúmeros comentários com característica de discurso de ódio e carga machista. Tendo como base essa definição, foi selecionado no dia 22 de abril de 2019 os 50 comentários determinados, pelo próprio facebook, como mais relevantes. Dentre esses, excluiu-se os comentários que diziam respeito ao tema “banheiro unissex”<sup>1</sup>, por não ser pauta de análise desse

---

1 Esse assunto foi pauta na metade do ano de 2017 em razão da criação de um banheiro unissex - que tem o intuito de promover a inclusão das pessoas transgeneras na sociedade- na PUC SP.

artigo, entre esses comentários restantes – um total de 47 comentários- excluiu-se, ainda, os comentários que eram apenas marcações de amigos para disseminar a informação<sup>1</sup>, restando, então, 40 comentários, e, por fim, foram excluídos os comentários com cunho político explícito, ou seja, comentários que expusessem partidos ou nome de políticos/ candidatos. A fim de esclarecer a utilização do discurso de ódio como meio para a propagação do machismo, que é um dos objetivos deste trabalho, foram selecionados os 10 comentários que possuíam a maior carga agressiva contra o aplicativo e contra as mulheres ou que levantassem questões interessantes ao debate do tema.

Tabela 1. Comentários selecionados da publicação do facebook do jornal Estadão do dia 30/08/2017

	COMENTÁRIO
C1 <sup>2</sup>	Mulheres querendo dividir o País, muitas vezes com falsas acusações e tentando atacar como pode para terem “direitos”, quer ter direitos? Trabalhe, estude, se forme, faça algo de útil na vida e não ficar com peito murcho e menstruação à mostra querendo chamar atenção e fazer baderna, sou a favor dos direitos iguais mas esses lixos não estão lutando contra os direitos iguais e sim querendo ter MAIS direitos do que o homem ou querendo se mostrar, engraçado que uma amiga minha é “feminista” e luta pelo direito igual, quando saiu o mimimi de pagar a entrada da balada por igual ela foi a primeira a falar que “é um absurdo” porque as mulheres tem que pagar o mesmo valor que os homens...
C2	Legal a idéia,mas acho bem estranha toda essa história de # meu motorista abusador não mostrar prints dos assédios. Mas parece marketing sujo.

Tabela 1. Comentários selecionados da publicação do facebook do jornal Estadão do dia 30/08/2017

	COMENTÁRIO
C2	Mas enfim.... Oportunidade de emprego e escolhas...

1 Importante ressaltar que essa disseminação ocorreu, em alguns casos, de forma pejorativa.

2 Foram substituídos os nomes das pessoas que realizaram os comentários pela letra C e os números foram elegidos para organização dos comentários, a ordem aqui expressa foi retirada da ordem de comentários relevantes do facebook.

<b>C3</b>	É que tal um só para homens? Vai ser marxista isso? Um só para brancos? Vai ser racismo? Um só para brasileiros? Vai ser xenofobia? Um só para hetero? Vai ser homofobia? Um só para ricos? Vai ser elitista? Um só para universitários? Vai ser academicista? Um só para uma classe de trabalhador? Vai ser corporativismo?
<b>C4</b>	Esse o problema que as pessoas (principalmente esquerdista) não entende, cada vez que vc divide a sociedade em algum grupo vc cria divisão, segregação, disputa etc, pq notem, se eu criar qualquer um desses aplicativos serei rotulado de tudo, mas quando é para negro, mulher, gay, pobre etc é empoderamento, justiça social etc? Se tiver orgulho negro, vc fomenta o orgulho branco (e vai ser chamado de racismo ou supremacista branco), ou seja, enquanto não for o humano, sempre vai haver a tal “luta de classes” que é a única coisa que alegam para venderem suas ideias populistas que afundam ainda mais o mundo em ódio, racismo e preconceito
<b>C5</b>	Da calúnia e difamação meu amor. Vou adorar ganhar um processo encima de vc feminista. Será que vou te que marcar o X <sup>1</sup> aqui nosso futuro presidente pra vc parar de chorar. Sai daqui vitimismo
<b>C6</b>	Nossa demo deusas. Depois ficam chorando, ah se fizessem um transporte só para homens, aí era machismo e blablabla, olha aí X E X
<b>C7</b>	Uma lástima isso, acho que não deveria existir, nada do tipo, como vagão em metrô exclusivo, transporte exclusivo... Acho sim que deveria existir respeito entre os seres humanos
<b>C8</b>	E eu queria saber o porque disso ser comemorado, as pessoas não falam tanto de igualdade de gêneros hoje em dia? Quer dizer que no futuro perfeito delas, tudo vai ter uma versão pra homem e pra mulher? Vocês não acham que isso vai gerar uma desigualdade no mundo!?
<b>C9</b>	Tem um nome, um termo pra se referir a isso. Economia feminina, sei lá, esqueci o nome do termo. Mas é algo um pouco antigo já. Por exemplo, existem empresas de reparos domésticos (encanador e etc) só para mulheres.
<b>10</b>	Acho a iniciativa bem válida, embora inconstitucional. Mas o que é antagônico, é que pregam tanto a “inclusão”, igualdade, mas agem com apartheid. Fico aqui imaginando, se essa ideia fosse para homens: MACHISMO!

Fonte: Facebook Jornal Estadão

<sup>1</sup> Foram substituídos os nomes de pessoas marcadas ou citadas pelos comentários pela letra X.

Encontrou-se, portanto, comentários que alegaram que essas empreendedoras estavam pregando uma segregação entre homens e mulheres (C1, C4, C8 e C10). Ainda, houve comentários deslegitimando a causa e equiparando-a a outros temas (C1, C3, C4, C6, C9 e C10). Os comentários atacando diretamente as mulheres comparando-as a “lixo” (C1) e alegando que suas lutas são vitimismo (C5) ou formas de obter mais direito que os homens (C1), que são os responsáveis pela necessidade dessa luta. Há visível no comentário C2, pessoas que questionam a veracidade dessa iniciativa feminista alegando interesse econômico e marketing. Por fim, há comentários que não compreendem a necessidade de ações em prol da segurança feminina ou, conforme o comentário C10 sugerem medidas extremistas e bruscas que de nada efetivaria o direito das mulheres atingindo diretamente o direito à vida de outrem.

Percebe-se, portanto, que o comportamento dos internautas nas redes sociais nem sempre é embasado de conhecimento sobre o tema ou tem-se o cuidado de tratá-lo de forma respeitosa e com abertura a discussões sensatas. Isso é visto porque diversos foram os comentários que deslegitimaram a luta equiparando-a à segregação, à capitalismo e economia feminista, à busca de mais direitos, entre outros. E poucos focalizaram o verdadeiro tema em debate: a segurança da mulher frente ao assédio sexual. Os ataques, em sua maioria, foram com o objetivo de atingir as idealizadoras e as causas feministas, mas, em nenhum deles deu-se a atenção necessária ao tratamento do assédio na sociedade, bem como às vítimas desse. Nota-se, portanto, que os comentários procuraram diversos alvos diferentes à iniciativa de proteção à mulher, mas, esqueceram-se do principal causador dessa celeuma, o assédio nos meios de transportes.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O assédio sexual é uma prática naturalizada na sociedade brasileira uma vez que a mulher passa por diversos conflitos em razão disso no seu dia a dia, sendo necessário que adotem novas práticas para desviarem-se desse assédio, em primazia ao bem-estar da sua saúde física e emocional. Além disso, a mulher vê-se desamparada em razão da legislação não possuir tamanha aplicabilidade na prática, a falta de comprovação é um grande impeditivo para a punição do assédio. Dessa forma,

deve-se almejar, com outras medidas aplicáveis à causa, maior proteção da vítima e alargar os meios probatórios à importunação por ela sofrida e, ainda, retirar o selo da naturalização social, bem como impor sanções efetivas aos assediadores.

Constatou-se ainda, que o discurso de ódio, como referido, é considerado uma manifestação discriminatória externalizada e seus efeitos afrontam a dignidade de determinados indivíduos ou grupos. Por tais fatores, seu estudo possui total relevância afim da repulsa à repressão do diferente, em que ultrapassa a violação do indivíduo no particular ao intentar a uma coletividade expressiva e suscitar conjuntura social desproporcional entre o superior e o inferior, tornando impossível a este, desvincular-se de suas peculiaridades identitárias para fazer parte do grupo dominante.

Assim, é possível relacionar o discurso de ódio como sendo um instrumento inviabilizador das iniciativas femininas, uma vez que, como visto, atingiu diretamente o projeto em estudo a partir de comentários negativos nas redes sociais, que acabam influenciando e servindo como suporte para demais manifestações nocivas ao desenvolvimento de tais ações, como o *Lady Driver*.

O estudo demonstrou, além disso, que o discurso de ódio nem sempre é relacionado diretamente com o tema, e sim com temas satélites polêmicos na sociedade e que, muitas vezes, objetivam atingir uma causa/luta por não participarem da mesma. Mas, mesmo não sendo diretamente relacionados ao assédio, esses comentários funcionam como um grande desestimulador de novos investimentos por ser uma perspectiva contrária, visto que muitos analisam tal causa como segregação ou uma superfaturação de um vitimismo da sociedade.

Conclui-se, portanto, que o cotidiano das mulheres é afetado por essas práticas e que são necessários maiores investimentos em prol de sua segurança, sejam eles legislativos, públicos ou particulares. Entretanto, a fim de diminuir o ódio disseminado sem fundamentação, é necessário que as causas sejam explicitadas e que haja maiores espaços de divulgação da necessidade de tais causas, e, principalmente, é imprescindível que existam medidas pedagógicas a fim de desnaturalizar o assédio da sociedade, que deverá atingir desde a cultura de assédio entre os homens, assim como, a naturalização e falta de sororidade que existe na sociedade frente às importunações sexuais sofridas pelas mulheres. Assim, conscientizar a sociedade que a mulher não é mais subjugada ao homem é de extrema relevância.

## REFERÊNCIAS

BENEDICTO, Edna Aparecida Ferreira. A mulher e o direito a cidade: assédio sexual X cantadas. In: XXIX SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, Brasília, 2017. **Anais...**, Brasília, 2017. Disponível em: [https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1491153147\\_ARQUIVO\\_ednabenedicto.pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1491153147_ARQUIVO_ednabenedicto.pdf). Acesso em: 05 out. 2020

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 05 out 2020

DATAFOLHA. 42% das mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual. **Instituto de Pesquisa Datafolha**. São Paulo, 11 janeiro 2018. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/01/1949701-42-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual.shtml>. Acesso em: 02 jun 2019

DIEMINGER, Carlise Clerici. **Democracia Participativa: ciberfeminismo contra a violência sexual e seus reflexos na biopolítica**. Santa Maria: UFSM, 2019. 133 p. Dissertação – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2019.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Dossiê da Mulher**. Disponível em: <http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/Mulher.html/>. Acesso em: 15 nov 2020

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

MÍDIA CENTER LADY DRIVER. **Mulheres que inspiram**: Gabryella Correa, da Lady Driver. Disponível em: <http://midiacenter.ladydriver.com.br/mulheres-que-inspiram-gabryella-correa-da-lady-driver/>. Acesso em: 27 jun 2019

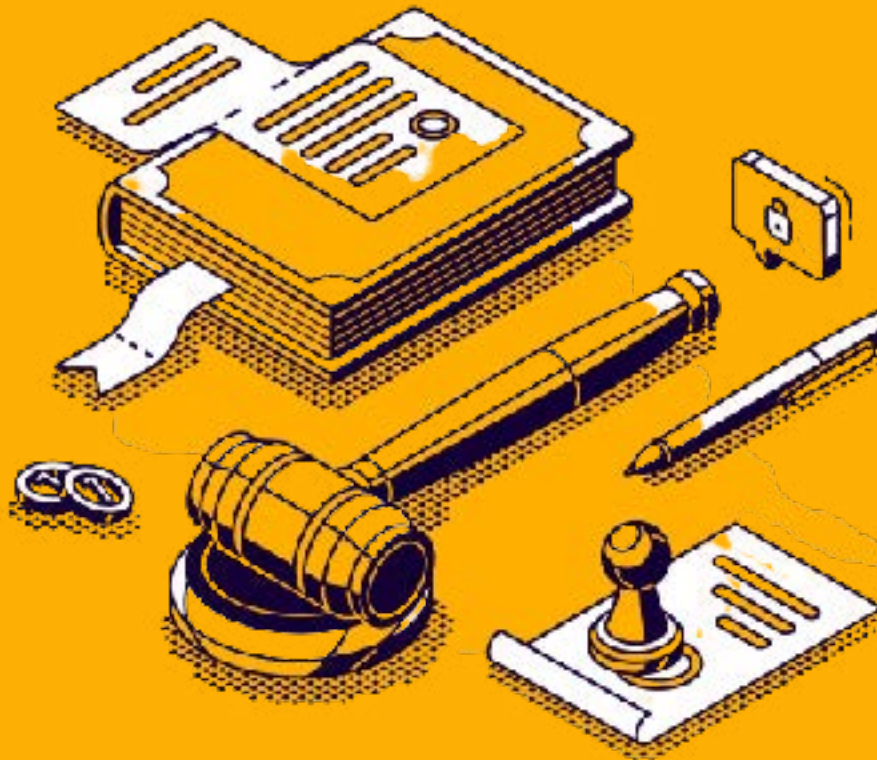
R7.**R7 testou**: homens desrespeitam vagões exclusivos para mulheres em trens e metrô no Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/r7-testou-homens-desrespeitam-vagoes-exclusivos-para-mulheres-em-trens-e-metro-no-rio-23032014> Acesso em: 30 jun 2019

SANTOS, Maria da Conceição dos. **Corpos em trânsito: um estudo sobre o assédio sexual nos transportes coletivos de Aracajú**. In: V SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES. Salvador, 2017. **Anais...**, Salvador: V. 1, 2017, ISSN 2238-9008. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/artigo/visualizar/30494>. Acesso em: 05 out 2020

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 3º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2012

SILVA, Rosane Leal da; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. Revista Direito GV, v. 14, p. 445-468, 2011.

THINK OLGA. **Chega de fiufiu**. Disponível em <https://thinkolga.com/2018/01/31/che-ga-de-fiu-fiu/>. Acesso em: 13 jun 2019.



# **O MARCO CIVIL DA INTERNET E O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A GUARDA DE REGISTROS DE CONEXÃO<sup>1</sup> E DE ACESSO A APLICAÇÕES DE INTERNET<sup>2</sup> DE ACORDO COM A LEI 12.965/2014**

**Gustavo Dorneles Moraes<sup>3</sup>**

---

1 Conforme o art. 5º, VI, do Marco Civil da Internet, registros de conexão são “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (BRASIL, 2014).

2 De acordo com o art. 5º, VIII, do Marco Civil da Internet, registros de acesso a aplicações de internet são “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP” (BRASIL, 2014).

3 Acadêmico do 11º semestre de Direito Noturno da UFSM. E-mail: gustavo\_ds\_moraes@hotmail.com



**Resumo:** Este artigo faz uma análise sobre a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet conforme previsto no Marco Civil da Internet, verificando se essa guarda de registros está em conformidade com o direito à privacidade, de acordo com o valor que o ordenamento jurídico brasileiro dá a esse direito. Entre seus objetivos, o artigo faz um histórico das regulamentações e da jurisprudência sobre o tema no Brasil, de forma a contextualizar a situação atual; depois é feita uma análise sobre o direito à privacidade e sua relação com o Marco Civil da Internet, para avaliar o quão importante é o direito à privacidade para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente para o Marco Civil; a seguir, é feito um exame sobre os dispositivos do Marco Civil da Internet com relação à guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, utilizando como base o entendimento doutrinário sobre o assunto; na sequência, há uma exposição sobre como é a legislação sobre guarda de dados na União Europeia, utilizando-a como medida para mudanças que devem ser feitas na legislação brasileira relativa ao tema. Como problema de pesquisa, questiona-se quais são os limites para a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, procurando determinar esses limites de forma que estejam em conformidade com o direito à privacidade. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, e os métodos de procedimento foram o histórico, o comparativo e o monográfico. Como conclusão, foi descoberto que o âmbito da obrigação de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet conforme previsto no Marco Civil da Internet não está bem delimitado pela lei, devendo a legislação ser mais restritiva e precisa quanto a essa obrigação; além disso, concluiu-se que o Marco Civil da Internet possui muitas lacunas, devendo ser regulamentado de maneira mais abrangente do que foi pelo Decreto 8.771/2016.

**Palavras-Chave:** Marco Civil; Internet; Privacidade; Registro.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Nos últimos anos o uso de internet se tornou algo cotidiano para milhões de pessoas no Brasil, e uma das maiores preocupações concernentes à utilização da rede mundial de computadores está relacionada ao sigilo das informações compartilhadas pelos usuários, pois muitas vezes essas informações possuem um conteúdo

considerado pelo usuário como íntimo ou privado. Por outro lado, o combate à criminalidade na internet fica dificultado quando não são dadas condições para os investigadores identificarem o criminoso ou colherem provas na rede virtual, considerando que muitas investigações dependem da violação de dados sigilosos; além do mais, deve ser levado em consideração que a internet é um terreno fértil para alguém cometer crimes sem ser identificado e deixando poucos rastros.

Com o objetivo de regulamentar a utilização da internet surgiu, em 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, lei que trouxe várias inovações com relação ao direito à privacidade dos usuários de internet. Dentre estas inovações, duas delas serão analisadas neste artigo: a do art. 13, que obriga os provedores de internet a manterem os registros de conexão pelo prazo de um ano, e a do art. 15, que obriga os provedores de aplicações de internet (com algumas exceções) a manterem os registros de acesso a aplicações pelo prazo de seis meses.

Estes dispositivos foram previstos na Lei para auxiliar os órgãos de segurança no combate de eventuais crimes que sejam cometidos por usuários de internet; contudo, ainda restaram muitas dúvidas sobre as condições dessa guarda dos registros, dúvidas cuja importância serviu de estímulo para o presente artigo.

Devido ao ineditismo na legislação brasileira da existência de prazos para a guarda dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, tanto a doutrina quanto a jurisprudência sobre o assunto ainda são bastante escassas. Por este motivo, é importante que haja um exame sobre esse assunto, uma vez que o próprio Marco Civil da Internet deixou várias lacunas a serem preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência.

A pesquisa desse tema também é pertinente pela importância que a preservação do direito à privacidade possui atualmente. Num mundo em que está cada vez mais fácil para empresas, governos e mesmo particulares conseguirem dados pessoais de qualquer indivíduo, principalmente de pessoas que usam a internet, é relevante examinar quais medidas estão sendo tomadas pelos legisladores com relação às informações compartilhadas com a internet, pois isso está diretamente relacionado com o direito à privacidade.

Considerada a relevância temática do assunto, este artigo visa responder à seguinte questão: quais são os limites para a guarda de registros de conexão e de

acesso a aplicações de internet perante o direito à privacidade dos usuários de internet?

Entre os seus objetivos, este artigo faz um histórico da regulamentação e das decisões jurídicas sobre o tema no Brasil, anteriores à Lei 12.965/2014, buscando contextualizar o surgimento das normas sobre registro de conexão e de acesso a aplicações de internet.

Na sequência é realizado um estudo sobre a relação entre o direito à privacidade e o Marco Civil da Internet, verificando-se o quão importante é o direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, no Marco Civil.

Logo a seguir há uma avaliação das normas do Marco Civil da Internet referentes à guarda dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, com o propósito de descobrir quais são os limites apropriados para a guarda desses registros, considerando o direito à privacidade dos usuários de internet.

O artigo ainda faz um estudo comparativo, analisando as semelhanças e diferenças da legislação brasileira com relação à legislação europeia sobre o tema, e no que essa última pode servir de exemplo para a legislação pátria.

## **2. HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA NO BRASIL, ANTES DA LEI 12.965/2014**

A primeira lei obrigando empresas privadas a manter à disposição de autoridades públicas dados eletrônicos sigilosos de seus clientes, por prazo determinado, foi a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que estabeleceu em seu art. 17 que “as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais” (BRASIL, 2013a). Conforme esta lei, o delegado de polícia e o Ministério Público possuem acesso aos dados citados no art. 17 sem a necessidade de autorização judicial, o que representa uma violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Quanto à internet, a primeira sugestão visando regular o prazo para a guarda de dados de conexão e comunicação foi apresentada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), em suas “Recomendações para Desenvolvimento e Operação da

Internet no Brasil”, divulgada em 19/8/1999 (CABELLO, 2014, p. 716). Segundo este Comitê, era recomendado aos provedores de acesso que eles mantivessem os dados de conexão e de comunicação<sup>1</sup> realizadas por seus equipamentos por um prazo mínimo de três anos. Em 16 de maio de 2003, o mesmo Comitê reiterou essa mesma posição, mas com o acréscimo de que os demais logs fossem mantidos no mínimo por seis meses (CABELLO, 2014, p. 716).

Como não havia legislação sobre o assunto, coube à jurisprudência preencher a lacuna normativa que havia. E o julgamento mais relevante sobre a questão da guarda de registros da internet, anteriormente ao Marco Civil da Internet, foi o Recurso Especial nº 1.398.985, julgado em 19/11/2013, no qual a relatora Ministra Nancy Andrighy decidiu que “as informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço” (BRASIL, 2013b), com base no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, segundo o qual prescreve em três anos a pretensão de reparação civil (BRASIL, 2002). Além de usar como base o Código Civil de 2002, a relatora também usou como fundamento para a sua decisão a Diretiva 24/2006 da Comunidade Europeia, “que obriga, entre outras coisas, os provedores de serviços de Internet a manterem registro, pelo prazo de até 02 anos, do nome e endereço do assinante a quem esteja vinculado um determinado IP<sup>2</sup>” (BRASIL, 2013b).

Essa foi a primeira decisão do STJ obrigando provedores de conteúdo da internet a armazenarem dados dos usuários por um prazo determinado; entretanto, os efeitos dessa decisão para a estipulação do prazo de guarda, pelos provedores de conteúdo, de informações necessárias à identificação dos usuários de internet não perduraram por muito tempo, visto que em menos de um ano depois desse julgamento seria promulgado o Marco Civil da Internet, que foi a primeira lei a regulamentar o uso da internet no Brasil.

### **3. SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE E O MARCO CIVIL DA INTERNET**

Conforme a Constituição Federal, no seu art. 5º, X, “são invioláveis a intimidade,

---

1 identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada

2 Segundo o art. 5º, III, do Marco Civil da Internet, o conceito de endereço IP (endereço de protocolo de internet) é “o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais” (BRASIL, 2014).

a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Considerado pela Constituição Federal como um dos direitos fundamentais dos brasileiros, fica evidente a importância que o direito à privacidade possui como direito individual, ao ponto de serem consideradas como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Porém, mesmo levando em consideração esta importância que o direito à privacidade possui no ordenamento jurídico brasileiro, a própria Constituição permite que o indivíduo tenha a sua privacidade violada em certos casos, como acontece no art. 5º, XII, da Lei, que prevê que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988). Tanto no caso das comunicações telefônicas como em outras hipóteses legais de violação da privacidade, a violação só é permitida em casos excepcionais; com relação ao sigilo das comunicações, a Constituição abriu uma exceção à inviolabilidade das comunicações telefônicas, exceção essa que deve estar em conformidade com o que foi regulamentado pela Lei 9.296/96.

Sobre a internet, desde o seu advento no Brasil houve um aumento cada vez maior dos seus usuários, chegando à, no ano de 2017, 126,4 milhões de usuários no Brasil segundo levantamento feito pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o que representava na época 69,8% da população com 10 anos ou mais (SILVEIRA, 2018). Foi somente em 2011, muito tempo depois que a internet veio para o Brasil, que surgiu um projeto de lei com o objetivo de regulamentar a internet, o PL 2126, que se transformou posteriormente no Marco Civil da Internet, promulgado em 23 de abril de 2014, depois de grande participação da sociedade civil, participação esta que fez com que a lei sofresse importantes modificações com relação ao seu projeto original<sup>1</sup>.

Entre os seus princípios, foram consagrados pelo Marco Civil da Internet o da proteção da privacidade (art. 3º, II) e o da proteção dos dados pessoais (art. 3º III);

1 Para comparação PL 2126 : [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=912989&filenome=PL+2126/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filenome=PL+2126/2011); Lei 12.965/2014 [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: 01/10/2020.

além disso, estabeleceu que são direitos dos usuários a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 7º, I); a “inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei” (art. 7º, II); e a “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (art. 7º, III); e também que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (art. 8º) (BRASIL, 2014).

No que se refere à guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, estabelece o Marco Civil que “a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas” (BRASIL, 2014). Além dessas citadas, muitas são as menções à privacidade, à intimidade ou à vida privada na Lei, o que demonstra que o legislador compreendeu a relevância que esses valores possuem para os usuários de internet.

#### **4. DA GUARDA DE REGISTROS DE CONEXÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET**

O prazo de um ano de manutenção dos registros de conexão previsto no caput do art. 15 do Marco Civil da Internet vai ao encontro da Resolução 614 da Anatel, expedida em 28 de maio de 2013, que previu, no seu art. 53, que “a Prestadora deve manter os dados cadastrais e os Registros de Conexão de seus Assinantes pelo prazo mínimo de um ano” (BRASIL, 2013c). Segundo Gonçalves (2017, p. 116), “não existem estudos ou pareceres técnicos que sustentem que o prazo de um ano é o mais adequado para a guarda de registros de conexão”, tendo sido, portanto, o prazo de um ano do caput do art. 15 do Marco Civil um fixado arbitrariamente.

Várias são as dúvidas que a lei suscita e que ainda permanecem sem resposta; Godinho e Roberto fizeram alguns questionamentos sobre alguns pontos que a Lei deixa em aberto (2014, p. 751):

[...] quem será responsável por fiscalizar se, de fato, os registros de conexão

serão apagados depois de transcorrido o prazo legal de um ano para seu armazenamento? Como realizar tal fiscalização? A que penalidades estarão sujeitas as entidades que deixarem de apagar as informações armazenadas? Não haveria, aliás, a possibilidade de ocorrer acessos indevidos a tais dados por parte de terceiros? [...]

Pertinentes são as perguntas dos autores, pois a falta de resposta para elas dificulta qualquer responsabilização no caso de haver algum vazamento desses dados por parte dos provedores de internet ou mesmo por parte de alguma autoridade pública que possua os registros de conexão de algum usuário de internet.

Outra questão que a lei ignorou é se o dever de manter os registros de conexão se estendem para quem roteia o sinal de internet por meio de Wi-Fi ou outra tecnologia de compartilhamento de acesso, considerando que aqueles que roteiam, ao compartilharem a Internet com outros usuários, também se tornam provedores de internet. Além disso, o compartilhamento de internet por meio de Wi-Fi faz com que o mesmo IP seja utilizado por todos os usuários de internet que estão conectados na mesma rede, o que é um obstáculo para a identificação de qualquer um deles no caso da existência de um crime cibernético. Para Neto e Garcia (2014, p. 784): “o legislador infraconstitucional deveria ter ido além para, também, estabelecer a obrigatoriedade de manutenção dos registros de acesso às pessoas jurídicas que redistribuem o sinal de internet, enquanto intermediárias do provedor de acesso”.

Há também uma indefinição, criticada negativamente na doutrina<sup>1</sup>, sobre quais autoridades administrativas podem requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados ao prazo superior ao previsto no caput do art. 13 do Marco Civil, conforme o § 2º desse artigo. Sem uma definição sobre quem seria essa autoridade, o requerimento citado no § 2º pode, de acordo com a Lei, ser feito por autoridades tão diversas como o secretário municipal, o cartorário ou um ministro de Estado.

Segundo Neto e Garcia (2014, p. 785), “o legislador quis tratar de qualquer autoridade administrativa que tenha a função de investigação, como, por exemplo, a militar, na apuração de crimes militares, e os membros do poder legislativo, no transcorrer de comissão parlamentar de inquérito”. Ainda que seja essa a interpretação correta da norma e a jurisprudência acabe tendo entendimento neste sentido, houve uma falha do legislador na redação da lei, pois deixou em aberto qual seria a autori-

---

1 Entre os doutrinadores que criticam essa indefinição estão Gonçalves (2017, p. 128) e Neto e Garcia (2014, p. 785).

dade administrativa a que se refere o art. 13 (e também o art. 15).

Outro quesito que o Marco Civil poderia ter elucidado melhor é sobre os critérios para a aplicação de sanções do art. 13, § 6º, no qual é previsto que:

[...] na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência [...] (BRASIL, 2014).

Como visto, a lei não deixa claro quais são as sanções que podem sofrer quem descumpre o que está disposto no artigo, deixando uma margem de discricionariedade muito grande para o juiz. Para evitar a insegurança jurídica, é fundamental que seja definida pela legislação quais são as sanções possíveis pelo descumprimento do art. 13, além de uma contextualização dos conceitos do art. 13, § 6º, que não possuem previsão no Código Penal.

Se, como visto anteriormente, muitas questões relacionadas à guarda de registros de conexão por parte de provedores de internet ficaram sem resposta, de grande valia foi o Decreto 8.771/2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet, ao fixar diretrizes sobre padrões de segurança para os provedores de conexão e de aplicações na guarda de dados. Ainda que não tenha preenchido todas as lacunas da Lei n. 12.965/2014, o Decreto foi um avanço no esclarecimento de alguns dispositivos do Marco Civil.

Quanto ao art. 13, § 2º, do Marco Civil da Internet, nele está previsto que “a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput” (BRASIL, 2014). Algumas perguntas surgem com relação à esse parágrafo: primeiro, quem seria esta autoridade administrativa que pode fazer esse requerimento? A lei deixa em aberto esta questão. Segundo, por que não foi previsto um prazo máximo para a guarda dos registros de conexão com relação à esse requerimento do art. 13, § 2º? Ainda que consideradas as limitações impostas pelos §§ 3º<sup>1</sup> e 4º<sup>2</sup> do mesmo artigo, o § 2º permite que os registros de conexão sejam guardados indefi-

1 “Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput” (BRASIL, 2014).

2 “O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º” (BRASIL, 2014).



nidamente, o que contraria o princípio da presunção de inocência, visto que abre a possibilidade de alguém ser constantemente vigiado por alguma autoridade, sem que haja motivo para isso.

Gonçalves (2017, p. 128) compara essa situação com a de Josef K. do livro O Processo, de Franz Kafka, no qual o personagem é submetido a um processo judicial do qual nada sabe e do qual não pode se defender, devendo apenas aceitar a situação com resignação. Ainda que as duas circunstâncias possuam óbvias diferenças, a situação do personagem ilustra bem o absurdo que é alguém sofrer de uma vigilância ininterrupta.

## **5. DA GUARDA DE REGISTROS DE ACESSO A APLICAÇÕES DE INTERNET NO MARCO CIVIL DA INTERNET**

Em vários aspectos o art. 15 do Marco Civil da Internet se assemelha ao art. 13 da mesma Lei, sendo muitas das críticas e questionamentos feitos àquele artigo podendo ser utilizados para esse último: tal como ocorre com o art. 13, há também semelhante discussão doutrinária com relação ao art. 15 sobre a necessidade de guarda dos registros em um prazo determinado, sobre a indefinição de quem seria a autoridade administrativa, sobre a dificuldade de identificação de algum usuário que utiliza um sinal de internet compartilhado por Wi-Fi e sobre os critérios para a aplicação de sanções a quem descumpre o que está disposto no artigo. Por esse motivo, esses assuntos não serão abordados na sequência.

Uma característica particular do art. 15 é que, segundo o caput do artigo, a guarda de registros de acesso a aplicações de internet é obrigatória apenas para “o provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos” (BRASIL, 2014), não sendo obrigatória para empresas irregulares ou sem organização profissional, pessoas físicas e entidades. Embora não sendo obrigatória a guarda de registros de acesso a aplicações de internet para o provedor de aplicações que não esteja nas condições definidas no caput, o provedor pode ser obrigado à guarda desses registros por ordem judicial, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado, de acordo com o § 1º do art. 15.

Essa desnecessidade de guarda de registros de acesso a aplicações de inter-

net, para o provedor de aplicações de internet que não esteja nas condições definidas no caput do art. 15, pode incentivar criminosos a utilizarem desses provedores para cometerem seus crimes, sabendo eles que a identificação da autoria dos seus delitos será mais difícil nesse tipo de provedor. Não é difícil imaginar também a possibilidade de que alguns provedores de aplicações de internet sejam criados nessas condições com a finalidade de acobertar crimes cibernéticos, visto que esses provedores “informais” não possuem a obrigação de guardar os registros de seus usuários.

Por outro lado, a dificuldade de identificação do usuário de internet que uma situação dessas proporciona pode servir para propósitos legais ou mesmo nobres, como por exemplo para manifestações ou compartilhamento de informações que comprometam algum governo, e que poderiam ser objeto de censura ou retaliação caso fosse revelado o conteúdo ou identificado o autor. Em países como China e Cuba a internet é rigidamente controlada, sofrendo os seus usuários de forte vigilância, além de ter censura a vários sites; em situações como essas, a existência de brechas que dificultam a identificação do usuário de internet pode ser benéfica.

Quanto ao § 1º do art. 15, um dos seus grandes problemas, assim como ocorre no § 2º do art. 13 e do art. 15, é a indeterminação de um prazo máximo para a guarda de registros de acesso a aplicações de internet. Neto e Garcia (2014, p. 785) entendem que “a melhor solução é limitar o acesso aos dados pelo prazo máximo de seis meses, em havendo fundada necessidade”; seja qual for o prazo máximo, a melhor solução é ter um prazo determinado.

Outra peculiaridade do art. 15 está no seu § 3º, segundo o qual “em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo” (BRASIL, 2014).

## **6. LEGISLAÇÃO SOBRE A GUARDA DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA**

A primeira norma da União Europeia estipulando um prazo determinado para a guarda de dados foi a Diretiva 24/2006, que estipulou em seu art. 6º que “os Estados-Membros devem assegurar que as categorias de dados referidos no artigo 5º sejam conservadas por períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos, no máximo, a contar da data da comunicação” (UNIÃO EUROPEIA, 2006). Várias

eram as categorias de dados passíveis de guarda, que podem ser resumidas pelo conceito de dados do art. 2º, 2, a, da mesma diretiva: “os dados de tráfego e os dados de localização, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador” (UNIÃO EUROPEIA, 2006).

Mas a Diretiva 24/2006 foi declarada inválida em decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Digital Rights Ireland e Seitlinger e o., julgado em 8 de abril de 2014. Esta decisão foi tomada após os órgãos jurisdicionais irlandeses e austríacos interrogarem o Tribunal de Justiça sobre a validade da Diretiva 24/2006, através de pedidos de decisões prejudiciais.

Foi perguntado ao Tribunal de Justiça da União Europeia se a obrigação de conservar durante um certo período dados relativos à vida privada de uma pessoa e às suas comunicações e de permitir o acesso das autoridades nacionais competentes a esses dados constituía uma ingerência injustificada nos direitos previstos nos arts. 7º, 8º e 11º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia União<sup>1</sup>, obrigação esta que, por força da referida diretiva, incumbe aos prestadores de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicações, (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2017, p. 5).

Na decisão, o Tribunal entendeu o seguinte:

[...] 56 Quanto à questão de saber se a ingerência que a Diretiva 2006/24 comporta se limita ao estritamente necessário, importa salientar que esta diretiva impõe, nos termos do seu artigo 3.º, conjugado com o seu artigo 5.º, n.º 1, a conservação de todos os dados relativos ao tráfego respeitante à rede telefónica fixa, à rede telefónica móvel, ao acesso à Internet, ao correio eletrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet. Assim, visa todos os meios de comunicação eletrónica cuja utilização está muito divulgada e é de crescente importância na vida quotidiana de todos. Além disso, em conformidade com o seu artigo 3.º, a referida diretiva abrange todos os assinantes e utilizadores registados. Comporta, portanto, uma ingerência nos direitos fundamentais de quase toda a população europeia.

---

1 Art. 7º: Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Art. 8º: 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Art. 11º: 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

57 A este propósito, importa observar, em primeiro lugar, que a Diretiva 2006/24 abrange de maneira geral todas as pessoas, todos os meios de comunicação eletrónica e todos os dados relativos ao tráfego, não sendo efetuada nenhuma diferenciação, limitação ou exceção em função do objetivo de luta contra as infrações graves.

58 Com efeito, por um lado, a Diretiva 2006/24 abrange, em geral, todas as pessoas que utilizam serviços de comunicações eletrónicas, sem que, no entanto, as pessoas cujos dados são conservados se encontrem, ainda que indiretamente, numa situação suscetível de dar lugar a ações penais. Assim, aplica-se mesmo a pessoas em relação às quais não haja indícios que levem a acreditar que o seu comportamento possa ter umnexo, ainda que indireto ou longínquo, com infrações graves. Além disso, não prevê nenhuma exceção, pelo que é aplicável mesmo a pessoas cujas comunicações estão sujeitas ao segredo profissional, segundo as regras do direito nacional.

59 Por outro lado, sem deixar de ter por objetivo contribuir para a luta contra a criminalidade grave, a referida diretiva não exige nenhuma relação entre os dados cuja conservação está prevista e uma ameaça para a segurança pública e, designadamente, não se limita a uma conservação nem de dados relativos a um período de tempo e/ou a uma zona geográfica determinada e/ou a um círculo de pessoas determinadas que possam estar implicadas, de uma maneira ou de outra, numa infração grave, nem de dados relativos a pessoas, cuja conservação, por outros motivos, pudesse contribuir para a prevenção, a deteção ou a repressão de infrações graves.

60 Em segundo lugar, a esta ausência geral de limites acresce que a Diretiva 2006/24 não estabelece critérios objetivos que permitam delimitar o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados e a sua utilização posterior para prevenir, detetar ou agir penalmente contra infrações suscetíveis de ser consideradas suficientemente graves, à luz da amplitude e da gravidade da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta, para justificar tal ingerência. Pelo contrário, a Diretiva 2006/24 limita-se a remeter, no seu artigo 1.º, n.º 1, de forma genérica, para as infrações graves tal como definidas no direito nacional de cada Estado Membro.

61 Além disso, quanto ao acesso das autoridades nacionais competentes aos dados e à sua utilização posterior, a Diretiva 2006/24 não contém as correspondentes condições materiais e processuais. O artigo 4.º desta diretiva, que regula o acesso destas autoridades aos dados conservados, não dispõe expressamente que este acesso e a utilização posterior dos dados em causa devem ser estritamente restringidos a fins de prevenção e de deteção de infrações graves delimitadas com precisão ou de ações penais contra as mesmas, limitando-se a dispor que cada Estado Membro define os procedimentos que devem ser seguidos e as condições que devem ser preenchidas para se ter acesso aos dados conservados no respeito dos requisitos da necessidade e da proporcionalidade.

62 Em particular, a Diretiva 2006/24 não estabelece critérios objetivos que permitam limitar o número de pessoas com autorização de acesso e de utilização posterior dos dados conservados ao estritamente necessário à luz do objetivo prosseguido. Sobretudo, o acesso aos dados conservados pelas autoridades nacionais competentes não está sujeito a um controlo prévio efetuado por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente cuja decisão vise limitar o acesso aos dados e a sua utilização ao estritamente necessário para se alcançar o objetivo prosseguido e ocorra na

sequência de um pedido fundamentado destas autoridades, apresentado no âmbito de procedimentos de prevenção, de deteção ou de uma ação penal. Também não foi prevista uma obrigação precisa de os Estados Membros estabelecerem tais limitações.

63 Em terceiro lugar, no que respeita à duração da conservação dos dados, a Diretiva 2006/24 impõe, no seu artigo 6.º, que sejam conservados por períodos não inferiores a seis meses, não procedendo a uma distinção entre as categorias de dados previstas no artigo 5.º desta diretiva em função da sua eventual utilidade relativamente ao objetivo prosseguido ou em função das pessoas em causa.

64 Além disso, a referida duração situa-se entre um mínimo de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses, sem que se especifique que a determinação do período de conservação se deve basear em critérios objetivos a fim de garantir que se limita ao estritamente necessário.

65 Resulta do que precede que a Diretiva 2006/24 não estabelece regras claras e precisas que regulem o alcance da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta. Impõe-se pois concluir que esta diretiva comporta uma ingerência nestes direitos fundamentais, de grande amplitude e particular gravidade na ordem jurídica da União, sem que essa ingerência seja enquadrada com precisão por disposições que permitam garantir que se limita efetivamente ao estritamente necessário.

66 Acresce que, no que respeita às regras relativas à segurança e à proteção dos dados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, há que concluir que a Diretiva 2006/24 não prevê garantias suficientes, como exige o artigo 8.º da Carta, que permitam assegurar uma proteção eficaz dos dados conservados contra os riscos de abuso e contra qualquer acesso e utilização ilícita dos mesmos. Com efeito, em primeiro lugar, o artigo 7.º da Diretiva 2006/24 não estabelece regras específicas e adaptadas à grande quantidade de dados cuja conservação é imposta por esta diretiva, ao carácter sensível destes dados e ao risco de acesso ilícito aos mesmos, regras que se destinariam, designadamente, a regular de maneira clara e estrita a proteção e a segurança dos dados em causa, a fim de garantir a sua plena integridade e confidencialidade. Além disso, também não foi prevista uma obrigação precisa de os Estados Membros estabelecerem tais regras.

67 O artigo 7.º da Diretiva 2006/24, conjugado com os artigos 4.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 e 17.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 95/46, não garante a aplicação pelos referidos fornecedores de um nível particularmente elevado de proteção e de segurança através de medidas técnicas e organizacionais, mas autoriza designadamente estes fornecedores a terem em conta considerações económicas na determinação do nível de segurança que aplicam, no que respeita aos custos de execução das medidas de segurança. Em especial, a Diretiva 2006/24 não garante a destruição definitiva dos dados no termo do período de conservação dos mesmos.

68 Em segundo lugar, deve acrescentar-se que a referida diretiva não impõe que os dados em causa sejam conservados no território da União, pelo que não se pode considerar que esteja plenamente garantida a fiscalização, por uma entidade independente, expressamente exigida pelo artigo 8.º, n.º 3, da Carta, do respeito das exigências de proteção e de segurança, tal como referidas nos dois números anteriores. Ora, semelhante fiscalização, efetuada com base no direito da União, constitui um elemento essencial do respeito da

proteção das pessoas relativamente ao tratamento dos dados pessoais (v., neste sentido, acórdão Comissão/Áustria, C 614/10, EU:C:2012:631, n.º 37). 69 Face ao exposto, há que considerar que, ao adotar a Diretiva 2006/24, o legislador da União excedeu os limites impostos pelo respeito do princípio da proporcionalidade à luz dos artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1<sup>a</sup>, da Carta [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Outra decisão relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre legislações que obrigam empresas a guardarem os dados dos usuários de internet por um período determinado foi o caso *Tele2 Sverige*, julgado em 21 de dezembro de 2016. Nesse caso, o Tribunal de Justiça foi chamado a decidir sobre questões prejudiciais de dois processos: em um deles, o direito sueco obrigava os prestadores de serviços de comunicações eletrônicas a conservar, de forma sistemática, contínua e sem nenhuma exceção, todos os dados relativos ao tráfego e dados de localização de todos os seus assinantes e utilizadores registrados relativos a todos os meios de comunicação eletrônica; no outro processo, três pessoas impugnaram o regime britânico de conservação de dados que permitia ao Ministro do Interior obrigar os operadores públicos de telecomunicações a conservar todos os dados relativos a comunicações por um período máximo de doze meses, estando todavia excluída a conservação do conteúdo de tais comunicações (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2017, p. 06-07).

Os pedidos de decisão prejudicial foram sobre a interpretação do art. 15º, nº 1, da Diretiva 58/2002, lido à luz dos arts. 7º, 8º e 52º, nº 1<sup>2</sup>, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. De acordo com o Tribunal, uma regulamentação

1 Art. 52º, nº 1: Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

2 Art. 15º, 1. Os Estados-Membros podem adoptar medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstos nos artigos 5º e 6º, nos nº 1 a 4 do artigo 8º e no artigo 9º da presente directiva sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas, tal como referido no nº 1 do artigo 13º da Directiva 95/46/CE. Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente adoptar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado, pelas razões enunciadas no presente número. Todas as medidas referidas no presente número deverão ser conformes com os princípios gerais do direito comunitário, incluindo os mencionados nos nº 1 e 2 do artigo 6º do Tratado da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

nacional sobre conservação de dados como era a sueca excede os limites do estritamente necessário, não justificando as exigências que o art. 15º da Diretiva 58/2002 impõe para a conservação de dados.

No entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, a obrigação de prestadores de serviços de comunicação eletrônica de conservar dados eletrônicos durante um tempo determinado deve acontecer somente em situações excepcionais, e não ser a regra. Ainda de acordo com o Tribunal:

[...] A este respeito, importa salientar, por um lado, que uma regulamentação deste tipo tem por efeito, atendendo às características descritas no nº 97 do presente acórdão, que a conservação dos dados de tráfego e dos dados de localização constitui a regra, ao passo que o sistema implementado pela Diretiva 2002/58 exige que essa conservação dos dados seja a exceção [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

E o Tribunal acrescenta também que:

[...] 108 Em contrapartida, o artigo 15º, nº 1, da Diretiva 2002/58, lido à luz dos artigos 7º, 8º e 11º, bem como do artigo 52º, nº 1, da Carta, não se opõe a que um Estado-Membro adote uma regulamentação que permita, a título preventivo, a conservação seletiva dos dados de tráfego e dos dados de localização, para efeitos de luta contra a criminalidade grave, desde que a conservação dos dados seja limitada ao estritamente necessário, no que se refere às categorias de dados a conservar, aos equipamentos de comunicação visados, às pessoas em causa e à duração de conservação fixada (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

109 Para cumprir os requisitos enunciados no número anterior do presente acórdão, esta regulamentação nacional deve, em primeiro lugar, prever normas claras e precisas que regulem o âmbito e a aplicação dessa medida de conservação dos dados e que imponham exigências mínimas, de modo a que as pessoas cujos dados foram conservados disponham de garantias suficientes que permitam proteger eficazmente os seus dados pessoais contra os riscos de abuso. Deve, em especial, indicar em que circunstâncias e em que condições se pode adotar uma medida de conservação dos dados, a título preventivo, garantindo assim que essa medida se limita ao estritamente necessário (v., por analogia, a propósito da Diretiva 2006/24, acórdão Digital Rights, nº 54 e jurisprudência referida).

110 Em segundo lugar, relativamente às condições materiais que uma regulamentação nacional deve satisfazer que permitam, no âmbito da luta contra a criminalidade, a conservação, a título preventivo, dos dados de tráfego e dos dados de localização, para garantir que se limita ao estritamente necessário, há que salientar que, embora essas condições possam variar em função das medidas adotadas para efeitos de prevenção, da investigação, da deteção e da repressão da criminalidade grave, a conservação dos dados deve sempre responder, em todo o caso, a critérios objetivos, que estabeleçam uma relação entre os dados a conservar e o objetivo prosseguido. Em especial, tais condições devem revelar-se, na prática, suscetíveis de limitar efetivamente o alcance da medida e, conseqüentemente, o público afetado.

111 No que se refere à delimitação de uma medida deste tipo quanto ao pú-

blico e às situações potencialmente abrangidas, a regulamentação nacional deve basear-se em elementos objetivos que permitam visar um público cujos dados sejam suscetíveis de revelar uma relação, pelo menos indireta, com atos de criminalidade grave, de contribuir de uma maneira ou outra para a luta contra a criminalidade grave ou de prevenir um risco grave para a segurança pública. Tal delimitação pode ser assegurada através de um critério geográfico quando as autoridades nacionais competentes considerem, com base em elementos objetivos, que existe um risco elevado de preparação ou de execução desses atos, numa ou em mais zonas geográficas [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

No acórdão, o Tribunal de Justiça usou como exemplos de criminalidade grave a criminalidade organizada e o terrorismo.

Apesar dos dados que eram guardados pelos provedores de internet ou aplicações de internet da União Europeia não serem a respeito do conteúdo das informações, mas apenas dados de tráfego e dados de localização, assim como os dados necessários para identificar o usuário, o Tribunal de Justiça da União Europeia deixou explícito nas duas decisões supracitadas que a conservação desses dados deve ser a exceção, e não a regra.

Ainda de acordo com essas decisões, a guarda de dados dos usuários deve ser limitada ao estritamente necessário, devendo a regulamentação do Estado-membro sobre o tema indicar em que circunstâncias e em que condições se pode adotar uma medida de guarda dos dados, a título preventivo; e a conservação dos dados deve sempre responder a critérios objetivos, que estabeleçam uma relação entre os dados a conservar e o objetivo prosseguido, o que limitaria na prática o alcance da medida e o público afetado.

O Tribunal também considerou que o acesso e a utilização posterior dos dados guardados devem ser restringidos para fins de prevenção ou de detecção de crimes graves, e esses crimes devem ser delimitados com precisão.

Diante disso, fica claro que a União Europeia, através do seu Tribunal de Justiça, adotou uma postura muito mais restritiva com relação à guarda de dados dos usuários de internet do que o Brasil, delimitando essa guarda de dados ao estritamente necessário, no que se refere às categorias de dados a conservar, aos equipamentos de comunicação visados, às pessoas em causa e à duração de conservação fixada (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Ao definir por lei como obrigatória a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, por tempo determinado, o legisla-



dor brasileiro cometeu o mesmo equívoco da União Europeia ao formular a Diretiva 24/2006, que foi o de instituir uma norma sobre guarda de dados sem estabelecer critérios precisos sobre as condições dessa guarda, que protejam a segurança e a privacidade dos usuários de internet, o que pode causar insegurança jurídica.

Para remediar esta situação há duas opções: ou o Marco Civil é regulamentado de forma apropriada, com as suas lacunas sendo supridas por uma norma ou decreto que delimite o âmbito dessa guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de forma adequada, de forma a restringir as hipóteses de possibilidade dessa guarda, assim como sua abrangência, assegurando assim o direito à privacidade dos usuários de internet, ou a jurisdição deverá considerar a guarda desses registros inválida, como aconteceu na Europa.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à privacidade é considerado um dos direitos mais importantes que existem pelo nosso ordenamento jurídico; ele é essencial para a dignidade das pessoas, assim como para o reconhecimento delas como seres humanos dotados de direitos individuais inalienáveis e irrenunciáveis. Portanto, somente em casos excepcionais esse direito pode ser relativizado, casos nos quais a proteção desse direito traria um prejuízo social grave, como nos casos de ameaça de terrorismo ou compartilhamento de pornografia infantil pela internet, impondo-se a sua violação por força de um interesse público maior. Por essa razão, é necessário que sejam delimitados os casos em que o direito à privacidade seja relativizado, estabelecendo-se critérios bem definidos para essas situações.

Ao instituir a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, o legislador constituinte entendeu que o direito à privacidade, que abrange o sigilo da correspondência e das comunicações, é de suma importância, tanto que estabeleceu que a violação desse sigilo ocorre somente para as comunicações telefônicas, por ordem judicial e em certas circunstâncias; se, para os casos do art 5º, XII, da CF, o legislador entendeu que o sigilo somente pode ser violado em situações excepcionais, não há porque ter um entendimento mais abrangente no que se refere a informações compartilhadas através da internet.

O legislador brasileiro, ao estabelecer a obrigação dos provedores de internet de guardarem os registros de conexão por um ano, e dos provedores de aplicações de internet, que estejam nas condições definidas no caput do art. 15, de guardarem os registros de acesso a aplicações de internet por seis meses, não estabeleceu nenhum critério objetivo para essa guarda dos registros, nem deu uma justificativa plausível para o prazo estipulado para essa guarda, o que vai de encontro ao direito à privacidade dos usuários de internet e também representa uma violação ao princípio da presunção da inocência.

Apesar da obrigação da guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet por tempo determinado não ter relação com o conteúdo das informações, esses registros fornecem informações importantes sobre os usuários de internet, relativos à onde, quando e durante quanto tempo esses usuários acessaram a internet ou mesmo uma aplicação específica, informações essas que fazem parte da vida privada dos usuários de internet e que não deveriam ser de fácil acesso ou servir como forma de controle dos usuários. Por isso, é necessário que haja uma delimitação mais restritiva do âmbito dessa guarda de registros, assim como uma definição mais precisa sobre o que deve ser guardado e sobre as condições dessa guarda, de modo que os usuários de internet não se sintam inseguros sobre o destino dos seus registros.

O decreto nº 8.771/2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet, foi um importante avanço na elucidação de vários dos dispositivos do Marco Civil, mas, como foi demonstrado no artigo, ainda ficaram várias questões em aberto. É indispensável uma regulamentação mais abrangente sobre o Marco Civil da Internet, que não deixe dúvidas sobre o conteúdo das normas previstas na Lei.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013**. Define organização cri-

minosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 12.965, de 23 de Abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso de internet no Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 614, de 28 de Maio de 2013.** Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e altera os anexos I e III do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 maio 2013. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614AGENCIA>. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento ao pedido de fornecimento dos dados pessoais de participante do fórum de discussão virtual.** Recurso Especial nº 1.398.985. Yahoo do Brasil Internet LTDA e Centro Educacional de Formação Superior. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 19 de novembro de 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1282717&num\\_registro=201302735178&data=20131126&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1282717&num_registro=201302735178&data=20131126&formato=PDF). Acesso em: 01 out. 2020.

CABELLO, Marcos Antonio Assumpção. Da guarda de registros de acesso a aplicações de internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coordenadores). **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

GODINHO, Adriano Marteleto; ROBERTO, Wilson Furtado. A guarda de registros de conexão: o Marco Civil da Internet entre a segurança na rede e os riscos à privacidade. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coordenadores). **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NETO, Mário Furlaneto; GARCIA, Bruna Pinotti. Da guarda de registros de acesso a aplicações de internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coordenadores). **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA, Daniel. Brasil ganha 10 milhões de internautas em 1 ano, aponta IBGE. **G1**, Rio de Janeiro, 20/12/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/20/numero-de-internautas-cresce-em-cerca-de-10-milhoes-em-um-ano-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2020.

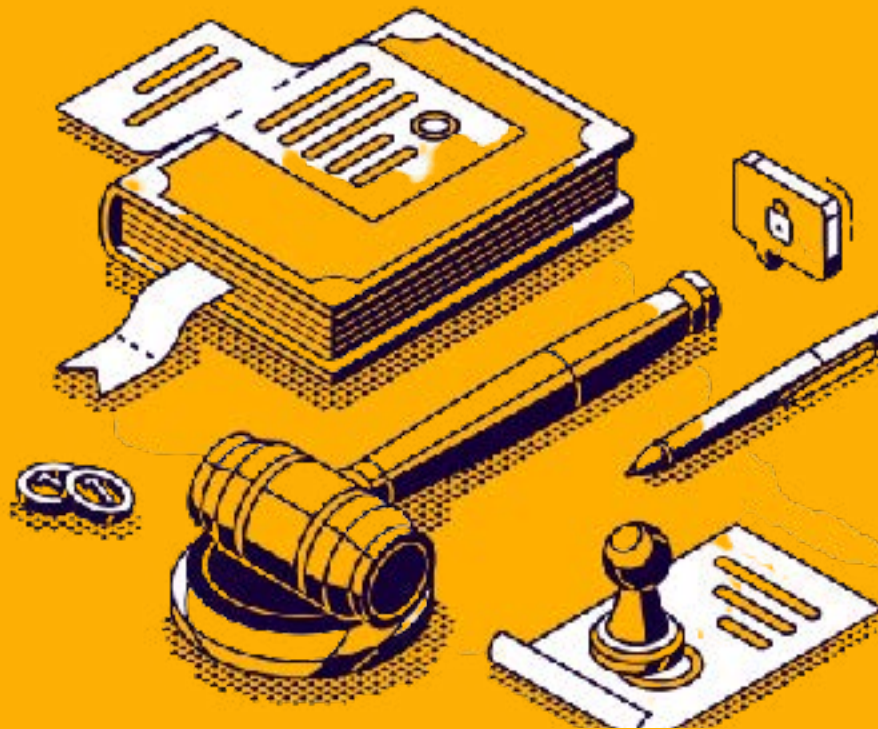
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Ficha Temática – Proteção dos Dados Pessoais**. Luxemburgo, 2017. Disponível em: [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/fiche\\_thematique\\_-\\_donnees\\_personnelles\\_-\\_pt.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/fiche_thematique_-_donnees_personnelles_-_pt.pdf). Acesso em: 01 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Bruxelas, Bélgica, 18 dez. 2000. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 01 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002**. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Bruxelas, Bélgica, 31 jul. 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>. Acesso em: 01 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2006/24/CE, de 15 de março de 2006**. Relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE. Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, Bélgica, 13 abr. 2006. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0024&from=PT>. Acesso em: 01 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de decisão que deu parcial provimento aos pedidos de apreciação da validade da Diretiva 2006/24/CE. Decisão de questão prejudicial aos processos C-293/12 e C-594/12. Digital Rights Ireland Ltd, Irish Humans Rights Commission, Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl e o., Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda e The Attorney General. Tribunal de Justiça (Grande Seção). 08 de abril de 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7925D76BA81C74CA725568EDBCE79276?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=253447>. Acesso em: 01 out. 2020.



# **A DIVULGAÇÃO DE FAKE NEWS: SUAS CONSEQUÊNCIAS E POSSÍVEIS RESPON- SABILIZAÇÕES**

**Matheus Ramão de Oliveira<sup>1</sup>**

**Augusto Mota Rico Pereira<sup>2</sup>**

---

1 Graduando do 11º semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.  
Email: matheus\_ramao@hotmail.com.

2 Graduando do 11º semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.  
Email: augustomota9552@gmail.com.

**Resumo:** O presente artigo tem o intuito de abordar a problemática da propagação de notícias e informações falsas com o objetivo de moldar a opinião alheia. Chamadas de “fake news”, a prática tomou fama nas eleições presidenciais americanas de 2016, e refletiu diversas consequências. Através de uma pesquisa bibliográfica e estatística, com abordagem pelo método indutivo, partimos de uma premissa e ideia central para a análise e resultado de outras diversas. O objetivo do trabalho é abordar a parte histórica das notícias falsas, analisar a opinião da sociedade sobre o assunto e refletir sobre a necessidade - ou não - de uma responsabilização e suas possibilidades,

**Palavras chave:** *Fake News*; Notícias falsas; Divulgação de notícias; Mídia; Consequências.

## **INTRODUÇÃO**

Não é novidade que se vive em uma era onde os meios de comunicação crescem exponencialmente. Associado a esse crescimento, vem também a grande variedade de meios utilizados pela população para se informar e se comunicar. Isso fica evidente quando se percebe número de pessoas que utilizam de aplicativos de comunicação por mensagens para tanto. Diante disso, os usuários são bombardeados de informações/notícias o tempo inteiro, de diversas formas, pela televisão, rádio, sites de notícias, redes sociais e aplicativos de mensagens.

Informações chegando a todo instante e essa facilidade em ler e compartilhar diversas notícias que são recebidas das mais variadas formas, faz com que muitas vezes, ocorram casos em que não é verificada a veracidade do seu conteúdo. Somado à gama de informações que chegam até a população, não apenas relativo a facilidade de compartilhamento, não é novidade que a cada dia a vida virtual faz com que as pessoas busquem de forma quase competitiva likes e compartilhamentos em suas postagens, de maneira que a divulgação de notícias falsas se tornou algo muito comum, pois não há a menor precaução da sociedade em compartilhar notícias verdadeiras, apenas a necessidade de ser o portador de uma informação (e o centro das atenções). Muitas das vezes o objeto compartilhado apenas corrobora um pensamento anterior que o autor do compartilhamento já possuía e que o faz apenas para

reafirmar seu posicionamento, sua “verdade” perante seus seguidores.

Inúmeros podem ser os impactos individuais e coletivos do fornecimento e compartilhamento de notícias com conteúdo falso. Diante dos possíveis resultados dessa propagação, cabe a discussão sobre qual é o papel do Direito na prevenção e coerção de tais notícias. Dentro do mundo jurídico, existe um conceito de Fake News? Qual é o seu significado e onde ele se encontra?

Na senda das indagações anteriormente expostas, têm-se o objeto do presente estudo, que é tentar identificar se existe um conceito jurídico de Fake News no sistema brasileiro, bem como as possíveis sanções cíveis e penais acerca do seu compartilhamento. O estudo relativo a sanção por tais atos mostra-se importante diante dos reflexos dos compartilhamentos de tais notícias, como se pode ver, eleições são decididas a partir de notícias falsas (G1, 2016), bem como a ocorrência de linchamentos públicos devido a notícias que vinculavam cidadãos a crimes que causam extrema indignação na população a ponto de os mesmos, em um momento de raiva, fazer justiça com as próprias mãos (CARPANEZ, 2018).

## **1. ABORDAGEM HISTÓRICA DAS “FAKE NEWS”**

A realidade em relação as notícias falsas é que a luta para sua extinção é algo utópico, pois as elas existem desde os primórdios da humanidade e são usadas de diferentes maneiras com o passar dos séculos. Existem registros do século VI, no qual Procópio, um historiador Bizantino, escreveu um livro que registrou inúmeras informações falsas sobre o Imperador Justiniano, a fim de desmoralizá-lo. Em meados de 1522, Pietro Arentino, jornalista à época, começou a escrever sonetos, poemas curtos sobre os cardeais que seus patronos não gostavam com o objetivo de sujar a imagem deles perante a sociedade (DARNTON, 2017). Ele grudava os pequenos poemas em uma estátua do Il Pasquino, nascendo então os “pasquins” que era um meio famoso de propagação de notícias falsas, tendo sido iniciada a sua utilização por várias pessoas durante o período. Tais documentos teriam sido a principal inspiração do “O Pasquim” que circulou entre as décadas de 70 e 90 no Brasil, esse que foi um dos jornais que combatia a ditadura utilizando-se do humor para evitar a perseguição (PAIVA, 2019).

As Fake News existem há séculos e se espalhavam conforme eram sendo di-

vulgadas por quem quer que fosse, o que ocorre atualmente é que a velocidade de propagação, alcance e seus possíveis impactos são estrondosamente maiores devido aos novos meios de comunicação.

## 2. CONCEITUAÇÃO DAS FAKE NEWS

A problemática das Fake News e a possibilidade de haver uma resposta no meio jurídico para resolver todos os seus impasses e impactos negativos inicia-se com uma questão terminológica que pouco é estudada, o que é Fake News? Há quem diga que o conceito de Fake News está relacionado a criação ou divulgação de notícias falsas manifestamente inverídicas com potencial de dano (JUSTIÇA ELEITORAL, 2019). Outros defendem que até mesmo notícias de cunho humorístico já poderiam estar enquadradas como Fake News (RECUERO e GRUZD, 2019).

Há uma corrente ainda que defende que o objetivo é apenas a desinformação no sentido de que lhe falta autenticidade e seu intuito é enganar (SHU, SILVA, WANG JANG e LIU, 2017). Por fim, o Dicionário de Cambridge, define que Fake News são histórias falsas que parecem ser notícias, se espalham na internet ou usam outras mídias, geralmente criadas para influenciar pontos de vista político ou como uma piada<sup>1</sup>.

É necessário que se tenha critério, pois existem sites que supostamente são de informação, mas seus objetivos são única e exclusivamente humorísticos, em suas notícias se utilizam de fatos e informações fantasiosas para ilustrar o momento político (o site Sensacionalista<sup>2</sup>, por exemplo). De maneira, não necessariamente verdadeira e estes não podem ser alvos de coerções por parte do Estado, devido ao respeito dado a liberdade de expressão, princípio de extrema importância na presente discussão e que será estudado posteriormente.

Além da conceituação do objeto de estudo, é importantíssimo deixar claro, o que não pode ser considerado uma notícia falsa. Juízos de valor, manchetes sensacionalistas, opiniões pessoais, previsões/projeções do futuro não podem ser consideradas Fake News, pois elas não imprimem a mentira ou a verdade de um fato,

1 Definition of fake news from the Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus. Cambridge University Press. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>> Acesso em: 18 nov. 2020

2 Sensacionalista: um jornal isento de verdade. Disponível em: <<https://www.sensacionalista.com.br/>> Acesso em: 18 nov. 2020



apenas expressam o que seu interlocutor pensa sobre determinado assunto. Esclarecidos alguns pontos em relação ao seu conceito, principalmente no que tange ao tipo de conteúdo que não pode ser considerado como tal, pode ser iniciado o estudo do seu conceito jurídico.

A realidade é que no sistema jurídico brasileiro não existe normatizado um conceito do que seriam as notícias falsas ou uma possível sanção para quem as cria ou divulga. Diante disso, as possibilidades de responsabilização de pessoas que compartilham ou divulgam notícias falsas parecem quase nulas diante do “anonimato” e proteção que a internet proporciona aos seus usuários.

Assim, a única possibilidade de uma sanção seria a de se utilizar do texto legal já vigente, que não conceitua Fake News, mas que fazendo uma analogia tanto nas esferas eleitoral, cível e criminal é possível enquadrar a criação e divulgação de notícias falsas como tal, a depender do dano e extensão dos atos praticados pelo agente.

### **3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS NA COERÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS**

Quando é trazido à tona a violação de princípios constitucionais, tanto em uma possível coerção como na divulgação e criação de notícias falsas, existe uma pequena discussão no que tange ao alcance do controle das Fake News e a forma que se darão possíveis prevenções ou responsabilizações.

#### **3.1 Liberdade de expressão e Livre Manifestação do Pensamento (art. 5.º IV e V, CF)**

Como abordado anteriormente, um dos maiores obstáculos na repressão de notícias falsas, senão o maior deles, é distinguir o que são Fake News e o que são juízos de valor, manchetes sensacionalistas e até mesmo diferenciar opiniões travestidas de fatos ou de meras opiniões. Tais distinções mostram-se substanciais, visto que o intuito de qualquer responsabilização pelo compartilhamento desse tipo de informação é coibir uma desinformação e não ferir um princípio constitucional basilar para o estado democrático de direito.

Para ilustrar, existem dois casos, um julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (GENTILLE, 2020) e outro da 2ª Vara Federal de Osasco (CON-

JUR, 2018). Os casos tratam de propagações de Fake News, fatos em que o ator Alexandre Frota teria, em ambos, atribuído a autoria de frases à dois políticos e eles não eram os autores das locuções. Importante ressaltar que nos dois casos os fatos podem ser considerados Fake News, pois se tratam de divulgações de coisas que não ocorreram e que tem a potencialidade de trazer danos às vítimas.

No caso em específico o ator ao exercer seu direito à livre manifestação do pensamento, excedeu os limites constitucionais ao fazer uma publicação na sua rede social. Ainda que seja assegurada constitucionalmente a livre manifestação de pensamento, no caso em tela, estava claro o objetivo do agente, pois ele não foi um mero propagador da informação, e sim o criador de uma publicação no Facebook com informações falsas a respeito do Deputado Distrital Chico Leite.

Foi defendido na sentença que as declarações constantes na publicação trouxeram evidentes prejuízos ao na época pré-candidato, infringindo o direito a igualdade, de modo que foi condenado a pagar multa de R\$ 5.000,00 e obrigado a excluir a publicação.

Ainda, em relação a liberdade de expressão, qualquer ação por parte do estado no sentido de responsabilizar uma pessoa, tanto física quanto jurídica, deve respeitar a liberdade de imprensa. Pois, a atuação é no sentido de evitar a desinformação, tanto com medidas de reação como de prevenção ou atuando no contraponto das mentiras, que seria após a judicialização da demanda e provada a inverdade de notícia, determinar sua exclusão e a retratação pelo autor ou direito de resposta do ofendido (Art. 5º, V, CF). (BRASIL, 1988).

#### **4. MEIOS DE RESPONSABILIZAÇÃO E REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS**

Qualquer pessoa pode ser alvo de notícias falsas, logo, nem sempre ela poderá usar da legislação eleitoral para que seja indenizada pelos danos causados a si. Ainda que o fenômeno das Fake News tenha ganhado muita força com as eleições de 2018, elas podem muito bem atingir qualquer cidadão nas mais diversas situações da vida. Dessa forma, a pessoa que tenha sido alvo de uma Fake News deverá usar dos dispositivos presentes no Código Civil para demonstrar os danos sofridos. O artigo 5º, inciso V da Constituição Federal prevê o direito a indenização, por dano material,

moral ou à imagem.

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

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. (BRASIL, 1988).

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (..).

Diante disso, havendo dano o ato é considerado ilícito, com base no disposto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002): “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

É considerado ato ilícito aquele que age com negligência, imprudência, imperícia, intenção do resultado lesivo ou assunção do resultado lesivo. Logo, a pessoa que publicar uma notícia falsa tem como objetivo ou pelo menos não estava preocupada com o dano que possivelmente poderia causar a outrem.

Tendo sido abordada a possibilidade de responsabilização na esfera cível, há que se falar de uma responsabilização penal também. Afinal, as Fake News podem ser carregadas de calúnia e ou difamação, crimes que são elencados no Código Penal Brasileiro, sendo a calúnia:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos. (BRASIL, 1940).

E a difamação: “Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”. (BRASIL, 1940). Tais crimes, passíveis de punição, recaem sobre pessoas físicas que os cometem. Essas mesmas tratariam sobre a responsabilidade específica de quem compartilha essas notícias em meios públicos.

Há também uma dúvida em relação a responsabilização da pessoa jurídica que fornece tais informações, como jornais, blogs e etc. No Brasil, tal responsabilidade

penal de pessoas jurídicas pode ser utilizada por analogia, pois oriunda do art. 225, § 3.º, da CF e concretizada através da Lei 9.605/1998 (BRASIL, 1940), é vigente em relação as sanções penais referentes a crimes ambientais. Dessa maneira, não há exatamente algo que fale especificamente da responsabilidade de uma pessoa jurídica se tratando de fornecimento e divulgação de informações falsas.

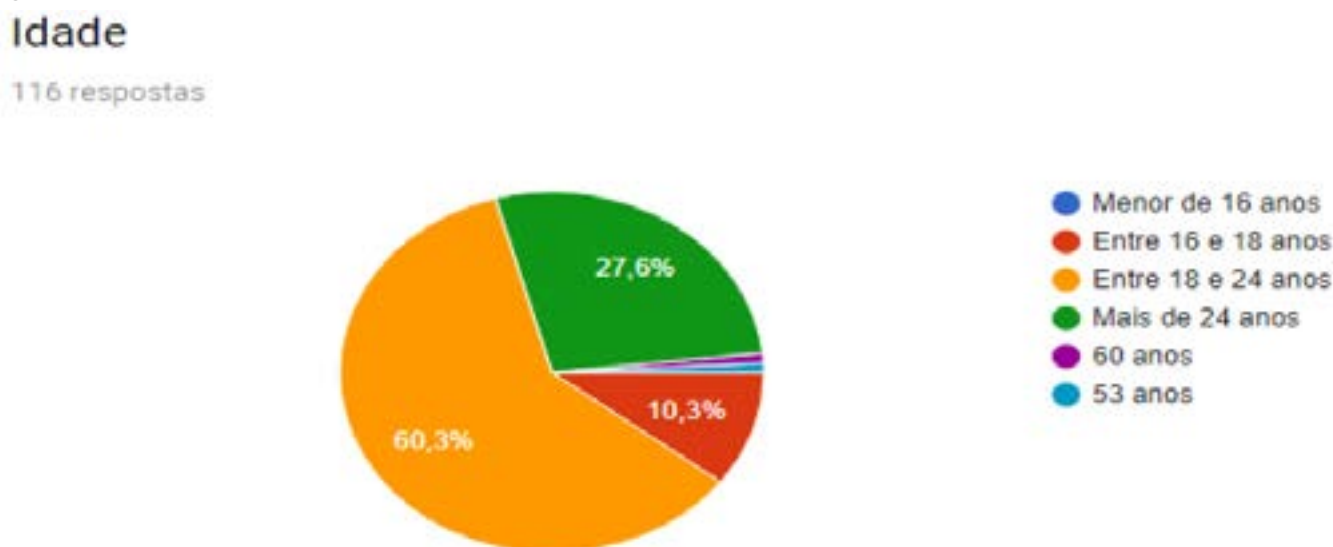
Além dos dispositivos mencionados, a sentença que condenou Alexandre Frota teve como fundamento também o art. 140 do Código Penal: “ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo lhe a dignidade ou o decoro (...)”. O artigo foi combinado com a majorante presente no inciso III do art. 141, que incide nos casos em que o ato ocorreu na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, difamação ou injúria.

## 5. DADOS COLHIDOS ATRAVÉS DE FORMULÁRIO ONLINE: Pesquisa através do Googleforms

Para obter informações mais precisas da população sobre a divulgação das *fake news* foi desenvolvido um formulário<sup>1</sup> para preenchimento *online*. O formulário foi divulgado através de diferentes redes sociais, solicitando que as pessoas preenchessem da maneira mais sincera possível, sem nenhuma forma de identificação.

O formulário ficou *online* e disponível durante aproximadamente duas semanas e contou com 116 respostas. Foram extraídos os seguintes dados:

Figura 1 – Gráfico referente as idades das pessoas que responderam o questionário



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

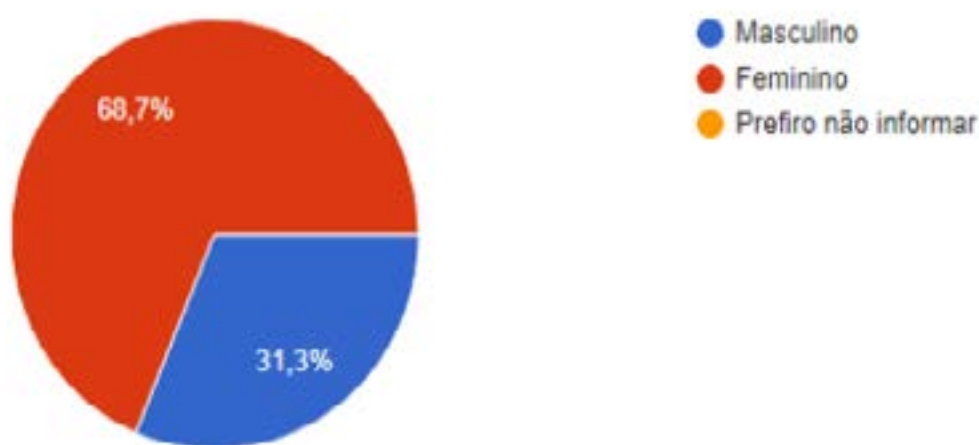
1 Questionário: a divulgação de notícias e informações falsas, as famosas “fake news”. <<https://forms.gle/skJ3etDXnrVkJAhF9>>

Entre as pessoas que responderam ao questionário, a maior parte possui idade entre 18 a 24 anos, totalizando 60,3% de todas as respostas; em seguida, 27,6% das pessoas que responderam possuem 24 anos ou mais; também, 10,3% das pessoas que responderam tem entre 16 e 18 anos; para finalizar, as respostas de pessoas com 53 anos, totalizando 0,9% e 60 anos, com os mesmos 0,9% do total.

Figura 2 – Gráfico referente ao sexo das pessoas que responderam o questionário

### Sexo

115 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

A respeito do sexo, 68,7% das respostas foram oriundas de pessoas do sexo feminino e apenas 31,3% de pessoas do sexo masculino.

Figura 3: Gráfico referente a escolaridade das pessoas que responderam o questionário

### Escolaridade

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário *online* pelos autores

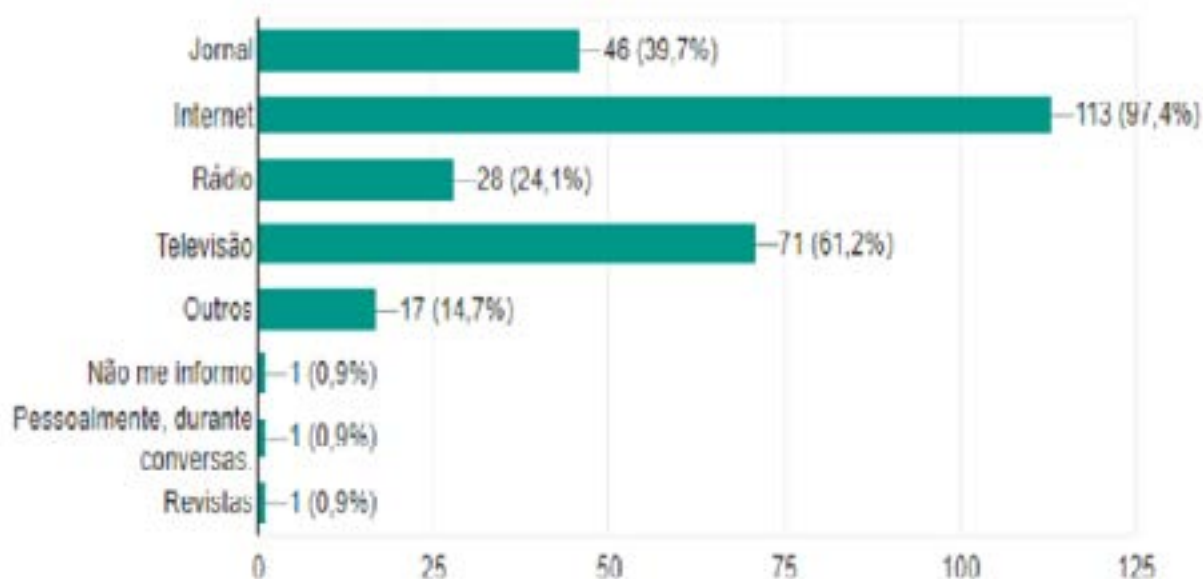
Sobre a escolaridade, a maior parte de respostas, no total de 59,5%, foram oriundas de pessoas com o Ensino Superior Incompleto; logo após, com 22,4% do total, de pessoas com Ensino Superior Completo; também, totalizando 12,9%, de pessoas com o Ensino Médio Completo; finalizando, 3,4% de pessoas com o Ensino Médio Incompleto, 0,9% de pessoas com Pós Graduação e 0,9% com Ensino Fundamental Completo.

Com essas informações básicas, as quais cabe destaque, é notável que a maior parte das pessoas que responderam tem entre 18 e 24 anos, são do sexo feminino e com ensino superior incompleto. Além dessas, outras informações foram solicitadas, quais são importantes destacar:

Figura 4: Gráfico referente a maneira de obtenção de notícias

### De que forma você obtém informações, notícias e etc?

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

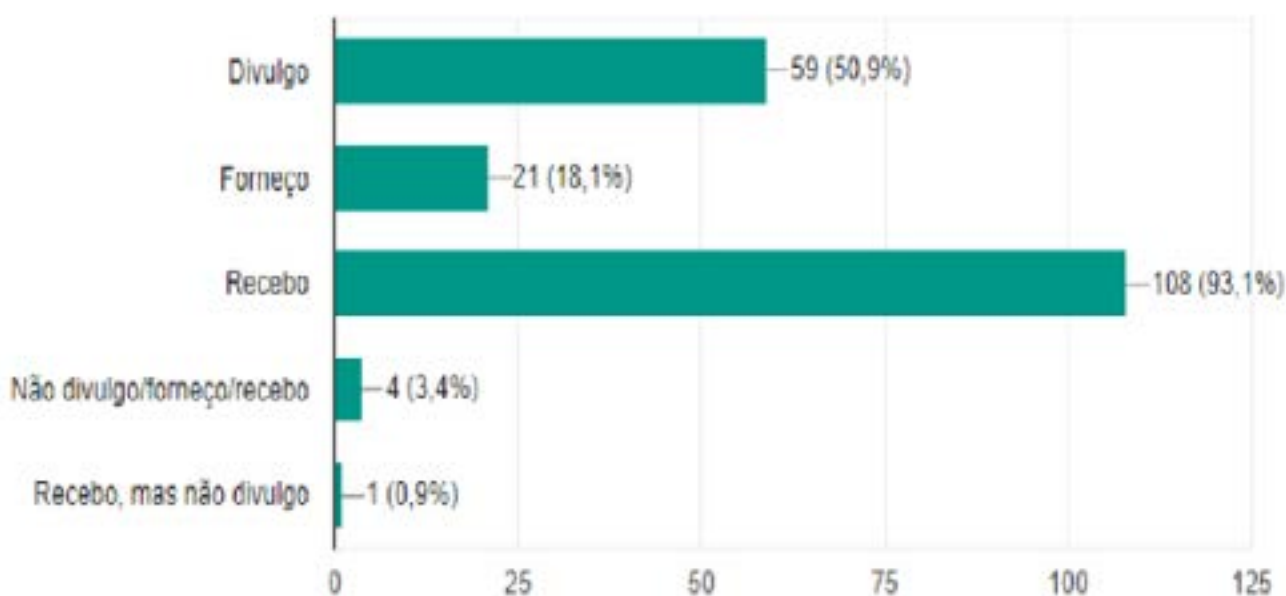
Elencando diversas formas de obter informações e podendo conectar as mesmas, é perceptível que a maior parte das informações que chegam as pessoas são fornecidas através da internet, isso mostra que o avanço tecnológico dos últimos anos esboça resultados marcantes, sendo a principal forma de pesquisa. Ainda, outros meios de comunicação, como rádio e jornal, seguem com grande influência,

sendo utilizadas por boa parte das pessoas que responderam à pesquisa.

Figura 5: Gráfico sobre a divulgação, fornecimento e recebimento de informações e notícias

### Você divulga, fornece ou recebe informações?

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

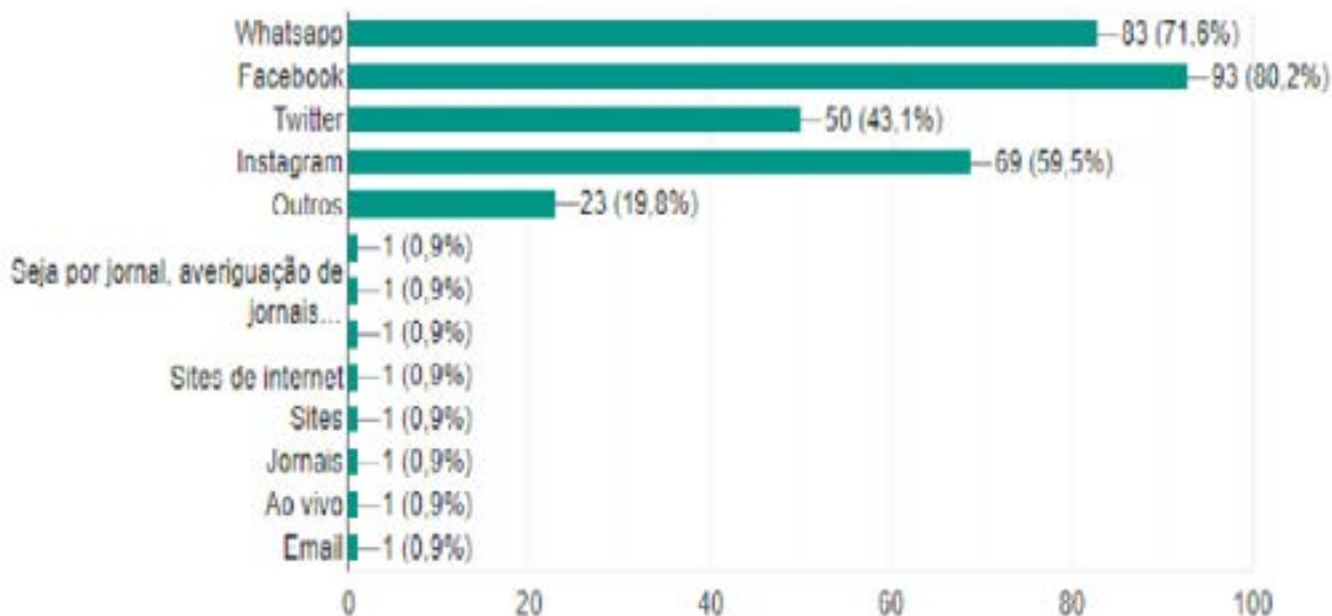
Também foi questionado se as pessoas fornecem, divulgam ou apenas recebem informações. Importante mencionar que divulgar e fornecer possuem conceitos diferentes, enquanto um se trata de apenas publicar a notícia, o outro diz respeito a criar essa notícia.

Através das informações dos gráficos visualiza-se que a maioria das pessoas que responderam ao questionário apenas recebem informações. Porém, há aquelas, 50% do total, que recebem e também divulgam as informações; as que recebem, divulgam e também fornecem são minoria, totalizando apenas 18,1% do total; ainda há aquelas, 3,4% do total, que não divulgam, fornecem ou recebem e as que recebem mas não divulgam, com 0,9% do total.

Figura 6: Gráfico referente aos meios de divulgação, fornecimento e recebimento de notícias

### Por quais meios você divulga/fornece/recebe?

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

Questionado sobre a obtenção e compartilhamento de informações e sabendo que a internet é o principal meio, perguntou-se por quais locais na internet as pessoas mais tem acesso a notícias. Utilizando as redes sociais em alta no momento, é notável que nos últimos anos o *Facebook* e o *Whatsapp* se tornaram grandes meios para a divulgação de notícias e informações das mais variadas. Com a ascensão da rede social *Instagram* para chat e compartilhamento de fotos, o *Facebook* perdeu sua força nos mesmos aspectos, mas manteve suas ferramentas de compartilhamento de publicações em alta.

Dessa maneira muitos ainda utilizam o *Facebook* como um site de notícias, acessando páginas e grupos relacionados a isso. Ademais, há a possibilidade de uma página promover suas publicações, investindo certa quantia em dinheiro para ter mais alcance nas visualizações.

Em nossa pesquisa constatamos que o *Facebook* realmente é a maior rede social de divulgação de notícias, sendo seguida do *Whatsapp*, que gerou grande po-

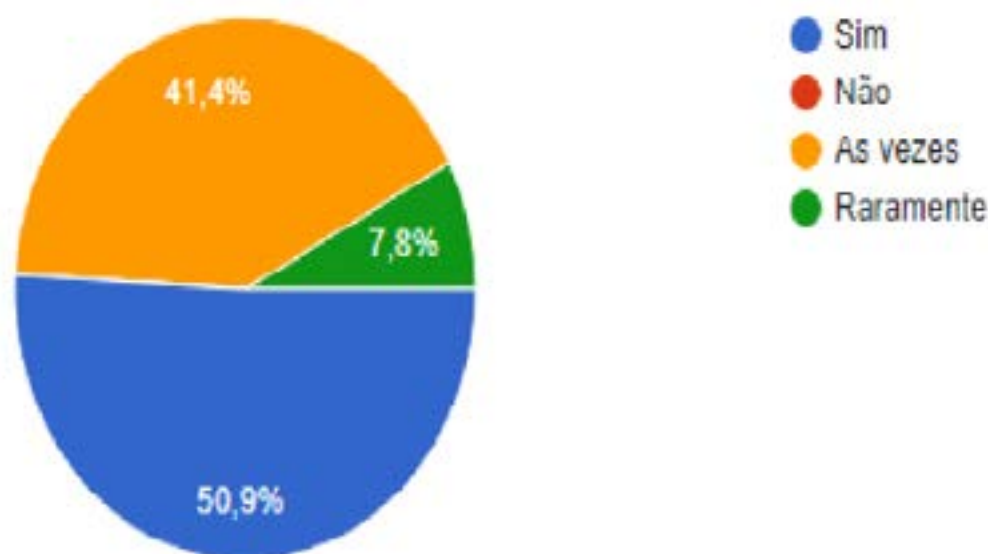


lêmica pela quantidade de *fake news* compartilhadas nas últimas eleições presidenciais no Brasil em 2018. O Instagram também tem grande força nisso, pois como supracitado, tem grande ascensão nos últimos anos, se tornando a principal rede social do momento. Da mesma maneira que o *Facebook*, até por serem de propriedade da mesma empresa, traz às páginas a possibilidade de promover suas publicações para alcançar mais visualizações.

Figura 7: Gráfico referente as fontes de busca de veracidade das informações

## Você busca as fontes das notícias que compartilha?

116 respostas



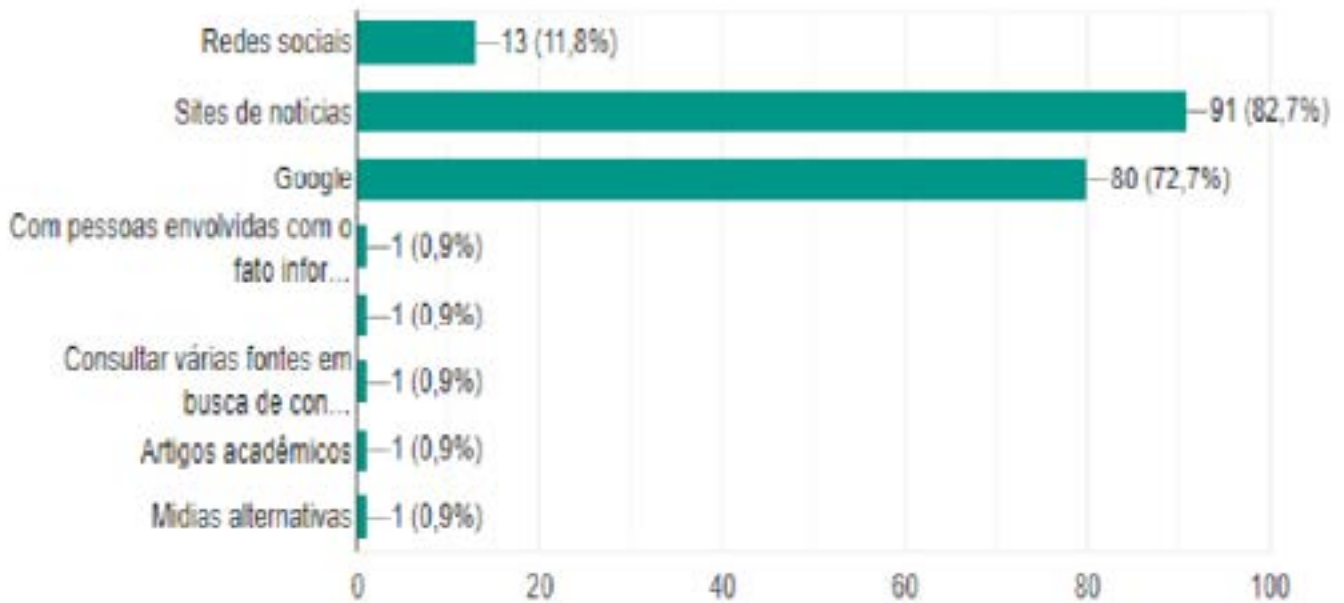
Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

Indo ao encontro com a finalidade da pesquisa, há o questionamento se as pessoas buscam as fontes das notícias que compartilham. A maioria das pessoas que responderam à pesquisa, 50,9% do total, indicaram que pesquisam as fontes das notícias compartilhadas; em seguida, 41,4% responderam que as vezes pesquisam as fontes, mas não sempre; finalizando, 7,8% das pessoas responderam que raramente pesquisam as fontes das notícias compartilhadas.

Figura 8: Gráfico referente as fontes de busca de veracidade das notícias

Se a resposta acima for positiva, indique por quais meios você busca as fontes:

110 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

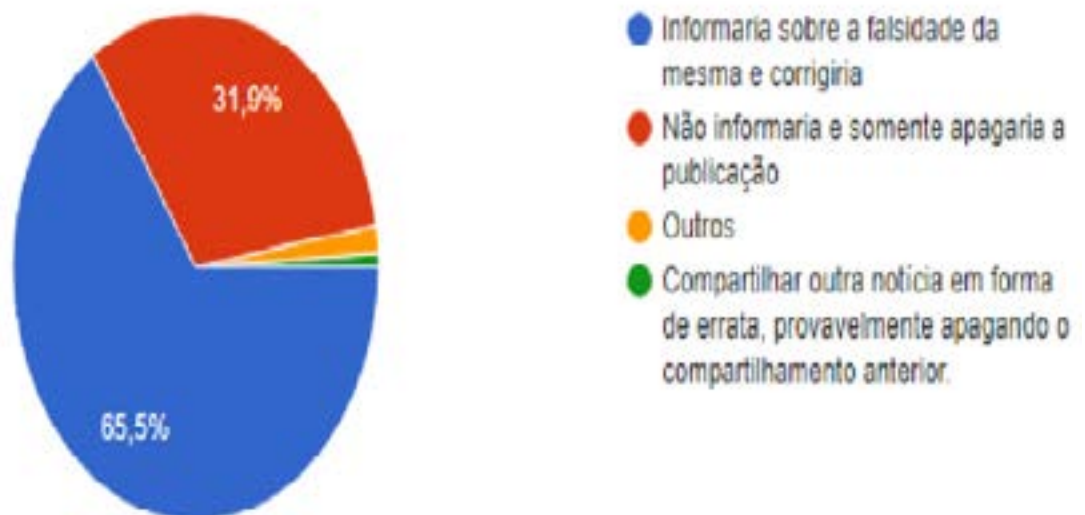
Para quem apontou que procura saber a veracidade das notícias divulgadas também fora questionado por quais meios se busca a veracidade das notícias. Em sua maioria as pessoas responderam que pesquisam por sites de notícias específicos; ainda, 72,7% responderam que pesquisam pela ferramenta *Google*, o qual exibe diversos resultados de sites diferentes para a mesma pesquisa; apenas 11,8% responderam que pesquisam a veracidade nas próprias redes sociais que receberam as notícias.

Houveram outras respostas, como pesquisas por artigos acadêmicos e mídias alternativas. Além da importância da busca pela veracidade da notícia compartilhada, outro ponto importante é o momento posterior quando se descobre a falsidade da mesma. Questionou-se a reação das pessoas a isso:

Figura 9: Gráfico referente a reação das pessoas ao descobrirem a falsidade da notícia compartilhada

## Como você reagiria se descobrisse que alguma notícia que compartilhou é falsa?

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

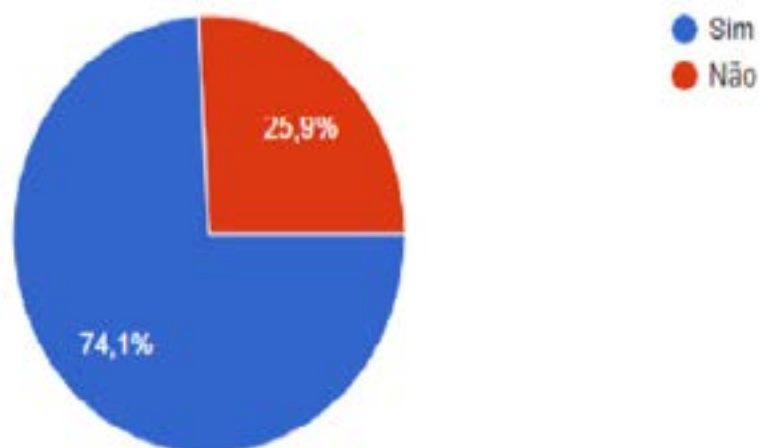
A maioria das pessoas responderam que informariam sobre a falsidade da notícia compartilhada e fariam sua correção, totalizando 65,5% do total de respostas; não informariam a falsidade da notícia e apenas apagariam a publicação foi a resposta de 31,9% das pessoas; apenas 0,9% informaram que compartilhariam outra notícia em forma de errata, apagando o compartilhamento anterior.

Adentrando de maneira mais profunda, foi indagado se as pessoas que estavam respondendo o questionário já haviam sido influenciadas por notícias falsas e se acreditavam que essas poderiam impactar na opinião da sociedade

Figura 10: Gráfico referente a influência das notícias falsas

Você já foi influenciado/a por uma notícia e depois percebeu que a mesma era falsa?

116 respostas



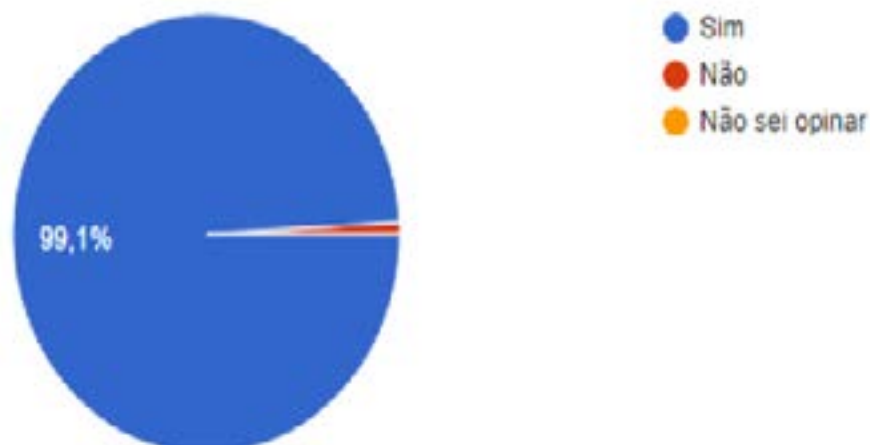
Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

A maioria das pessoas, totalizando 74,1%, disseram que já foram influenciadas por notícias falsas; apenas 25,9% das pessoas negaram já terem sido influenciadas.

Figura 11: Gráfico referente ao impacto que uma notícia falsa pode gerar na opinião da sociedade

Você acha que o compartilhamento de notícias/informações/dados falsos podem impactar na opinião da sociedade?

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

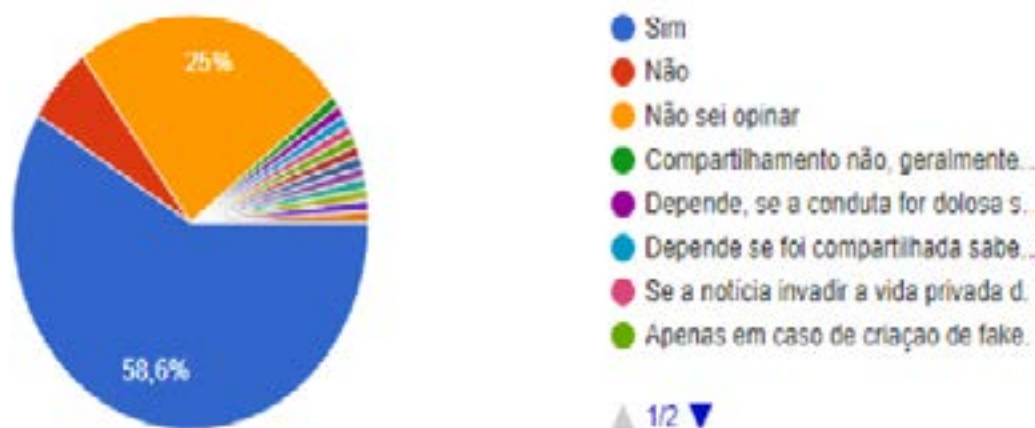
Questionados sobre o impacto que uma notícia falsa pode causar, 99,1% das pessoas responderam que o compartilhamento de notícias falsas pode sim impactar na opinião da sociedade; apenas 0,9% responderam que não. Os últimos dois questionamentos acima nos trazem a importância do ponto discutido: as notícias falsas, famosas fake news, podem trazer consequências graves, como a de moldar a opinião da sociedade.

Ainda, indagou-se a possibilidade de uma responsabilização pelo compartilhamento de notícias falsas.

Figura 12: Gráfico referente a uma possível responsabilização pelo compartilhamento e fornecimento de notícias falsas

### Você acha que deveria haver responsabilização pelo compartilhamento de notícias falsas?

116 respostas



Fonte: Pesquisa realizada através de formulário online pelos autores

Das respostas mais comuns, 58,6% das pessoas responderam que deve haver algum tipo de responsabilização; responderam que não deve haver responsabilização um total de 6% das pessoas e 25% não souberam opinar.

Ainda, o questionário foi aberto para outras respostas, destacando-se as seguintes: “Depende, se a conduta for dolosa sim, no caso culposo não”; “Apenas em caso de criação de fake news e em propagação intencional da mesma”; “Acredito que em nível de civil/cidadão comum, cujas opiniões não exerçam tanta influência quanto as de uma personalidade política ou influenciadora, acho dúbia a aplicação de sanções. No caso de compartilhamento de notícias enviesadas reiteradamente no intuito

de influenciar massas, sobretudo para algo que não seja de benefício coletivo, pode-se pensar ao menos em algo como “name and Shame”...”; “Apenas pela geração. Não por compartilhamento”; “Acho que a responsabilização do compartilhamento de notícias falsas deve ser de quem promove as fakenews e não de quem compartilha”.

De maneira geral, a opinião demonstrada no questionário é de que deve haver responsabilização por notícias falsas, mas essa deve ser direcionada ao fornecimento da notícia com o dolo de moldar a opinião alheia. Não deve ser aplicada sanção a quem compartilha notícias falsas de maneira ingênua.

## **CONCLUSÃO**

A partir do desenvolvimento do trabalho em questão foi possível ter uma noção histórica sobre a divulgação de notícias falsas e descobrir que não se trata de uma atitude tão nova assim. A legislação brasileira não traz especificamente sanções sobre o compartilhamento de informações falsas, mas existem possibilidades de responsabilização através de indenizações por danos morais na esfera cível e os crimes de calúnia, difamação e injúria na esfera penal.

Através da pesquisa realizada por formulário online foram levantados dados sobre a opinião das pessoas sobre o compartilhamento de informações e notícias falsas. Em maioria, as pessoas que responderam o formulário acreditam que deve haver uma responsabilização somente pelo fornecimento de informações falsas, visto que o compartilhamento muitas vezes é feito de maneira ingênua.

O que se vê a partir dos dados colhidos no trabalho é que atualmente não existem casos onde houve a responsabilização do agente que compartilha a notícia falsa, apenas do que a criou. Para além disso, a extensão do dano causado pela sua existência e divulgação só é alvo de coerção quando a vítima age no sentido de a coagir. Dessa forma, quando a notícia não se trata de uma violação vertical a um direito garantido constitucionalmente, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, não existe uma forma de proteger sua veracidade, por exemplo, em casos de informação inverídica sobre um dado científico ou política pública.

## REFERÊNCIAS

CONJUR. **Alexandre Frota é condenado por injúria e difamação a Jean Wyllys**. Revista Consultor Jurídico, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-18/alexandre-frota-condenado-injuria-difamacao-jean-wyllys>> Acesso em 18 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)> Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CARPANEZ, Juliana. **Mentira que mata**. Uol Notícias. São Paulo, 18 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/noticias/especiais/das-fake-news-ao-linchamento-como-uma-mentira-levou-a-morte-de-uma-inocente.htm#incitacao-via-internet>> Acesso em: 18 nov. 2020.

DARNTON, Robert. **A verdadeira história das notícias falsas**. Jornal El País. 30 de abril de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/28/cultura/1493389536\\_863123.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/28/cultura/1493389536_863123.html)> Acesso em: 18 nov. 2020.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C.L. **Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques**. *Media & Jornalismo*, Lisboa, v. 18, n. 32, p. 155-169, abr. 2018. Disponível em <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-54622018000100012&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-54622018000100012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 18 nov. 2020

**Definition of fake news from the Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus**. Cambridge University Press. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news>> Acesso em: 18 nov. 2020

G1. **Notícias falsas sobre eleição nos EUA têm mais alcance que notícias reais**. G1 Notícias. São Paulo, 17 de nov. De 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/noticias-falsas-sobre-eleicoes-nos-eua-superam-noticias-reais.html>> Acesso em: 18 nov. 2020.

GENTILE, Rogério. **Alexandre Frota é condenado por fake news na eleição**. UOL NOTÍCIAS. 27 jun. de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/rogerio-gentile/2020/06/27/alexandre-frota-e-condenado-por-fake-news-na-eleicao.htm>> Acesso em 18 nov. 2020.

JUSTIÇA ELEITORAL. **Seminário Internacional Fake News e Eleições (manhã)**. 2019. (23m29s). Disponível em: <<https://youtu.be/bnpR1RB08HE>>. Acesso em: 18 nov. 2020

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012. [Minha Biblioteca].

MACHADO, Viviane. **ES tem primeiro indiciado pela PF por compartilhar fake news na internet**. **G1 Globo**. 16 jan. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/es-tem-primeiro-indiciado-pela-pf-por-compartilhar-fake-news-na-internet.ghtml>> Acesso em 18 nov. 2020.

OLIVEIRA, Matheus R. **Questionário: a divulgação de notícias e informações falsas, as famosas “fake news”**. Disponível em: <<https://forms.gle/skJ3etDXnr-VkAhF9>> Acesso em 18 nov. 2020.

PAIVA, Vitor. **O Pasquim: jornal de humor que desafiou a ditadura ganha exposição em SP ao completar 50 anos**. Hypheness Portal de Notícias. Disponível em: <<https://www.hypheness.com.br/2019/12/o-pasquim-a-incrivel-historia-do-jornal-de-humor-que-desafiou-a-ditadura-e-ganha-exposicao-em-sp-ao-completar-50-anos/>> Acesso em: 18 nov. 2020.

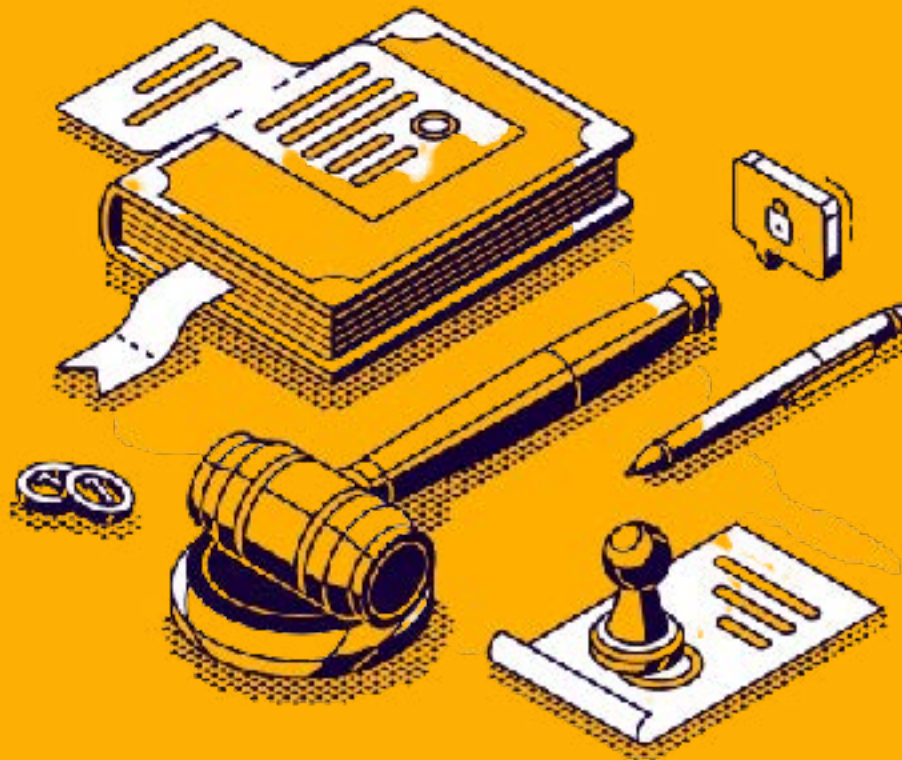
USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014. 209 p. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/741/661> Acesso em 18 nov. 2020.

RECUERO, Raquel; GRUZD, Anatoliy. **Cascatas de Fake News Políticas: um estudo de caso no Twitter**. Galáxia (São Paulo). São Paulo, n. 41, p. 31-47, Aug. 2019. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-25532019000200031&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-25532019000200031&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 18 nov. 2020

**Sensacionalista: um jornal isento de verdade**. Disponível em: <<https://www.sensacionalista.com.br/>> Acesso em: 18 nov. 2020

SHU, K.; SILVA, A.; WANG, S.; JANG, J.; LIU, H. **Fake news detection on social media: a data mining perspective**. Arxiv, 2017. Disponível em <<https://arxiv.org/abs/1708.01967>>. Acesso em 18 nov. 2020.





# **UM ESTUDO SOBRE A ABORDAGEM MIDIÁTICA DOS PROTESTOS DE JUNHO DE 2013 E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DA LEI 13.260/2016 NO BRASIL**

**Lucas Mota Ramos<sup>1</sup>**

**Ana Paula Frighetto Pereira<sup>2</sup>**

**Julia De David Chelotti<sup>3</sup>**

---

1 Estudante de graduação do Curso de Direito no oitavo semestre na Universidade Federal de Santa Maria. Membro do grupo de pesquisa, ensino e extensão “Poder, Controle e Dano Social”. Endereço eletrônico: <mailto:lucasmota.lmr@gmail.com>

2 Estudante de graduação do Curso de Direito no oitavo semestre na Universidade Federal de Santa Maria. Membro do grupo de pesquisa, ensino e extensão Poder, Controle e Dano Social. Endereço eletrônico: [anafrighetto97@gmail.com](mailto:anafrighetto97@gmail.com)

3 Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – PPGD/UFSM. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana. Membro do grupo de ensino, pesquisa e extensão “Poder, controle e dano social”. Bolsista CAPES. Endereço eletrônico: [julia.chelotti@gmail.com](mailto:julia.chelotti@gmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho objetiva realizar uma análise sobre a criminalização dos movimentos sociais no Brasil, a partir de um olhar sobre as jornadas junho de 2013. Nesse contexto, o problema que orienta a pesquisa é: de que forma a abordagem midiática hegemônica acerca das manifestações ocorridas em junho de 2013 influenciou na criminalização dos movimentos sociais, e na construção da Lei N° 13.260/2016? Para desenvolver a problemática, objetiva-se, em um primeiro momento, identificar as origens histórico-sociais dos protestos de junho de 2013 para, então, analisar a abordagem midiática hegemônica sobre tais protestos e sua colaboração para a criminalização dos movimentos sociais, especialmente a partir dos discursos veiculados pelo Jornal Nacional. Posteriormente, desenvolver-se-ão os conceitos de criminalização primária e secundária, segundo os aportes teóricos da criminologia crítica para, assim, analisar o processo de construção da lei 13.260/2016, desde sua propositura à sua promulgação, identificando a influência da abordagem midiática hegemônica nesse contexto. Como metodologia que orienta o trabalho, tem-se como método de abordagem o dedutivo, com procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Jornadas de Junho; Mídia Hegemônica; Lei Antiterrorismo.

## **INTRODUÇÃO**

A mídia brasileira é (re)produzida em um contexto de grande concentração dos meios de comunicação, onde fake news, manipulação política, omissão dirigida e supressão do contraditório fazem parte da realidade a que está submetido o povo brasileiro. A influência dos meios de comunicação hegemônicos na opinião pública de brasileiros e brasileiras é incontestável e, em um país onde 5 grupos empresariais concentram mais da metade dos veículos midiáticos do país, não apenas a pluralidade de ideias é ameaçada, mas também o imaginário social fica restrito às ideologias hegemônicas, que atendem a interesses particulares desses grupos.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como objetivo ajustar a mirada ao processo de criminalização dos movimentos sociais no Brasil, a partir de um olhar sobre as jornadas junho de 2013. Assim, o problema que orienta o trabalho é: de que forma a abordagem midiática hegemônica acerca das manifestações ocorridas em

junho de 2013 influenciou na criminalização dos movimentos sociais, e na construção da Lei Nº 13.260/2016?

A fim de desenvolver a problemática, no primeiro capítulo, são apontadas - ainda que brevemente - as origens histórico-sociais dos protestos de junho de 2013, bem como a abordagem que os meios de comunicação hegemônicos deram a esses eventos. Como objeto de análise, elegeu-se o Jornal Nacional, tendo em vista que, à época dos fatos, a televisão foi apontada como meio de comunicação preferido dos brasileiros e, ainda, o Jornal Nacional como programa jornalístico mais assistido, com uma margem de popularidade, confiança e audiência muito acentuada.

Já no segundo capítulo, são abordados os conceitos de criminalização primária e secundária à luz dos aportes teóricos da criminologia crítica e, para, posteriormente, avançar na análise da lei Antiterrorismo, desde a sua propositura até a sua posituação, objetivando-se de desvelar se há de fato uma influência da abordagem midiática hegemônica acerca das manifestações de junho de 2013 na construção legal do diploma, e, em última medida, do processo de criminalização dos movimentos sociais no Brasil.

Para tanto, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, por ser uma construção que parte do geral - panorama das jornadas de junho e do contexto histórico e político dos movimentos - para a análise específica da influência midiática na construção da Lei 13.260/2016. Como procedimento, utiliza-se o monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

## **1. NÃO É SÓ PELOS VINTE CENTAVOS: as origens histórico-sociais dos protestos de junho de 2013 e a abordagem midiática sobre tais manifestações;**

*“Se trazes no bolso a contravenção  
Muambas, baganas e nem um tostão  
A lei te vigia, bandido infeliz  
Com seus olhos de raios X”  
(Chico Buarque - hino de Duran)*

A fim de entender o processo de influência midiática na criminalização dos movimentos sociais, faz-se necessário, em um primeiro momento, entender - ainda que brevemente - as origens histórico-sociais dos protestos de junho de 2013, e as

características mais predominantes desse movimento. Assim, feita tal construção, ajusta-se a mirada acerca da abordagem midiática hegemônica sobre as jornadas de junho, com enfoque no Jornal Nacional, telejornal brasileiro número 1 em audiência no Brasil, o que evidencia o seu caráter influente na opinião pública e no imaginário social geral.

### **1.1 Breve panorama sobre as origens histórico-sociais dos protestos de junho de 2013**

Nem de longe temos a pretensão de abarcar todos os episódios e significados das jornadas de junho de 2013, mas contextualizar histórica e socialmente as manifestações, abordando temas como a tão noticiada tática black bloc, o perfil dos manifestantes e de suas motivações, a fim de traçar um breve panorama, elementar para o entendimento da pesquisa proposta. O contexto internacional do ano era marcado pelos eventos conhecidos como a “Primavera Árabe” e há quem teorize que tais eventos acabaram, em certa medida, influenciando também o Brasil.

As manifestações brasileiras de junho de 2013 foram marcadas por suas diversas pautas e pela concentração de manifestantes nas ruas das capitais e outras grandes cidades, bem como dos episódios de confronto entre a polícia e os manifestantes durante os protestos. Inicialmente, a pauta que era levantada foi a do Movimento Passe Livre que, em descontentamento pelo aumento da passagem, reivindicava a melhoria do transporte público e colocava-se contra o referido aumento. A demanda foi, após a notoriedade dos protestos, atendida e, posteriormente, agregou-se à pauta a melhoria dos serviços públicos em geral.

A partir da adesão quase que geral da população de todos os extratos sociais, várias outras pautas foram adicionadas ao movimento, como a reforma política, a recusa à PEC 37, a insurgência contra a corrupção. Assistiu-se a multidões com diversas e diferentes pautas, alguns bradando a “não violência” do protesto e o rechaço a partidos políticos, enquanto outros figuraram como o alvo da repressão da polícia em razão dos danos patrimoniais. Ou seja, após a revogação das tarifas e a inflamação e adesão social dos protestos, as reivindicações não foram claras e ficaram difusas.

As mobilizações sociais protagonizaram os editoriais e a cobertura jornalística da grande mídia corporativa, bem como da mídia contra hegemônica. Chamou a

atenção o caráter heterogêneo das manifestações e a aparente horizontalidade do movimento que, sem apresentar lideranças claras, não apresentava uma articulação estratégica. “Além da violência policial, encontrava-se a contrapartida violenta dos manifestantes, quase sempre caracterizados de maneira homogênea como “*Black Blocs*” (BUDÓ, GINDRI, LEÃO, LOUREIRO, 2016, p. 74)

A multidão não era uníssona, e em meio a gritos pedindo “sem violência” a polícia respondia com truculência aos manifestantes, justificando tal atuação em razão dos danos patrimoniais que, vez ou outra, aconteciam. Ainda, boa parte dos manifestantes defendia o caráter “não partidário” do movimento. Não se pode deixar de mencionar, por fim, um dos instrumentos que garantiu que diferentes pessoas, com diferentes reivindicações e pertencentes a diferentes extratos sociais se somassem às multidões: o uso do celular como ferramenta de organização, difusão de informações e divulgação dos protestos. Segundo Castells, “as tecnologias que possibilitam a constituição de redes são significativas por fornecer a plataforma para essa prática continuada e que tende a se expandir, evoluindo com a mudança de formato do movimento” (2013, p. 160).

Junho de 2013, sem dúvidas, foi um marco na história do Brasil e a multidão de vozes heterogêneas que gritava que “o gigante acordou” ainda experimenta as consequências desses protestos, cuja falta de coesão e articulação foi oportunamente apropriada pelos meios de comunicação hegemônicos, cuja abordagem será tratada no tópico a seguir.

## **1.2 Criminalização dos movimentos sociais: a abordagem das jornadas de junho de 2013 pelo Jornal Nacional**

As mídias têm um grande poder de influenciar a opinião pública, e como todo conhecimento é, também, político, é necessário sempre analisar de onde vem as informações e o modo que são postas (ELLWANGER, 2017). Isso, tendo em vista que a concentração da mídia hegemônica no Brasil é oligárquica<sup>1</sup>, e reunida majori-

---

<sup>1</sup> Segundo a pesquisa Monitoramento da Propriedade da Mídia (Media Ownership Monitor ou MOM), financiada pelo governo da Alemanha e realizada em conjunto pela ONG brasileira Intervenções e a Repórteres Sem Fronteiras (RSF), dos 50 veículos de mídia com maior audiência, 26 deles são controlados por apenas cinco famílias. Desses, todos possuem mais de um tipo de veículo de mídia e 16 possuem também outros negócios no setor, como produção cinematográfica, edição de livros, agência de publicidade, programação de TV a cabo, entre outros. Além disso, 21 dos grupos ou seus acionistas possuem atividades em outros setores econômicos, como educação, financeiro,

tariamente em apenas cinco grupos, cujos proprietários individuais concentram mais da metade dos veículos midiáticos do país<sup>1</sup>, e estes seguem uma lógica empresarial, não obstante o papel democrático do acesso à informação.

Os receptores da informação, ou seja, telespectadores, ouvintes e leitores, são levados a compreender o fato noticiado de um único ponto de vista, o de interesse desses grupos de comunicação hegemônicos: que, como mencionado, possuem a sua ideologia, a sua forma de compreensão dos fatos cotidianos, preferências políticas e até a presença de atores efetivamente políticos, cujos interesses particulares são, muitas vezes, contrários ao da coletividade brasileira. Fato é que, apesar de haver um papel político e social dos veículos de mídia, não se pode olvidar que os interesses econômicos e ideológicos não são dissociáveis, pelo contrário, por muitas vezes são sobrepostos.

Apesar da pluralidade de atores e de demandas que marcaram as jornadas de junho de 2013, de um modo geral, uma parcela dos manifestantes foram colocados como inimigos, e a narrativa dos acontecimentos das manifestações foram noticiadas de forma a atender às próprias demandas. Não é novidade o afastamento da mídia e dos movimentos sociais, e a tendência dos veículos de comunicação hegemônica não apenas em abordar de maneira não aprofundada e distorcida tais movimentos, mas também a sua tendência - e preferência - em noticiar acontecimentos negativos. A propósito:

Os acontecimentos negativos costumam ter um grau de noticiabilidade incomparável. [...] Os crimes, dentre os acontecimentos negativos, possuem características ainda mais interessantes. Propiciam a busca por um culpado, contra quem a sociedade possa se voltar, ao mesmo tempo em que geram uma trama por vez digna da ficção, com direito a novos capítulos a cada dia. Violência e crime costumam estar, portanto, no topo de todos os valores notícia (BUDÓ, 2013, p. 88).

Há uma tendência em criar inimigos, em formar uma imagem de um outro que, transgredindo um padrão de normalidade, é passível de um banimento, de exclusão e de violência. Nesse contexto, é interessante remontar à Günter Jakobs (2007) que,

---

imobiliário, agropecuário, energia, transportes, infraestrutura e saúde. Há ainda proprietários que são políticos ou lideranças religiosas. O maior é o Grupo Globo, da família Marinho, que detém nove desses 50 maiores veículos. Fonte: MOM BRASIL. Quem controla a mídia no Brasil?. 2017. Disponível em < <https://brazil.mom-rsf.org/br/> > Acesso em: 29 jun 2019

1 MOM BRASIL. Quem controla a mídia no Brasil?. 2017. Disponível em < <https://brazil.mom-rsf.org/br/> > Acesso em: 29 jun 2019

na sua teoria do direito penal do inimigo, teoriza acerca da criação de dicotomias - entre bons e maus, ou entre nós e eles - que culmina em uma distinção entre um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo.

Entende-se por inimigo aquele que se recusa a seguir as regras definidas pela sociedade, haja vista que o inimigo possui convicções políticas que guiam as suas atitudes subversivas. Entretanto, a mesma teoria é utilizada para justificar a total aniquilação dos direitos individuais daqueles que são considerados inimigos, essa nomenclatura também contribui para o sentimento de exclusão e não pertencimento através de classificações como terroristas ou vândalos. E estes serão punidos independente de terem cometido atos em dissonância com a lei, e sim serão punidos pelo que poderiam fazer, e por ser quem são. É perceptível, nesse contexto, uma tendência ao combate ao inimigo interno, representado no caso brasileiro pelos manifestantes, por meio de uma abordagem midiática criminalizatória capaz de influenciar não apenas o imaginário social, como também a propositura de leis que visem criminalizar tais condutas.

Neste momento, foca-se no fenômeno do processo de criminalização a partir do discurso midiático produzido nos mesmos dias em que ocorreram as manifestações. O veículo de análise da abordagem dos protestos de junho de 2013 é o Jornal Nacional, tendo em vista que segundo a pesquisa<sup>1</sup> da Secom, no ano em que ocorreram as manifestações, a televisão foi o meio de comunicação mais utilizado pelos brasileiros, sendo que dos programas (na categoria geral) mais assistidos durante a semana, o Jornal Nacional apareceu como o mais citado pelos entrevistados e, na categoria específica sobre os telejornais, desponta soberano em primeiro lugar. Assim, é possível concluir que a influência do referido programa na formação do imaginário social brasileiro é incontestável, o que justifica a escolha do objeto de análise, que se constitui como um canal midiático corporativo e hegemônico.

Primeiramente, tem-se que a forma como o Jornal Nacional produziu as notícias é claramente tendenciosa, eis que a maior parte dos entrevistados foram as autoridades policiais e lojistas, dando voz somente a esses, assim enviesando a narrativa contada. Isto é o que se observa na análise feita por Pires (2013) sobre as matérias do Jornal Nacional, durante o exato momento das manifestações. Segundo a autora,

---

1 Brasil. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. Pesquisa brasileira de mídia 2014 : hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. – Brasília : Secom, 2014.

Das 38 matérias veiculadas pelo jornal, 23 - ou 61% do total - não contam com nenhum entrevistado. Somente em 15 (39%) há consulta a algum tipo de fonte. Ao todo, são 56 sonoras examinadas: 19 de autoridades, 19 de pessoas sem ligação direta com as manifestações - geralmente lojistas e pessoas que abordam o vandalismo -, 15 de manifestantes e três de especialistas. (ELLWANGER, 2017, p.)

Ainda segundo as pesquisas de Pires (2013), quanto ao enfoque dado pelo telejornal sobre os manifestantes, estes foram mencionados 374 vezes, mas tiveram voz em menos de 5% delas, 15 no total. Um aspecto que merece destaque é a grande ênfase dada às notícias referentes a danos patrimoniais, que favorecem ainda mais a criação de uma narrativa criminosa em relação aos manifestantes, que permeia de maneira inflamada as reportagens do JN.

Além disso é posto em segundo plano o próprio exercício cidadão de se manifestar, pois as demandas políticas dos manifestantes eram parcialmente deixadas de lado e não eram tratadas com profundidade e importância. Também o próprio discurso do jornal apresenta contradições, uma vez que reiteradas vezes informaram que o vandalismo era parte do comportamento de uma minoria, mas, ainda sim, a maior parte da cobertura era dedicada a esses aspectos de violência.

Em sua dissertação de mestrado, Tatiana Ellwanger analisa o modo como o telejornal mais assistido no país cobriu as manifestações, evidenciando a mudança de postura e de narrativa: segundo a autora, de 6 a 13 de junho o telejornal apresentou reportagens evidenciando o caráter “baderneiro” das manifestações, dando mais ênfase à atuação da polícia em deter a ação dos manifestantes, nos “danos” causados pelos mesmos – sobretudo patrimoniais – e pouca ênfase nas razões do protesto. Posteriormente, 17 de junho em diante, há uma mudança de narrativa “[...] e a dicotomia entre manifestação pacífica versus pequenos grupos de vândalos - com peso editorial muito maior a esse último grupo - começa a se consolidar no discurso do JN” (ELLWANGER, 2017, p.43)

Nessa nova postura discursiva, o jornal televisivo dá ênfase à aversão dos manifestantes a partidos políticos, bem como se supervaloriza o enfoque ao vandalismo. Já nesse momento, começa a firmar-se o discurso do jornal em mostrar o caráter “majoritariamente pacífico” das manifestações, deturpado por alguns grupos que praticam atos de vandalismo. (ELLWANGER, 2017, p.43)



Ellwanger, então, analisa a postura do jornal a partir de 20 de junho<sup>1</sup>, data em que, a emissora transmitiu, ao vivo, os levantes em todo o Brasil. “Quatro repórteres fizeram, cada um de um ponto – todos do alto de prédios - os relatos e construíram, junto principalmente com a âncora Patrícia Poeta, sendo que em momento nenhum foi questionada a atitude da polícia” (ELLWANGER, 2017, p. 146). Novamente, foi endossado, em diversas manifestações dos jornalistas, a aversão à Partidos Políticos, pelos manifestantes, no sentido de despolitizar o movimento. As motivações dos protestos, ou seja, preço das passagens, a qualidade do transporte público, a postura da polícia e gastos com as obras da Copa não aparecem na fala dos repórteres ou da âncora.

Nesse dia, ao abordar a ação truculenta da política, a reportagem é tendenciosa no sentido de amenizar os atos, retratados como uma resposta à ação de alguns manifestantes, transferindo a culpa e a justificando a violência policial como uma reação. Além disso, o tom que os jornalistas dão à ação policial é que esta é destinada “a um pequeno grupo, mais radical”. Há, na abordagem midiática, uma divisão entre pessoas pacíficas e pessoas “má intencionadas” que, depredando o patrimônio, distorciam o caráter eminentemente pacífico do movimento cometendo atos de vandalismo. Ellwanger também sinaliza ao fato de que

A busca da compreensão do que ocorria não foi o caminho da cobertura. O programa dispõe de recursos humanos, estrutura, produtores, correspondentes em diversos lugares do mundo em que manifestações similares ocorreram, amplo acesso a cientistas políticos e sociais no Brasil e no mundo, além de parcerias com institutos de pesquisa de opinião. Houve, ao contrário, uma abordagem superficial, pautada na dicotomia vândalos versus PM e nos danos ao patrimônio. A abordagem midiática, a partir de uma ação mais repressiva da polícia, despolitizou as causas do protestos e transformou as narrativas em polícia x vândalos(2017, p. 151)

Ainda, outro movimento foi observado: a apropriação do movimento, que dentre as pautas, pedia o fim da corrupção e da PEC 37, como um imperativo a ser conquistado a todo o custo. O enfoque dado à polícia na narrativa da mídia hegemônica como uma figura de autoridade é utilizado com destaque como forma produzir suas matérias. O Jornal Nacional tem uma conduta - com poucas exceções - condescendente com a polícia, partindo do pressuposto de que a versão oficial é a que corres-

---

1 Neste dia, O JN entrou no ar sem a tradicional escalada e foi, praticamente, todo dedicado às manifestações. Mesmo após o término do telejornal, flashes ao vivo continuaram atualizando as informações até o Jornal da Globo.

ponde aos fatos e silenciando outras (ELLWANGER, 2017).

Importante mencionar que, apesar de hegemônica, a abordagem dos meios de comunicação corporativos, a exemplo do Jornal Nacional não foi uníssona. Narrativas independentes, a exemplo da Mídia Ninja, que é um jornal contra hegemônico, gerada e pautada por membros dos movimentos sociais, também “contaram os fatos” das jornadas de junho. Infelizmente, na disputa de vozes, o grupo Globo e os meios de comunicação de massa no Brasil “gritaram mais alto” e a consequência dessa abordagem foi criminalizadora do movimento, cuja pecha de criminosos recaiu, sobretudo, naqueles e naquelas que desempenhavam a tática “black block” e na população majoritariamente estigmatizada no Brasil. Ou seja, o caráter político e reivindicatório de direitos das jornadas de junho ficou de lado e foi priorizado, pela mídia hegemônica, os atos de vandalismo, atribuídos não à classe média que também se manifestava, mas àqueles e àquelas que já são a clientela dos processos criminalizatórios primários e secundários em terrae brasilis. Nada novo sob o sol do país tropical.

## **2. O GIGANTE ACORDOU: a influência da mídia na criação de um discurso hegemônico e criminalizador dos movimentos de junho de 2013 e a sua influência na construção da Lei 13.260/2016**

*“Se vives nas sombras frequentas porões  
Se tramas assaltos ou revoluções  
A lei te procura amanhã de manhã  
Com seu faro de dobermam  
E se definitivamente a sociedade  
Só te tem desprezo e horror  
E mesmo nas galeras és nocivo  
És um estorvo, és um tumor  
A lei fecha o livro, te pregam na cruz  
Depois chamam os urubus”  
(Chico Buarque - hino de duran)*

Feitas as construções sobre as origens e características dos protestos, bem como a abordagem midiática hegemônica acerca dos movimentos de junho de 2013, neste capítulo são abordados os conceitos de criminalização primária e secundária à luz dos aportes teóricos da criminologia crítica. Posteriormente, avança-se na análise da lei Antiterrorismo, desde a sua propositura até a sua positivação, objetivando-se

de desvelar se há de fato uma influência da abordagem midiática hegemônica acerca das manifestações de junho de 2013 na construção legal do diploma, e, em última medida, do processo de criminalização dos movimentos sociais no Brasil.

## **2.1 O que a criminologia crítica tem a nos dizer: uma breve análise sobre os processos de criminalização primária e secundária dos movimentos de junho de 2013**

Transcendendo as abordagens clássicas de crime e criminoso, abordadas sobretudo em um recorte dos estudos criminológicos de cunho positivista, os processos de criminalização foram aprofundados a partir do marco teórico da criminologia crítica, referencial que pauta as reflexões deste trabalho. A partir dessa lente, desloca-se o objeto da criminalidade, tido antes como dado ontológico, para a criminalização, a qual se apresenta como realidade construída, mostrando o crime como uma atribuição do sistema penal a comportamentos ou indivíduos (BUDÓ, 2013).

Alessandro Baratta (2002) sustenta que a criminalidade, na perspectiva da Criminologia Crítica, revela-se como um status atribuído a determinado indivíduo, por meio de uma dupla seleção: a seleção dos bens protegidos pelo Direito penal e dos comportamentos que os ofendem (seleção primária); e a seleção dos indivíduos estigmatizados, entre todos que cometem infrações a normas sancionadas penalmente (seleção secundária). Nessa perspectiva, a criminalização primária consiste na definição, por certos membros da sociedade, de um comportamento como criminoso ou desviante. É preciso ressaltar que não é o comportamento que é criminoso, e sim a interpretação determinada pela parcela da população que detém o poder de que este ato é desviante.

Os comportamentos instituídos como desviantes são definidos arbitrariamente pela figura do legislador, não pelo dano social que provocam, mas sim para controlar e atingir os comportamentos da população marginalizada e dos grupos sociais vulneráveis. Ademais, as leis são criadas, sem um embasamento de estudos científicos, estatísticos, sem considerar uma política criminal, sem considerar os danos sociais causados tanto pelos atos quanto pelas penas.

No que toca aos movimentos sociais, a criminalização primária pode ser visualizada também nas ações de diferentes aparelhos estatais que, através de instrumen-

tos legais e/ou constitucionais, dão caráter criminilizador a ações e lideranças populares. Utilizando-se desses mecanismos, intenta-se fazer com que sejam concebidos como delinquentes, à margem da lei, tanto pelo aparelho estatal responsável como pela opinião pública. Ainda, não se pode deixar de enfatizar que essa criminalização, de rebote, deturpa a legitimidade das demandas e de seus atores (SAUER, 2008).

Por outro lado, o processo de criminalização secundária consiste no modo pelo qual os órgãos de controle, como o judiciário e a polícia, atuam na aplicação da lei, e estes têm como base o estereótipo de criminoso, que é pré-definido em conceitos históricos e culturais de uma sociedade, enquanto são vítimas da imputação da lei, somente as pessoas que possuem este estereótipo. Esse fenômeno se explica por meio da teoria do labelling approach (BARATTA, 2002) ou do etiquetamento, que foca no próprio estigma do desviante, de modo que as pessoas são etiquetadas a partir do seu estereótipo, cor de pele, classe social, e sobre elas recairão todo o aparato de controle social.

A teoria do labelling approach representa uma “ruptura epistemológica da criminologia, ao retirar o foco das causas do crime no crime e no criminoso para visualizar o fenômeno da criminalização”(BUDÓ, 2013, p. 17) Com efeito, o crime não está no delito cometido, pois variados delitos são cometidos sem que sejam tratados como crime, percepção essa que, como nota Zaffaroni, se o sistema penal processasse e punisse todos os fatos tipificados como crimes, toda a população já teria sido criminalizada várias vezes.

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis (ZAFFARONI, 1991, p. 125).

Desse modo, quando determinados sujeitos que já são classificados como criminosos e já possuem uma maior vigilância dos meios de controle, cometem atos, suas condutas são geradoras de reações sociais repreensivas. Essa é também a conclusão de Becker, considerado o fundador da teoria do etiquetamento, para o qual, o desvio assim como o crime é construído socialmente, já que “[...] os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio, e por aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las como outsiders” (BECKER,

1996, p. 9).

Portanto, identifica-se no momento em que o discurso midiático hegemônico define arbitrariamente como “vândalos”, “baderneiros”, “blackbloc”, determinado grupo torna-se etiquetado, como desviante e criminoso, negando aos mesmos o direito democrático de manifestar-se, bem como negando o direito de resistência. Isso, tendo em vista que sobre os mesmos recaíram todos os aparatos de controle social, influenciando inclusive em diversas prisões arbitrárias e discricionárias como foi o caso do morador de rua Rafael Braga, condenado a cinco anos de prisão por portar uma garrafa de Pinho Sol (ELLWANGER, 2017).

E esse processo de etiquetamento que atinge os movimentos sociais, têm influência direta na construção da lei antiterrorismo, a exemplo do PLS 499/13, Projeto de lei Antiterrorismo. Esclarecedores, nesse ponto, os ensinamentos de Budó:

De uma maneira geral, os autores que trabalham no marco da criminologia crítica, e das teorias garantista, minimalista e abolicionista do sistema penal, apontam a mídia como articuladora de um papel fundamental, seja na exacerbação da sensação de insegurança que legitima o aumento da repressão penal, seja pela própria abordagem excludente e desigual, que reproduz o preconceito em relação às parcelas menos favorecidas da população, e legitima a seletividade do sistema (2006, p. 06).

Obviamente, o diploma legal que rege a matéria, hoje, não coincide com os dispositivos do projeto, mas a linha que conecta a propositura do projeto - extremamente autoritário e antidemocrático - até à Lei nº 13.260/2016, efetivamente positivada - e ameaçada por projetos de alteração - anda de mãos dadas com o contexto criminalizatório dos movimentos sociais.

## **2.2 - Da proposição à positivação: um olhar para a construção da lei antiterrorismo**

Em decorrência da tumultuosa situação política e social da época que alastrou-se nos movimentos de 2013, juntamente com as fortes manifestações que ocorreram na copa do mundo de 2014, em Março de 2016 com a iminência dos Jogos Olímpicos e para que não se repetisse os episódios das jornadas de junho justamente quando o Brasil estava sob os olhares da comunidade internacional, foi criada a Lei Antiterrorismo. Neste momento houve muita pressão internacional sob as autoridades brasileiras, influenciados pela política de guerra ao terror, capitaneada pelos Estados

Unidos desde os atentados de 11 de setembro, sendo esta uma das justificativas para a criação da Lei.

Outra justificativa dos parlamentares é o fato da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) conter no art 4º inc VIII o seu explicitado repúdio ao terrorismo, porém sem nenhuma lei tipificando e definindo tal crime, o que gerava uma situação confusa e controversa. Soma-se a esta argumentação o fato de Terrorismo estar enquadrado aos crimes hediondos. Entretanto, há que se ressaltar que no país não há historicamente registros de atentados terroristas, evidenciando a influência da comunidade internacional para a positivação do diploma.

Influenciados pelos episódios de junho de 2013, uma parte conservadora da classe política apresentou o projeto de lei PLS 499/2013 que, dentre a supressão de diversas garantias fundamentais, mostrava-se autoritário e criava margem discricionária para criminalizar os movimentos sociais. Segundo o projeto de lei, o crime de terrorismo tinha como definição o ato de “provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação da liberdade de pessoa” (BRASIL, 2013). Sem adentrar muito às questões como a previsão da pena e os incisos do tipo penal, é possível constatar o caráter abstrato e genérico da definição do crime, o que deixa clara margem de enquadramento dos movimentos sociais como grupos terroristas.

Por óbvio, essa definição sofreu alterações no processo de construção legal e a definição de crime de terrorismo, hoje prevista no artigo 2 da Lei 13260/2016 efetivamente positivada, define como terrorismo “a prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública” (BRASIL, 2016).

Como é perceptível na mudança de definição do projeto de lei para a lei positivada, ocorreram diversas alterações. Destas, as principais foram feitas pela ex-presidenta Dilma Rousseff, que realizou seis vetos e foi responsável por retirar da concepção de grupo terrorista a ação política de manifestantes e movimentos sociais (BRASIL, 2016). Esta postura da ex-presidenta, é condizente não apenas com a sua trajetória política de vida, em que foi militante contra a ditadura, mas também em de-

fesa dos princípios democráticos brasileiros. Os trechos vetados, feriam claramente o exercício de direitos constitucionais como a liberdade de expressão e livre manifestação, pilares de um Estado que se pretende democrático.

Apesar desses vetos, e de ter sido sancionada também para atender uma demanda internacional, a Lei Antiterrorismo apresenta algumas contradições e é alvo de várias críticas, não apenas do segmento mais conservador do país - cujo intuito é o de abafar manifestações e repreender movimentos sociais - mas também do segmento progressista e dos movimentos sociais como um todo. Dentre tais críticas, destaca-se o obstáculo que a lei apresenta para a busca de novos direitos:

No segundo parágrafo da lei, encontramos uma ressalva que afirma que movimentos sociais, sindicais e políticos não devem ser enquadrados nas práticas terroristas se visarem a “defender direitos, garantias e liberdades constitucionais”. As manifestações por novos direitos ou pela ampliação dos já existentes não são consideradas nesta ressalva. Nesse sentido, a lei antiterrorismo não prevê a reivindicação do novo, nem as ações que buscam mudança na vida pública. (RUBIANO, 2017, p. 73)

Em meados a todas essas críticas, às perspectivas de salvaguarda dos direitos políticos e de manifestações de movimentos sociais não são positivas. Existem projetos de alteração dessa lei, propostos por políticos conservadores, no intuito de relativizar a “proteção” dada pela lei para o exercício político da liberdade de manifestação dos movimentos sociais. Observa-se o quanto a mídia possui força de influenciar opiniões, pois um desses projetos de Lei escritos pelo senador Lasier Martins, o projeto de número 272 de 2016 do senado, tem por objetivo “disciplinar com mais precisão condutas consideradas como atos de terrorismo”. O teor do projeto, que visa incluir novamente itens vetados pela presidenta Dilma Rousseff, incluindo a depredação do patrimônio como conduta terrorista. A alteração caminha no sentido de controlar as ações de manifestantes em movimentos sociais que, não obstante sejam retirados da definição de grupo terrorista, teriam essa “proteção” desde que manifestando-se pacificamente<sup>1</sup>.

Nas justificativas do projeto, o político cita e baseia-se na Revista Veja sobre uma suposta ameaça de terrorismo ao Estado Brasileiro. Essa, mesmo não sendo

---

1 LASIER MARTINS DEFENDE INCLUSÃO DE DESTRUIÇÃO DE PATRIMÔNIO NA LEI ANTI-TERRORISMO. Senado Notícias, 31 de Outubro de 2018. Disponível em < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/31/lasier-martins-defende-inclusao-de-destruicao-de-patrimonio-na-lei-antiterrorismo> > Acesso em 20 jun 2019

uma mídia televisiva, é pertencente a editora Abril, que faz parte da mídia hegemônica dominante no Brasil e denota o poder da mídia que, sendo um meio de controle informal, possui influência, inclusive, nas instâncias de controle formal.

Além do referido projeto, proposto pelo Senador do PP, destaca-se o PL 5065/2016, proposto pelo deputado Delegado Edson Moreira (PR-MG) que permite que movimentos sociais e manifestações políticas sejam enquadrados na Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/16). Como sabe-se, a lei atualmente proíbe que as manifestações e os movimentos, “direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios”, sejam classificados como ato de terrorismo. Ainda, o projeto propõe alteração da definição do crime de terrorismo para acrescentar a motivação ideológica, política, social e criminal na sua configuração, além de estabelecer novas ações em sua tipificação, como expor a perigo a liberdade individual e coagir autoridades, concessionários e permissionários do poder público, a fazer ou deixar de fazer algo.

Toda essa disputa política no sentido de relativizar e solapar as garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros evidencia o quanto o setor conservador do país cresce. Mais ainda, evidencia que a abordagem criminalizatória dos movimentos sociais realizada pelos meios de comunicação hegemônicos é bem sucedida e ganha cada vez mais adeptos, não apenas de representantes que ocupam cargos de poder formal no Brasil, mas uma boa parte da população que chancela essa conduta e clama, cada vez mais, por repressão e mordaza, não obstante as garantias constitucionais de liberdade de manifestação e de expressão e, em última medida, do exercício político da cidadania.

## **CONCLUSÃO**

Conforme os resultados da pesquisa até então expostos, é perceptível que as vozes heterogêneas que compunham as multidões das jornadas de junho de 2013, foram representadas de maneira uníssona pela mídia hegemônica. As reivindicações de melhoria dos serviços públicos, contra o aumento da passagem, pela reforma política não tiveram enfoque tão grande, pelos meios de comunicação hegemônicos, como tiveram os episódios de dano à propriedade, por exemplo.

A abordagem míope dada pelo Jornal Nacional, como visto, colaborou para a criação de uma dicotomia maniqueísta entre “protestantes pacíficos” e “vândalos”,



entre “os sem partido” e os “partidários”, que anda na linha da famigerada concepção de “cidadão de bem” e os “inimigos”. Tal concepção instaurou-se no imaginário social dos cidadãos com muita força e colocou-se como um poderoso instrumento de legitimação de condutas criminalizatórias dos movimentos sociais.

Nessa esteira, a abordagem da mídia corporativa hegemônica dos movimentos de Junho de 2013 também teve influência na Lei 13260/2016, vez que a elaboração do projeto - autoritário e antidemocrático - se deu nesse contexto. Os motivos que levaram à posterior sanção e positivação da lei relacionam-se, majoritariamente, à pressão internacional e à iminência dos Jogos Olímpicos que foram sediados no Brasil, mas não se pode negar a existência de uma linha que conecta as jornadas de Junho à lei em comento. E essa linha é ditada, em grande medida, pela estrondosa voz da mídia hegemônica, responsável por criar um estereótipo que leva à criminalização de movimentos sociais e conecta a influência informal à positivação da repressão formal de condutas que são, antes de tudo, em nome da democracia e do exercício político de reivindicar direitos.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard. **Outsiders**: Studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal de República de 1988**. Promulgada em 5 de outubro 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 27 jun 2019

BRASIL. **Lei 13260 de 2 de agosto de 2013**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)> Acesso em 20 jun 2019

BRASIL. **PLS - Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, nº 5065 de 2016**. Tipifica atos de terrorismo por motivação ideológica, política, social e criminal. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_imp;jsessionid=8362D49B4A2809B16E03F93BEB2E578B.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2082470&ord=1&tp=completa](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_imp;jsessionid=8362D49B4A2809B16E03F93BEB2E578B.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2082470&ord=1&tp=completa)> Acesso em 20 jun 2019

BRASIL. **PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 499 de 2013**. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3753898&ts=1553280847418&disposition=inline>> Acesso em 20 de

jun 2019

BRASIL. **PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 272 de 2016**. Altera a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a fim de disciplinar com mais precisão condutas consideradas como atos de terrorismo. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4053697&ts=1559280745311&disposition=inline>> Acesso em 20 jun 2019

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal. In: **Unirevista**, Florianópolis, nº 3, 2006.

CASTELLS, M. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2013.

ELLWANGER, Tiana Maciel. **Manifestações de Junho de 2013: Como experienciamos, esquecemos e lembramos na contemporaneidade**. 2017. 257 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Cultura) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

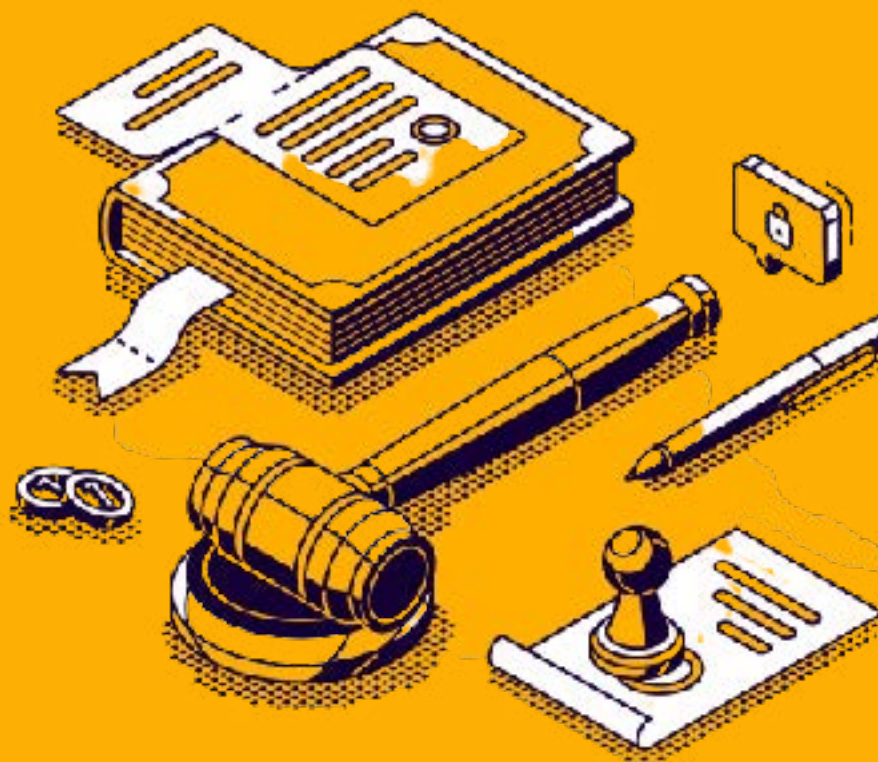
MOM BRASIL. **Quem controla a mídia no Brasil?**. 2017. Disponível em <<https://brazil.mom-rsf.org/br/>> Acesso em: 29 jun 2019

PIRES, Daiane. **Junho de 2013: a emergência da multidão no telejornal (nacional) da massa**. 2016. 211 f. Dissertação (Mestrado em Processos e Manifestações Culturais) - Feevale. Novo Hamburgo-RS, 2016.

RUBIANO, Mariana de Matos. Lei antiterrorismo e restrição da ação política: dissidência e resistência em tempos de crise da república. **Cadernos de Ética e Filosofia - USP**, São Paulo, nº 31, 2017.

SAUER, Sérgio. **Processos recentes de criminalização dos movimentos sociais populares**. Brasília, 2008. Disponível em <<https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2008/10/Processos-recentes-de-criminaliza%c3%a7%c3%a3o-dos-movimentos-sociais-populares.pdf>>. Acesso em: 20 jun, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



# **MULHERES NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DAS MULHERES NOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO TJ-RS E TJ-SC**

Jéssica Reis da Silva<sup>1</sup>

Angelita A. Souza de Camargo<sup>2</sup>

---

1 Graduando de direito na Universidade Federal de Santa Maria; E-mail: jessicareis0902@gmail.com

2 Graduando de direito na Universidade Federal de Santa Maria; E-mail: angelitacamargo80@gmail.com

**Resumo:** O presente trabalho é um estudo que abarca os crimes omissivos impróprios, nos casos específicos de violência sexual envolvendo a responsabilização de mulheres, tendo em vista o dever de cuidado imposto a elas, em decisões nos Tribunais de Justiça do Estado Rio grande do Sul e de Santa Catarina. Tal instituto configura-se quando o agente, chamado aqui de garantidor, abstém-se de agir para impedir o resultado, ignorando seu dever jurídico de cuidado, contudo a pesquisa voltou-se para a observação da responsabilização penal de mulheres, nestes casos mães condenadas pelo falta do dever de cuidado em relação aos seus filhos menores de idade, identificando a relação que tal fenômeno guarda com o sistema patriarcal e machista que molda a sociedade, bem como com as estruturas opressoras de gênero aliadas a seletividade do processo penal. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o método de procedimento foi o histórico e monográfico. Tendo em vista a sociedade conservadora em que vivemos marcada pela discriminação de gênero, a pesquisa é essencial para demonstrar as imparcialidades das decisões envolvendo mulheres como figura de garantidor e o dever de cuidado imposto a elas pelo Estado.

**Palavras-chaves:** Mulheres. Responsabilização. Omissão Imprópria. Violência Sexual.

**Abstract:** The present work is a study covering improper crimes of omissions in specific cases of sexual violence involving the accountability of women, with a view to such a duty of care imposed on them, decisions in the Courts of Justice of the State of Santa Catarina and Rio Grande do Sul. Such institution is constituted when the agent, called here a guarantor, refrains from acting to prevent the result, ignoring his legal duty of care, however the research turned to the observation of Criminal accountability of women, in these cases mothers condemned by the lack of duty of care in relation to their underage children, identifying the relationship that this phenomenon has with the patriarchal and sexist system. In view of the conservative society in which we live marked by gender discrimination, research is essential to demonstrate the impartiality of decisions involving women as a guarantor and the duty of care imposed on them by the State.

**Keywords:** Women. Accountability. Inappropriate omission. Sexual Violence.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a abordar a temática das mulheres no processo penal, analisando a responsabilização das mulheres nos crimes de omissão imprópria em casos de violência sexual envolvendo o dever de cuidado imposto às mulheres nos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, para tanto a pesquisa pautou-se no seguinte questionamento: De que forma a estrutura da sociedade patriarcal influencia a imparcialidade das decisões?

Dessa forma, delimitaram-se algumas formas de resolver tal problemática identificada anteriormente, entre elas, e principalmente, constatar as decisões do TJ-RS e do TJ-SC em que ocorreu a responsabilização das mulheres nos crimes de violência sexual por omissão imprópria. Além disso, procurar compreender as motivações de denúncia e sentença que fundamentam as condenações de mulheres, bem como verificar a aplicação do conceito de omissão imprópria e sua discricionariedade entre os gêneros dentro dos TJ's referidos, demonstrando os reflexos dos estereótipos associados às mulheres acerca do dever de cuidado, e a perpetuação do machismo estrutural nestas decisões.

Nesse sentido, utilizou-se do método dedutivo, a fim de analisar os elementos históricos sociais que motivam as decisões do TJ's que responsabilizam as mulheres nos casos mencionados. Outrossim, o método de procedimento utilizados na elaboração da pesquisa foram o histórico e o monográfico, com a técnica de revisão bibliográfica e resumos expandidos.

Ademais, vale destacar o motivo pelo qual se deu a escolha do tema, considerando os inúmeros casos envolvendo mulheres encarceradas, em virtude do estereótipo de dever de cuidado imputado a elas dentro de um sistema hierarquizado e patriarcal. Nesse contexto, visualiza-se tanto a relevância científica, pessoal e social da temática, uma vez que a responsabilização única da mulher com os cuidados familiares, decorrente da cultura machista e patriarcal de nossa sociedade, e o reflexo na legislação resulta muitas vezes em condenações arbitrárias. Sendo assim, a pretensão da pesquisa é tornar público a urgência, tendo em vista o punitivismo e sua influência sobre minorias sociais, quais sejam, mulheres vítimas de casos de responsabilização por omissão imprópria.

Ainda, a respeito do dever de cuidado como uma atribuição feminina, sintoma

de uma sociedade patriarcal que pretende uma divisão rígida e arbitrária dos papéis de gênero atribuídos. Como forma de explicitar tais ideias a pesquisa foi direcionada para os Tribunais de Justiça, buscando esclarecer aos leitores o conceito do instituto da omissão imprópria e a responsabilização de mulheres nos casos de violência sexual, bem como abordar a especificidade da criminalização de mulheres aliada a estereótipos de gênero relacionados ao dever de cuidado, machismo estrutural e punitivismo.

Por fim, resta clara a importância da abordagem da questão, já que pertencemos a uma sociedade conservadora, baseada numa estrutura marcada pela discriminação em relação ao gênero, onde mulheres são sobrecarregadas pelo dever de zelar pelo ambiente familiar, no entanto as decisões expõem como natural e instintivo aos homens a prática de violência sexual, enquanto as mulheres são responsabilizadas desigualmente.

## **1.0 INSTITUTO DA OMISSÃO IMPRÓPRIA E A RESPONSABILIZAÇÃO DE MULHERES NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

### **1.1 CONCEITUAÇÃO DO CRIME DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NOS CASOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA SEXUAL E O DEVER DE CUIDADO IMPOSTAS ÀS MULHERES.**

Inicialmente, devemos partir da conceituação do instituto da omissão imprópria, a fim de que se possa visualizar tal crime como forma de responsabilização da mulher em situações impostas pela sociedade como um dever de agir, de proteger e zelar por aquele que se encontra sob seus cuidados.

De tal forma, definem-se o instituto da seguinte maneira:

Nos crimes comissivos por omissão, o tipo penal incriminador descreve uma conduta positiva, é dizer, uma ação. O sujeito, no entanto, responde pelo crime porque estava juridicamente obrigado a impedir a ocorrência do resultado e, mesmo podendo fazê-lo, omitiu-se. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p.308)

Vale destacar que a definição de tal autor trata-se da situação em que a punição do agente que deixou de impedir o resultado, depende da existência prévia de um dever jurídico de agir para evitá-lo. As hipóteses em que há, nos termos da lei penal, dever de agir para evitar resultados encontram-se descritas no art. 13, § 2º, do

## Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

De acordo com Lima (2019), entende-se que o dever de agir de um particular se direciona ao pai, mãe, o bombeiro militar, entre outros, a diretora da escola quando assume a responsabilidade de impedir qualquer resultado lesivo aos alunos; os professores, ou, ainda, os médicos e enfermeiros, em relação aos pacientes entregue a seus cuidados, à vizinhos que por exemplo acendem fogueira para queimar seu lixo e, entretanto, esquece de apagá-la, ocasionando um incêndio de grandes proporções, atingindo o imóvel de vizinho, que vem a óbito.

No entanto, a análise em comento se detém em entender a aplicação do crime de omissão imprópria quando envolvem a culpabilização das mulheres em crimes de violência sexual envolvendo seus filhos menores.

Nesse sentido, podemos destacar um dos casos mais exemplificativos dentro do sistema penal, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que se fixou a responsabilidade da mãe que tinha ciência da violência sexual (estupro) sofrida por sua filha e, no entanto, ao invés de denunciar, permaneceu inerte.

Nesse sentido, podemos destacar um dos casos mais exemplificativos dentro do sistema penal, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que se fixou a responsabilidade da mãe que tinha ciência da violência sexual sofrida por sua filha, e, no entanto, ao invés de denunciar, permaneceu inerte.

REVISÃO CRIMINAL. DECISÃO CONTRÁRIA AO TEXTO DE LEI. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. GENITORA. OMISSÃO. CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO. FIGURA DO “GARANTIDOR”. PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ABUSO. INÉRCIA CONFIGURADA. A omissão pode constituir elemento do tipo penal (crime omissivo próprio ou puro) ou apenas forma de alcançar o resultado previsto em um crime comissivo (crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão). Nestes casos, a conduta descrita no tipo é comissiva, mas o resultado ocorre por não o ter impedido o sujeito ativo. No crime omissivo impróprio o resultado pode ser atribuído ao omitente tanto por uma inércia dolosa quanto culposa (desde que também punível a título de culpa). A omissão só é “penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (CP, art. 13, § 2.º), colo-

cando-se na figura do “garantidor”. **Este tem o dever de engendrar esforços para, ao menos, tentar evitar o resultado. São distintas as figuras da omissão imprópria e da participação por omissão. Enquanto na primeira o “garantidor” age como verdadeiro autor da omissão, da qual decorre o resultado, na segunda o partícipe, desejando resultado, limita-se a se omitir para auxiliar a sua consecução. Somente nesta pode-se cogitar da participação de menor importância. Age com verdadeira omissão dolosa a mãe que – “garantidora” legal do dever de cuidado, zelo e proteção da prole (CP, art. 13, § 2.º, a)- flagrado companheiro abusando sexualmente da filha e a abandona sem tomar qualquer providência.** PEDIDO IMPROCEDENTE. (TJ-SC – RVC: 20130303449 SC 2013.030344-9 (Acórdão), Relator: Roberto Lucas Pacheco, Data de Julgamento: 26/11/2013, Seção Criminal Julgado).

Diante de tal caso, é possível verificar a situação em que houve a responsabilização de uma mãe por omissão, uma vez que cabia a ela o dever de cuidado. Contudo, é este tipo de decisão que provoca a discussão proposta neste artigo, pois a quem cabe o dever de cuidado, e do que se trata o dever de zelo, como é possível imputar a uma mãe e tão somente a ela a falta do dever de agir em situações que ninguém está preparado para vivenciar.

Além disso, dentro deste instituto da omissão imprópria, visualiza-se como bem trouxe a jurisprudência, a figura do garantidor, como aquele que busca impedir a lesão a um bem jurídico amparado por uma norma proibitiva. De acordo com Eduardo Monreal A “posição de garante” não pode ser imputada a qualquer pessoa senão àqueles que, em virtude de sua especial proximidade com tal bem, estejam investidos nesta qualidade.”

Logo, dessa citação, pode-se extrair alguns prévios entendimentos acerca de quem pode ser acusado de omissão imprópria, tendo em vista que a este imputado deveria caber conduta de cuidado a fim de impedir que o resultado antijurídico acontecesse. No entanto, vale destacar algumas diferenças acerca de tal figura, em que de um lado existe a previsão jurídica do garantidor, como aquele que está na responsabilidade de alguém e que, portanto, tem o dever de cuidar, e de outro a implicação social deste, construída sobre as mulheres, em casos de violência sexual.

Nesse sentido, Juarez Tavares exemplifica

(...) Costuma se dizer que a mãe que deixa de amamentar o filho recém nascido e, assim, causa-lhe a morte, responde por homicídio por omissão. Ainda antes de estar contida no código Penal uma indicação precisa dessa responsabilidade, esta foi a orientação da doutrina. Mas esta conclusão sempre foi tomada arbitrariamente pela doutrina, com base no costume, fazendo deste uma fonte de incriminação, o que violava o princípio da legalidade e toda a



Pois bem se assevera neste trecho, ao colocar o costume como base de conclusões arbitrárias acerca do instituto da omissão e da figura do garantidor, tendo em vista o fato de que em uma sociedade insaciável por condenações, condutas são arbitrariamente taxadas como fontes de incriminação, violando todo e qualquer princípio de defesa do processo penal. Ainda, há que se falar pré-conceitos e imposições machistas incrustadas nas mais diversas formas de expressão.

Para além desta figura, é necessário frisar que os questionamentos em torno deste tema, transpassam a linha de entendimento, do que se trata o instituto da omissão imprópria, como conceito jurídico, uma vez que a compreensão de responsabilização traz consigo toda carga de trabalho imposta às mulheres desde os primórdios, onde a esta cabe uma jornada na maioria das vezes tripla, em que não basta ser mãe, profissional, precisa ser dona do lar e ainda, ser alvo de acusações pela sociedade, pela falta de cuidado para com seus próprios filhos. Para além disso, tal imposição da sociedade, acaba invadindo a autogestão da mulher mãe, definindo estereótipos de como deve ser seu comportamento diante de diferentes situações.

Tal argumentação está arraigada em um sistema e em uma sociedade construída em suas bases pelo patriarcado e pelo machismo, quando define e imputa a figura da mulher deveres, que não são exigidos pela pessoa do homem, denota-se uma disparidade de gênero gritante, constituída e demarcada por atribuições a determinadas pessoas e condenações daquelas que não correspondem às expectativas de uma mulher do lar, ou ainda de uma mulher do lar que também queira ter uma vida profissional, mas que aos olhos da sociedade deve prioritariamente desempenhar seu papel de mãe, zeladora, sendo que a falta deste cuidado dela, estará implicando em responsabilidades graves a serem imputadas.

É nessa seara que se discute alguns conceitos definidos por alguns autores, como bem cita Juan Tronto (1987) acerca da atribuição do dever de cuidado e responsabilidade da mulher

“A atribuição de responsabilidade de cuidar de alguém, alguma coisa ou alguns grupos pode então ser uma questão moral. O que faz ‘cuidar de’ ser tipicamente percebido como moral não é a atividade em si, mas como essa atividade se reflete sobre as obrigações sociais atribuídas a quem cuida e sobre quem faz essa atribuição.” (PEDREIRA, 2008, p.4; apud TRONTO,

Ainda, sobre a influência moral da sociedade acerca do dever de cuidado, podemos visualizar algumas questões que permeiam a quem se deve a responsabilidade, e em que contexto são exigidas tais responsabilidades, como por exemplo, a disseminação da ideia de que tão somente a mãe, pelo dever imposto a ela de cuidado é que se pode exigir conduta adequada em relação a situações que seus filhos possam vivenciar

A responsabilidade trata-se de uma obrigação em relação a si ou para com outra pessoa, logo, a figura da responsabilização merece análise coerente acerca de sua aplicação, principalmente, quando estamos falando de questões socialmente construídas e associadas aos preconceitos da sociedade. A verdade por trás de tal responsabilidade encontra-se no fato de que estereótipos de gênero, costume e cultura machista constroem o dever de cuidado exigido pelas mulheres em casos de violência sexual, ainda que saibamos da realidade de milhões de mulheres acerca da violência doméstica

A partir de tal discussão e contexto, se pode refletir sobre as exigências pairadas sobre o comportamento da mulher em situações de violências sexuais que envolvem seus filhos, quando o foco deveria ser verificar o contexto desta violência, a fim de identificar a raiz do problema e não somente buscar a culpabilização da mulher enquanto “zeladora” do lar e da família.

Há que se falar que a violência é construída todos os dias dentro dos lares, e que culpabilizar mulheres em casos como este, é o mesmo que jogar a culpa de um problema que merece análise em sua origem, como mulheres podem culpadas por dever de cuidado, quando nem esta possui o cuidado merecido, como pensar que seres humanos independente do gênero possam cuidar de outros seres humanos com cargas de violência vividas extremamente altas.

O tema é amplo e abrange inúmeros problemas enfrentados pelas mulheres, mas há que se salientar que a responsabilização envolve vítimas de todos os lados, exceto os agentes de tal conduta, logo, falar em culpabilização por omissão, principalmente às mulheres vítimas cruéis de preconceito e machismo pode-se dizer que é alienar-se de tal forma a ignorar o fato de que a omissão nestes casos apresenta-se como violência de gênero, em face daquela que vive diariamente situações de que se

exige do Estado uma conduta de cuidado, de proteção, como garantidor, e que como de praxe, não é tipificado como omissão, tão pouco se é comentado, são violências sofridas e silenciadas pelo não agir.

Sendo assim, falar em conceito de omissão imprópria no sistema penal atual, associado a responsabilização de mulheres em casos de violência sexual, é diferente de falar em aplicação do conceito de omissão, pois este é fixado com base na figura do agente figurado como garantidor, e a quem socialmente se é imposto tal dever de cuidado.

## **1.2 A ANÁLISE DAS PEÇAS DE DENÚNCIA E SENTENÇA EM DECISÕES DO TJ-RS E TJ-SC ENVOLVENDO A RESPONSABILIZAÇÃO DE MULHERES EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA SEUS FILHOS MENORES**

Neste ponto, se seguirá com as análises de casos envolvendo a responsabilização de mulheres, procurando explicitar e compreender as motivações de algumas peças, como por exemplo, a denúncia feita pelo Ministério Público, a fim de que tais condutas sejam tipificadas como crime e que o acusado seja responsabilizado por isto.

Além disso, verificar também os argumentos utilizados nas sentenças envolvendo a violência sexual e o dever de cuidado imposto às mulheres, como forma de verificar os discursos preponderantes usados para justificar as possíveis condenações nos crimes de omissão imprópria.

Nesse sentido, o ponto de partida será a análise da Revisão criminal n.º 2013.030344-9 do TJ-SC, citado anteriormente, em que ocorreu a responsabilização de uma mulher por crime de omissão imprópria, e na sequência para uma decisão do TJ-RS, que envolve uma situação tipificada como omissão imprópria da mulher em outro crime envolvendo menor, que não o da violência sexual, a fim de ajudar na compreensão da discricionariedade das decisões envolvendo as mulheres dentro do Sistema Penal.

Em resumo, o primeiro caso envolve o abuso sexual de uma menina cometido pelo seu padrasto, em que a genitora foi acusada omissão imprópria, pois a mesma permaneceu inerte diante da situação. No entanto, há que se analisar a peça de denúncia do Ministério Público, a fim de explicitar as acusações e o discurso utilizado

na justificativa. Segundo o Ministério Público, a vítima tratava-se de menina de 11 anos à época do fato, que sofreu violência sexual praticada seu padrasto, uma vez que este se aproveitava da ausência da genitora para estuprar a menina.

Pois bem, insta ressaltar que nesta peça acusatória visualiza-se o fato de que as violências sexuais não eram conhecidas pela genitora, pois ocorriam na sua ausência, o que se torna um contraponto ao dever de garante imposto a ela, pois é implicado que a mãe deveria conhecer os fatos, contudo como exigir que uma mãe viva constantemente ao lado de seus filhos, quando esta além de ser mãe é também uma profissional, que possui outros deveres.

Na sequência, a denúncia continua no seguinte sentido

(...) a denunciada presenciou seu marido (o denunciado) se relacionando sexualmente com a vítima na própria cama (do casal), e do quarto saiu sem dizer uma palavra, como se nada tivesse presenciado. **Permitiu, portanto, que o denunciado continuasse fazendo o que bem entendesse com sua filha, utilizando-a como se um objeto fosse para a satisfação de sua desmedida concupiscência (...)**

Pois bem, como imputar a uma mulher mãe o que esta sentiu em se deparar com tal cena, a violência acontece de diversas formas e possui reflexo para todas as pessoas envolvidas, como se esperar uma conduta específica, quando em uma situação com esta, em um contexto de violência desmedida que coloca as palavras da denúncia.

Ainda, relata afirmando que

“(...) Pode-se dizer até que a denunciada aprovava o que o seu marido (ora denunciado) vinha fazendo, pois, além de omitir-se e acobertá-lo, por diversas vezes (...)”.

Vale ressaltar que este caso, concluída a instrução, ambos padrasto e genitora foram condenados os denunciados foram condenados, individualmente, à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, junto com o fato de que presume-se a violência, se a vítima não é maior de 14 (catorze). Logo, a sentença foi parcialmente reformada pela Segunda Câmara Criminal, tão somente para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda (fls. 18-28). Transitado em julgado o acórdão (fl. 16), a

apenada M. N. ajuizou a presente revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal. No entanto restou negado liminar e julgado pela improcedência do pedido pelo relator que menciona em um de seus argumentos para tal decisão

“O que a lei deseja, nessas situações por ela elencadas, é que o agente atue visando, pelo menos, tentar impedir o resultado. É como se ela lhe dissesse: “Faça alguma coisa, porque você está obrigado a isto; caso contrário, o resultado lesivo será a você atribuído.”

Assim, verifica-se de qualquer forma que a omissão restou configurada em tal caso, em virtude da necessidade e do dever de cuidado imposto a genitora, que em nenhum momento agiu para impedir o resultado, porém cabe a esta análise frisar as críticas já mencionadas em torno da figura da mulher mãe e do tratamento dado às mulheres em contexto de relacionamentos abusivos e de violência.

Já o segundo caso, ocorreu no estado do Rio Grande do Sul, em que o discurso proferido, ainda que não se trate de violência sexual, é válido para fins de corroborar o já exposto anteriormente. Tal caso trata-se de condenação de um casal de pais pela morte do filho de um ano, ocorrida em setembro de 2013, em Porto Alegre, onde o pai restou condenado por homicídio qualificado e a mãe por omissão, pois como analisaremos na sequência, segundo a denúncia do MP, a mãe deveria ter previsto o que ia acontecer e impedido a morte de seu filho, o que por si só já demonstra a discricionariedade na peça de denúncia em determinar a mulher mãe que preveja tal situação.

Pois bem, este último caso, além de emblemático, demonstra de forma gritante o dever de cuidado arbitrariamente imposto a figura da mulher. Em resumo, o pai do menor abusado, se aproveitou da ausência da genitora para torturar seu filho de um ano, que segundo relatos da denúncia estaria motivado a cometer tal crime em virtude de desconfiar de que ele não era o pai da criança.

Relata a peça acusatória que, o pai agrediu o bebê com socos, tapas, pontapés, empurrões e o arremessou ao solo, empalando o garoto, além de privá-lo de alimentação e de cuidados com a saúde. Ao chegar em casa após o trabalho, a mãe encontrou o filho ferido e inconsciente sobre a cama e, conforme a Justiça, tentou acordá-lo apenas à noite, para amamentá-lo. Ainda segundo a denúncia, nesse momento, percebeu a gravidade do estado de saúde da criança e buscou ajuda, tendo

o filho sido levado para um Hospital, onde acabou falecendo.

Nesse caso, resta claro o dolo do pai em virtude da desconfiança, que não era conhecida pela mãe da criança, motivo que segundo o MP deu origem a agressão, o que por si só demonstra a tendência em culpabilização da figura da mulher em todos os tipos de crimes, sob o argumento do dever de cuidado, ainda que esta não esteja na presença de acontecimentos, a imposição de garantidor, como ressaltado no presente artigo, é fator determinante em suas condenações.

A narrativa somente desse último caso, torna explícito o fato de que o sistema fabrica exigências desproporcionais para as mulheres. Tal exigência deixa de lado, todo contexto da mulher dentro da sociedade, todas as situações que são obrigadas a conviver diariamente e que não merecem proteção e amparo do Estado.

## **2. A CULPABILIZAÇÃO DAS MULHERES: ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO, MACHISMO ESTRUTURAL E PUNITIVISMO**

### **2.1. OS REFLEXOS DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO ASSOCIADOS ÀS MULHERES E DO MACHISMO ESTRUTURAL NAS DECISÕES DOS TJs DOS ESTADOS DE SANTA CATARINA E DO RIO GRANDE DO SUL**

O gênero é uma questão essencial para analisar relações sociais e culturais, na sua dimensão enfrentam-se questões referentes à identidade e justiça. Destaca-se que o gênero não é algo dado, contudo a sociedade se forma em torno de tais arranjos e as distinções fabricadas são vistas como naturais, moldando o comportamento das pessoas e punindo quem se desvia do que é entendido como adequado.

Nesta estrutura observa-se a existência de uma desigualdade que põe mulheres em desvantagem quando comparadas a homens, manifestando-se, por exemplo, nos estereótipos de gênero, que são a base sobre qual se sustenta o machismo. Tais estereótipos pregam a existência de uma dicotomia de caráter supostamente existente entre mulheres e homens, em que as diferenças corporais seriam determinantes na sociabilidade. Nesse sentido,

Supostamente as mulheres têm um conjunto de características e os homens, outro. As mulheres são cuidadosas, influenciáveis, comunicativas, emocionais, intuitivas e sexualmente leais; os homens, agressivos, inflexíveis, taciturnos, racionais, analíticos e promíscuos. (CONNEL; PEARSE, 2017, p. 101)

Mas como as autoras referidas concluem, tal pensamento é um mito que não conta com base real, não havendo nenhuma diferença significativa em inteligência em relação ao gênero, uma vez que

(...) pesquisas sobre similaridade de gênero refutaram o conceito de dicotomia de caráter, precisamos rejeitar todos os modelos de gênero que assumem que diferenças sociais de gênero são causadas por diferenças corporais, que produziriam diferenças de caráter. (CONNEL; PEARSE, 2017, p.111)

Apesar do exposto, nessa formatação as atividades que derivam do ato de cuidado, principalmente com filhos e outros membros da comunidade familiar continuam a ser atribuídas às mulheres como naturais, decorrentes da suposta aptidão biológica feminina para cuidados, já que existe

“(...)uma definição cultural das mulheres como pessoas cuidadosas, gentis, diligentes estando sempre prontas para se sacrificarem pelos outros, por exemplo, como “boas mães” (CONNEL; PEARSE, 2017, pag. 107)

Dessa forma, as mulheres que são mães sofrem com outro peso, uma vez que a maternidade é romantizada e mistificada pela sociedade, gerando altas expectativas e, quando não preenchidas, culpabilização. Tal idealização permeia a esfera jurídica e quando se fala, por exemplo, no instituto da omissão imprópria as mulheres são as principais garantidoras de seus filhos menores de idade, mesmo que teoricamente ambos os pais sejam responsáveis pela garantia do bem-estar dos filhos. Logo,

No senso moral construído na sociabilidade burguesa, as atividades que derivam do ato de cuidar tendem a ser atribuídas às mulheres e naturalizadas de forma a aparecerem como exclusivas e constitutivas da condição feminina. Ancorado neste senso moral, valores como altruísmo e atribuições como a maternagem<sup>1</sup> presentificam-se no cotidiano das mulheres, sobre a forma de dupla jornada de trabalho. (DAROS; GUEDES, 2009, p. 123)

É o que pode ser observado no acórdão n.º 2014.055111-5 que versou sobre denúncia feita pelo delito de estupro de vulnerável em que A. F. dos S. abusou sexualmente de sua filha, e a mãe da criança, M. O. da S, por ter-se omitido do dever de garantia em relação às filhas. Para exemplificar, selecionou-se um pequeno trecho da decisão

“(...) Lembre-se, por fim, que a omissão só é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. A apelante, como mãe da

vítima, esquivou-se da figura do “garantidor”, pois deveria, no mínimo, buscar ter evitado os resultados em face da menor - caso não observado nos autos (...)”

Veja-se que mesmo com as inúmeras conquistas do movimento feminista, inclusive no questionamento desse processo e na busca para criar a possibilidade da igualdade de oportunidades e direitos políticos, civis e sociais, como se percebe na previsão constitucional do princípio da igualdade, que é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, que condena discriminação e o tratamento injustificadamente desigual entre os cidadãos, o senso comum e a moralidade, continuam a reger as ações dos indivíduos e “os papéis de gênero são limitadores da cidadania, restringindo a dignidade e a liberdade das pessoas para ser quem são e realizar o projeto de vida que escolheram ter” (COÊLHO, 2019, pg. 27).

## **2.2 CULPABILIZAÇÃO DE MULHERES: O SISTEMA PENAL PATRIARCAL E PUNITIVISTA**

Conforme exposto acima, as mulheres que rompem os papéis socialmente impostos, rompendo com o sistema de controle, tornam-se alvos do sistema penal, entendido aqui como um “(...) “controle social punitivo institucionalizado”, atribuindo a voz “institucionalizado” a acepção de concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não legais.” (BATISTA, 2007, p. 25)

Assim, o sistema penal que se apresenta como igualitário, é na verdade seletivo “atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, 2007, p.25), sendo que a seletividade e a estigmatização são figuras proeminentes no sistema penal brasileiro.

Nesse sistema há um constante reforço das desigualdades sociais, incluindo-se aí classe, gênero, raça e outros fatores, que ocorre tanto formalmente quanto ideologicamente, dissimulando seu real propósito. Deste modo,

Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema - a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública - que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando sua reais e invertidas funções. (ANDRADE, 2005, p.79).

Neste sentido, é paradoxal o funcionamento do sistema, uma vez que,



(...) não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independentemente da sua intervenção, mas é a própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, coconstitui o universo da criminalidade ( daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativamente ( criminalização primária) e b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num continuum pela Polícia-Ministério Público e Justiça (criminalização secundária) e c) estigmatizadas, especialmente na prisão, como criminosos entre todos aqueles que praticam tais condutas (criminalização terciária). (ANDRADE, 2005, p. 80)

Por conseguinte, entende-se a seletividade pode então ser formulada, de uma maneira simplificada, como uma valoração diferente para condutas vistas, tomando como base para tal diferenciação parâmetros estereotipados injustos como gênero, raça, classe e outras minorias, presentes na moral comum e que infiltra o sistema penal como um todo, servindo no fim para uma perpetuação do status quo da sociedade que se baseia em desigualdades, pois

Evidentemente que um tal funcionamento interno do SJC e do controle social somente adquire sua significação plena quando reconduzido ao sistema social (à dimensão macrossociológica) e inserido nas estruturas profundas em ação que o condicionam, a saber, o capitalismo e o patriarcado, que ele expressa e contribui a reproduzir e relegitimar, aparecendo, desde sua gênese, como um controle seletivo classista e sexista (ademais de racista), no qual a estrutura e o simbolismo de gênero operam desde as entranhas de sua estrutura conceitual, de seu saber legitimador, de suas instituições, a começar pela linguagem: eis o sentido da seletividade. (ANDRADE, 2005, p. 83).

Diante de tal cenário, o gênero é o que se destaca no atual estudo, é relevante notar que a seara jurídica reproduz abertamente, consciente ou inconscientemente, os estereótipos de gênero formulados na sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, resta claro a devida importância da análise realizada em torno dos crimes de omissão imprópria e a responsabilização das mulheres nos casos de violência sexual, uma vez que se percebeu a influência dos padrões de gênero e do machismo estrutural nas decisões, sendo visível em argumentações que afirmam que a mãe deveria “prever” os acontecimentos, jogando a responsabilidade na pessoa da mulher.

Dessa forma, visualiza-se com base nas exposições acima, que vivemos em

uma sociedade conservadora que clama por justiça a qualquer custo, sem tão pouco respeitar o réu e todo contexto envolvido, o que denota as imparcialidades nas decisões, visto que os discursos são todos no mesmo sentido de que a mulher cabe a figura de garantidor, deixando de lado toda omissão do Estado em relação a mulher, quando da sua proteção nos mais diversos casos de violências sofrida por estas.

Sendo assim, falar em conceito de omissão imprópria no sistema penal atual, associado à responsabilização de mulheres em casos de violência sexual, é diferente de falar em aplicação do conceito de omissão, pois este é fixado com base na figura do agente figurado como garantidor, e a quem socialmente se é imposto tal dever de cuidado.

Conclui-se assim que o resultado da análise dessas decisões acaba por responder a problemática estabelecida neste artigo, uma vez que o sistema penal o papel de valida e reproduz o sistema patriarcal, tomando papel de influenciador na imparcialidade de decisões envolvendo mulheres, já que este, encontra-se centrado na supremacia dos homens, sendo em seu âmago um instrumento de controle sexista, classista e racista de criação de desigualdades e preconceitos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera R. P. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNe 2177-7055.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11<sup>o</sup> Ed., 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28 ago. 2020.

CÔELHO, Marcus V. F. **A igualdade de gênero como vetor constitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-17/constituicao-igualdade-genero-ve-tor-constitucional>. Acesso em: 28 de ago. 2020.

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: nVersos, 2017.

DAROS, Micheli A.; GUEDES, Olegna de S. **O cuidado como atribuição feminina: contribuições para um debate ético**. SERV. SOC. REV., LONDRINA, v. 12, n.1, p. 122-134, jul/dez. 2009.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal – parte geral**

**esquemático**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

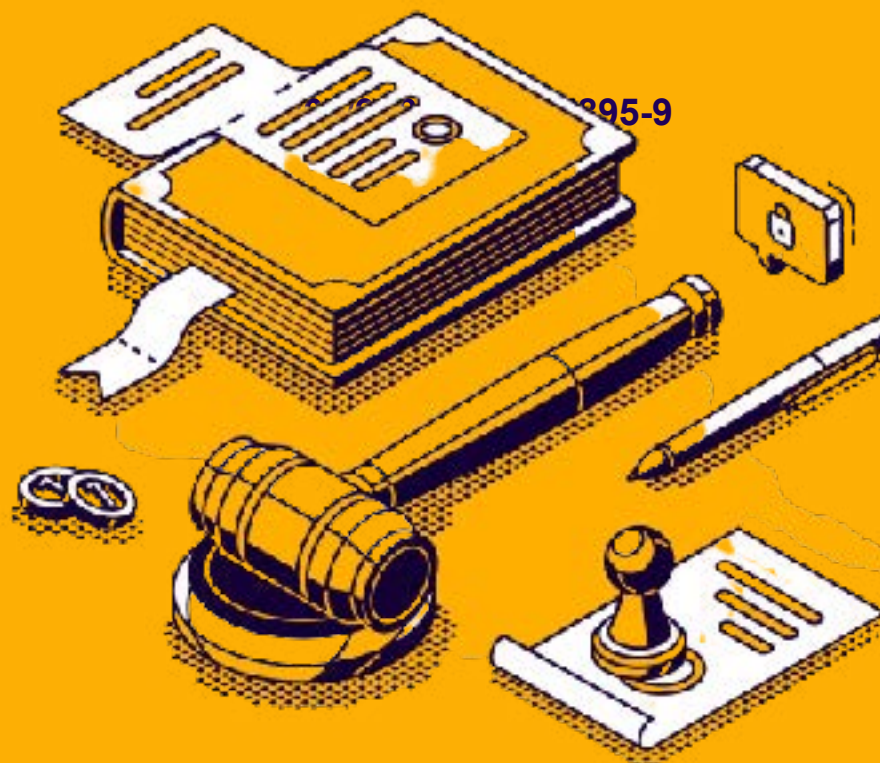
LIMA, Jairo. **Crimes omissivos impróprios e a figura do garantidor**. Canal ciências criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-omissivos-impropri/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PEDREIRA, Carolina S. **Sobre mulheres e mães: uma aproximação à teoria do cuidado**. Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder Florianópolis, 2008.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

**TJ-SC. Acórdão**: RVC 20130303449 SC 2013.030344-9. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Data de Julgamento: 26/11/2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24729460/revisao-criminal-rvc-20130303449-sc-2013030344-9-acordao-tjsc/inteiro-teor-24729461?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 set. 2020.

**TJ-SC. Revisão criminal**: n.º 2013.030344-9, Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Data de julgamento: 27/11/2013. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora). Acesso em: 05 set. 2020.



# **A RONDA MARIA DA PENHA E SUA EFETIVIDADE COM BASE NA LEI N° 11.340/2006 NA PROTE- ÇÃO DA MULHER NO RIO GRANDE DO SUL**

**Amanda Nene Loiola<sup>1</sup>**

**Caroline Adolfo Machado<sup>2</sup>**

**Caroline de Oliveira de Vasconcellos<sup>3</sup>**

---

1 Estudante do 6° semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.  
E-mail: loiolaamanda14@gmail.com

2 Estudante do 6° semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.  
E-mail: caroladolfo@hotmail.com

3 Estudante do 6° semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.  
E-mail: carolinedevasconcellos@gmail.com

**Resumo:** A Lei Maria da Penha surgiu devido à ausência da legislação brasileira quanto a proteção e a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher. O nome da Lei Nº 11.340/2006 homenageia a farmacêutica cearense, Maria da Penha Fernandes, que foi vítima de duas tentativas de homicídio pelo seu ex companheiro. Infelizmente, foi somente após quase 20 anos do acontecido que Maria da Penha conseguiu uma resposta adequada da justiça brasileira. Nesse sentido, o advento de tal lei trouxe mudanças importantes e muito significativas para a proteção e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, como a prisão preventiva ou em flagrante do agressor que tenha cometido qualquer tipo de violência estabelecida na lei. Mesmo com essas mudanças, é perceptível que somente a lei não foi suficiente para diminuir significativamente os números de mortes e violência contra as mulheres no país. Nessas circunstâncias ainda há formas da Lei Nº 11.340/2006 ser mais efetiva, um bom exemplo disso é Rondas Maria da Penha (RMP) e a Patrulha Maria da Penha (PMP), as quais são o assunto primordial do presente trabalho. Para tanto, utilizou-se o método de procedimento histórico com a finalidade de observar os índices de mortes (feminicídio) e de violência contra a mulher antes e depois da promulgação da Lei Maria da Penha e da criação dos programas, bem como aplicou-se o método estatístico com o propósito de comprovar a importância de tais na cidade de Porto Alegre – RS, a qual registrou de janeiro a dezembro de 2018 um total de 3.816 vítimas de lesão corporal e 92 vítimas de feminicídio entre consumado e tentado.

**Palavras-chave:** Ronda Maria da Penha; Lei Maria da Penha; feminicídio; violência doméstica e familiar.

## **INTRODUÇÃO**

A promulgação da Lei Maria da Penha em 8 de agosto de 2006 foi um importante marco na luta das mulheres contra a violência doméstica e familiar. No entanto, não foi suficiente para alcançar uma significativa diminuição nos índices de violência contra as mulheres. Nesse sentido, foram criados programas para a proteção e prevenção das mulheres vítimas dessas situações, possibilitando a maior proteção do Estado sob elas.

Assim, o problema de pesquisa do presente trabalho consiste em analisar quais seriam as formas possíveis de melhorar a efetividade de tais programas e torná-los de conhecimento da população para que possam, por pleno direito, reivindicá-las. A notoriedade do assunto é intrínseca a sociedade brasileira desde a década de 1990 com a repercussão do caso da farmacêutica cearense Maria da Penha Fernandes, o qual ensejou a discussão acerca da abstinência da legislação brasileira sobre o tema. Tal fato resultou na promulgação da Lei Nº 11.340/2006, que o nome homenageia a cearense, e nos programas decorrentes dessa mesma lei.

Assim sendo, se mostra primordial o estudo da história da LMP, de seus objetivos e das posições doutrinária acerca da efetivação da mesma. Para isso, utilizou-se a pesquisa documental pelo fato da necessidade de apresentação de dados estatísticos que comprovem os altos índices de violência contra a mulher, bem como a pesquisa bibliográfica para saber o que já foi dito sobre a problemática.

Diante de tal base metodológica, dividiu-se o artigo em duas partes: primeiramente será abordado a história da lei e as posições doutrinárias quanto a sua efetivação. Em um segundo momento, será abordado as formas de efetivação já existentes, bem como o modo de implementação desses programas em cidades e estados com alto nível de violência contra a mulher, o que é o caso do Rio Grande do Sul.

## **1. A LEI MARIA DA PENHA: UM MARCO NA LUTA CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo ex presidente Luís Inácio Lula da Silva, aprovada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, chamada popularmente de Lei Maria da Penha, alterou o código penal brasileiro e surgiu com o propósito de punir os atos de violência contra a mulher. A Lei Maria da Penha permite, como forma efetiva de penalidade, que os agressores sejam presos em flagrante ou que tenham a prisão preventiva decretada, caso exerçam qualquer tipo de violência estabelecido na lei.

Segundo dados do Datafolha feito em fevereiro de 2019 (FRANCO, 2019), nos últimos 12 meses, 1,6 milhão de mulheres brasileiras foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento, enquanto 22 milhões (37,1%) de brasileiras passaram

por algum tipo de assédio. Entre os casos de violência, 46% foram dentro do ambiente doméstico. Após sofrer todo tipo de violência, mais da metade (52%) das vítimas não denunciam o agressor (VEJA, 2019). A questão que assusta e, obviamente, intriga, é que tipo de ambiente vivem estas mulheres e onde elas poderiam estar seguras, se não, em seu próprio lar? Ou seja, será que realmente existe algum lugar verdadeiramente seguro para a mulher no Brasil? Esse lugar existe? Grande parte das mulheres que sofreram violência dizem que o agressor era alguém conhecido (76,4%). Mulheres pretas e pardas são mais vitimadas do que as brancas, as jovens, mais do que as mais velhas. Há 536 casos por hora no Brasil, ou seja, praticamente, na mesma proporção de mulheres que dizem ter sido vítima de algum tipo de violência sexual.

O padrão de violência contra as mulheres no Brasil é muito parecido há anos. Os dados mostram que mulheres negras seguem sendo mais vitimadas. Desse modo, é impossível não falar de racismo, em como ele determina trajetórias de vida, especialmente de quem é afetado por ele. Quais são as condições econômicas das mulheres pretas? Em geral, vivem nas periferias, com menos condições de informação, de acesso, de saúde, de educação. Em 2016, tramitaram na Justiça do Brasil, mais de um milhão de processos referentes à violência doméstica contra a mulher, o que resulta em média, a 1 processo para cada 100 mulheres brasileiras (CNJ, 2016).

Quando olhamos para o assédio, o espaço público tampouco é seguro. Ser mulher num país que não garante segurança, é sinônimo de sofrer violência ao, por exemplo, utilizar o transporte público para ir ao trabalho é questão de perigo, onde não é raro relatos de casos de assédio e abusos. Em 2018, segundo as estatísticas, 4 milhões de casos foram relatados de abusos sofridos por mulheres no transporte público. Em 2018 foi aprovada a Lei n. 13.718/2018, que criou o crime de importunação sexual e o crime de divulgação de cenas de estupro ou de imagens íntimas sem consentimento da vítima, alterando o Código Penal para incluir esses dois delitos. De acordo com o artigo 215-A do Código Penal, configura importunação sexual “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

O que se interpreta como violência é uma construção social e cultural. Já fomos

muito mais tolerantes do que se é hoje. A Lei Maria da Penha, no papel, por si só, não resolve o problema de violência doméstica no Brasil, é necessário que se faça mais. Falta-se a institucionalização de boas práticas. Os homens que praticam tais delitos precisam se desconstruir ou se reconstruir, no sentido moral, ético e humano. Muitos deles sequer entendem que cometem violência, tampouco tem noção da seriedade e dos impactos que qualquer tipo de violência influi na vida de uma mulher, as cicatrizes permanentes que jamais poderão ser esquecidas ou deletadas. Os traumas, os bloqueios, o pedaço da vontade de viver que lhes é tirado a força.

## **1.1 História da Lei: a triste vida de Maria da Penha Fernandes**

Para compreender-se de forma clara o motivo do surgimento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/06), deve-se entender de onde vem essa nomenclatura. Maria da Penha Fernandes é uma brasileira farmacêutica que, ano de 1983, sofreu terríveis agressões de seu próprio companheiro, na época, o colombiano Marco Antonio Hederia Viveros (IMP, 2018).

Em 1983, Maria foi vítima da primeira tentativa de homicídio, quando foi surpreendida com um disparo de espingarda nas costas enquanto dormia, de autoria do marido, que foi encontrado no local pedindo por socorro dizendo aos policiais que o casal teria sofrido um assalto. Desta primeira ação, Maria ficou paraplégica.

A segunda tentativa de homicídio ocorreu meses depois, enquanto Maria se recuperava das sequelas físicas e conseqüentemente, emocionais. Viveros empurrou Maria da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro. O início da investigação do caso começou em junho de 1983, mas a denúncia só foi relatada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte, e após 8 anos, o primeiro julgamento do crime.

Em 1996, Marco Antonio Viveros foi julgado culpado e condenado a 10 anos de reclusão, mas conseguiu recorrer. Após 15 anos, não havia qualquer decisão, apenas a morosidade da justiça brasileira. Maria da Penha contou com efetiva ajuda de ONG's como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEGIL), e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLA-



DEM). Maria conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1998, que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Contudo, Viveiro só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão.

## **1.2 Objetivos da Lei Maria da Penha: um olhar atento do legislador à vulnerabilidade de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar**

No caput do art. 1º da lei 11.340 já é descrito seu objetivo: “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (BRASIL, 2006). Tal propósito se ancora no §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, o seu art. 5º delimita o objeto de incidência (BIANCHINI, 2006), ao passo que dispõe que “para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto”. Portanto, é de suma importância ressaltar que a Lei Maria da Penha limita expressamente seu campo de abrangência, devendo ser observado, em um caso concreto, se a situação se adequa à alguma dessas hipóteses.

Desse modo, a referida Lei não trata de qualquer conduta lesiva contra uma mulher, mas sim, para ser crime previsto na mesma, é imprescindível que a conduta seja baseada no gênero (JÚNIOR; Da Silva, 2006). Qualquer outro tipo de violência mesmo sendo ela doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto contra uma mulher que não for baseada no gênero, se adequa a tipos penais comuns, previstos no próprio Código Penal, por exemplo, e não crimes previstos na lei 11.340.

Pode-se dizer que a Lei de 2006 veio com indícios de formação de um novo pensamento na sociedade, através da proteção à mulher, que tentamos desconstruir dia após dia no contexto brasileiro e até mundial: a cultura do patriarcado. Não é difícil perceber que nossa cultura foi calcada em relações de submissão do gênero

feminino ao masculino, onde em tempos não muito distantes, era normal a esposa ser violentada das mais diversas formas por simplesmente ser mulher. Portanto, é importante vermos a Lei Maria da Penha como uma forma de pelo menos tentativa de extinguir esse pensamento retrógrado que batalhamos tanto para combater diariamente, ainda encontrando resquícios, mesmo em pleno século XXI.

Exemplos de tais resquícios não são apenas a violência doméstica contra a mulher, mas também podem ser citados a desigualdade salarial entre homem e mulher que ocupam o mesmo cargo, trabalhadoras que utilizam seu benefício da licença-maternidade vistas como prejudiciais à empresa, desigualdade na representação política, dentre tantos outros. Nessa perspectiva é possível notar, então, que por mais que a referida Lei não tenha tanta eficácia esperada, deve ser objeto de aplausos ao começar a percorrer um caminho de reconhecimento de que o Brasil tem muito ainda a fazer em questões de igualdade de gêneros. E os objetivos dela, para maior prevenção e punição desse tipo de crime, podem ser vistos como um efeito até mesmo do movimento feminista e início de uma nova percepção cultural.

### **1.3 O atual entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto a sua efetivação**

Em um primeiro momento, é importante ressaltar que a doutrina começou uma série de questionamentos desde o primeiro contato com a nova lei, seja pela novidade e pela ousadia legislativa, seja pela falta de hábito, ainda, no trato com as ações afirmativas (CALMON, 2009). A Lei foi entendida por alguns como uma afirmação da desigualdade e, por isso, preconceituosa. Para outros, ainda, ela estaria deformando o sistema prisional por “colocar pais de família com baixo nível de agressividade” (NOLETO; BARBOSA, 2019) entre criminosos, o que chega a ser um absurdo por diminuir a agressão contra a mulher como se fosse algo inferior ou até mesmo normal para alguns.

Ainda há diversos outros entendimentos das mais variadas esferas sobre o assunto, mas não cabe aqui a explanação de todos eles, apenas do que diz respeito ao objeto do presente trabalho: qual a verdadeira efetivação que a Lei Maria da Penha trouxe para a sociedade brasileira, isso se ao menos existiu?

Nesse viés, a doutrina manteve seu foco em relação à criação dos Juizados

de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, disciplinada em seu art. 14, que mostra a função imprescindível do Estado na proteção da mulher. A criação de tais juizados, que devem ser instalados em todos os entes federados, assim como a especialização no atendimento às mulheres vítimas de violência cabe ao Judiciário. Esses órgãos pertencem à justiça comum e têm competência civil e criminal para processar, julgar e executar as causas resultantes dos crimes previstos pela LMP.

Destarte, é necessário limitar ainda mais o objeto do entendimento, visto que a maior parte dos doutrinadores analisam a efetividade da Lei Maria da Penha com a redução ou aumento dos casos de feminicídio no Brasil durante os quase 13 anos de vigência da lei. Portanto, será analisado no tópico 3 do presente artigo as estatísticas referentes ao aumento do feminicídio no estado do Rio Grande do Sul entre os anos de 2012 e 2017. Mas já vale antever que os casos aumentam significativamente ano após ano, entretanto, segundo levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em 2015, a LMP fez diminuir cerca de 10% a taxa de homicídios contra as mulheres dentro de suas residências (IPEA, 2015). Podendo ser relacionado tal índice com a maior discussão que gerou sobre o assunto e fez com que as mulheres, cada dia mais, denunciem os casos de violência doméstica, deixando de ficarem omissas aos seus sofrimentos.

Finalmente, é de extrema importância ressaltar os últimos entendimentos jurisprudenciais, principalmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vem mostrando outras facetas da Lei Maria da Penha na prática judicial brasileira. Nesse sentido, decisões do STJ admitiram a aplicação da lei entre namorados, mãe e filha, padrasto e enteada, irmãos e casais homoafetivos femininos, além de abranger crimes praticados por pessoas que não moravam sob o mesmo teto (CONJUR, 2017).

## **2. FORMAS DE AUMENTAR A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA**

A Lei Maria da Penha, como já foi citado, surgiu em virtude da necessidade de superação da violência doméstica e familiar no Brasil. Entretanto, conforme nota-se nos altos índices divulgados pela Secretaria da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul houve um total de 472 vítimas de feminicídio, tanto tentado como consumado, no ano de 2018. Nessa perspectiva, é evidente que mesmo com o advento da LMP tais índices continuam a preocupar as autoridades e a sociedade de forma

geral.

Diante disso, nota-se que na própria Lei Nº 11.340/2006 há uma boa maneira de obter a maior efetivação desta:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 36. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei (BRASIL, 2006).

A Patrulha Maria da Penha (PMP), no Rio Grande do Sul é um bom exemplo de efetivação da LMP. Tal programa foi criado pela Brigada Militar, em 2012, com o objetivo de atender de modo qualificado e segmentado as demandas por proteção das mulheres e na repressão delitiva em locais onde os índices sejam elevados. A PMP atua como forma de prevenção primária com o comparecimento periódico às residências de vítimas que possuam Medidas Protetivas de Urgência.

Na Bahia, também existe um programa nesse mesmo sentido, a Ronda Maria da Penha. Ambos programas têm por missão possibilitar para as vítimas de violência doméstica e familiar que estejam sob a proteção do Estado a fim de também garantir os Direitos Humanos para elas. Ainda nessa perspectiva, a Ronda, bem como a Patrulha são vinculadas aos Ministérios Públicos, aos Tribunais de Justiça e às Defensorias Públicas dos respectivos Estados, visto que isso possibilita a maior efetividade de tais programas.

Ainda, é necessário salientar que esses programas atuam nos tempos pré e pós-delituais, além de promoverem o incentivo à realização de denúncias da violência doméstica e intrafamiliar contra o gênero feminino (GOV RS, 2019). Nesse sentido, fica evidente a imprescindibilidade da Patrulha Maria da Penha e da Ronda Maria da Penha para a efetivação da Lei Nº 11.340/2006.

## **2.1 A Ronda Maria da Penha: historicidade e objetivos**

A Ronda Maria da Penha (RMP) consiste em uma tropa especializada no enfrentamento e na prevenção da violência contra a mulher. A atividade principal está na realização de visitas diárias de acompanhamento as mulheres que tiverem a medida protetiva de urgência deferida pela Justiça. A ronda é subordinada funcionalmente ao Comando de Policiamento Especializado. Foi a primeira Unidade Operacional da PMBA Comandada por Mulher.

Atualmente, a RMP conta com sua própria sede no Distrito Integrado de Segurança Pública (DISEP), no bairro de Periperi, em Salvador, cidade fundadora da Ronda (GOV BA, 2015). A Bahia conta com 14 unidades da Ronda, localizadas nos municípios de Salvador, Paulo Afonso, Juazeiro, Feira de Santana, Vitória da Conquista, Jacobina, Itabuna, Senhor do Bonfim, Lauro de Freitas, Campo Formoso, Barreiras, Itaparica, Guanambi e Sobradinho.

A Ronda Maria da Penha tem como objetivo a missão de fornecer as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar que estejam sob proteção do estado baiano a salvaguarda da vida e a garantia dos direitos humanos, ou seja, combater a violência de frente como forma preventiva de possíveis danos é o que de fato deveria ser aplicado em todas as regiões do país, tendo-se em vista o aumento frequente de casos de vítimas de violência doméstica nos últimos anos.

## **3. DADOS ESTATÍSTICOS REFERENTES AO AUMENTO DO FEMINICÍDIO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Primeiramente, é necessário salientar a importância das análises estatísticas feitas acerca dos delitos enquadrados na Lei Nº 11.340/2006, haja vista foram confeccionados tabelas e gráficos com o objetivo de melhor visualizar esses índices no estado do Rio Grande do Sul. Nesse ínterim, precisamos analisar os dados referentes aos casos de ameaça, lesão corporal, estupro, feminicídio consumado e tentado no período temporal entre 2012 e 2017 no estado do RS, que seguem abaixo (SSP RS, 2017):

## Secretaria da Segurança Pública - RS

### DEPARTAMENTO DE INTEGRAÇÃO, PLANEJAMENTO E POLÍTICA DE SEGURANÇA - DIPS

#### OBSERVATÓRIO ESTADUAL DA SEGURANÇA PÚBLICA

#### MONITORAMENTO DOS INDICADORES DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E MENINAS

#### (DELITOS ENQUADRADOS NA LEI MARIA DA PENHA)

O comparativo entre os períodos de janeiro a dezembro de 2016 e 2017 apontou as seguintes situações: no caso das ameaças, constatou-se uma redução de 2.480 crimes (de 39.606 para 37.946), ou 4,2% a menos nos casos.

Fenômeno que não se observou nas lesões corporais as quais tiveram um aumento. Foram 293 casos a mais neste período de 2017 (de 22.667 para 22.960), o que representou um aumento de 1,3%.

Os casos de estupro também sofreram um incremento no mesmo período. Foram 1.574 casos em 2016, contra 1.661 em 2017. O aumento foi de 87 crimes ou 5,5%.

Também os femicídios consumados sofreram uma queda, de 96 para 83 casos (13,5 %). Foram 13 vítimas a menos em comparação ao mesmo período do ano passado. Já as tentativas sofreram um acréscimo de 23,2%, um aumento de 263 para 324 tentativas.

Obs: Nos casos dos femicídios tentados observou-se que fatores como as ações de incentivo para que as vítimas comuniquem as violências sofridas, os recentes concursos públicos que ampliaram o número de servidores e também qualificaram o atendimento prestado, a inclusão do tema em cursos de formação e treinamentos, a atenção no atendimento as vítimas, a ampliação da rede de atendimento as mulheres, com a criação de novas DEAMs em todo o Estado, e a instalação de mais delegacias de homicídios na capital, aliadas à criação de serviços inovadores e reconhecidos internacionalmente, como as "Patrulhas Maria da Penha", as "Salas Lilás" e as ações do programa "Metendo a Colher" da SUSEPE, acabaram por motivar enquadramentos mais rigorosos, como os casos de femicídio tentado.

## COMPARATIVO ENTRE OS PERÍODOS DE 2012 a 2017

Período		AMEAÇA	LESÃO CORPORAL	ESTUPRO	FEMICÍDIO CONSUMADO*	(FEMICÍDIO) (TEN-TADO)
2012	2012/Jan	4.271	2.655	154	12	
	2012/Fev	4.040	2.571	108	14	
	2012/Mar	3.912	2.305	126	8	
	2012/Abr	3.527	2.055	85	5	
	2012/Mai	3.617	2.012	106	8	
	2012/Jun	3.183	1.725	103	2	
	2012/Jul	3.188	1.714	125	12	
	2012/Ago	3.630	2.148	130	13	
	2012/Set	3.395	2.079	107	9	
	2012/Out	3.944	2.457	132	9	
	2012/Nov	4.020	2.427	140	3	
	2012/Dez	4.242	2.975	138	6	
<b>Janeiro a Dezembro 2012</b>		<b>44.969</b>	<b>27.123</b>	<b>1.454</b>	<b>101</b>	<b>-</b>

2013	2013/Jan	4.537	2.674	153	7	26
	2013/Fev	3.853	2.425	129	12	21
	2013/Mar	3.845	2.298	104	8	19
	2013/Abr	3.683	2.071	105	9	19
	2013/Mai	3.237	1.970	116	10	13
	2013/Jun	3.266	1.793	124	9	18
	2013/Jul	3.315	1.724	112	5	13
	2013/Ago	3.300	1.766	109	6	19
	2013/Set	3.251	1.932	98	8	22
	2013/Out	3.584	2.184	145	7	19
	2013/Nov	3.857	2.456	122	2	21
	2013/Dez	4.151	2.844	131	9	19
<b>Janeiro a Dezembro 2013</b>		<b>43.879</b>	<b>26.137</b>	<b>1.448</b>	<b>92</b>	<b>229</b>

2013	2013/Jan	4.537	2.674	153	7	26
	2013/Fev	3.853	2.425	129	12	21
	2013/Mar	3.845	2.298	104	8	19
	2013/Abr	3.683	2.071	105	9	19
	2013/Mai	3.237	1.970	116	10	13
	2013/Jun	3.266	1.793	124	9	18
	2013/Jul	3.315	1.724	112	5	13
	2013/Ago	3.300	1.766	109	6	19
	2013/Set	3.251	1.932	98	8	22
	2013/Out	3.584	2.184	145	7	19
	2013/Nov	3.857	2.456	122	2	21
	2013/Dez	4.151	2.844	131	9	19
<b>Janeiro a Dezembro 2013</b>		<b>43.879</b>	<b>26.137</b>	<b>1.448</b>	<b>92</b>	<b>229</b>

2014	2014/Jan	4.455	2.571	152	5	38
	2014/Fev	3.937	2.304	102	9	24
	2014/Mar	3.994	2.324	135	11	29
	2014/Abr	3.617	2.013	105	8	15
	2014/Mai	3.452	1.745	109	4	17
	2014/Jun	3.193	1.804	94	3	17
	2014/Jul	3.489	1.711	107	4	24
	2014/Ago	3.542	1.987	83	3	23
	2014/Set	3.540	1.871	109	6	26
	2014/Out	3.856	2.265	117	5	24
	2014/Nov	3.853	2.354	143	9	29
	2014/Dez	3.843	2.593	151	8	20
<b>Janeiro a Dezembro 2014</b>		<b>44.771</b>	<b>25.542</b>	<b>1.407</b>	<b>75</b>	<b>286</b>

2015	2015/Jan	4.434	2.639	142	5	25
	2015/Fev	3.902	2.310	120	13	30
	2015/Mar	4.370	2.371	126	5	32
	2015/Abr	3.893	2.099	129	9	33
	2015/Mai	3.593	1.928	111	8	33
	2015/Jun	3.152	1.647	125	5	14
	2015/Jul	2.968	1.647	95	7	18
	2015/Ago	2.983	1.853	129	12	29
	2015/Set	2.744	1.590	123	9	14
	2015/Out	3.382	1.968	134	11	27
	2015/Nov	3.648	2.104	92	7	25
	2015/Dez	3.772	2.377	146	8	31
<b>Janeiro a Dezembro 2015</b>		<b>42.841</b>	<b>24.533</b>	<b>1.472</b>	<b>99</b>	<b>311</b>

2016	2016/Jan	4.169	2.504	206	10	16
	2016/Fev	3.923	2.265	119	13	18
	2016/Mar	3.705	1.976	147	8	20
	2016/Abr	3.359	1.914	99	11	28
	2016/Mai	2.984	1.514	99	3	15
	2016/Jun	2.846	1.441	126	4	14
	2016/Jul	3.059	1.633	129	6	20
	2016/Ago	3.080	1.588	137	10	28
	2016/Set	2.843	1.602	103	10	19
	2016/Out	3.131	1.958	123	5	24
	2016/Nov	3.317	1.966	145	7	26
	2016/Dez	3.190	2.306	141	9	35
<b>Janeiro a Dezembro 2016</b>		<b>39.606</b>	<b>22.667</b>	<b>1.574</b>	<b>96</b>	<b>263</b>

2017	2017/Jan	3576	2197	167	9	23
	2017/Fev	3356	2096	124	8	30
	2017/Mar	3454	2026	127	6	32
	2017/Abr	2905	1806	120	6	28
	2017/Mai	2961	1550	124	3	17
	2017/Jun	2770	1514	112	9	22
	2017/Jul	3222	1797	132	4	27
	2017/Ago	3184	1754	151	8	34
	2017/Set	3112	1896	175	14	35
	2017/Out	3104	1938	149	3	27
	2017/Nov	3069	1973	137	7	21
	2017/Dez	3233	2413	143	6	28
<b>Janeiro a Dezembro 2017</b>		<b>37.946</b>	<b>22.960</b>	<b>1.661</b>	<b>83</b>	<b>324</b>

<b>Diferença 2017-2016</b>		<b>-1.660</b>	<b>293</b>	<b>87</b>	<b>-13</b>	<b>61</b>
----------------------------	--	---------------	------------	-----------	------------	-----------



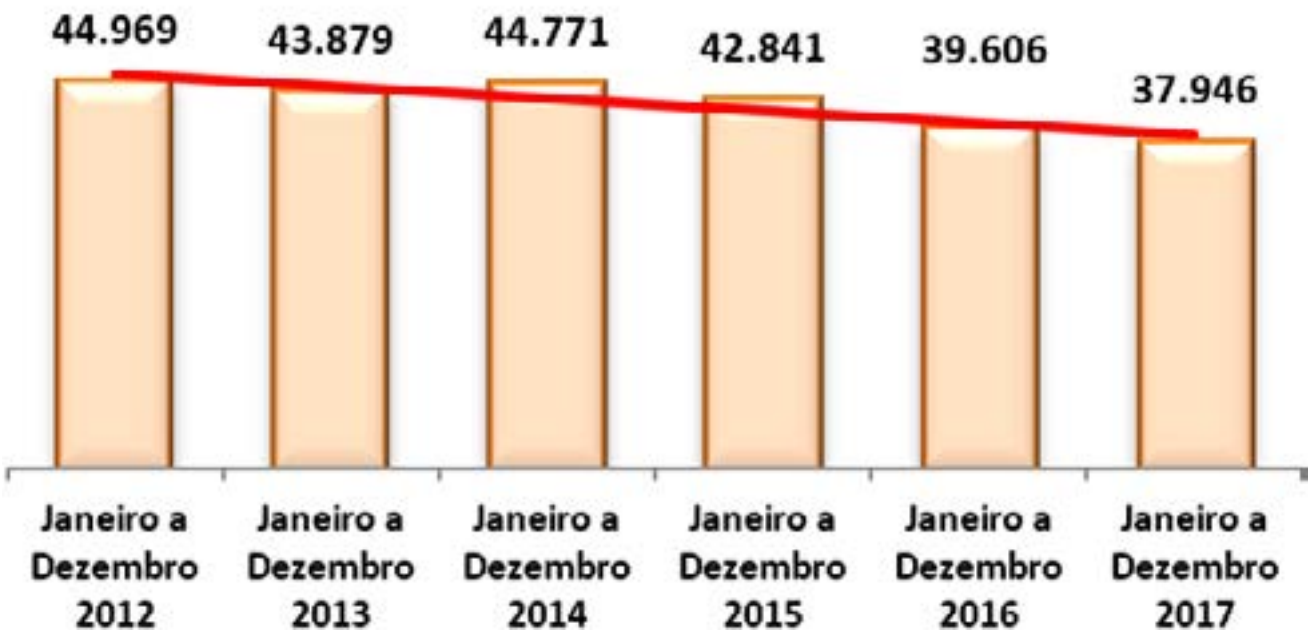
<b>Varição % Janeiro a Dezembro 2016/2017</b>	<b>-4,2</b>	<b>1,3</b>	<b>5,5</b>	<b>-13,5</b>	<b>23,2</b>
-----------------------------------------------	-------------	------------	------------	--------------	-------------

Fonte: SSP/RS/SIP - Extração em: 09/01/2018 - \* Homicídios enquadrados pelo recorte de gênero.

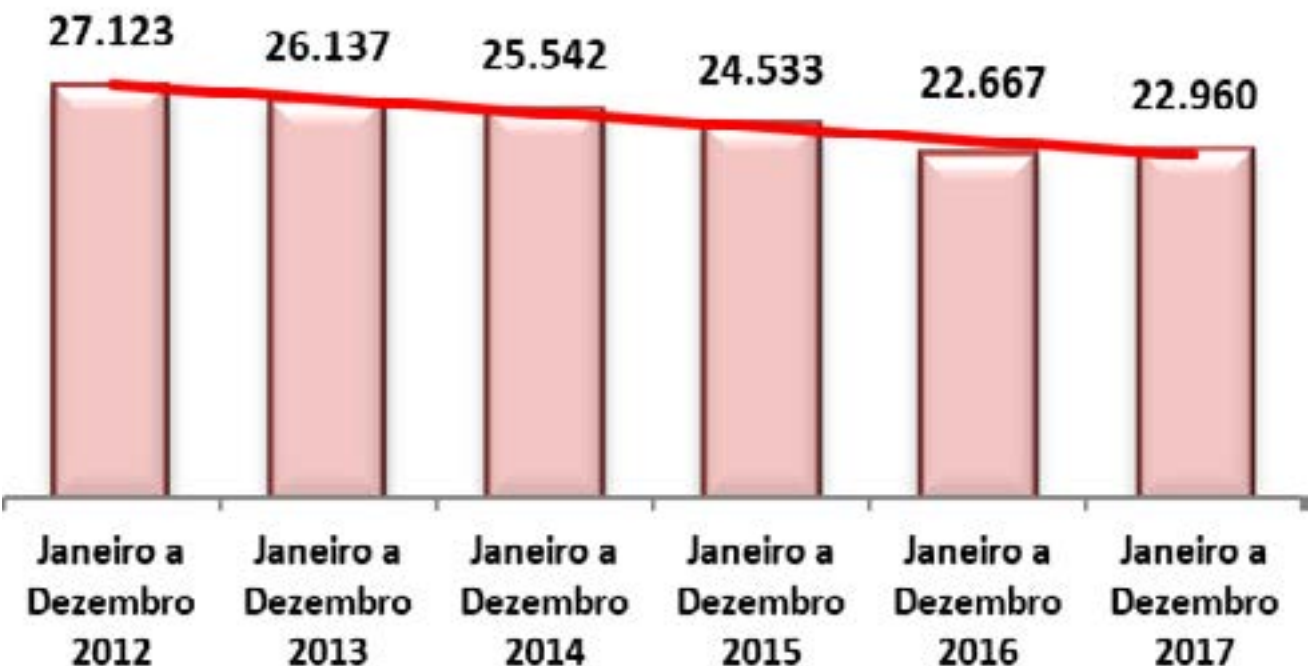
Varição % Janeiro a Dezembro 2016/2017

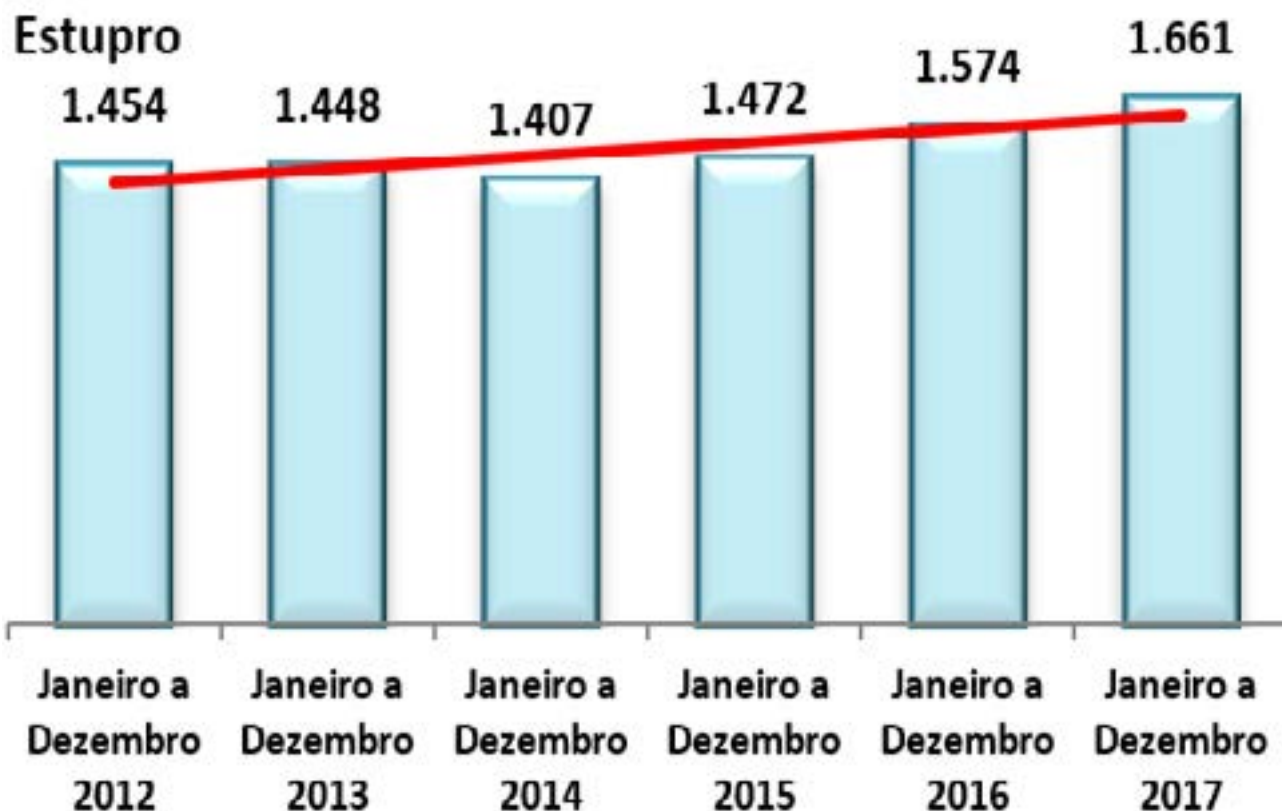
**Ameaça**

4,2 %

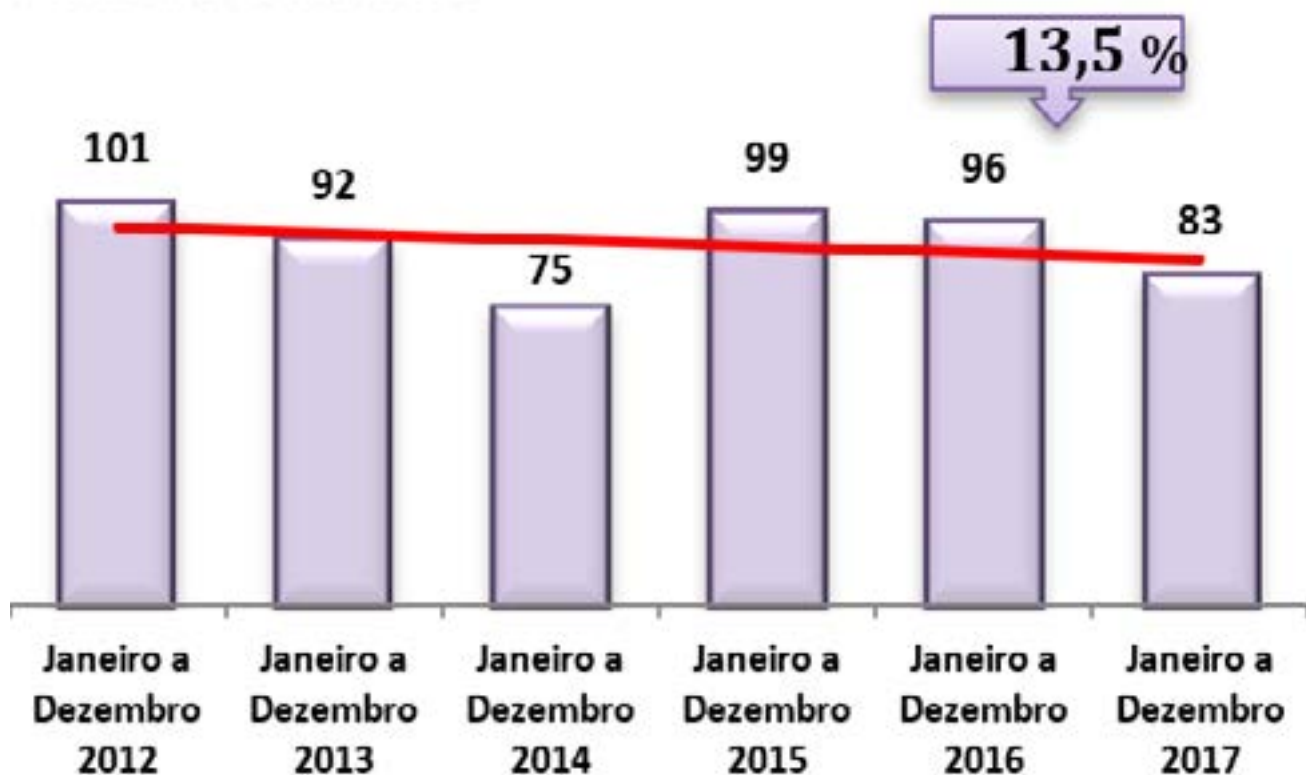


**Lesão Corporal**





### Femicídio consumado



Relativo à série histórica dos anos de 2012 a 2017, inclusive, com os dados consolidados ano a ano, observa-se a seguinte análise dos gráficos acima expostos:

1- Crime de Ameaça: No primeiro gráfico, observa-se uma tendência de queda,

ao longo de todo o período, de 15,6% nos últimos 6 anos e de 4,2%, considerando o último ano.

2- Crime de Lesão Corporal: No segundo gráfico, menciona-se uma redução significativa, de 15,4% ao longo dos anos.

3- Crime de Femicídio Consumado: No terceiro gráfico, aduz o que apresentou a maior redução, de 17,8% ao longo da série, sendo uma queda de 13,5% somente no último ano.

4- Crime de Estupro: No quarto gráfico, salienta-se que foi o único crime em que a curva apresentou uma ascensão de 14,2% ao longo dos anos, e de 5,5%, considerando, somente os dois últimos anos.

Portanto, é perceptível que os casos de feminicídio consumado diminuiu 13,5% entre 2016 e 2017, mas em 2018 os números foram alarmantes: aumentaram 40,9% em relação ao ano anterior no Rio Grande do Sul. Em 2017, 83 feminicídios foram registrados e em 2018 foram 117 mulheres mortas no estado em razão do gênero (LOPES; HEURICH, 2019).

Já em relação aos feminicídios tentados entre 2013 e 2017 os dados foram esses:

<b>ANÁLISE FEMINICÍDIOS TENTADOS NO RIO GRANDE DO SUL</b>									
ANO	2013	2014	2015	2016	2017	SOMA	MÉDIA	DIFERENÇA % (2013-2017)	DIFERENÇA % (2016-2017)
NÚMERO	229	286	311	263	324	1413	282,6	41,48	23,19

Neste diapasão, é possível perceber, através do gráfico abaixo, o significativo aumento dos casos de feminicídio tentado tanto entre 2013 e 2017 (aumento de 41,48%), tanto entre 2016 e 2017, especificamente (aumento de 23,19%). Já em 2018 em relação à 2017 também houve um aumento no índice que chegou a 9,5% (LOPES; HEURICH, 2019), visto que em 2018 teve 355 casos de tentativa de feminicídio, enquanto em 2017, foram 324.



A Análise dos dados apresentados evidencia que:

1. Ao se observar a série histórica (2013-2017), ocorreu um aumento de 41,48% do ano de 2013 para 2017.
2. Tomando-se por base, somente, a evolução do ano de 2016 para 2017, ocorreu um aumento de 23,19%.

Nesse sentido, passa a se questionar o que o estado do Rio Grande do Sul tem feito para esses índices continuarem tão elevados mesmo em anos com grandes conquistas legislativas para reconhecimento formal da proteção da mulher (Lei Maria da Penha e Lei do Femicídio). A questão cultural com certeza é uma forte causa desses índices, visto que ainda temos enraizado em nossa sociedade a submissão feminina e a cultura patriarcal de família, mesmo em pleno século XXI. Entretanto, em termos de atividade do Poder Público, há muito também a se evoluir.

No estado gaúcho foi implementada a partir de 2012 a Patrulha Maria da Penha pela Brigada Militar, que atua em 27 municípios. A Patrulha é composta por, no mí-

nimo, dois policiais militares com curso específico de capacitação, sendo um deles, preferencialmente, do sexo feminino (ADMAR, 2018). As mulheres com Medida Protetiva de Urgência são acompanhadas, portanto, na medida do possível, pela referida Patrulha. Mas se questiona se é tão eficaz quanto a Ronda seria na cidade da capital gaúcha, por exemplo, que apresenta a maior participação nos índices de feminicídios tentado e consumado (19,49%).

### **3.1 A Ronda Maria da Penha no estado gaúcho como alternativa efetiva de proteção à mulher**

É notável que a Patrulha Maria da Penha, adotada no Rio Grande do Sul, é bastante semelhante com a Ronda Maria da Penha. Entretanto, esta última está sendo mais disseminada pelas cidades brasileiras pelo seu caráter de atuações multidisciplinares, por realizar ações de conscientização, de prevenção e informação da população.

Um grande exemplo disso foi no carnaval de 2019, onde a Polícia Militar da Bahia, por meio da Ronda Maria da Penha, realizou ações de combate à violência contra a mulher nos três circuitos do Carnaval de Salvador (GOV BA, 2019). É perceptível que são esses tipos de realizações que realmente fazem a diferença, pois reconhece-se que a violência contra a mulher não deve ser só combatida em seus efeitos (quando as mulheres já sofreram algum tipo de violência e estão com medida protetiva de urgência), mas também deve ser evitada através dessas ações educativas, combatendo, pode-se dizer, a cultura patriarcal, machista e enraizada na sociedade brasileira.

Dessa forma, indaga-se se não estaria na hora do estado do Rio Grande do Sul, frente ao aumento desenfreado de agressões das mais variadas contra as mulheres e de feminicídios, aplicar um sistema como a Ronda Maria da Penha para combater esses índices.

## **CONCLUSÃO**

A Lei Nº 11.340, a Lei Maria da Penha, constitui um importante marco institucional na superação da violência doméstica no Brasil. Tal lei procurou tratar de forma integral o problema da violência doméstica e familiar no país, e não apenas imputar

uma maior pena ao ofensor. Ademais, a LMP também ofereceu instrumentos para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial a vítima.

Entretanto, é possível notar que mesmo com o advento desse importante marco, ainda há lacunas na efetivação da Lei Maria da Penha. Isso porque a efetivação da Lei depende da institucionalização de vários serviços que possibilitem a proteção da vítima, bem como o enfrentamento e a prevenção da violência doméstica e familiar.

Nesse sentido, aponta-se a Ronda Maria da Penha como um programa assistencial primordial para a consolidação efetiva da Lei Nº 11.340/2006. Esse programa surgiu na Bahia no ano de 2015 e foi inspirado na Patrulha Maria da Penha já existente no Estado do Rio Grande do Sul desde de 2012. Todavia, o caráter mais humanitário da RMP, em virtude da existência de uma Equipe Multidisciplinar que complementa o papel da Brigada Militar, é fator determinante para sua maior adesão e disseminação nos Estados do Brasil.

O presente estudo buscou, de maneira sucinta, analisar os índices de violência no Estado do Rio Grande do Sul de janeiro a dezembro de 2018 e, a partir disso identificar as causas desse aumento e possíveis soluções para os infelizes índices a partir da consolidação de programas como a Ronda Maria da Penha. A pesquisa constatou que no Rio Grande do Sul, os elevados índices de feminicídio ou agressão contra a mulher tem sua causa na cultura, na qual é enraizado o patriarcalismo, bem como na falta de atividade do Poder Público. Nessa perspectiva, questionou-se as diferenças entre a Ronda Maria da Penha e a Patrulha Maria da Penha, visto que a Ronda teve maior adesão em outros Estados do país.

Fica evidente, portanto, que apesar da Lei Maria da Penha ter constituído um importante marco na luta das mulheres contra a violência doméstica e familiar, ainda há muito o que se fazer. Ainda nessas circunstâncias, salienta-se a necessidade de adesão do programa assistencial da Ronda Maria da Penha fim de enfatizar o caráter humanitário da própria lei e obter a maior efetividade da mesma.

## **REFERÊNCIAS**

ADMAR; Clélia. “Patrulha Maria da Penha avança no enfrentamento à violência contra mulher”. Estado do RS, 7 de Agosto de 2018. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/patrulha-maria-da-penha-avanca-no-enfrentamento-a-violencia-contra-mu>

lher>. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

BIANCHINI; Alice. “Objetivo e objeto da lei maria da penha – arts. 1º e 5 da lei 11.340/2006”. Jusbrasil, 2013. Disponível em: : <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814322/objetivo-e-objeto-da-lei-maria-da-penha-arts-1-e-5-da-lei-11340-2006>>. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

CALMON; Eliana. “A Lei Maria da Penha”. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/dout20anos/article/view/3417/3541>>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

“CNJ divulga dados do Judiciário sobre violência contra a mulher”. CNJ, 25 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

DA SILVA JÚNIOR; Edison Miguel. “Direito penal de gênero”. Jus, novembro de 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9144/direito-penal-de-genero>>. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

Dados estatísticos por municípios. Disponível em: <<https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/05085939-26092253-resumo-indicadores-de-violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-2012-a-2016.xls>>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

“Datafolha: 27,4% das mulheres sofreram agressões; metade não denuncia”. Veja, São Paulo, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/datafolha-274-das-mulheres-relatam-agressoes-metade-nao-denuncia>>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

FRANCO; Luiza. “Violência contra a mulher: novos dados mostram que ‘não há lugar seguro no Brasil’”. BBC News, São Paulo, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Quem é Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 27 ago. 2020.

LOPES; Tatiana e HEURICH, Joyce. “Feminicídios aumentam 40,9% de 2017 para 2018 no RS, Segundo dados da Secretaria de Segurança”. G1 RS, 9 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/01/09/feminicidios-aumentam-409-de-2017-para-2018-no-rs-segundo-dados-da-secretaria-de-seguranca.ghtml>>. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

NOLETO; Karita e BARBOSA; Igor. “A efetividade da Lei Maria da Penha no enfren-

tamento à violência doméstica e familiar contra a mulher”. Disponível em: < <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4905/a-efetividade-lei-maria-penha-enfrentamento-violencia-domestica-familiar-contramulher>>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

“Patrulha Maria da Penha (Rio Grande do Sul)”. Mulheres seguras, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.mulheresseguras.org.br/patrulha-maria-da-penha-rio-grande-do-sul/>>. Acesso em: 31 de agosto de 2020.

“Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha”. Ipea, 4 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24610](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610)>. Acesso em: 21 de agosto de 2020.

“Programas, ações e projetos”. Brigada Militar. Disponível em: <<https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/Servicos/MariaPenha>>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

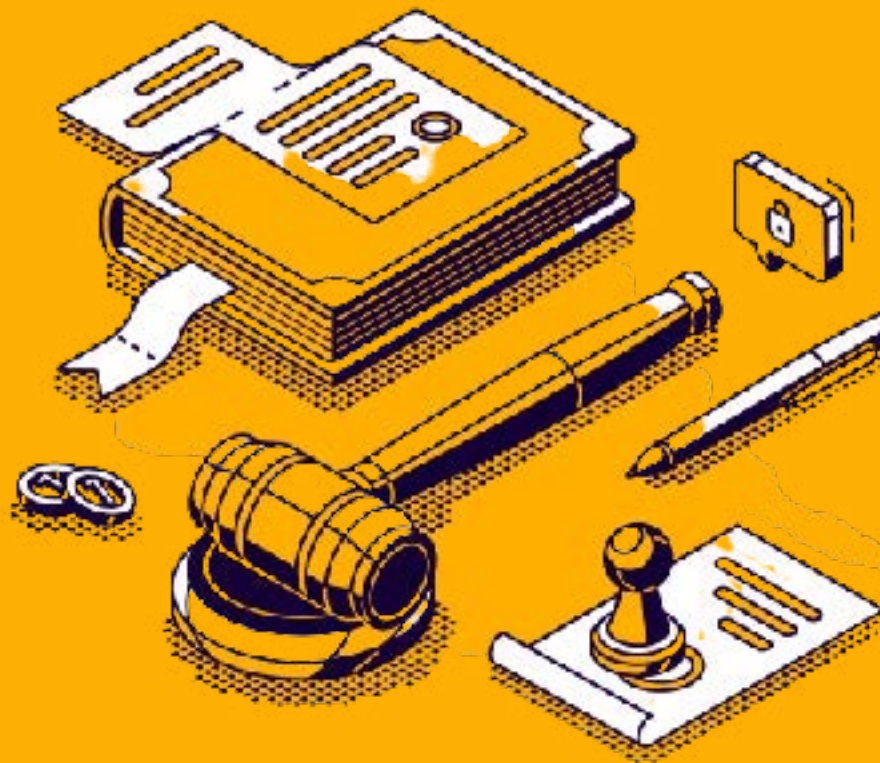
“Ronda Maria da Penha realiza ações de combate à violência contra a mulher”. Governo do Estado da Bahia, 5 de março de 2019. Disponível em: < <http://www.ba.gov.br/noticias/ronda-maria-da-penha-realiza-acoes-de-combate-violencia-contramulher>>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

“Ronda Maria da Penha”. Secretaria de Políticas para as mulheres. Disponível em: <<http://www.mulheres.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

“Significado de Desigualdade de gênero”. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/desigualdade-de-genero/>>. Acesso em: 27 de agosto de 2020.

“Veja a jurisprudência do STJ após 11 anos da Lei Maria da Penha”. Conjur, 7 de Agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/veja-jurisprudencia-stj-11-anos-lei-maria-penha>>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.





# **“MARIA SOFRIDA E SEU SOFRIMENTO”: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS N.º 143.641 E A SUA APLICAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO**

**Giulia Melo de Mello<sup>1</sup>**

**Taila Ariza Dalla Vecchia<sup>2</sup>**

---

1 Acadêmica do 11º semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM-CCSH) e integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: [giumdemello@gmail.com](mailto:giumdemello@gmail.com).

2 Acadêmica do 11º semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM-CCSH). E-mail: [tailadvecchia@gmail.com](mailto:tailadvecchia@gmail.com).

**Resumo:** Em fevereiro de 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu o Habeas Corpus coletivo n.º 143.641, decisão histórica que concedeu prisão domiciliar para apenadas com filhos de até 12 anos de idade, puérperas e/ou gestantes de todo o território nacional, ressalvadas algumas hipóteses específicas. O trabalho pretende, portanto, realizar um estudo acerca de tal instituto, bem como analisar o contexto em que ele foi concedido e a sua aplicabilidade no estado do Rio Grande do Sul, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método dedutivo de abordagem. Objetiva-se realizar o exame minucioso do HC coletivo, identificando seus elementos e argumentos, bem como efetuar o mesmo exame nos acórdãos proferidos no período de tempo delimitado pela pesquisa.

**Palavras-Chave:** Encarceramento feminino; Habeas Corpus n.º 143.641; Prisão domiciliar.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo acerca do habeas corpus coletivo n.º 143.641, proferido pelo Superior Tribunal Federal (STF) na data de 20 de fevereiro de 2018. O referido habeas corpus deferiu a conversão da prisão cautelar de apenadas com filhos de até 12 anos de idade, puérperas e/ou gestantes de todo o território nacional (ressalvadas algumas exceções referentes às rés que estão sendo julgadas por delitos com certas peculiaridades a serem melhor analisadas posteriormente) transformando-a em prisão domiciliar, a fim de melhor atender tanto as necessidades da mulher encarcerada como de sua prole. Mais especificamente, o artigo pretende examinar a aplicabilidade do writ em questão no estado do Rio Grande do Sul, a partir do levantamento de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, durante o período compreendido entre abril de 2018 e abril de 2019, bem como a verificação dos argumentos e motivações utilizados tanto pelos magistrados como pelo Tribunal de Justiça gaúcho quando da concessão ou denegação da prisão domiciliar às apenadas deste estado, consoante entendimento do HC coletivo.

Objetiva-se, portanto, a realização de um estudo acerca do contexto sociopolítico brasileiro atual em relação à população carcerária feminina, em especial às apenadas gestantes e/ou com filhos, a fim de melhor entender a importância históri-

ca do julgamento do HC coletivo n.º 143.641. Ainda, tem-se como objetivo verificar a sua aplicabilidade jurídica, ou seja, aferir se efetivamente as apenadas julgadas pelos tribunais gaúchos e que se encaixam nos requisitos elencados pelo STF estão recebendo o benefício da prisão domiciliar ou, então, se estão sendo alvo de arbitrariedades judiciais.

Salienta-se que o presente artigo é de relevante importância jurídica, tendo em vista a necessidade da apuração acerca da efetiva aplicação do habeas corpus coletivo n.º 143.641, de grande relevância histórica para o processo penal e para todas as mulheres com filhos de até 12 anos de idade, puérperas e/ou gestantes que estão privadas de suas liberdades em decorrência do cometimento de crimes. Isso se dá já que os resultados obtidos pela pesquisa demonstrarão se o writ em questão está sendo majoritariamente concedido ou denegado no estado do Rio Grande do Sul, abrindo-se um debate sobre a eficácia e aplicabilidade do HC coletivo n.º 143.641, o qual deveria ser concedido à todas as mulheres que preenchessem os requisitos elencados na referida decisão, sem exceção.

No mesmo sentido, a pesquisa a ser realizada neste artigo é também de importância sociológica e criminológica, uma vez que será levantada a discussão acerca das motivações explícitas e implícitas que levaram às decisões concessórias ou denegatórias do habeas corpus coletivo n.º 143.641 por parte dos órgãos decisórios (neste caso, gaúchos). Nesse sentido, como já é de estudo da criminologia crítica, evidencia-se que os tribunais e magistrados costumam fazer uso do *second code* para proferir suas decisões, quando, em teoria, deveriam decidir baseando-se tão somente nas provas e fatos constantes nos autos dos processos em análise.

Por fim, a presente pesquisa é também de suma importância para nós, autoras do presente artigo, porquanto o tema do encarceramento feminino nos é sensível tendo em vista que aborda questões como feminismo, maternidade, sexualidade, bem como, por óbvio, direitos humanos básicos. Ainda, o tema em especial acerca da aplicabilidade do HC a ser estudado e analisado nos toca ao passo que tal decisão foi um marco na história das mulheres encarceradas, as quais foram e ainda são tratadas como prisioneiros homens, aonde suas peculiaridades e necessidades como mulheres que menstruam, engravidam e amamentam não são respeitadas e acolhidas pelos estabelecimentos prisionais. É também por este motivo que o habeas

corpus coletivo n.º 143.641 é de tamanha relevância pois, pela primeira vez, as apenadas foram vistas pelo judiciário como pessoas reais com singularidades especiais, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando da decisão do HC estudado. Resta, portanto, que tal decisão seja efetivamente aplicada à realidade fática, que é justamente o que será apurado neste trabalho.

A fim de realizar tal estudo será utilizado o método dedutivo de pesquisa, partindo-se da análise do argumento sob o qual fundou-se o julgamento do HC coletivo n.º 143.641 para, após, verificar a aplicabilidade do referido instituto nos julgamentos dos acórdãos proferidos pelo TJ/RS, a partir de vasta pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Assim, o trabalho foi dividido em dois capítulos. No primeiro, intitulado “Uma análise técnica e sociopolítica da concessão do habeas corpus n.º 143.641/SP”, será realizada uma breve apreciação do instituto referido, percebendo quais os fundamentos para sua impetração bem como quais foram as motivações utilizadas pelo STF para a sua concessão. Por fim, será também analisado no primeiro capítulo o contexto político-econômico-social brasileiro à época do julgamento do HC em análise. Já no segundo capítulo, intitulado “O habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP analisado criticamente no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, será realizada uma análise do impacto do julgamento do HC na esfera do TJ/RS, a partir do estudo de jurisprudências desse tribunal colacionadas durante o período compreendido entre abril de 2018 e abril de 2019. Ainda, questionamentos serão levantados acerca das motivações explícitas e implícitas utilizadas pelos julgadores dos 10 (dez) casos levantados.

Ao final do presente trabalho, pretende-se que seja possível responder alguns questionamentos pertinentes, tais como: quais foram os impactos do julgamento do habeas corpus coletivo n.º 143.641 para as apenadas brasileiras e, mais especificamente, para as apenadas gaúchas? Houve a efetiva aplicação dos parâmetros elencados pelos ministros do STF para a concessão do pedido de prisão domiciliar ou, ao contrário, as réis estão sendo vítimas de discricionariedades judiciais? Quantas vezes as réis estão sendo julgadas? Esse julgamento é tão somente jurídico ou também de suas qualidades como mães? Se as apenadas fossem do sexo masculino, os impactos seriam diferentes?

## **2. UMA ANÁLISE TÉCNICA E SOCIOPOLÍTICA DA CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS N.º 143.641/SP**

O Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP, o qual concedeu prisão domiciliar para apenadas de todo o território nacional com filhos de até 12 anos de idade, puérperas e/ou gestantes – ressalvadas algumas hipóteses específicas, proferido em fevereiro de 2018 pelo Supremo Tribunal Federal, suscitou discussão fundamental, mas há muito postergada pelos órgãos julgadores e pelas entidades estatais pátrias: a busca de segurança jurídica em contraposição à heterogeneidade de decisões atualmente proferidas pelos tribunais em temas como o objeto do HC Coletivo 143.641/SP. Importa, de primo, referir os aspectos técnicos referentes ao instituto analisado no presente trabalho, bem como a questão sociocultural que serviu de pano de fundo para que fosse concedida a ordem que mudaria a qualidade de vida de mulheres e crianças alcançadas pelo HC Coletivo 143.641/SP.

Destaca-se que o referido writ, que teve como paciente toda a coletividade de mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional - que ostentem as condições previstas no instituto em análise -, embora impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), teve a legitimidade ativa convertida em favor da Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação de abrangência nacional, admitindo-se os impetrantes (membros do CADHU) como *amici curiae*. De outra sorte, as autoridades coatoras foram todos os órgãos julgadores de primeiro e segundo grau, das varas criminais estaduais e do Distrito Federal, bem como os Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça.

O writ em análise foi embasado, precipuamente, em repúdio ao tratamento degradante e desumano dado às mulheres grávidas submetidas a prisão preventiva, segregadas em estabelecimentos prisionais precários. Outrossim, foi destacada a flagrante infração a postulados constitucionais, e a necessária vedação de penas cruéis, bem como o respeito à integridade física e moral da apenada. O principal problema enfrentado pelas mulheres apenadas, conforme bem destacado na exordial do HC Coletivo em análise, diz respeito a falta de acesso a programas de saúde pré-natal, assistência durante a gestação e no pós-parto, bem como a privação das crianças filhas das referidas apenadas de condições adequadas ao desenvolvimento.

Ainda, o conhecimento do referido instituto deu-se, principalmente, em razão

de ser a política criminal pátria discriminatória e seletiva, impactando principalmente as mulheres hipossuficientes financeiramente. Destaca-se quanto à hipossuficiência financeira, condição que agrava a vulnerabilidade das mulheres apenadas, o art. 25 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADHU). Veja-se:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (CADHU, 1969)

Outrossim, ainda que não haja um caráter subjetivo no tratamento da gestante e mãe e, conseqüentemente, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja requisito indispensável, entende-se que não pode haver penalização pela falta de estrutura estatal. Ademais, outro ponto salientado quando da impetração do HC Coletivo foi a ponderação a respeito da economia de recursos, além da celeridade processual. Destaca-se que, em razão da abrangência do writ há diminuição no julgamento de casos semelhantes. Quanto ao cabimento do instituto analisado, tem-se a defesa da liberdade de locomoção das apenadas alcançadas pelo HC, fulcro no acesso à justiça e, ainda, o fato de serem os estabelecimentos prisionais despreparados para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe. Dessa forma, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

Resultou-se do julgamento do writ o entendimento de que a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso à Justiça daquelas sujeitas atingidas, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico. Quanto à extensão do resultado do conhecimento da ordem, entende o Relator quanto ao alcance que pode ser estendido a todas aquelas que se encontram em idêntica situação, não se trata de excepcionalidade ao desfecho do julgamento do instituto em voga, eis que tal providência constitui uma das conseqüências normais do instrumento (HC coletivo objetiva a aplicação à coletividade e a economia processual). Destaca-se trecho do voto de Lewandowski quando do julgamento do HC Coletivo:

Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. (STF, 2018, p. 20)<sup>1</sup>

Assim, temos que, além da questão técnica e de celeridade processual, o writ em comento atenta às questões estruturais nos presídios brasileiros. Assim, a partir de dados coletados, conforme referido, por entidades estatais, houve extensa avaliação a respeito das condições a que estão submetidas as mulheres e crianças alcançadas pelo HC Coletivo. Quanto ao mérito, afirma o relator, mediante análise de institutos que já abordaram o tema anteriormente<sup>2</sup>, ser afirmativa a resposta à questão por ele suscitada, concluindo, portanto, pela existência de gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa.

Segundo dados do INFOPEN em que concerne à prisão provisória, 52% das unidades masculinas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios. Em total discrepância, segundo dados do referido instituto, apenas 27% das unidades femininas são destinadas a esse mesmo fim, em que pese mais de 27% da população carcerária feminina esteja segregada provisoriamente (INFOPEN Mulheres, 2014). Outrossim, quanto ao mérito suscitado no julgamento do writ, temos que a incapacidade do Brasil em lidar com as questões de vulnerabilidade e garantia de direitos quando se trata da maternidade não se restringe apenas aos estabelecimentos prisionais. Ainda, frisa-se a flagrante afronta não apenas à CF, mas também a leis e convenções outrora firmadas pelo Brasil, o que resta evidente a partir da precarização no tratamento das apenadas e no despreparo do sistema carcerário para lidar com suas individualidades.

Destaca-se a maior evidência da referida precariedade, conforme anteriormente exposto, quando se trata de mulheres grávidas ou puérperas e, ainda, as mulheres com filhos menores de 12 anos/deficientes que delas dependem de seus cuidados e estão sob sua guarda. Colaciona-se referência feita pelo Min. Relator em seu voto:

O retrato que ora se vai delineando em tudo coincide com os documentos produzidos no âmbito do sistema universal de direitos humanos sobre o tema (Vide, em especial, o texto destinado a orientar os trabalhos da Força-Tarefa do Sistema ONU sobre o Crime Organizado e o Tráfico De Drogas, como Ameaças à Segurança e Estabilidade. UN Women. A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes, 2014): o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu

1 HC Coletivo nº 143.641/SP

2 ADPF 347 MC/DF, Relator: Min. Marco Aurélio. (09/09/2015)

déficit de oportunidades econômicas e statuspolítico. Quando se engajam em atividades ilícitas são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho deste engajamento. Quando alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres (UN Women, 2014, p. 34-35)<sup>1</sup>.

Por fim, quanto ao contexto sócio-econômico-cultural em que foi conhecido o HC coletivo nº 143.641/SP, em alusão ao cotidiano da coletividade atingida pelo instituto, refere-se trecho da obra “Presos Que Menstruam”, de Nana Queiroz:

O que eles chamam de presídios mistos são, na verdade, presídios masculinamente mistos — opina Diniz. — Se não tem onde colocar mulheres, as botam no castigo, ou seja, o pior lugar da cadeia. Até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes?<sup>2</sup>(QUEIROZ, 2015)

Percebe-se, assim, que por mais que prisioneiros homens evidentemente sofram muito pelo descaso estatal ao não terem seus interesses e direitos humanos básicos atendidos, as prisioneiras mulheres, além disso, também sofrem ao não terem suas peculiaridades acolhidas e respeitadas. Assim, menstruam, gestam e dão à luz a seus filhos, amamentam e são mães e mulheres mesmo não tendo condições mínimas de saneamento e higiene para tanto.

### **3. O HABEAS CORPUS COLETIVO N.º 143.641/SP ANALISADO CRITICAMENTE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

O segundo objetivo do presente trabalho é verificar a aplicabilidade do habeas corpus n.º 143.641 em processos em que as pacientes do writ, quais sejam, as apenadas grávidas, puérperas e/ou mães de crianças de até 12 anos de idade, foram julgadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entre o período de abril de 2018 e abril de 2019. Ainda, visa-se aferir quais estão sendo as motivações explícitas e implícitas utilizadas pelos desembargadores do Tribunal para a concessão ou denegação do pedido de conversão da prisão cautelar pela prisão domiciliar. Para tanto, foi realizado um levantamento junto ao site do TJ/RS, sendo localizados 10 (dez) casos – julgados durante o período delimitado no presente trabalho - em que o termo

1 HC Coletivo nº 143.641/SP

2 Presos Que Menstruam – Nana Queiroz, 2015



“habeas corpus n.º 143.641” havia sido citado em seus julgamentos e ementas, sendo estes os seguintes acórdãos: HC n. 70077083392, Agravo n. 70078036092, RSE n. 70077780740, HC n. 70077641843, RSE n. 70077927408, RSE n. 70080183528, Agravo n. 70080210305, HC n. 70081075236, Agravo n. 70079977302 e Agravo n. 70080991045.

Dos 10 (dez) acórdãos analisados, constatou-se que 05 (cinco) deles deferiram o pedido de conversão para prisão domiciliar das apenadas gestantes, puérperas e/ou mães de crianças de até 12 anos de idade, sendo que os demais indeferiram o mesmo pedido. Como já referido anteriormente, o STF estabeleceu no julgamento do HC coletivo em análise que toda apenada gestante, puérpera e/ou mãe de criança de até 12 anos deveria ser beneficiada com o instituto da prisão domiciliar caso estivesse em situação de prisão cautelar, com exceção dos casos em que o crime cometido pela ré tenha ocorrido mediante violência ou grave ameaça, contra ascendente ou, ainda, em situação excepcionalíssima, devidamente fundamentada pelo magistrado quando denegasse o pedido de prisão domiciliar.

Verificou-se, assim, que dos 05 (cinco) julgamentos que indeferiram o pedido das apenadas pela conversão de suas prisões cautelares para prisão domiciliar, 02 (dois) deles – Agravo n.º 70079977302 e Agravo n.º 70080991045 – o fizeram devido ao trânsito em julgado da sentença condenatória contra a ré, situação em que, conforme o TJ-RS, impossibilita o alcance do HC coletivo, tendo em vista que, a partir de então, a prisão domiciliar das apenadas seria regida pelo art. 117 da Lei de Execuções Penais (LEP):

AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEP). CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Trata-se de agravo ministerial que pugna pela cassação de prisão domiciliar concedida à apenada, com base no artigo 318, inciso V, do CPP, e em conformidade com o julgamento do Habeas Corpus n.º 143.641/SP, do STF, já que genitora de crianças menores de 12 (doze) anos de idade. Diferentemente do juízo da execução, entendo que as disposições contidas tanto no artigo 318, do CPP, quanto na orientação firmada pelo egrégio STF, quando do julgamento do habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, dizem respeito à apenadas que se encontrarem cautelarmente segregadas, não sendo esse o caso da ora agravada. Tratando de condenação definitiva e, portanto, cumprimento de pena, a aplicação ou não de prisão domiciliar é regida pelas disposições do artigo 117, da LEP, sendo autorizada a sua concessão apenas aos (às) apenados (as) que estiverem cumprindo pena em regime aberto ou em hipóteses excepcionais. Entretanto, a situação trazida pela defesa de Luciane não apresenta qualquer excepcionalidade que justifique a colocação de uma apenada condenada a cinco anos de reclusão, em regime fechado, que sequer deu início

à execução de sua pena, diretamente em prisão domiciliar. Desse modo, não sendo hipótese de concessão de prisão domiciliar com base nas disposições do artigo 117, da LEP, quanto menos sendo hipótese em que autorizada a concessão do benefício de modo excepcional, impositivo o seu indeferimento, sendo, portanto, cabível a cassação da decisão concessiva. AGRAVO PRO-VIDO. (Agravo, Nº 70079977302, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pítrez, Julgado em: 25-04-2019) (TJ-RS, 2019, on-line) (grifou-se)

Além dos dois julgamentos acima referidos, outros 02 (dois) acórdãos – HC n. 70077083392 e Agravo n. 70078036092 – julgaram pela manutenção das prisões cautelares das apenadas tendo em vista a “situação excepcionalíssima” das prisões cautelares das mesmas, sendo está uma das ocasiões, como já salientado, em que os julgadores, devidamente fundamentando suas decisões, podem indeferir o pedido de concessão de prisão domiciliar. É sabido, no entanto, que tal critério pode ser alvo de vasta discricionariedade e arbitrariedade judicial, como ocorre com toda terminologia vaga no âmbito do Direito, tendo em vista que, na ausência de uma definição precisa do que significaria uma “situação excepcionalíssima”, os julgadores têm decidido de acordo com suas convicções sobre o que seria uma situação extraordinária de tal importância a ponto de impedir que uma mulher encarcerada, grávida, puérpera e/ou mãe de criança com menos de 12 anos tenha direito à prisão domiciliar, sendo que tal situação deveria equiparar-se aos demais requisitos elencados pelo STF para a não concessão do instituto, quais sejam, o cometimento de crime mediante violência ou grave ameaça ou crime contra ascendente.

Assim, em relação aos 02 (dois) acórdãos localizados em que o indeferimento da prisão domiciliar se deu em razão de “situação excepcionalíssima”, verificou-se que no primeiro deles (HC n. ° 70077083392) a situação da apenada era que a mesma fazia parte, em tese, de uma associação criminosa e, no segundo caso (Agravo n. ° 70078036092), a situação excepcional caracterizou-se pela prejudicialidade presumida de a ré, julgada pelo crime de tráfico de drogas, conviver em sua residência junto com sua prole, sendo assim o local, conforme o TJ/RS neste caso, um ambiente não adequado para o crescimento de crianças. Importantes considerações devem ser realizadas especialmente quanto ao segundo caso relatado.

Realizada a análise dos acórdãos citados, tanto os que deferiram a prisão domiciliar para as apenadas pacientes do HC coletivo quanto os que indeferiram, percebeu-se que a situação definida como “excepcionalíssima” para justificar a manu-

tenção da prisão cautelar de algumas apenadas não foi obstáculo para a concessão da prisão domiciliar para outras, como é possível visualizar nos seguintes julgados:

AGRAVO EM EXECUÇÃO (ARTIGO 197, DA LEP). PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDA EM EXTENSÃO AOS EFEITOS DO HC COLETIVO Nº 143.641/SP JULGADO PELA SUPREMA CORTE. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. Trata-se de irresignação ministerial com a prisão domiciliar concedida à ré, mediante inclusão em sistema de monitoramento eletrônico, sob a justificativa de que a mesma encaixa-se nas diretrizes lançadas pela Suprema Corte, quando do julgamento do HC Coletivo nº 143.641/SP, já que possui filho menor sob sua guarda e considerando ter sido condenada pelo delito de tráfico de drogas, Ainda que a agravada encontre-se presa em virtude de condenação pendente de trânsito em julgado, decorrente, portanto, de PEC provisório, o que permitiria, em tese, a extensão dos efeitos do julgado supra-mencionado à agravada, já que não se está diante de condenação definitiva, as peculiaridades do caso concreto indicam que desaconselhada a sua colocação em prisão domiciliar. Isso porque, em consulta ao site deste Tribunal, pode-se constatar que o Processo de n.º 026/2.10.0001981-1 que originou a condenação provisória da apenada, investigou e constatou a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, fatos estes cometidos pela ré – na companhia de outros corréus – no interior de sua própria residência, local em que inclusive presa em flagrante. Vê-se, portanto, que o fato de a apenada ter sido presa em flagrante delito, pelo comércio de drogas na sua própria residência, demonstra ser ao menos temerária a sua colocação de volta ao local em que praticou delitos outrora, razão pela qual merece prosperar o presente agravo ministerial, com a consequente cassação da prisão domiciliar concedida e imediata recondução da agravada ao estabelecimento prisional adequado ao seu regime de cumprimento de pena (fechado). Tal posicionamento encontra, inclusive, amparo em recente julgamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça e na jurisprudência desta Corte. Desse modo, considerando que a apenada não faz jus à prisão domiciliar prevista no artigo 117, da LEP, já que destinada a apenados que estejam cumprindo pena em regime aberto, nem mesmo à prisão domiciliar especial advinda do HC Coletivo de n.º 143.641/SP julgado pela Suprema Corte, merece ser cassado o benefício concedido à condenada, com a sua submissão a estabelecimento prisional adequado ao seu regime de cumprimento de pena. AGRAVO PROVIDO. (Agravo, Nº 70078036092, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em: 26-07-2018) (TJ-RS, 2018, on-line) (grifou-se)

TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/06). RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR PRISÃO DOMICILIAR. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. Trata-se de recurso ministerial interposto contra decisão que cassou mandado de prisão expedido em desfavor da investigada, concedendo-lhe prisão domiciliar, em atenção à orientação determinada pelo egrégio STF, quando do julgamento do HC Coletivo de n.º 143.641/SP. Ab initio, destaco que o fato de que, após a prolação da decisão recorrida, a prisão domiciliar foi substituída por medidas cautelares diversas, não prejudica a presente irresignação ministerial, como afirma a defesa da ré em sede de contrarrazões recursais. No mérito, não obstante a própria orientação proferida pela Suprema Corte preveja a existência de situações excepcionais que contraindiquem a concessão de prisão domiciliar a presas preventivas, ainda que gestantes ou mães de crianças, tenho que, no caso em tela, a concessão de prisão domiciliar à investigada se mostra, ao

menos por ora, cabível e suficiente. Deve-se ressaltar que, à época em que prolatada a decisão, a investigada era gestante e, atualmente, é genitora de bebê de aproximadamente quatro meses de idade, sendo, provavelmente, lactante, fatores tais que, em conjunto com o supramencionado, autorizam a manutenção da decisão recorrida. De mesma forma, mister destacar que não se ignora a gravidade do delito perpetrado, nem a quantidade expressiva de drogas apreendidas na residência dos investigados, apenas se diz que, ao menos neste momento, a prisão domiciliar concedida à investigada, e posteriormente substituída por medidas cautelares compatíveis com as necessidades do infante, se mostra suficiente e justificada. Além disso, o decreto da prisão preventiva é uma faculdade do Juiz, estatuída no artigo 316, do CPP e, no caso, entendeu o digno magistrado inexistir risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Ademais, nada impede que, esgotado o prazo das medidas cautelares aplicadas, ou mesmo verificado o descumprimento de qualquer das medidas fixadas, seja a necessidade de construção cautelar da investigada novamente rediscutida. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito, Nº 70077780740, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em: 16-08-2018) (TJ-RS, 2018, on-line) (grifou-se)

A partir da leitura de tais ementas, explicitam-se os impactos da discricionariedade dos julgadores, uma vez que duas apenadas, ambas sendo julgadas pela mesma conduta delitativa (no caso, tráfico de entorpecentes), podem ter dois destinos completamente diferentes dependendo da livre convicção dos agentes do sistema penal sobre o que seria uma “situação excepcionalíssima”, tendo em vista que, em uma situação, a traficância por parte da acusada torna impossível o seu retorno para sua residência e convivência com seus filhos, enquanto em situação diversa a prática de tal delito não foi entendida como motivo suficientemente pertinente que pudesse privá-la do direito à prisão domiciliar, com a consequente reaproximação da ré com seus dependentes.

É importante salientar, nesse sentido, que, conforme os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018) no Perfil Sócio demográfico dos Magistrados de 2018, 77% dos desembargadores e 61% dos juízes titulares brasileiros são homens, tendo 69% dos magistrados integrantes das Justiças Estaduais idade entre 35 e 55 anos, onde 86% deles são casados ou em união estável e 80% de cor branca. Assim, verifica-se que a grande maioria dos juízes e magistrados é homem, branco, de meia-idade e casado ou em regime de união estável, fatores que em regra fazem com que o julgamento por parte destes venha a ser mais conservador e afastado da realidade da população carcerária, em especial quanto às mulheres presas e, ainda, às apenadas gestantes, puérperas e/ou mães de crianças de até 12 anos de idade.

Estas últimas, no caso dos julgamentos envolvendo o habeas corpus n.º 143.641, acabam ficando à mercê das arbitrariedades e convicções pessoais de juízes – os quais tem, na maioria, um fenótipo e pensamento específico – acerca da definição de “situação excepcionalíssima” a fim de denegar ou conceder a prisão domiciliar às mesmas.

Observa-se, ainda, que a mulher encarcerada que é grávida ou mãe acaba sendo duplamente julgada e criminalizada pelo judiciário, tendo em vista que ao mesmo tempo em que é processada por uma prática delitativa, também é questionada por suas qualidades como mãe e protetora de seus filhos, sendo isso fruto de uma cultura baseada no estereótipo da mulher que obrigatoriamente deve ter instinto materno, atributo que não é relacionado ao homem-pai encarcerado. Além disso, não é incomum que várias das mulheres que incorrem na prática de crimes, em especial furtos, roubos e tráfico de drogas, o façam justamente para tentar proporcionar uma melhor condição de vida para seus filhos, e não o contrário. O Estado, portanto, ao mesmo tempo em que não dá condições dignas de vida para tais mulheres e seus filhos, criminaliza o meio comumente encontrado pelas mesmas para garantir a sua sobrevivência e de seus descendentes, na ausência de direitos humanos e constitucionais que deveriam estar sendo resguardados pela própria Administração Pública. Nesse sentido, entende-se que

(...) de fato, a mulher sofre um processo de dupla estigmatização, visto que, criada por uma cultura machista, que lhe reserva os papéis de manutenção e guarda de filhos, a mulher criminosa acaba recebendo mais severa reprovação social, bem como manifesta mais elevada penitência interior, que acaba reverberando em seus entes familiares queridos. (BESSA, 2007, p. 123-124).

Isso se dá, ainda, pelo que a criminologia crítica entende pelo conceito de *second code*, que é, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade:

(...) a seleção operada pelo controle penal formal com o controle social informal, mostrando como os mecanismos seletivos presentes na sociedade colonizam e condicionam a seletividade decisória dos agentes do sistema penal num processo interativo de poder entre controladores e controlados (público), perante o qual a assepsia da Dogmática Penal para exorcizá-los, assumem toda extensão do seu artificialismo. Pois, reconduzindo ao controle social global o sistema penal aparece como filtro último e uma fase avançada de um processo de seleção que tem lugar no controle informal (família, escola, mercado de trabalho) mas os mecanismos deste atuam também paralelamente e por dentro do controle penal. (1996, p. 98)

Em outras palavras, verifica-se que o “senso comum” perpetrado por nossa sociedade patriarcal de que a mulher deve ficar em casa, cuidando e zelando por seus filhos, sustentando-os através de funções aceitas pelo ponto de vista da população em geral – a qual não vive, tampouco percebe, a realidade complexa da maioria das mulheres encarceradas – influencia no julgamento das apenadas nos tribunais, uma vez que este funciona como mecanismo de controle informal do sistema penal, ocorrido muito antes do julgamento do crime na esfera jurídica. Dessa maneira, a mulher encarcerada, em especial a grávida e a mãe, senta no banco dos réus já condenada por uma codificação implícita, a qual já a julgou como sendo uma má influência materna, com a consequente privação, nos casos em apreço, da concessão da prisão domiciliar prevista no habeas corpus n.º 143.641.

No entanto, percebe-se que da amostra analisada na presente pesquisa jurisprudencial, dentre os 05 (cinco) casos em que o instituto da prisão domiciliar foi concedido às mulheres, em 04 (quatro) deles o Ministério Público tentou sustentar a tese acerca da má influência materna por conta do cometimento de crimes tidos como graves por parte da ré, tentando, assim, fazer com que a prisão domiciliar lhes fosse denegada, o que não foi acolhido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual argumentou que esta não era motivação suficiente para que o benefício fosse denegado às apenadas. Entende-se por essa análise, portanto, que a concessão ou não do benefício da prisão domiciliar também se trata de “sorte” das réas no momento da distribuição dos procedimentos aos desembargadores. Isso porque, dependendo das convicções pessoais e vivências destes uma mesma situação pode ser vista como “excepcionalíssima” para um, denegando o pedido de prisão domiciliar para a ré, e como insuficiente para a não concessão do pedido para outro.

Não obstante os resultados obtidos pela pesquisa, o é certo que, especialmente quando se trata da vida e liberdade de mulheres e crianças em situação de cárcere, é problemático que seus destinos sejam decididos a partir de arbitrariedades e discricionariedades por parte de magistrados e desembargadores, os quais decidem, e isso é fato, também de acordo com seus entendimentos e ideologias. Dessa maneira, compreende-se que o mais correto a ter sido feito pelo STF no julgamento do HC coletivo em análise seria ter previsto parâmetros objetivos para a concessão do benefício da prisão domiciliar das apenadas, do contrário, como é o que está ocorrendo

nos tribunais, as réis ficam sujeitas às subjetividades de seus julgadores, os quais decidem conforme seus próprios princípios, nomeando-os, a fim de fundamentação da decisão, de “situação excepcionalíssima”.

#### **4. CONCLUSÃO**

Conclui-se o presente trabalho com algumas respostas e vários questionamentos. Conforme a pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através do levantamento dos acórdãos estudados e referidos ao longo do texto, percebe-se que não houve, durante o período examinado, disparidade entre as concessões e denegações das prisões domiciliares a serem concedidas à luz do HC coletivo n.º 143.641, tendo em vista que cada situação depende do caso concreto a ser apreciado pelo Tribunal.

No entanto, observou-se que a terceira exceção à concessão da prisão domiciliar às apenadas grávidas, puérperas e/ou mães de crianças de até 12 anos de idade, qual seja, a ocorrência de uma “situação excepcionalíssima” que justificasse o indeferimento do pedido de prisão domiciliar, vem sendo utilizada com vasta discricionariedade pelos órgãos decisórios gaúchos, uma vez que, em situações fáticas extremamente semelhantes, diferentes foram as decisões proferidas em cada acórdão, tendo em vista que pensadas por diferentes julgadores, com diferentes vivências e convicções. Entende-se, portanto, que para uma aplicabilidade mais coerente do HC coletivo estudado, deveriam ter sido elencados tão somente requisitos e exceções objetivas, a fim de reduzir o teor subjetivo aplicado pelos magistrados e desembargadores, os quais, devido à sua composição atual, tendem a ter pensamento mais conservador, especialmente no que tange à vida das mulheres encarceradas e seus descendentes.

Ainda, foi possível aferir que as apenadas não são apenas julgadas pelas condutas ilícitas que praticaram, como também são julgadas por suas características como mulher e como mãe. Ressalta-se que se observou a frequente utilização como justificativa para a não concessão do instituto da prisão domiciliar o fato de que a presença da apenada em ambiente de convívio com seus filhos não seria bom para estes, já que, em tese, os mesmos estariam entrando em contato com atividades criminosas e más influências. Assim, o que vem ocorrendo é a desqualificação da

capacidade da ré de praticar uma maternidade sadia, fator que não tem nenhuma relação com o delito pelo qual está sendo processada. Salienta-se, ainda, que essa “dupla criminalização” ou “dupla estigmatização” não ocorre com os apenados do sexo masculino, tendo em vista que não se é esperado dos mesmos que tenham um comportamento de zelo e cuidado por seus filhos, já que este papel compete tão somente às mães das crianças, conforme o senso comum da atualidade que é reproduzido pelos tribunais pátrios.

Imprescindível realizar, ainda, um recorte de raça e classe em nossa reflexão, haja vista a seletividade penal faz com que, em relação à população carcerária feminina, sejam as mulheres negras e pobres as quais se encontram em maior quantidade no interior dos estabelecimentos prisionais. Dessa maneira, evidente que é também essa a clientela que mais sofre com as arbitrariedades judiciais e acaba, por vezes, não tendo concedido o direito à prisão domiciliar, por mais que preenchidos os requisitos objetivos para tanto, acarretando no afastamento das mães apenadas de seus filhos, fato que é prejudicial para ambas as partes. Nesse sentido refere o Min. Lewandowski em seu voto como relator no HC coletivo n.º 143.641:

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças (p. 09) (grifou-se)

Não obstante, resta evidente que o habeas corpus coletivo analisado no presente artigo foi de extrema importância histórica, tanto para o processo penal como para as mulheres, tendo em vista que reconheceu as peculiaridades da mulher grávida, puérpera e/ou mãe de criança e que se encontra privada de sua liberdade, concedendo-a, se preenchidos os requisitos, o direito da prisão domiciliar a fim de que possa melhor satisfazer as necessidades de seus filhos ou de qualquer que seja que necessite de sua assistência, bem como as suas próprias necessidades como mulher em tal situação. O que ocorre, no entanto, é uma incoerência jurisprudencial resultante das discricionariedades praticadas pelos magistrados e desembargado-



res, fruto do requisito subjetivo da “situação excepcionalíssima” elencado pelo STF como sendo uma exceção à concessão da prisão domiciliar às apenadas que preenchem as demais condições, o que acarreta que, ao fim e ao cabo, cada um decida de acordo com o seu entendimento pessoal o que é a tal situação excepcionalíssima.

Por fim, como fora brevemente apontado ao longo do trabalho, sabe-se que os estabelecimentos prisionais são instituições decadentes e que estão longe de cumprir com os requisitos básicos para que seja possível uma sobrevivência humana digna e saudável. Faz-se de suma importância, portanto, que, em relação às mulheres grávidas ou mães e seus filhos/dependentes, tal condição degradante tenha sido reconhecida no julgamento do writ estudado, sendo oferecido um caminho alternativo para que tais pessoas possam ter a chance de ter o mínimo de vida normal em um núcleo familiar unido, tendo em vista que o afastamento entre as mães e suas crianças causam mais tipos de traumas do que é possível elencar. Finaliza-se o presente artigo com um poema retirado do livro “Presos que Menstruam”, tendo sido os versos escritos por uma detenta chamada Gardênia, após vários dias de castigo sofrido no interior de uma penitenciária não identificada. O poema se chama “Maria Sofrida”:

Maria sofrida se põe a pensar: Em meio à cidade está o seu lar.  
A cidade é grande e também popular,  
Quem sabe alguém poderá lhe ajudar?  
Num canto da casa, um berço está,  
Contendo seu filho que se põe a chorar.  
Pois saiba que o pranto dá dó de pensar... Vem indesejado, não  
foi por amar,  
Mas agora existe, quer se alimentar,  
E alimento não tem no meio do lar.  
Desesperada, decidiu transgredir a lei que a formava,  
Passou a matar e também roubava.  
Meses depois, aparece entre as grades um rosto desigual,  
Para ela, agora, a cadeia era um final.  
Dois dias depois uma carta chegou,  
Era de uma vizinha, que com ela se preocupou: ‘Não temas,  
Maria’ – e assim a confortou  
E a partir desse dia, de seu filho cuidou.  
Doze anos depois, o seu nome escutou,  
A guarda chamava.  
Correu e parou. ‘O que você tanto esperava, agora chegou’ O  
portão se abriu e a libertou.

Chegando em casa, uma cena a aterrorizou:  
Sua casa, com faixas, o guarda fechou.  
Desesperada, pulou o isolamento  
Entrando na casa, o maior tormento:  
Seu filho, pela droga, ia perecendo.  
No chão se jogou, em pranto e lamento. Se sentiu culpada pelo  
acontecimento,  
Pois deveria estar lá em todos os momentos.  
Maria sofrida e seu sofrimento. (2015, p. 157-158)

## REFERÊNCIAS

BESSA, Leandro Souza. O Sistema Prisional Brasileiro e os Direitos Fundamentais da Mulher Encarcerada: proposta de coexistência. 2007. 214 f. 2007. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. STF. HC 143.641/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandoswki, j. 20.02.2018, não publicado. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 23/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 70077083392. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 30 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Agravo n. 70079977302. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 25 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Agravo n. 70080991045. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 25 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Agravo n. 70080183528. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Agravo n. 70078036092. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 26 de julho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 70080610298. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre,

28 de março de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 70077780740. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 16 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 70081075236. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 17 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 70077927408. Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 28 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 70080183528. Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2019.

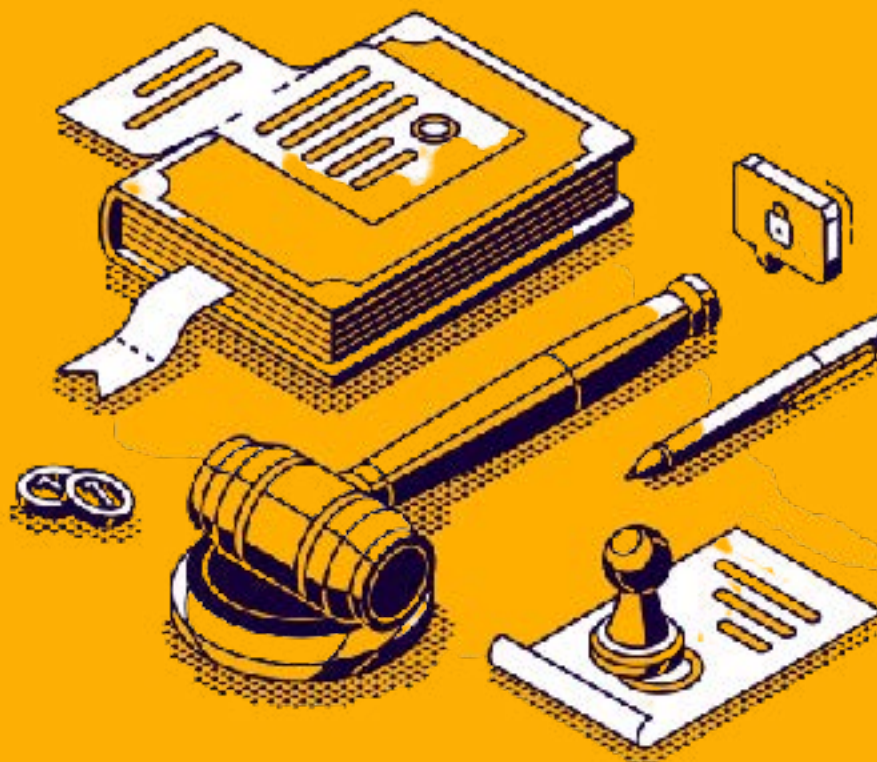
DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 17, n. 33, p. 87-114, 1996.

HUMANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS. Convenção americana sobre direitos humanos. In: Assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em. 1969. Disponível: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) > Acesso em 23/11/2020.

QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SANTOS, Thandara; DE VITTO, Renato Campos Pinto. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Mulheres. 2014. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2014.pdf> > Acesso em 25/11/2020.

10.48209/978-65-13-15895-9



# **A AVERSÃO DA POPULAÇÃO SOBRE AS SAÍDAS TEMPORÁRIAS À LUZ DO CASO SUZANE<sup>1</sup>**

**Giovanna Cabrera Bettega<sup>2</sup>**

**Sara Micaela Coelho Barreto<sup>3</sup>**

---

1 Trabalho apresentado no 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, Universidade Federal de Santa Maria, 2019. In: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6.14.pdf>

2 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, integrante do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI) e parte da equipe de revisão editorial da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. [gibettega@hotmail.com](mailto:gibettega@hotmail.com)

3 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. [sara\\_c.barreto@hotmail.com](mailto:sara_c.barreto@hotmail.com)

**Resumo:** O artigo se propõe a investigar a opinião da população sobre o instituto das saídas temporárias através de comentários realizados na página do Facebook do G1, que tratam da concessão desse direito à apenas Suzane Von Richthofen, cujo caso teve grande repercussão nacional. O trabalho aborda a relevância desse instituto para a ressocialização dos condenados, pois permite que o preso volte ao convívio social gradativamente, bem como a sua importância para diminuir os altos índices de reincidência que tanto agravam a crise no sistema penitenciário e a superlotação dos presídios brasileiros. Foi construído por meio do método dedutivo, analisando a legislação brasileira sobre o tema e a opinião da população, dessa forma, tornou-se possível perceber que o repúdio destinado ao instituto está diretamente relacionado à falta de conhecimento sobre o mesmo, sobretudo quando se trata de casos de grande repercussão nacional.

**Palavras-chave:** Crise carcerária; opinião da população; saídas temporárias; Suzane Von Richthofen.

## **INTRODUÇÃO**

O conceito de pena, bem como as suas finalidades evoluíram no decorrer dos séculos. Da antiguidade até aproximadamente o século XVIII, as penas tinham caráter aflitivo, com sanções que atingiam a integridade física do agente, o que paulatinamente passou a ser modificado a partir do Iluminismo, trazendo novas formas de solucionar a criminalidade.

Nesse viés, começaram a surgir teorias científicas sobre a pena, seus objetivos e formas de aplicá-las. Como exemplo, tem-se a definição das finalidades das penas de Cesare Beccaria, iluminista italiano, que afirmou que é “necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu” (BECCARIA, 1999, p.52).

Dentre tantas teorias, o Código Penal brasileiro, de 1940, adotou a teoria mista, também chamada de unificadora, da pena prevendo no art. 59 que a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (BRASIL, Código Penal, 1940, art.59). Essa corrente de pensamento unifica a teoria absoluta, que con-

sidera o caráter retributivo da pena e entende que ela se esgota na ideia de pura retribuição, e a relativa, que se fundamenta na prevenção e atribui à pena a capacidade e missão de evitar futuros delitos. Como muitas vezes esse sistema acaba por não satisfazer a população, esta exige penas mais duras e cruéis, uma vez que creem que quanto mais dura for a pena menos crimes serão cometidos. Tal mentalidade está em consonância com as medidas de caráter mais repreensivo adotadas em quase todos os países ocidentais após a crise do 'Welfare State', a partir da guerra às drogas e do combate ao terrorismo e principalmente após o ataque das Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001 (FAUSTINO; PIRES, 2009, P. 98).

A Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, em conformidade com a teoria mista, prevê uma série de medidas para a execução da pena, visando tanto o caráter preventivo quanto o retributivo. Em seus dispositivos se percebe tanto o caráter retributivo da pena quanto disposições que visam proporcionar “condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984), visando tornar possível a readaptação à sociedade após o cárcere. Entre esses direitos está a concessão de saídas temporárias (arts. 122 a 125) aos detentos que cumprem pena em regime semiaberto e preenchem os requisitos dos incisos I, II e III do artigo 123. A relevância desse instituto para a ressocialização dos presos se mostra inquestionável, pois permite o retorno ao convívio social, através de visitas à família, presenças em cursos e participação em atividades que o auxiliem nesse objetivo reintegrador.

Grande parte da população desconhece as finalidades das penas, da prisão e como a ressocialização é importante para toda a sociedade. Nota-se a incompreensão dos institutos penais pela população das mais variadas formas, por vezes através de discursos de ódio, transvestidos de opiniões pessoais, proferidas principalmente nas redes sociais, e também pela segregação dos egressos do sistema carcerário. Esta última consequência afeta, num primeiro momento, diretamente a vida do ex-detento e, posteriormente, toda a sociedade, pois dificulta a reintegração do egresso ao convívio social, visto que ao carregarem consigo a passagem pelo sistema penal, estes perdem sua humanidade aos olhos da população, encontrando diversas dificuldades, principalmente o desemprego. Situação que, em seguida, contribui diretamente com os altos índices de reincidência brasileira, agravando ainda mais a crise do sistema

penitenciário.

A dificuldade de ressocialização dos presos fica explícita ao analisar os comentários proferidos nas redes sociais principalmente em casos que geram grande repulsa social, como no de Suzane. Nesses casos, comentários pedindo a pena de morte ou prisão perpétua são recorrentes, apesar de ambos serem vedados pelo ordenamento brasileiro e totalmente contrários ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como questionamento: como o desconhecimento das finalidades das leis, nesse caso do benefício da saída temporária, num contexto histórico, finalístico e social dificulta que esses objetivos sejam alcançados. Para responder à problemática, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo de comentários na página do G1 no Facebook para que fosse possível analisar os empecilhos da ressocialização dos presos na sociedade e a opinião da população em geral sobre o instituto das saídas temporárias.

Assim sendo, o artigo foi dividido em duas partes. A primeira trata sobre a importância do benefício das saídas temporárias ao apenados, traz uma análise histórica das penas e da ressocialização, bem como da concessão desse benefício no caso Suzane Von Richthofen. Já a segunda parte se debruça sobre a repercussão da concessão desse benefício nas redes sociais, sobretudo no Facebook do G1 e sobre o poder influenciador dos discursos feitos por autoridades.

## **1. O INSTITUTO DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DOS CONDENADOS**

Segundo o sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, há dois valores essenciais que são absolutamente indispensáveis para uma vida recompensadora e relativamente feliz:

uma é segurança e o outro é liberdade. Você não consegue ser feliz, você não consegue ter uma vida digna na ausência de um deles, certo? Segurança sem liberdade é escravidão, liberdade sem segurança é um completo caos, incapacidade de fazer nada, de planejar nada, nem mesmo sonhar com isso. Então, você precisa dos dois. (FRONTEIRAS DO PENSAMENTO, 2011).

Considerando tal premissa e aplicando-a no tema em questão, observa-se que há uma via de mão dupla entre as perdas e ganhos para a sociedade e para o apena-

do, visto que se dá segurança à sociedade ao reprimir quem comete delitos e, após essa repressão, é necessário devolver a liberdade desse indivíduo.

Logo, como consequência do controle realizado pelo Estado, legítimo detentor do direito de punir, espera-se que o indivíduo que retorna à sociedade, isto é, que recebe novamente o seu direito à liberdade, não seja uma ameaça à sociedade e, portanto, que a segurança da coletividade seja mantida. Por tais razões é que a reeducação e a ressocialização são tão necessárias e importantes na aplicação das penas.

De acordo com o penalista Guilherme Nucci, as finalidades das penas são multifacetárias e uma das características delas é o caráter específico positivo, o qual é alcançado pela reeducação e ressocialização. Conforme afirma o autor:

[...] não prendemos uma pessoa, idealmente falando, para maltratá-la ou para colocá-la como se fosse um animal numa jaula, nós não damos penas alternativas de serviços à comunidade para humilhar essa pessoa, não condenamos à pena de multa para deixar ela pobre, tirar tudo que ela tem, as penas têm uma finalidade educadora, uma finalidade ressocializadora, transformar aquela pessoa pela pena aplicada numa pessoa melhor [...] (GENIO INFORMAÇÃO ONLINE, 2019).

Considerando que o nosso sistema penal foi construído com o objetivo de buscar a ressocialização dos condenados, torna-se necessário efetivar as medidas previstas na Lei de Execução Penal (LEP). Uma das formas que o sistema encontrou para auxiliar os presos nessa ressocialização é o direito às saídas temporárias. Esse benefício previsto na LEP possibilita que o condenado que cumpre pena no regime semiaberto volte gradualmente ao convívio em sociedade.

Atualmente, nosso sistema vive uma grave crise carcerária com 715.850 presos<sup>1</sup> e 419.713 vagas<sup>2</sup>, conforme o site do CNJ e com índices de reincidência que variam de 70 a 80% (BRASIL, Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro, P. 68). Esses dados demonstram a necessidade de compreender as dificuldades do nosso sistema carcerário, que falha, em uma das funções primordiais da pena: a ressocialização. Desse modo, percebe-se que é imprescindível a resguarda e a defesa dos institutos que buscam a ressocialização, neste caso em específico, o instituto das saídas temporárias.

1 Incluindo presos provisórios, em regime fechado, semiaberto e aberto.

2 O déficit de vagas chega a 283.440, conforme o CNJ.



## 1.1 Uma análise histórica das penas e das formas de ressocialização dos condenados

Na Idade Antiga, a prisão, como pena, era quase desconhecida na antiga ordem normativa costumeira e poucos povos possuíam locais para o encarceramento. Os que possuíam, de acordo com Hespanha, mantinham seus prisioneiros em poços, como os babilônios, em casas privadas ou em cidades, como os egípcios ou em regiões do país, como os japoneses (BACCARINI, 2012, P.53). Os condenados, em especial os ladrões e devedores insolventes, eram mantidos no cárcere até que realizassem o pagamento, sobretudo dívidas referentes aos impostos, e obrigados a cumprir trabalhos forçados e públicos. Como assinala Hespanha, as penas eram classificadas conforme o delito, e a pena de prisão era utilizada principalmente para os reincidentes (BACCARINI, 2012, P.54). Como se depreende do acima exposto, o caráter da prisão era manter em custódia o infrator até que a sua pena fosse aplicada, e não possuía nenhum caráter reeducador.

Na Idade Média, a pena não se restringiu ao cárcere, pois a aplicação de torturas se sobrepôs a este. Afirma Brandão que açoites, retirada do couro cabeludo, marcação daqueles que cometiam homicídios e furtos, e mutilação dos olhos, da língua, das orelhas, dos pés e dos dedos, dentre outras torturas físicas eram frequentemente aplicadas (BACCARINI, 2012, P.52). Neste período, a Igreja Católica recolhia os monges considerados rebeldes em celas, para que através da penitência, da leitura da Bíblia e de orações estes se reconciliassem com Deus (LEAL, 1994, P.49). Por conseguinte, “a ressocialização ou reforma moral seria resultado de um processo individual de reflexão e de arrependimento que o infrator efetivaria sobre si mesmo” (FAUSTINO; PIRES, 2009, P. 94). Dessa forma, percebe-se pela primeira vez o ideal reeducador da aplicação da pena, mesmo que com a intenção primordial de reforma moral.

No século XVI, com a crescente onda de colonização europeia nas Américas, acrescentou-se aos tipos penais até então existentes, a deportação dos criminosos mais perigosos, além de mendigos, opositores políticos e “vadios”. Uma alternativa muito propícia para as metrópoles, visto que assim livravam-se dos seus problemas sociais ao invés de resolvê-los.

Em 1597, deu-se início à deportação inglesa, criminosos eram enviados para

as colônias na América, ou seja, para as treze colônias da América do Norte e, posteriormente, devido à Independência dos Estados Unidos, para a Austrália. Já a França enviou os seus presos para a Guiana Francesa e Guiné Francesa.

Na Carta de Pero Vaz de Caminha, datada de 1500, tem-se um dos primeiros registros da deportação realizada pela metrópole portuguesa. De acordo com o relatado pelo escrivão em sua carta destinada ao Rei D. Manuel I, Afonso Ribeiro, criado de dom João Telo, foi um dos dois degredados deixados na 'Ilha de Vera Cruz' quando, em 2 de maio, a esquadra içou velas em direção às Índias (TUFANO, 1999, p.60).

Em meados dos séculos XVII e XVIII, a influência de ideias até então revolucionárias, como de Cesare Beccaria, através de sua obra "Dos Delitos e das Penas", a qual contém crítica às torturas, à desproporcionalidade entre o delito e as penas e ao exacerbado arbítrio dos juízes, e de Jeremias Bentham, idealizador do panóptico, sistema que visava o controle dos prisioneiros não apenas por uma pessoa mas pelo próprio apenado, pois este vigiaria a si próprio em decorrência do sistema de vigilância que se cria com esse modelo de prisão, inspiraram as primeiras tentativas do que hoje é chamado de sistema penitenciário, além de dar início ao período humanitário das penas (LEAL, 1994, p.50).

As mudanças sociais, políticas e econômicas da época, como por exemplo a consolidação do capitalismo e toda a estrutura social formada por ele, possibilitaram que o Estado Liberal ascendesse e regesse as questões pertinentes à harmonia da sociedade, devido ao contrato social firmado entre ambos, concedendo-se, assim, o direito de punir ao Estado. Desta feita, "O Estado, como representante de toda a sociedade ligada pelo contrato social, deve, em seu nome, impor aos infratores uma justa retribuição ao mal causado" (FAUSTINO; PIRES, 2009, P. 94). As sanções que atingiam fisicamente os prisioneiros não eram mais aceitas tanto social como economicamente, visto que lesionavam a mão de obra apta para o trabalho. Dessa forma, nasce a prisão pena, com caráter de defesa social, e o ideal ressocializador, com a reforma moral do indivíduo.

No século XIX, a Escola Positivista Italiana, fundada por Cesare Lombroso, fundamenta sua base de estudo no desvio de personalidade do indivíduo criminoso, o qual passa a ser visto como um anormal, um doente, e logo, "o crime não é mais interpretado como ato consciente e livre do indivíduo, mas como manifestação da

personalidade de seres biologicamente anormais” (FAUSTINO; PIRES, 2009, P. 95). Nesse período, a ressocialização assume um novo conceito, isto é, de que a ressocialização é alcançada através de um processo realizado por profissionais qualificados, preferencialmente por psiquiatras, para se atingir a cura desse ‘anormal’.

Com os avanços dos estudos e teorias da área penal, passou-se a entender que os crimes não são cometidos devido fatores biológicos, mas devido diversos fatores externos, sobretudo os sociais. Dessa forma, exige-se não apenas a atuação de profissionais da área médica para solucionar o âmago da questão, mas um profundo estudo multidisciplinar para viabilizar o “processo educativo e recreativo do indivíduo preso visando ao discernimento quanto a atitude antissocial e a prática de ações contrárias à lei frente a sua responsabilidade social”. (FAUSTINO; PIRES, 2009, P. 98).

Portanto, nota-se que as formas de ver a prisão, o crime e o criminoso sofreram diversas modificações ao longo do tempo, e que as formas e objetivos da condenação tem caminhado para formas mais humanas de aplicação das penas e que busquem solucionar efetivamente o problema social. Não obstante, é evidente a dificuldade na compreensão, cumprimento e resguardo dos Institutos Penais, como as saídas temporárias, sobretudo dos direitos dos apenados, tanto pela população, ao proferirem discursos de ódio nas redes sociais e segregarem os ex-apenados, como pelos agentes penitenciários, ao abusarem do poder que possuem.

## **1.2 A concessão das saídas temporárias no caso da Suzane Von Richthofen**

Suzane Von Richthofen, condenada a 39 anos de prisão por ter sido considerada mentora do assassinato de seus pais em 2002, cumpre a pena privativa de liberdade desde 2006 na Penitenciária de Tremembé em São Paulo. Após progredir para o regime semiaberto ao ter cumprido um sexto da pena (requisito objetivo para a concessão do Instituto), além dos dias remidos pelo trabalho (Art. 126 da Lei N° 7.210), e apresentar bom comportamento carcerário (requisito subjetivo), a concessão do Instituto para a apenada tornou-se viável. Mostra-se necessário apontar que, não obstante ocorra a progressão do regime, o benefício não deve ser concedido automaticamente, visto que, além do cumprimento dos requisitos subjetivos e objetivos, faz-se necessário que o benefício seja compatível com os objetivos da pena (Art.

123, III, da Lei Nº 7.210), isto é, a ressocialização.

Em outubro de 2015, Suzane progrediu para o regime semiaberto e apenas em 2016, Suzane obteve pela primeira vez o benefício de saída temporária de Páscoa. Consoante o caput do Art. 124 da Lei Nº 7.210, os detentos têm a possibilidade de receber o benefício até cinco vezes ao ano, o qual não pode ser concedido somente a alguns detentos, visto que a lei não pode criar distinção de qualquer natureza entre as pessoas, de acordo com o Art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1998).

Desde 2016, a divulgação da concessão da saída temporária de Suzane pela imprensa gera grande repercussão nas redes sociais com as mais variadas opiniões, todas carregadas de um forte senso de justiça e ‘conhecimento’ de qual seria a pena ideal para a condenada. Esses tipos de discursos ocasionam uma enorme pressão popular nos juízes, possivelmente dificultando que o Princípio da Imparcialidade do juiz seja concretizado.

## **2. A REPERCUSSÃO DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS NAS REDES SOCIAIS TENDO EM VISTA O CASO SUZANE**

Apesar da importância deste instituto para a ressocialização dos apenados, por vezes ele acaba sendo alvo de críticas, algumas geradas pelo desconhecimento da população sobre o sistema penal brasileiro. As saídas temporárias são vistas como colaboradoras da impunidade e não como auxiliares no processo de cumprimento da pena, dificultando a ressocialização.

### **2.1 Análise dos comentários proferidos na página do G1**

Partindo dessa visão optamos por analisar comentários deixados na página do Facebook do G1, essa observação corroborou a tese de que a aversão enfrentada pelo instituto se baseia no desconhecimento da população. Para a pesquisa escolhemos utilizar o caso da Suzane Von Richthofen, em razão da grande comoção midiática sobre as saídas temporárias da detenta, que se encontra no regime semiaberto desde 2015.

Entre os comentários estão pedidos de pena de morte e prisão perpétua além de discursos de ódio direcionados à condenada e às autoridades judiciais. Em uma publicação do dia 15/05/2018 (G1, 2018) com a manchete “Suzane Richthofen e

Anna Carolina Jatobá voltam à prisão após ‘saidinha’ de Dia das Mães” entre os comentários é possível encontrar opiniões contrárias como:<sup>1</sup>

1. “Em qualquer país sério ela estaria cumprindo pena de prisão perpétua e prestando trabalhos forçados todos os dias, e sem direito a nenhuma regalia. No Brasil, se brincar ela faz sexo todos os dias no presídio... Isso é Brasil...”
2. “Bom comportamento nunca era para ser motivo de saídas até por que não existe morte ou assassinos que matam tendo bom comportamento uma verdadeira indiferença com o falecido por morte premeditada”
3. “Tem coisas que só acontecem no Brasil. Se fosse em um país sério isso não teria acontecido. A menina Isabela não vai passar o dia das mães com sua família, agora a assassina vai; e o quer dizer da bandida que arquitetou a morte dos pais!? Só nessa particularidade esse indulto não faria o menor sentido. Assisto o canal ID e vejo como a justiça americana é implacável com esses crimes hediondos. Sem contar na investigação que eles não desistem fácil.”
4. “Pelo Fim do Indulto para presos e Fim de órgãos que se intitulam serem dos Direitos Humanos. (Direitos dos Manos)”

Apesar de a maioria dos comentários serem contrários à concessão da saída temporária, entre os 713 comentários, é possível encontrar comentários que defendem a existência desse direito ou que o reconhecem como legal, assim como os que consideram desnecessário e sensacionalista esse tipo de reportagem, visto que a “saidinha” seria recorrente. Geralmente comentários como os expostos abaixo são alvos de represálias por outros usuários.

1. “Nao sei porque isso eh noticia, eh direito. Se nao querem, mudem a lei.”
2. “Gente é o que se espera de uma sociedade evoluída, acreditar no sucesso da ressocialização dos presos independente do crime que cometeram. Cabe a nós realmente dar uma chance ou não, porque infelizmente as vítimas não poderão voltar a vida.”
3. “Porque tem que noticiar isso? Elas e mais uma “cambada” de detentos tiveram tal saidinha, sem novidade nesse tipo de reportagem desnecessária.”
4. “muito bom, continuem assim e terminem de cumprir as penas segundo manda a legislação...”
5. “Pelo menos sai e voltam sem matar ou roubar ninguém. Enquanto que outros saem, matam, roubam, fogem, e se quer cumprem suas penas. E olha que muitos tbm cometeram crimes hediondos. A diferença é que a mídia não tá encima.”

Em outra publicação mais recente na mesma página, que data 08/05/2019 (G1, 2019), também noticiando a saída temporária de dia das mães concedida a Suzane,

<sup>1</sup> As opiniões foram selecionadas após a leitura de todos os comentários deixados na publicação, após separamos eles em dois grupos: os a favor da concessão do benefício e os contrários. Assim, decidimos utilizar os que possuíam o maior número de curtidas dentro de seu grupo.

“Suzane von Richthofen deixa prisão para ‘saidinha’ temporária de Dia das Mães” é possível encontrar os mesmos discursos de ódio da anterior, porém a diferença está no aumento do número de pessoas familiarizada com o instituto penal das saídas temporárias. A incidência de comentários como “Todo ano o mesmo bafafá ! E direito dela, a data comemorativa e mero detalhe. Ela pode sair até no dia da árvore se quiser” cresceu, porém continuam sendo alvo de perseguição por outros usuários, e respostas como “leva pra tua casa” são frequentes.

## **2.2 Informação X (Des)Conhecimento dos institutos penais: a influência nos discursos individuais**

Os comentários citados anteriormente permitem criar um panorama dos obstáculos enfrentados por esse instituto. Entre os principais problemas está a falta de conhecimento da população sobre o sistema prisional e o grande preconceito com os condenados, o que dificulta a ressocialização e conseqüentemente agrava os índices de reincidência.

Nos comentários é possível perceber uma confusão entre o indulto, que é concedido pelo Presidente da República, e as saídas temporárias. O indulto constitui-se no perdão da pena, sendo ela extinta, já as saídas temporárias são concedidas pelo Juiz da Vara de Execuções Penais, se cumpridos os requisitos previstos no Art.123 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) e não podem ultrapassar sete dias, com direito a renovação por mais quatro vezes durante o ano.

Outro ponto muito recorrente entre os comentários é o sentimento de impunidade ocasionado pelas saídas temporárias, o que também pode estar relacionado à falta de conhecimento sobre esse direito, sendo que somente presos em regime semiaberto estão aptos a ele e somente se preencherem os requisitos, que são, conforme o Art. 123 da Lei de Execução Penal, os seguintes:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. (BRASIL, Lei nº 7.210, 1984).

Assim, percebe-se que a concessão das saídas temporárias não constitui um indício de impunidade, podendo, inclusive, serem consideradas como um incentivo ao cumprimento da pena, já que devolve, mesmo que temporariamente, a liberdade do indivíduo. Contudo, essa visão de que as saídas temporárias são uma falha do sistema brasileiro é corroborada por políticos, que utilizam dessa pauta para arrecadar votos. Para exemplificar, podemos citar o Projeto de Lei do Senado nº 31 de 2018, de autoria do Senador Ciro Nogueira e relatoria do Senador Flávio Bolsonaro, que altera a Lei de Execução Penal vetando as saídas temporárias.

Na página do Senado é possível verificar a opinião da população sobre o projeto, até o momento, 14.675 pessoas são a favor enquanto 244 são contrárias a aprovação (BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 31, 2018). A justificativa para essa alteração seriam os altos índices de presos que não retornam as penitenciárias ao fim da concessão do benefício, conforme se observa:

A pretexto de possibilitar a ressocialização de presos, através do convívio familiar e da aferição do senso de responsabilidade individual, os juízes da execução penal admitem que milhares de condenados do regime semiaberto recebam o benefício da saída temporária ou “saidões” várias vezes por ano. [...] Todavia, o que vemos, ano após ano, é o contrário da ressocialização. Expressivo número dos condenados não retorna ao estabelecimento penitenciário. A sociedade assiste estarecida esses indivíduos, que receberam o decreto condenatório do Estado, voltarem a cometer graves crimes; voltarem a matar, roubar e estuprar, o que retira a credibilidade da justiça e reforça a sensação de impunidade. (BRASIL, Projeto de Lei do Senado nº 31, 2018).

Apesar da falta de dados específicos sobre o assunto, em 2015, o Jornal G1 divulgou um levantamento sobre o número de presos que receberam o benefício e os que não retornaram. Dos 49.487 presos beneficiados, 2.305 não voltaram aos presídios totalizando uma taxa de evasão de 4,66% (STOCHERO, 2015). Com base nesses números, a quantidade de presos foragidos não justificaria acabar com um instituto que beneficia tantos outros como um auxílio à ressocialização. Dessa forma, uma medida mais profícua seria aumentar o monitoramento eletrônico, através das tornozeleiras eletrônicas que possibilitam mapear todos os movimentos dos presos, reduzindo o número de fugas.

Outro ponto muito abordado pela população brasileira é o de que “isso não é coisa de país sério”. Entretanto, muitos países na Europa estão mudando sua forma de punir, como a Holanda que começou a fechar prisões pelo excesso de vagas. O

país aumentou o número de programas de reabilitação e a aplicação de penas alternativas, como consequência obteve uma queda de 25% nos índices de criminalidade e possui um índice de reincidência menor que 10% (BBC NEWS, 2018).

## **CONCLUSÃO**

Nos primórdios, as penas eram aplicadas sem nenhuma regulação e respeito à dignidade da pessoa humana, além de inexistir a possibilidade de defesa daqueles que eram acusados. Ao longo dos séculos, as formas de aprisionamento foram sendo aprimoradas, ganhando novas finalidades e enfim, no século XIX, com o advento do Estado Liberal, passou a ter um regulador legítimo das aplicações penais. Posteriormente, teóricos, como Cesare Lombroso, passaram a estudar sanções mais adequadas para ‘recuperar’, ‘curar’, e posteriormente, ressocializar o infrator.

Como exposto, percebe-se que a aversão enfrentada pelo instituto se baseia no desconhecimento da população, o qual não se limita apenas ao texto das leis, mas também do impacto que elas produzem em todas as esferas da vida dos apenados e da diferença entre os sistemas penais que cada país possui, em conformidade com o processo histórico e realidades sociais que cada um enfrenta.

Essa visão está diretamente relacionada ao desconhecimento da realidade prisional, o que corrobora o preconceito sofrido pelos egressos. Por isso, projetos sociais que visam levar a população para dentro das cadeias, realizando atividades e auxiliando os detentos, são fundamentais para desmistificar a visão acerca dos detentos.

O senso comum e a falta de confiança no Estado, sobretudo na legitimidade das leis penais, também são responsáveis por estruturar os discursos de ódio. ‘Bandido bom é bandido morto’ é de praxe a frase mais conhecida e aceita pela população, além de ser utilizada para justificar a ‘justiça com as próprias mãos’, isto é, os linchamentos praticados por determinados grupos de pessoas contra algum infrator. As penas foram se modificando com o passar do tempo, porém no Brasil não foi possível a implementação plena do previsto no nosso sistema legal.

A ressocialização, almejada por muitos teóricos, está distante da realidade brasileira, mas alguns institutos, como a saída temporária, são uma ferramenta para a concretização desse objetivo. O ‘se sentir parte’ e o ‘voltar a pertencer’, são prepa-



rações do apenado para retornar ao convívio social de imprescindível necessidade para assegurar um convívio social equilibrado.

Por óbvio, as questões aqui abordadas não esgotam o assunto das formas de ressocialização, mormente dos benefícios das saídas temporárias e das consequências dos discursos de ódio proferidos nas redes sociais. Conquanto, pretendeu-se esclarecer que para que se concretize o objetivo primordial das penas no sistema penal vigente, é necessário também que a sociedade, a qual, é destinatária dos mesmos, colabore e não seja um entrave para a ressocialização.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro. Brasília, DF, jul. 2015, p.68 Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1DB9475C737E6F033BB600550BDD335A.proposicoesWebExterno1?codteor=1362922&filename=REL+1/2015+CPICAR-CE+%3D%3E+RCP+6/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1DB9475C737E6F033BB600550BDD335A.proposicoesWebExterno1?codteor=1362922&filename=REL+1/2015+CPICAR-CE+%3D%3E+RCP+6/2015). Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm). Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jul. 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: 02 out. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 31, de 2018. Modifica a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para vedar a saída temporária de condenados. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7629429&ts=1559274671039&disposition=inline>. Acesso em: 02 out. 2020.

BACCARINI, Sônia de Oliveira Santos. O Sistema Prisional e a ressocialização. Saberes Interdisciplinares, São João del Rei, MG, v. 5, n. 10, p. 49-72, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://186.194.210.79:8090/revistas/index.php/SaberesInterdisciplinares/article/view/125>. Acesso em: 02 out. 2020.

FAUSTINO, Eliana; PIRES, Sandra. A Ressocialização como finalidade da prisão: algumas considerações sobre seu significado. Sociedade em Debate, Pelotas, RS, v.15, n.2, p. 91-109, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.ucpel.tche.br/index.php/rsd/article/view/355/312>. Acesso em: 02 out. 2020.

G1. Suzane Richthofen e Anna Carolina Jatobá voltam à prisão após 'saidinha' de Dia das Mães. 15 maio 2018. Facebook: G1 - O Portal de Notícias da Globo. Dis-

ponível em: [https://www.facebook.com/g1/posts/2152517291467011?comment\\_tracking=%7B%22tn%22%3A%22O%22%7D](https://www.facebook.com/g1/posts/2152517291467011?comment_tracking=%7B%22tn%22%3A%22O%22%7D). Acesso em: 02 out. 2020.

G1. Suzane von Richthofen deixa prisão para 'saidinha' temporária de Dia das Mães. 08 maio 2019. Facebook: G1 - O Portal de Notícias da Globo. Disponível em: <https://www.facebook.com/g1/posts/2902018849850181>. Acesso em: 02 out. 2020.

GENIO INFORMAÇÃO ONLINE. Professor Guilherme Nucci. Disponível em: <http://ava.grupogen.com.br/mod/page/view.php?id=65369&inpopup=1>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Holanda enfrenta 'crise penitenciária': sobram celas, faltam condenados. BBC NEWS, 19 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37966875>. Acesso em: 02 out. 2020.

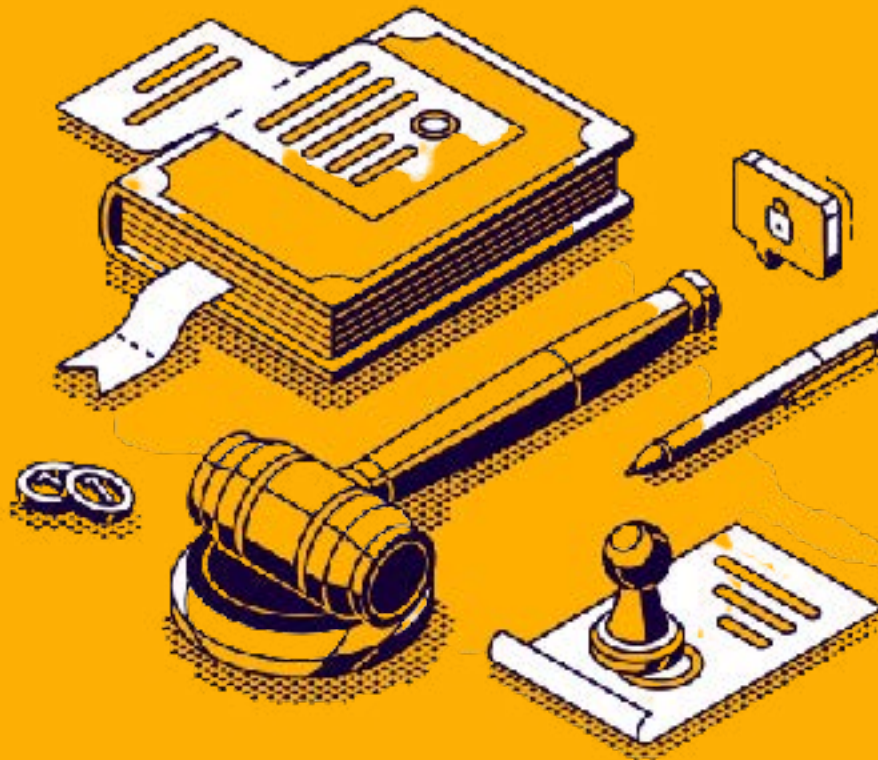
LEAL, César. B. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos Direitos Humanos dos presos. O Alferes, Belo Horizonte, MG, v. 12, n. 42, p.49, jul./set. 1994. Disponível em: <https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/index.php/alferes/article/view/637/620>. Acesso em: 02 out. 2020.

ROIG, Rodrigo. Execução Penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 31, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132160?o=d>. Acesso em: 02 out. 2020.

STOCHERO, T. 4,66% dos presos beneficiados pela saída temporária não retornam. G1, São Paulo, 19 jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/466-dos-presos-beneficiados-pela-saida-temporaria-nao-retornam.html>. Acesso em: 02 out. 2020.

TUFANO, Douglas, 1948 - A carta de Pero Vaz de Caminha: comentada e ilustrada/ Douglas Tufano; [Ilustrações Mozart Couto]. - São Paulo: Moderna, 1999.



# **O DIREITO À SAÚDE NA CADEIA PÚBLICA DE PORTO ALEGRE: AS RELAÇÕES ENTRE A SUPERLOTAÇÃO E A PROLIFERAÇÃO DE CASOS DE TUBERCULOSE SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Vinícius Aparecido Amancio da Silva<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade. E-mail: [vinicius.amancio.silva@gmail.com](mailto:vinicius.amancio.silva@gmail.com)

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar a efetividade do Direito à Saúde na Cadeia Pública de Porto Alegre e entender as relações entre a superlotação e a proliferação de casos de tuberculose na unidade prisional. O Estado brasileiro é signatário de tratados internacionais sobre os Direitos Humanos e na sua constituição assegura que toda pessoa deve ser tratada com dignidade, não podendo sofrer nenhum tipo de distinção. A Cadeia Pública, popularmente conhecida como Presídio Central, é a maior casa penitenciária do Estado do Rio Grande do Sul, em 2009 foi considerada o pior presídio do Brasil pela CPI Sistema Carcerário, devido a sua superlotação e as péssimas condições sanitárias. Frente a negligência do Estado Gaúcho, o estudo visa entender quais os direitos da população são violados durante o seu período de reclusão no presídio central.

**Palavras-Chave:** Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Presídio Central; Tuberculose; Direito à Saúde; Superlotação Carcerária.

## **1. INTRODUÇÃO**

O Presídio Central de Porto Alegre (PCPA), popularmente conhecido como Presídio Central, foi instituído através do Decreto 19.572, pelo Governador Walter Peracchi Barcelos, sendo projetado para ter celas individuais, banheiro, refeitório e capacidade para acolher cerca de 900 presos (SIDINEI BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013)

Ao longo das décadas, o Estado brasileiro promoveu políticas de encarceramento em massa e isso somado ao aumento da criminalidade no Estado gaúcho, acarretaram na superlotação do PCPA. Atualmente a sua capacidade é de 1824 detentos, no entanto, a sua população carcerária é de 4299 presos (SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS, 2019). Em 2016, por meio do Decreto Estadual 53.297, o Governador Ivo Sartori mudou o nome do Presídio Central para Cadeia Pública de Porto Alegre com o intuito de restabelecer a função original da instituição, que era receber presos provisórios.

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas do Estados Unidos e da Rússia. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população privativa de liberdade no Brasil, em 2018, era de

603.157 presos. O sistema carcerário brasileiro não dispõe de vagas suficientes para acolher a grande demanda de presos, o que acarreta na superlotação da grande maioria das casas penitenciárias.

A superlotação na Cadeia Pública de Porto é a causa central que dá origem a uma série de complicações que ao longo dos anos vem tornando o ambiente inabitável. A superlotação é o principal fator da proliferação de casos de tuberculose na unidade penitenciária, isso ocorre devido à falta de ventilação e iluminação nas unidades prisionais, que favorecem a disseminação da doença cuja a bactéria bacilo koch é transmitida pelo ar. A partir dessa situação surge a problemática.

O presente trabalho visa compreender como as relações entre a superlotação e a proliferação de tuberculose fere o princípio da dignidade da pessoa humana nos presídios brasileiros. Para isso será utilizado o método indutivo, partindo do particular (Cadeia Pública de Porto Alegre) para o geral (Sistema carcerário brasileiro). O estudo para a confecção do artigo foi baseado no método monográfico e o estático, focando principalmente na leitura de documentos oficiais em que mensuravam a gravidade da superlotação, a situação estrutural do presídio central e a prevalência da tuberculose.

## **2. A MASMORRA DO SÉCULO 21<sup>1</sup>**

Os presídios nasceram com o intuito hospedar temporariamente as pessoas que cometeram algum tipo de delito, sendo a sua função social de reinserir o indivíduo na sociedade após o período de reclusão, todavia essa instituição está tendo a sua função social deturpada passando a ter um papel de exclusão social e de segregação de direitos. O Estado se ausenta da sua obrigação de reintegrar os indivíduos infratores e assume um papel de coisificar a população marginalizada, o que claramente fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

### **2.1 O empacotamento dos apenados**

A Cadeia Pública de Porto Alegre foi planejada inicialmente para receber presos que aguardavam julgamento, sendo que esses eram acomodados um por cela compartilhando um banheiro e um refeitório. A morosidade da tramitação dos processos na justiça, devido ao grande número, as políticas de segurança pública que visa-

1 Termo utilizado pela CPI do Sistema Carcerário do Congresso Nacional

vam o encarceramento em massa e ausência de unidades prisionais que pudessem acolher os presos já condenados resultaram na superlotação do presídio central.

O Juiz da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre, Sidinei Brzuska, no documento de Representação Presídio Central a OEA, relatou o processo de substituição das celas por galerias devido ao grande número de presos que já compartilhavam as celas individuais:

Como as celas coletivas já não comportavam o número de presos, as suas portas foram removidas, para que os detentos pudessem ocupar também o corredor das respectivas galerias. O PCPA deixou de ter celas; passou ter galerias. O único portão de segurança, a separar os presos do pessoal da administração, tornou-se, assim, o da galeria. (BRZUSKA APUD REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 10).

Em 2009, a Câmara dos Deputados instaurou a CPI Sistema Carcerário para investigar a superlotação dos presídios, a violência dentro das instituições e a negligência do Estado frente aos direitos dos presos. No relatório da CPI, foi constatada a superlotação da Cadeia Pública de Porto Alegre, antiga PCPA, onde teria celas com cinco vezes a sua capacidade:

“Qual a capacidade das celas?”, pergunta o Relator da CPI ao Coronel Éden Moares, Diretor do presídio. “Temos celas para 4, 6 e 8 presos”, responde. “E quantos ficam realmente em cada uma?”, insiste o Relator da CPI. “20, 25 e 30 presos”, conclui o coronel. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019, p. 168)

A Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, é legislação responsável por reger a vida do apenado e do preso provisório durante a sua estadia no sistema carcerário. Em seu artigo 12, determina que a assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. No entanto, a Cadeia Pública não consegue fornecer o mínimo para que os presos possam dormir ou realizarem suas necessidades fisiológicas:

Nas galerias construídas originalmente para cem presos, espremem-se hoje 470 pessoas. Esses presos, na ausência de camas, são obrigados a dormir no chão, em colchões de espuma, ou a improvisar “camas aéreas”, feitas de uma trama de pano e plástico, já que nem mesmo o chão da galeria é suficiente para todos. Os banheiros adaptados no centro das celas para oito pessoas (não previsto no projeto original do prédio) passaram a infiltrar para o andar debaixo das galerias. Para evitar o esgoto dos vasos sanitários das galerias superiores, os presos fixam sacos plásticos no teto, canalizando-os com garrafas plásticas até as janelas que dão para o pátio interno. (BRZUSKA, 2013, p. 11-12)

A CPI Sistema Carcerário, no final do seu relatório, apontou a Cadeia Pública de Porto Alegre como o pior presídio do Brasil, segundo os critérios de: superlotação, insalubridade, arquitetura prisional, ressocialização por meio do Estado e do trabalho, assistência médica e maus-tratos. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 483).

Nesse sentido, os presídios foram planejados com o intuito de hospedar temporariamente o cidadão que cometeu algum tipo de infração, tendo como função social a de reintegrar o esse a sociedade após o período de reclusão. Todavia, o Estado brasileiro não tem conseguido cumprir com o objetivo de ressocializar a população carcerária, ao contrário as péssimas condições sanitárias, a violência institucionalizada e a segregação de direitos estão contribuindo para o aumento da reincidência e conseqüentemente da criminalidade. Para Foucault, em Vigiar e Punir (1975), as prisões exercem um papel de controle sobre os corpos dos presos:

[...] se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacunas, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que alei a definisse como a pena por excelência. (FOUCAULT, 1984, p. 207).

A manutenção da superlotação, a ausência de investimentos na Cadeia Pública de Porto Alegre e a precarização da estrutura ao longo das décadas acabaram por fomentar outros problemas que contribuíram com a má qualidade de vida dos presos, por exemplo, a proliferação de casos de tuberculose entre os apenados,

## **2.2 A precariedade da assistência básica aos apenados**

A Cadeia Pública de Porto Alegre apresenta um déficit de 2.475 vagas, cerca de 138% acima de sua capacidade de Engenharia (SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS, 2019). A superlotação é um problema constante nessa unidade prisional e mesmo tendo ocorrido algumas reformas para tentar diminuir os problemas, elas não foram suficientes devido ao contingente de presos que cresce descontroladamente. Frente a esses problemas, os presos tiveram que encontrar maneiras para conseguir sobreviver nesse ambiente inóspito.

As camas suspensas nas celas, os problemas hidráulicos, decorrentes do so-

brecarga nos vasos sanitários, ainda tem os problemas na rede elétrica do presídio, basicamente composta por ligações clandestinas realizadas pelos próprios apenados:

A essa ligação elétrica clandestina somam-se muitas outras. Há fios para puxar energia para televisões, rádios, chuveiros, aquecedores de água, etc., resultando em uma trama fios improvisados, com altíssimo risco de incêndio tanto pela improvisação, como pela forte sobrecarga de energia. (BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p.14).

O relatório da Representação Presídio Central apresenta um laudo técnico de inspeção do Conselho de Engenharia e Agronomia do Rio Grande do Sul (CREA-RS), no qual aponta as irregularidades e o estado das instalações da Cadeia Pública. Um dado pertinente apontado no laudo é a grande presença de umidade, o que favorece a proliferação da bactéria bacilo Koch:

No que diz com as alvenarias e os revestimentos, as vistorias efetuadas verificaram as seguintes anomalias e falhas de manutenção: Evidências de infiltração de água, manchas de umidade, fungos e bolor, com degradação generalizada dos revestimentos de reboco [...]. Deslocamento e desagregação dos revestimentos cerâmicos de pisos e elevações de alvenaria dos sanitários das galerias, apresentando falhas de vedação e impermeabilização das áreas molháveis das celas. Ainda nesse âmbito, o laudo técnico realizado foi claro, ao classificar quanto ao grau de risco como CRÍTICO, considerando o alto risco oferecido aos usuários, com perda de desempenho e funcionalidade do sistema. (BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 24)

O laudo técnico do CREA-RS também registrou a inexistência de esgoto canalizado na cozinha, banheiros das celas e das galerias, o que obrigou os apenados a construir uma rede de escoamento para os dejetos com garrafas PET e canos de PVC desgastados:

Inexistência de rede de esgoto na cozinha com coletas de canaletas com escoamento sobre o piso, sem tubulação e tampas de proteção nas caixas de passagem; inexistência de rede de esgoto nos banheiros nas celas (individuais) e galerias (coletivas), sem caixas de coleta, havendo um escoamento rudimentar através de engates de garrafas PET; esgoto cloacal dos banheiros das celas e das galerias escoado diretamente para os pátios, escorrido pelas paredes e por valas a céu aberto nos pátios. (BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 25).

A negligência do Estado diante aos direitos do apenados e a manutenção da casa penitenciária implicou na sua ausência e na falta dela. As facções assumiram o papel da administração interna, enquanto, para a Brigada Militar restou a função de



vigiar os muros da Cadeia Pública. Com o controle interno da administração pelas facções, os apenados ficam à mercê da vontade dessas organizações criminosas para terem acesso a defasada assistência médica e materiais:

De qualquer sorte, relata ainda o mesmo depoente, os presos que controlam a galeria é que, primeiramente, decidirão se o preso-doente terá acesso ao remédio. Não é o Estado quem decide. É o grupo que controla a galeria. Quem diz se o preso irá ou não para a enfermaria não é o enfermeiro nem o médico. “são os “prefeitos” das galerias que vão determinar. (BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 32)

Devido a situação crítica da cadeia Pública não há cozinhas adequadas para a produção das refeições e muito menos há funcionários responsáveis pela alimentação dos presos, ficando essa tarefa a cargo deles mesmo:

A alimentação, que é preparada pelos próprios detentos, e, em seguida inspecionada, é servida em inapropriados panelões nos mesmos pátios usados pelos apenados e visitas, sem condições de higiene adequadas [...]. Não há espaço apropriado para realizar as refeições (refeitório), tampouco, [...], há fornecimento de talheres, pratos (vasilhames com esta finalidade), havendo a necessidade de os presos realizar as refeições com as mãos e em sacos plásticos [...]. (REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 48)

A superlotação da Cadeia Pública de Porto Alegre é o problema central e dela se desmembra novos estorvos que culminam no desrespeito aos direitos dos presos. A negligência do Estado gaúcho é o principal motivo da manutenção das condições sub-humanas em que vivem a PPL e atrelado a isso está o aumento da criminalidade.

### **3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DO PRESO HUMANO**

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional e foi recepcionada pela Constituição Federal de 1998, em seu art. 5, III. O princípio é importante porque visa assegurar o mínimo de respeito e dignidade ao ser humano só pelo simples fato de ser humano. A dignidade humana é uma carga de direitos e deveres que todo ser humano carrega e que o protege de sofrer qualquer tipo de situação degradante e desumano, garantindo o mínimo necessário para viver com qualidade.

A superlotação nos presídios brasileiros é fruto das políticas de segurança pública que encrudescem as leis e, conseqüentemente, ocasionam o armazenamento em massa de determinadas parcelas da população. As terríveis condições sanitárias das instalações prisionais e a segregação de direitos dos apenados, torna o convívio

vio nas casas penitenciárias degradante e desumano. Esse cenário provocado pelo Estado está acarretando no processo de despersonalização do preso, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana: Nessa linha de pensamento seguem os autores Lima e Lima:

O Estado, mesmo ciente de todas as condições subumanas a que os presos são expostos, continua negligenciando a situação do preso, tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade. Isso não apenas agrava a situação carcerária, como também demonstra o descaso das autoridades, com a violação do princípio garantido constitucionalmente: os Direitos e Garantias Fundamentais. (LIMA; LIMA, 2014, p. 71).

O sistema carcerário brasileiro está falido, as autoridades e parcela da população não cogitam a possibilidade de o apenado ter dignidade. O fato de o apenado ser autor de um delito, desde o mais simples ao mais complexo, é utilizado como argumento para fundamentar a retirada da sua dignidade. A reprodução desse senso comum tem que ser combatida, vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito intrínseco e irrenunciável.

### **3.1 A prevalência de casos de tuberculose na masmorra<sup>1</sup>**

Tuberculose é uma doença transmitida por via respiratória e pela saliva. A sua infecção ocorre a partir da inalação da bactéria bacilo de Koch expelida pela tosse, fala e espirro de uma pessoa com tuberculose ativa por vias respiratórias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019). Na grande maioria dos casos, a pessoa infectada com a bactéria bacilo de Koch recebe um tratamento contínuo a base de fármacos, antibióticos, sob regime ambulatorial.

Segundo o Ministério da Saúde:

O Brasil está entre os 30 países de alta carga para TB e TB-HIV considerados prioritários pela OMS para o controle da doença no mundo. Em 2015, o percentual de detecção da tuberculose no país, segundo a OMS, foi de 87,0% (WHO, 2017). Nos últimos 10 anos, foram diagnosticados, em média, 71 mil casos novos da doença. Em 2017, o número de casos notificados foi de 72.770 e os coeficientes de incidência variaram de 10,0 a 74,7 casos por 100 mil habitantes entre as Unidades Federadas (UF). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019, p. 34).

<sup>1</sup> A superlotação e as péssimas condições sanitárias são os principais fatores  
<sup>1</sup> A prevalência permite compreender o quanto é comum, ou rara, uma determinada doença ou situação numa população.

da proliferação de casos de tuberculose nos presídios, isso ocorre devido à falta de ventilação e iluminação nas unidades prisionais, que favorecem a disseminação da doença cuja a bactéria é transmitida pelo ar. Segundo o Ministério da Saúde, a população privativa de liberdade (PPL) tem maior prevalência de tuberculose do que a população em Geral:

No país, a taxa de incidência da tuberculose na população prisional é cerca de 28 vezes superior à da população geral (BRASIL, 2016). A prevalência de TB ativa na população encarcerada masculina, avaliada através de inquéritos radiológicos, variou entre 4,6% e 8,6% nas prisões do Rio de Janeiro e foi de 9,0% em Porto Alegre. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019, p. 233).

Em seu artigo 196, a Constituição Federal de 1998 assegura que a saúde é um direito universal e que o Estado tem o dever de efetivar esse direito constitucional, nesse mesmo sentido segue o art. 14 da LEP. Ao mesmo tempo no artigo 5º, a Carta Magna diz que todo cidadão é igual perante a lei, não podendo sofrer qualquer tipo de discriminação. A reclusão temporária do preso não pode ser usada como um fator para segregar os seus direitos constitucionais e muito menos submeter a PPL a condições degradantes.

A Cadeia Pública de Porto Alegre não difere das outras casas penitenciárias do Brasil, segundo a CPI Sistema Carcerário: “A assistência à saúde não é prioridade da Unidade. Apenas um médico cuida dos internos, dos quais 123 estão infetados pela Aids e 56 pela tuberculose”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 169).

Nesse sentido, um estudo realizado pela Comissão de Direitos Humanos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) constatou que nos anos de 2016 e 2012, a tuberculose é a quinta maior causa de mortes dos apenados:

Como é facilmente notável, existe uma ampla gama de doenças absolutamente tratáveis entre as causas de morte. O exemplo da tuberculose, quinta maior causa de óbitos, causada provavelmente pela umidade excessiva constatada nas dependências do PCPA e também pela ausência de separação e controle dos infectados pela doença e os demais apenados. (REPRESENTAÇÃO POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE, 2013, p. 17).

Outro problema grave encontrado na Cadeia Pública é a falta de espaços adequados para que os presos com tuberculose ativa pudessem repousar enquanto recebiam o tratamento à base de fármacos: “Não existe isolamento do preso com tuber-

culose, o tratamento pode durar até 1 ano, mesmo em se sabendo que de 30 a 60 dias o preso estará transmitindo a doença”. (REPRESENTAÇÃO POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE, 2013, p. 37).

A 9ª Câmara Civil do TJ-RS condenou o Estado do Rio Grande do Sul a indenizar por danos morais e materiais familiares de um preso morto por consequências do não tratamento adequado da tuberculose. No acórdão, a turma de desembargadores reconheceu que o Estado agiu com negligência ao não prestar os mínimos cuidados médico-hospitalares. Além disso, as condições insalubres e a péssima higiene das celas na época do fato foram fatores que contribuíram significativamente para o óbito do apenado:

**EMENTA:**

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE DE DETENTO. TUBERCULOSE. FALHA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.**

O Estado responde objetivamente por eventuais danos causados, seja de ordem moral ou material, porque incide a teoria do risco objetivo da administração. Mesmo em se tratando de conduta omissiva pela inoperância estatal no cumprimento de um dever prestacional, a responsabilidade estatal dá-se de forma objetiva, na esteira do disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal. Hipótese dos autos em que o Estado falhou com o dever de garantir a vida e a integridade física do de cujus na medida em que, após contrair tuberculose dentro do Presídio Central, não recebeu atendimento médico adequado para o tratamento da moléstia, inobstante os diversos pedidos de seus familiares, culminando no seu óbito.

**DANO MORAL IN RE IPSA CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO.**

Dano moral in re ipsa. Valor da condenação (R\$ 25.000,00 para cada um dos autores) fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da indenização.

**PENSAO MENSAL. VIÚVA. VALOR. TERMO FINAL.**

Pensão mensal em favor da viúva coautora correspondente a 2/3 do valor percebido mensalmente pelo de cujus, devida até a idade em que a vítima completaria 77 anos de idade, com base na expectativa média de vida.

**DESPESAS COM FUNERAL. RESSARCIMENTO.**

Condenação ao ressarcimento das despesas comprovadamente havidas com o funeral do de cujus.

**APELOS PROVIDOS. UNÂNIME. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 9. CAMARA CIVEL, 2012, p. 1).**

O relatório da Representação Presídio Central a Organização dos Estados Americanos (OEA) reitera que as péssimas condições sanitárias das instalações da Cadeia Pública são uns dos principais fatores da má qualidade de vida da PPL e isso

consequentemente acaba agravando o estado clínico dos presos enfermos:

[...] o caso do apenado A.S, conforme foto a seguir colaciona (tirada em 29/10/2011). O referido apenado contraiu tuberculose no PCPA. Como não recebeu tratamento adequado, o quadro agravou e foi-lhe retirado o pulmão esquerdo. Após a cirurgia de extração do pulmão (aproximadamente no segundo semestre de 2009) o apenado foi devolvido para as galerias do Presídio Central, passando a dividir a cela com dezenas de outros presos em local totalmente insalubre. Como consequência, o corte da cirurgia infeccionou e houve apodrecimento do tecido humano no local da ferida. Atualmente, A.S. possui um buraco tão grande em seu tórax que por ele é possível enxergar o pulsar do seu coração. (SIDINEI BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 34-35).

Figura 1: Apenado com tuberculose



Fonte: SIDINEI BRZUSKA apud REPRESENTAÇÃO PRESÍDIO CENTRAL, 2013, p. 35.

O Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de garantir o bem-estar da população carcerária e ao agir com negligencia acaba por acarretar em um processo de segregação social dessa parcela da população que já vivem as margens da sociedade.

## 4. COSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos são violados diariamente de todas as formas na Cadeia Pública de Porto Alegre, o Estado gaúcho não consegue, ou não quer, manter o mínimo do necessário para um ser humano viver. O relatório da CPI Sistema Carcerário destacando a maior casa penitenciária gaúcha como a pior da Brasil e o denuncia que a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS) e outras entidades fizeram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA por violação dos direitos humanos no antigo presídio central é um reflexo do abandono estatal.

A negligência do Estado é tão grande que os próprios presos estão assumindo os papéis que pertencem a ele. As facções ganharam o controle da administração interna da cadeia, decidindo se determinado apenado poderá ou não ter acesso alguma assistência médica ou material. Ainda nessa problemática, os presos tem que construir encanações improvisadas com garrafa PET, redes elétricas clandestinas e até suspender as camas que são feitas a base de pano e plástico.

O ambiente superlotado é propício para proliferação de casos de tuberculose, a má iluminação, a péssima ventilação e a impossibilidade de isolar o preso com tuberculose ativa são fatores que contribuem para isso. Casos como o do preso A.S são frequentes na cadeia, em que o Estado não oferece um tratamento adequado para a tuberculose e nem um espaço ideal para a recuperação dos doentes. A decisão da 9º Câmara do TJ-RS é o reconhecimento que o Estado do Rio Grande do Sul age com negligencia com os direitos dos presos.

Portanto, diante dos dados, casos e depoimentos que foram abordados ao longo do artigo, fica claro que o Estado não está cumprindo com o seu papel de ressocializar e assegurar os direitos básicos dos presos, pelo contrário, está submetendo estes a condições degradantes e desumanas, que tiram qualquer perspectiva de retorno a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>. Acesso em 07 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da]

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm).

Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Diário Oficial

[da] Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm).

Acesso em 07 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade,

em dar provimento a danos morais e materiais de morte de detento.. nº 70051667269.

Relator: Desembargador tasso caubi soares delabary. 27 de fevereiro de 2013. Dis-

ponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 07 nov. 2020.

CNJ - CONCELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. BNMP 2.0 revela o perfil da

população carcerária brasileira. 09 ago. 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira)

[carceraria-brasileira](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira).

Acesso em: 07 nov. 2020.

FOUCAULT, M. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

277p.

LIMA e LIMA. A realidade do sistema prisional brasileiro: limitação dos direitos fun-

damentais nos presídios brasileiros. In: Iniciação Científica CESUMAR, v. 16, n. 1, p.

67-77 - ISSN 1518-1243, jan./jun. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vi-

gilância das Doenças Transmissíveis. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018. 364 p.

REPRESENTAÇÃO por Violação dos Direitos Humanos no Presídio Central de

Porto Alegre (PCPA) - MC-8-13 – Brasil. Disponível em:

<http://www.ajuris.org.br/2013/05/31/representacao-presidio-central/>. Acesso em: 07

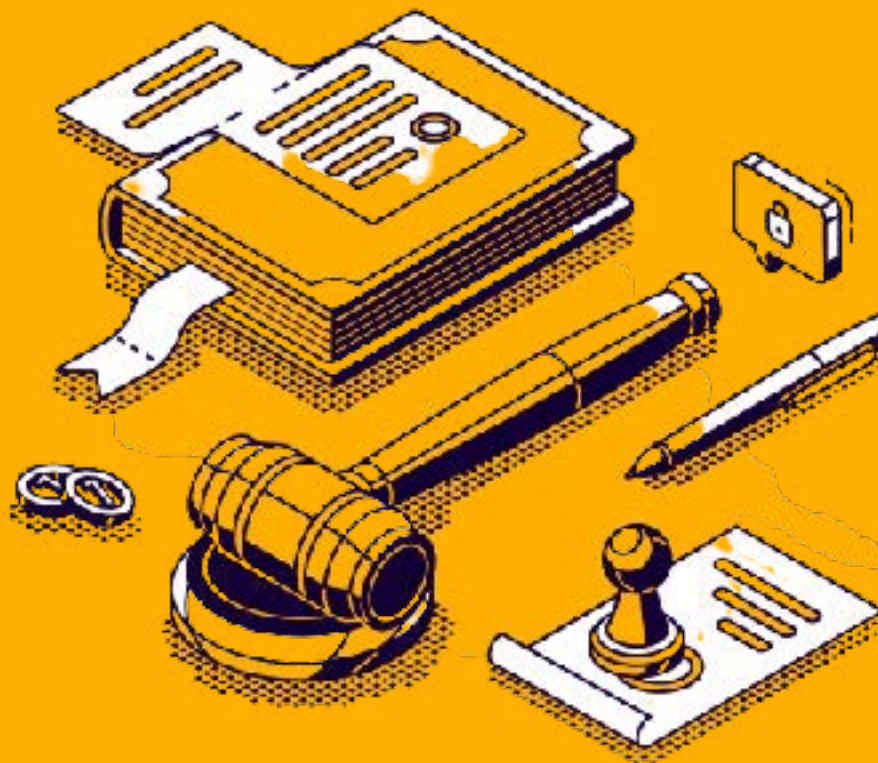
nov. 2020.

SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS. CADEIA

PÚBLICA DE PORTO ALEGRE. 15 mar. 2019. Disponível em:

[http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_menu=203&cod\\_conteudo=21](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=203&cod_conteudo=21).

Acesso em: 07 nov. 2020.



# **OS DESAFIOS DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DOS REFLEXOS DO INQUÉRITO POLICIAL**

**Douglas Dutra Teixeira<sup>1</sup>**

**Kethelen Severo Bacchi<sup>2</sup>**

---

1 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); E-mail: douglas.dteixeira@outlook.com

2 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); E-mail: kethelenbacchi@gmail.com



**Resumo:** O presente estudo reflete acerca da relação existente entre o inquérito policial e o princípio da imparcialidade, analisando a intersecção destes conceitos. Assim, buscou-se demonstrar as implicações jurídicas do apensamento do procedimento policial aos autos da ação penal, enfocando os possíveis reflexos causados nas decisões judiciais a partir do comprometimento da imparcialidade do julgador. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem hipotético dedutivo, construindo conjecturas a partir do problema: a inclusão do inquérito na ação penal pode influenciar no exercício jurisdicional, prejudicando a imparcialidade? Ainda, empregou-se o método histórico para compreender-se as raízes do inquérito policial a partir dos sistemas processuais penais. Dessa forma, procura-se respostas a partir da conexão entre a norma principiológica, o procedimento policial e o possível comprometimento da imparcialidade.

**Palavras-chave:** Inquérito policial; princípio da imparcialidade; jurisdição; sistemas processuais penais.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar o processo penal brasileiro, sob um viés histórico e doutrinário, enfocando os efeitos causados pelo inquérito policial nas decisões prolatadas por nossos magistrados e quais os impasses enfrentados, tendo em vista o atual Estado democrático de direito e (in)efetividade o princípio supremo do processo – Princípio da Imparcialidade.

Nessa esteira, dada a grande relevância do tema, tanto para o direito, quanto para a sociedade, em razão das consequências que uma condenação penal alcança, será feita uma análise desde os sistemas processuais e as respectivas características, até a observação de estudos da psicologia social, a fim de que se compreenda a conexão existente entre o inquérito policial e a efetividade do princípio da imparcialidade.

Dessa forma, o presente estudo se propõe a analisar as raízes do inquérito policial a partir dos sistemas processuais penais, bem como a importância do princípio da imparcialidade no processo penal. Nesse contexto, o que se busca no discorrer do presente trabalho é verificar os possíveis reflexos causados no exercício jurisdicional

a partir da relação entre a norma principiológica e o procedimento policial.

No primeiro momento, buscar-se-á a compreensão de cada sistema processual – inquisitivo e acusatório, a fim de que se possa, a partir de então, observar o processo penal brasileiro e detectar suas características, apontando, apesar de constitucionalmente acusatório, resquícios do sistema inquisitivo. Assim, o ponto de partida (e, também, o ponto central) será o inquérito policial, seus aspectos relevantes e seus efeitos na fase processual.

No segundo momento, far-se-á uma análise acerca do princípio da imparcialidade no plano jurídico contemporâneo. Ultrapassado a barreira axiológica e, delimitada sua importância para o exercício jurisdicional, o estudo buscará a compreensão da relação do referido princípio com o inquérito policial, analisando sua forma de aplicação na fase preliminar, bem como na etapa processual, que ocorre a partir da inclusão do inquérito nos autos do processo.

O método de abordagem utilizado para esta pesquisa foi o hipotético dedutivo. Este método tem o objetivo de criar conjecturas, soluções propostas em forma de proposições, partindo de um conhecimento prévio. (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 98). Vale-se do método de procedimento histórico, levando em consideração o estudo realizado a partir dos sistemas processuais penais, bem como de que forma ocorreu a introdução do inquérito policial na ação penal.

Por fim, é utilizado o método estruturalista, dispondo de um modelo para analisar a realidade concreta, alicerçado na compreensão axiológica do princípio da imparcialidade face a conexão entre a norma principiológica e o procedimento policial. Diante disso, é possível, pois, antecipar a existência de uma relação antagônica entre o inquérito policial e o princípio da imparcialidade no sistema processual penal brasileiro.

## **2.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS, O INQUÉRITO POLICIAL E A RAIZ INQUISITIVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

O processo penal é, como sabido, o instrumento pelo qual o Estado impõe uma sanção penal ao possível autor do fato criminoso. Cabível, nesse sentido, breve análise dos seus diferentes sistemas, a fim de que se possa adentrar a questão principal.

Os sistemas processuais identificam-se com um princípio básico, unificador,

que revela os preceitos constitucionais acerca de qual o modelo deve ser seguido, haja vista, que não mais existem sistemas puros, restritos a um único modelo, afinal, conforme adverte Aury Lopes Jr. “a questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.” (LOPES JR., 2015, p. 158).

A partir desse viés, o sistema inquisitivo iniciou, paulatinamente, a partir do século XII, momento que até então vigorava o sistema acusatório Greco-romano, sob a justificativa de que esse modelo de democracia antiga era totalmente ineficiente. Fundamentalmente, o sistema inquisitivo é munido de características que dão ao juiz o poder de agir sozinho, exercendo de forma concentrada a função de investigar, acusar e julgar. Além disso, a impossibilidade do contraditório e ampla defesa são pontos basilares do modelo, em que todo o curso do processo ocorre de forma secreta. Em suma, há uma enorme discricionariedade do magistrado, através de um sistema de provas que valoriza a verdade real, pelo fato de entenderem que a maior prova a ser coletada é o interrogatório do acusado, sendo obstaculizada a possibilidade de uma testemunha dispor em sentido contrário, consolidando o princípio *testis unus testis nullus*.

Pertinente ao sistema acusatório, como supramencionado, esteve presente na Roma e Grécia antiga, ocasião que acabou perdendo o espaço ao sistema inquisitivo, em razão da proteção excessiva do acusado, com punição a denúncias caluniosas, a responsabilidade de a acusação ser manejada por uma pessoa privada e a dificuldade, por consequência, de coletar as provas necessárias à acusação. Em contrapartida, após a idade medieval, nos idos do final do século XVIII, o sistema acusatório reassumiu a regulação procedimental do processo penal, com outras feições e novas adaptações. É possível assim, identificar esse sistema como aquele que possui um juiz imparcial e somente julga, não produz provas e nem defende o réu. Há, pois, nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, o que não ocorria no sistema inquisitivo.

Conseqüentemente, feito um aparato dos dois principais sistemas que permeiam o processo penal, apreende-se de forma perfeitamente nítida, que no Brasil é latente o confronto entre esses dois sistemas. A preocupação com a fase pré processual da

persecução penal, não é por acaso, já que é impossível convalidar o profundo descompasso entre o processo penal, que admite resquícios inquisitoriais no inquérito policial, e a Constituição Federal, que em seu artigo 129, inciso I, adota o sistema acusatório. É possível, pois, antecipar a existência de uma relação antagônica entre o inquérito policial e o princípio da imparcialidade no sistema processual penal brasileiro.

Tem-se hoje, um inquérito policial com raízes no sistema inquisitivo, que apresenta um modelo de investigação dirigido pelo delegado de polícia e que visa apurar a autoria e a materialidade delitiva, ou, melhor dizendo, tem a finalidade de colher elementos de justa causa. A investigação pode ocorrer de várias maneiras e por diversos órgãos estatais, como a polícia militar nos delitos militares, ou pelo ministério público bem como pelos representantes do povo através das comissões parlamentares de inquérito, o que torna o tema investigação muito abrangente.

A esse respeito, é mister denotar a negativa participação do inquérito policial estar apensados aos autos do processo penal, vez que corrobora ao sustento do comprometimento da imparcialidade do julgador, como decorrência da sua contaminação (consciente ou inconsciente) pelos elementos produzidos de forma facciosa através da polícia judiciária. Bem relata Renato Galvão sobre o tema, ao referir que será verificado que o vício do apego às origens do inquérito policial contamina o processo, tal como a árvore dos frutos envenenados, porém, não se trata da legalidade do inquérito, mas sim, da sua dinâmica que viola as garantias, mesmo quando o inquérito atende às formalidades. (GAVIÃO, 2015, p. 85). Ou seja, mesmo que o inquérito policial esteja adequado legalmente a sua dinâmica está contaminada. Desta forma, a crise de identidade do inquérito acaba gerando, em menores proporções, uma crise de identidade no processo, isto porque o processo se sente absolvido dos seus pecados, pois se entende que quando o processo se inicia ele não é afetado pelos vícios que ocorreram no procedimento que o antecedeu, pois se acredita que tais vícios se encontram no inquérito.

Por essas razões, é inegável que existe uma ignorância (aqui, não no sentido de não conhecer, mas sim, de desconsiderar) aos efeitos do inquérito policial na formação da decisão do magistrado, e isso acaba por desenhar uma realidade trágica, em que a busca pela condenação é mais importante do que o respeito às garantias

fundamentais. Em outros termos, o momento pré processual causa impactos e serve de cano condutor para a fase processual, afirmando a existência de um modelo inquisitivo, que por mais desastroso que possa ser, traveste-se de uma eficácia clamada por uma sociedade que apetece a condenação.

Nessa perspectiva, a ausência de identidade, de eficiência e de princípios constitucionais incidindo diretamente sobre o inquérito policial passa necessariamente pela perda de sentido ao deixar de se constituir historicamente, apegando-se às origens medievais, como mecanismo de forjar a prioris ligados ao processo penal, destinados não a subsidiar minimamente elementos de conhecimento, mas a ratificar um projeto de criminalização seletiva. Sem novo modelo de inquérito que se construa a partir de bases constitucionais contemporâneas sólidas, nenhum processo de conhecimento na esfera penal será capaz de afastar o ato de dizer do direito na esfera penal de uma prática ora reacionária, ora ineficaz e quase sempre ineficiente e antidemocrática. (GAVIÃO, 2015, p. 06).

Destarte, ainda, que na trilha da reconstituição de um fato passado, de um lado haverá limites, com a iniciativa e produção probatória restrita às partes, concretizando-se o papel de espectador do julgador (acusatório); e de outro não, estando ambas possibilidades nas mãos do juiz, verdadeiro ator/inquisidor, que o fará da forma como entender melhor para encontrar a verdade(?) e fundamentar sua decisão (inquisitório). (RITTER, 2016, p. 38). Notável, pois, que indo ao encontro disso, somente haverá requisito de possibilidade para imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

Um estudo comandado por Solomon Asch, que investigou a formação das impressões e conseqüentemente, o desvelamento do impacto das primeiras impressões, apresentou duas conclusões que somam ao fato do prejuízo causado pelo inquérito policial estar presente nos autos. A primeira refere-se ao fato de que existem qualidades que se sobressaem no processo perceptivo. Já no que tange à segunda conclusão, verificou-se que as primeiras informações recebidas têm mais peso que as demais, fundamentando-se a ideia de que há uma preponderância das cognições oriundas da primeira impressão relativamente às outras a elas conectadas, o que se denominou de efeito primazia, na crença popular, é conhecido como “a primeira im-

pressão é a que fica”. (ASCH, 1977, p. 182-183).

Logo, infere-se que a informação inicial recebida é a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela, ou seja, as primeiras impressões são não só o começo da interação social, mas também as suas principais determinantes. Absolutamente nefastas, portanto, as consequências para a imparcialidade do julgador, decorrentes do seu contato (mesmo que apenas visual) com os elementos produzidos na fase de investigação preliminar e perfeitamente compreensíveis os porquês da necessidade de exclusão física dos autos do inquérito policial do processo.

Somente assim se evitará a contaminação do juiz, e os prejuízos da fixação, por sua parte, de uma primeira impressão unilateral e negativa contra o investigado, capaz de lhe influenciar cognitivo-comportamentalmente para a condução do processo ulterior e também do seu desfecho - lógica já vista quando examinada a imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial, com a peculiaridade de que naquela situação específica não há apenas o contato visual com os elementos do IP, mas também a tomada de decisões, aumentando-se substancialmente o grau de contaminação. (RITTER, 2016, p. 168-169).

## **2.2 IMPARCIALIDADE: REFLEXOS DO PRINCÍPIO COMO MATRIZ ESTRUTURAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO FRENTE AO INQUÉRITO POLICIAL**

Após concluir a análise da fase pré processual, em que o inquérito policial é inserido como dispositivo principal, parte-se agora para o estudo do Princípio da Imparcialidade e sua importante relação com a referida etapa preliminar.

Resta claro que o processo penal pátrio possui como núcleo fundante o sistema inquisitivo, observado na atuação do juiz instrutor na fase pré processual e mantida no momento que se inicia a ação penal. O sistema em questão mantém a gestão da prova sob posse do julgador, o que acaba confrontando diretamente a ideia central do modelo acusatório, que possui as figuras de julgador, acusador e defensor pré-definidas e apartadas. Desta forma, a separação dos papéis é fundamental para que seja possível a aplicação da imparcialidade pelo magistrado, devendo ser entendido como um dos pilares do sistema acusatório.

Neste sentido, Badaró refere que para viabilizar a efetivação de tal imparciali-

dade, além da separação e independência entre poderes, deve também haver cristalina separação das funções de acusar e julgar pelo Estado, não podendo ambas recair sobre a mesma “pessoa”, como já se viu anteriormente ao se delimitar o sistema acusatório. (BADARÓ, 2003, p. 109).

Não é possível que o julgador mantenha a imparcialidade, a partir da ótica inquisitiva que permeia o sistema processual brasileiro, seja na fase pré processual ou na fase processual. Aury Lopes Jr também adverte que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. (LOPES JR., 2015, p. 157).

O juiz tem o dever de permanecer alheio à vontade das partes, que por óbvio, são parciais. Afinal, conforme sustenta Carnelutti, a própria dialética do processo exige essa configuração. O acusado possui o papel de negar sua culpa e sustentar sua inocência, sem a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, extinguindo sua imparcialidade. (CARNELUTTI, 1971, p. 38-39).

Através deste entendimento, conclui-se que o princípio da imparcialidade somente atingirá qualquer aplicação prática ao processo caso o sistema vigente seja acusatório, afirmação que não pode ser feita no presente momento. Situada a intrínseca relação do princípio da imparcialidade com o modelo acusatório, necessária agora a compreensão do mesmo quanto ao seu conceito, do ponto de vista jurídico, bem como sua confrontação com a ideia de neutralidade.

Um juiz imparcial não é sinônimo de juiz neutro. É inconcebível imaginar que o julgador tenha o poder de remover todas as vivências que possui e afastar-se da realidade que o cerca no momento que julga um caso concreto. Logo, evidente que sua visão será conectada ao contexto social que está inserido. Para André Machado, a imparcialidade pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles. (MAYA, 2014, p. 99).

Na mesma senda, Coutinho entende o juiz como um agente participativo e

construtor da realidade, deixando de ser apenas um aplicador da norma. E assim, sem motivos para esconder sua ideologia e escolhas diante do mundo. Torna-se então insustentável a tese da neutralidade do sujeito e vige, para todos os efeitos, a ideia dialética de participação.<sup>13</sup>

Destarte, é fundamental que seja fulminada a ideia de neutralidade no ato de julgar. É inevitável que o juiz imponha uma carga valorativa em suas decisões através de sua interpretação da sociedade e assuma, nas palavras de Miranda Coutinho “um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais”. (COUTINHO, 2001, p. 09).

Realizado o afastamento do princípio em análise com a ideia de neutralidade, cabe o avanço quanto ao seu entendimento teórico. O princípio da imparcialidade é, na percepção esclarecedora de Pedro Aragonese Alonso, o princípio supremo do processo, pois dele decorre uma vinculação quanto à conduta dos julgadores, que possuem o dever de se comportarem como terceiros alheios aos interesses das partes, durante a condução do processo. (ALONSO, 1997, p. 127).

Na mesma senda, a própria jurisdição tem como estrutura básica o entendimento de imparcialidade. O juiz ao desempenhar a função jurisdicional, já possui pré constituído tal valor. Ademais, o que pode ser possível requerer do Estado, detentor do monopólio da jurisdição, senão que seja imparcial no momento em que analisa um caso concreto. Neste contexto, é válido acrescentar o entendimento de André Machado Maya, o qual afirma que o direito de ser julgado por um juiz imparcial é tratado pelos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos como um direito fundamental, do que se extrai ser a imparcialidade um valor estruturante da função jurisdicional, um comportamento que o Estado, no intuito de garantir os direitos fundamentais, deve ter como referência para a conduta dos magistrados, orientando o exercício da atividade jurisdicional e, ao mesmo tempo, limitando o poder a eles inerente; um instrumento de garantia do devido processo legal e, ao fim e ao cabo, do justo reparto. (MAYA, 2014, p. 101).

Destarte, o princípio da imparcialidade não pode ser considerado uma característica da jurisdição, mas sim, elemento constitutivo de sua matriz. Ficando claro a sua importância dentro do processo penal. Nesse viés, dá-se início ao estudo da relação do princípio da imparcialidade com o inquérito policial. A ligação dos temas



tem origem na fase pré processual, entretanto, o apensamento dos elementos investigatórios aos autos do processo insere o inquérito também na etapa processual.

O inquérito policial tem suas bases fundadas no sistema inquisitivo, caracterizado pela discricionariedade ofertada à autoridade policial, a ausência do contraditório e ampla defesa e, por fim, a figura do juiz instrutor. Neste último ponto, encontra-se o fator preponderante para a impossibilidade de aplicação do princípio da imparcialidade pelo magistrado. A presença de um juiz na fase investigativa somente deveria ocorrer para garantir os direitos fundamentais do acusado, levando-se a efeito o texto constitucional e de outros diplomas internacionais, os quais o Brasil é signatário.<sup>1</sup> No entanto, o que ocorre é a possibilidade de atuação de ofício do julgador, se contaminando diretamente com as “provas” adquiridas e até mesmo produzindo novos elementos que deverão ser incorporados ao processo, fulminando qualquer resquício de imparcialidade.

Neste ponto, André Machado Maya (2014, p. 174) é esclarecedor ao referir que o simples fato do magistrado tomar a iniciativa, determinando a produção de uma prova, antes de iniciada a ação penal, já indica, por si só, estar ele buscando uma confirmação para alguma hipótese acerca dos fatos, ou seja, estar ele se deslocando do locus de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial aproximada da acusação ou da defesa.

Desta forma, é evidente a perda da imparcialidade do juiz constituído na etapa investigatória. Seja pelo seu efetivo contato com o material probatório, seja pelas decisões proferidas durante o inquérito, todas elas exigindo a imersão do julgador em direção à análise da culpabilidade do suspeito ou ainda pela possibilidade da atuação de ofício pelo julgador, sem a provocação de nenhuma das partes, caracterizando a origem inquisitória da fase pré processual.

Conforme foi visto, as provas produzidas no inquérito policial somente podem servir para análise da condição da ação, ou seja, dos elementos necessários para o juízo de admissibilidade positivo da ação penal. Entretanto, com a inclusão da inves-

---

1 São exemplos de tratados internacionais ratificados pelo Brasil a partir da Constituição de 1988: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995. (PIOVESAN, Flávia, 1999, p. 128-129).

tigação preliminar aos autos do processo, todos os elementos que a compõe servem como um vetor que direciona a convicção do magistrado. A partir do momento que o juiz é contaminado pelas provas produzidas unilateralmente pela polícia judiciária, torna-se impossível a manutenção da imparcialidade.

O raciocínio do autor Salah Khaled (KHALED, 2013, p. 123) alinha-se neste mesmo sentido ao referir que a fase proposta como acusatória é contaminada pelos elementos colhidos de forma monológica, secreta e solitária pelo juiz instrutor na etapa inquisitória. Não bastando apenas afirmar que tais elementos devem ter sua importância reduzida, simplesmente não podem ser admitidos no processo. Não restam dúvidas de que o acesso do juiz à investigação preliminar é prejudicial à sua imparcialidade: qualquer pessoa que os leia tenderá a formar um juízo prévio sobre os fatos que serão debatidos no processo”.

Outrossim, no momento em que o juiz aprecia os elementos investigativos constantes no expediente policial, em virtude do desenvolvimento de pré-juízos e pré-conceitos, é contaminado pelas “pseudo provas” produzidas na etapa preliminar ao processo, comprometendo totalmente sua imparcialidade. Por fim, compreendida a influência do inquérito policial na convicção do julgador, é possível inferir a necessidade de sua não inclusão aos autos do processo, a fim de garantir ao juiz o exercício da jurisdição imparcial e alheia às partes, sem que sua cognição seja pré direcionada por um instrumento investigatório de origem inquisitorial. Ademais, é evidente que tal reforma não resultará na extinção do sistema inquisitivo do processo penal pátrio, entretanto pode ser considerado um movimento importante para a alteração da cultura inquisitiva que permeia o presente sistema processual.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em síntese, a partir do presente estudo, verifica-se que sistema processual penal vigente não está alinhado com o modelo adotado na carta constitucional. O caráter, evidentemente, inquisitivo do Inquérito Policial, não permite a concreta aplicação do princípio supremo do processo (ALONSO, 1997, p. 127), o Princípio da Imparcialidade. Ocorre, desta forma, inequívoca ofensa ao sistema acusatório, o que pode ser observada claramente na atuação de ofício pelo magistrado, na busca por novos elementos probatórios. A união das funções de julgador e acusador, liquidam com a

imparcialidade, sendo ambos - separação dos papéis e princípio da imparcialidade - pilares estruturais e fundamentais para a utilização do referido modelo.

Para que seja respeitado o devido processo legal, bem como garantido o Estado Democrático de Direito, resta claro que o princípio da imparcialidade deve ser visto, não somente como característica do exercício jurisdicional, mas sim como um valor estruturante da própria jurisdição. Neste sentido, a reforma processual no que diz respeito à postura do magistrado na fase pré processual, bem como a exclusão do inquérito policial dos autos do processo, mostram-se medidas fundamentais para que seja evitado o comprometimento da imparcialidade. Ademais, a restrição da iniciativa probatória às partes, efetiva o papel do julgador-espectador e avaliza o sistema acusatório, afastando do processo penal a figura do juiz instrutor.

Portanto, verifica-se necessário que a atuação jurisdicional no inquérito policial seja realizada apenas como o objetivo de garantir a defesa dos direitos fundamentais do acusado, não havendo razões para a atuação do julgador sem que o mesmo seja provocado. Destarte, evita-se a contaminação por elementos produzidos em sede de investigação, e desprovidos de força probatória.

Por todo o exposto, resta claro a necessidade de uma reforma processual no sistema penal brasileiro, a fim de que seja possível a efetiva aplicação do princípio da imparcialidade ao caso concreto, seja na fase preliminar ou na etapa processual, garantindo ao juiz o exercício da jurisdição plena e imparcial, afastando-o das atividades instrutórias e investigatórias.

## **REFERÊNCIAS**

ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y derecho procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa. 1997.

ASCH, Solomon E. *Psicologia social*. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 182-183.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001.

GAVIÃO, Renato. *O Inquérito Policial no Brasil e seus conceitos: Questões de validade entre a forma e o conteúdo*. Pouso Alegre, 2015.

KHALED Jr., Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no direito penal. São Paulo, 2003.

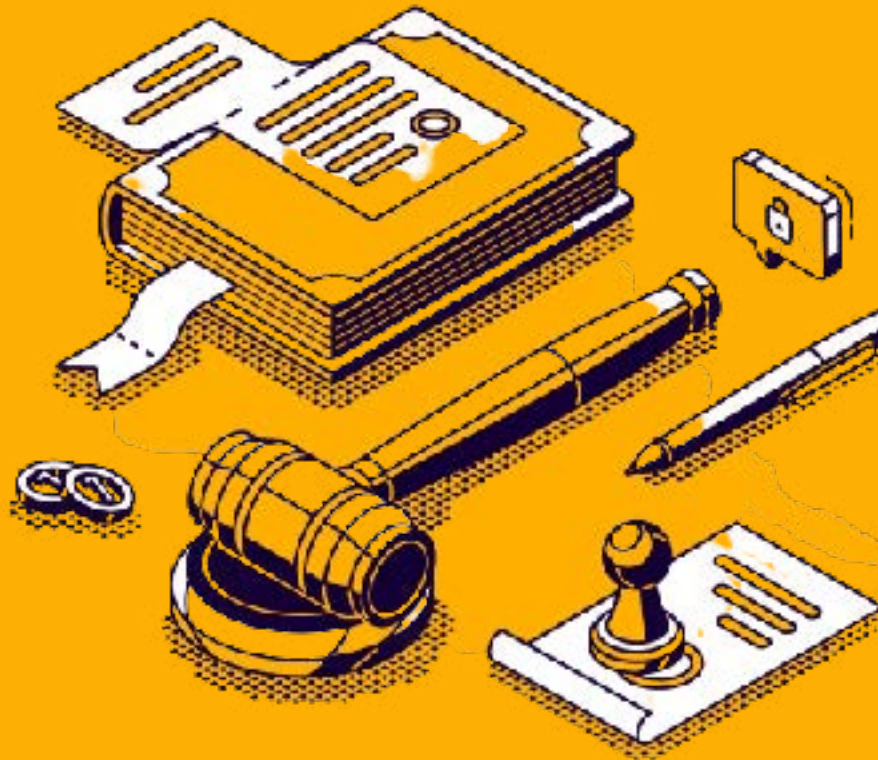
CARNELUTTI, Francesco. Princípios do processo penal. Santiago S Melendo, 1971.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Rio de Janeiro, 1999.

1

São exemplos de tratados internacionais ratificados pelo Brasil a partir da Constituição de 1988: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995. (PIOVESAN, Flávia, 1999, p. 128-129).

10.48209/978-65-16-15895-9



# **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRESUNÇÃO DE CULPA? A INTERPREÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL NO JULGAMENTO DO HC 152.752/PR DE 2018**

**Renato Augusto Reis dos Santos<sup>1</sup>**

**Priscilla Silva<sup>2</sup>**

---

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. E-mail para contato: [renatoareiss@gmail.com](mailto:renatoareiss@gmail.com).

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição e do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade, ambos vinculados à Universidade Federal de Santa Maria. E-mail para contato: [priscillasilva1095@gmail.com](mailto:priscillasilva1095@gmail.com).

**Resumo:** De acordo com o inciso LVII, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Entretanto, no ano de 2016, no HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a prisão poderia se dar após segunda instância. Em vista disso, considerando o papel do princípio da Presunção de Inocência na fundação do Estado Democrático de Direito, este trabalho traz à luz a seguinte indagação: o Supremo Tribunal Federal efetua a proteção ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988? Para responder a esse questionamento, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo de princípios do Estado Democrático de Direito e do seu desenvolvimento histórico e social no Brasil, chegando à análise efetuada acerca da execução da pena antes do trânsito em julgado. No ponto, utilizaram-se os métodos de procedimento histórico e monográfico para a desenvoltura do trabalho. Por fim, a técnica de pesquisa usufruída foi a bibliográfica, com consulta a artigos, resumos, documentário e livros que versam acerca desta temática. Por fim, concluiu-se que, sob à luz do disposto na Carta Magna, a prisão imediatamente após a condenação em segunda instância se revela inconstitucional. Por esse motivo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao não agirem em consonância com o disposto no artigo 5º da CF/88, tornaram-se não somente ativistas, mas também supostos intérpretes dos anseios sociais, prerrogativa da qual não usufruem.

**Palavras-chave:** Constituição Federal; Princípio da Presunção de Inocência; prisão.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho reflete sobre o papel do princípio da Presunção de Inocência na fundação do Estado Democrático de Direito e a sua aplicabilidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal desde a mudança de entendimento no julgamento do HC 126.292/SP em 2016. Dessa forma, em um primeiro momento, o trabalho tem por objetivo realizar uma digressão social, política e histórica acerca do princípio da presunção de inocência, permitindo a sua conceituação. Em um segundo momento, o ensaio faz uma análise teórica e sucinta acerca do entendimento minoritário do STF fundamentado e representado pelo voto do Ministro Celso de Mello no julga-

mento mais recente do tribunal acerca do princípio da Presunção de Inocência na execução antecipada da pena, ou seja, a partir do segundo grau de jurisdição, que ocorreu no julgamento do HC 152.752/PR de 2018.

O tema proposto é estruturado a partir da sua conceituação, contextualização e aplicabilidade pela Corte Superior no caso concreto aventado, demonstrando a interpretação dada pelos ministros acerca de um dos grandes fundamentos do processo penal e da Democracia. Portanto, o trabalho visa à observância da proteção das normas constitucionais pela Suprema Corte, trazendo à luz a seguinte indagação: o Supremo Tribunal Federal efetua a proteção ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988?

Para responder à pergunta supracitada, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo de princípios do Estado Democrático de Direito e do seu desenvolvimento histórico e social no Brasil, chegando à análise efetuada pelo acerca da execução da pena antes do trânsito em julgado.

No ponto, utilizaram-se os métodos de procedimento histórico e monográfico para a desenvoltura do trabalho. Por fim, a técnica de pesquisa usufruída foi a bibliográfica, com consulta a artigos, resumos, documentário e livros que versam acerca desta temática.

## **2. CONCEITUAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO SOCIAL, POLÍTICA E HISTÓRICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O Princípio da Presunção de inocência originou-se nos primórdios da Revolução Francesa, a qual teve a sua origem pautada na ideologia iluminista. Mais precisamente no ano de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que passou a considerar o acusado sujeito de direitos e deveres, surgiu o direito à ampla defesa e ao contraditório. O acusado deixou de ser considerado um mero objeto do processo, pois, por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, entendeu-se que nenhuma pessoa poderá ser considerada culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal entendimento se fez necessário devido ao Absolutismo existente na época, o qual obtinha forte tendência a portar-se de maneira tirana e injusta. Ora, havia a possibilidade de uma única pessoa fazer, aplicar e julgar as leis necessárias à orga-

nização da sociedade.

Considerando a imergência de uma nova filosofia social, houve a imprescindibilidade da adoção de um novo modelo apropriado que visasse à segurança pública e que, concomitantemente, assegurasse os direitos inerentes do acusado. Assim, houve o surgimento do sistema acusatório que passou a prever a inocência de todo acusado de um ato delituoso até que a sua culpabilidade ficasse devidamente comprovada no trânsito em julgado da sentença penal acusatória.

O surgimento do sistema acusatório, aquele no qual o juiz intermedia e dá protagonismo às partes no processo, foi fundamental do ponto de vista da evolução histórica do poder de punir (FOUCAULT, 1975). Na Idade Média, o poder de punir era exercido pelo Estado e pela Igreja, a lógica que imperava era a do processo penal do inimigo (JAKOBS, 1985). Ademais, o poder de punir era utilizado para perseguir aqueles subversivos à ordem vigente.

Na sociedade patriarcal da Idade Média, por exemplo, o “inimigo” era a mulher subversiva que ousava em sair do lugar de submissão posto para ela. Nas revoluções burguesas, os subversivos se tratavam dos liberais e, nas tentativas de revoluções do século XX, eram os comunistas. Com a Revolução Francesa, entretanto, algumas garantias e direitos foram efetivados. O processo, por exemplo, passou a ser público, devido ao interesse coletivo quanto à preservação de garantias constitucionais e a seguir um rito, o qual é regrado através de princípios como o Princípio da Presunção de Inocência. Constituiu-se, dessa forma, o processo penal contemporâneo, tendo cada país suas especificidades.

O princípio da presunção de inocência encontrou-se previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Posteriormente, foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678/92. Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, corroborou com o princípio da presunção de inocência, alegando que nenhum acusado poderá ser condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, o Ministro Celso de Melo, durante o voto do HC 152752/PR, do paciente Luiz Inácio Lula da Silva, no ano de 2018, debateu acerca da prisão a partir da condenação em segunda instância e sua violação ao Princípio da Presunção de Inocência. Situação, na qual demonstrou que o princípio encontrava-se presente em documen-



tos legislações de diversos Estados Democráticos de Direito: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, artigo XXVI), Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, artigo 6º, § 2o), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, artigo 48, § 1º), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7o, § 1o, “b”) e Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2o).

No Brasil, insta salientar que o referido princípio surgiu em 1948, estando claramente exposto no artigo 5, inciso LVII da CF/88, o qual preceitua que ninguém será condenado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Segundo a análise do advogado Aury Lopes Junior, a presunção da inocência reflete em um “dever de tratamento”, pois, de acordo com as regras do devido processo penal, deverá haver a preocupação do julgador de tratar o acusado como inocente.

Ademais, Aury Lopes Junior esquecere que

o processo é um caminho necessário para se chegar à pena ou na não-pena (Princípio da Necessidade, bem explicado por Gomez Orbaneja), e a imprescindibilidade de que se respeitem as regras do devido processo penal para isso. Pode-se punir, mas não atropelar as regras do jogo (Alexandre Moraes da Rosa) democraticamente estabelecidas para punir e legitimar a punição (2016).

Em análise à atual conjuntura brasileira, observa-se que há uma incongruência nas decisões do Supremo Tribunal Federal relativas ao princípio da presunção de inocência. Isso porque, ao “amparar” o anseio social, através de um suposto combate à corrupção, as decisões dos ministros passaram a acarretar sérios prejuízos aos direitos dos acusados. Em 2016, o STF modificou o entendimento acerca do parágrafo 57 do artigo 5º da Constituição, o qual diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A referida modificação determinou, a partir de então, que o início da execução da pena, após condenação em segunda instância, não impede que o cidadão exerça o Princípio da Presunção de Inocência. Tal entendimento passou a ser aceito pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP.

Da mesma forma, ao analisarmos o HC 152752/PR, torna-se visível que as

campanhas de “manutenção da ordem” vão de encontro ao referido princípio, pois a permissão de um sistema informal acarreta em danos irreparáveis às liberdades e às garantias do acusado.

Vê-se, desse modo, que há quase 29 (vinte e nove) anos tenho julgado a controvérsia ora em exame sempre no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo, expressamente, com fundamento na presunção de inocência, que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, em razão de as penas impostas ao condenado, a qualquer condenado, dependerem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário (HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989 – HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 13/08/1996 – HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 08/11/2000 – HC 84.859/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 14/12/2004, v.g.).

Há que se falar na irrefutabilidade dos direitos do réu, sendo que, se não houver indícios de autoria no ato delituoso, a decisão terá de ser favorável a ele e não ao anseio da sociedade. De acordo com a Taciana Murad Rodrigues (A Constitucionalidade da Prisão Temporária sob a ótica do Princípio da Presunção de Inocência, 2011, p. 20), “a prisão não pode ser uma satisfação à sociedade e sim uma necessidade para que se garanta a efetividade do processo penal”.

Cumprido ressaltar, ainda, que o princípio da presunção da inocência não impede a imposição de prisão cautelar. Ora, tal entendimento encontra respaldo nas decisões do Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1989, conforme relatado pelo Ministro Celso de Mello no mesmo Habeas Corpus.

No entanto, embora haja a possibilidade de prisão cautelar, é necessário que o Estado não trate o acusado como se culpado fosse, haja vista a imprescindibilidade de uma condenação penal irrecorrível para tal finalidade. Isso porque, segundo o Ministro, a prerrogativa jurídica da liberdade não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudências que, fundadas em discurso autoritário, prejudicam os direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988.

Insta salientar que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acontece quando não há possibilidade de recorrer a decisão através de recurso ordinário, especial ou extraordinário. Tal medida se faz necessária devido à importância da con-

cretização de uma segurança jurídica e social, a fim de que nenhum cidadão tenha seus direitos violados, conforme se espera de um Estado Democrática de Direito.

Portanto, o Ministro Celso de Mello afirmou ser um equívoco totalmente inconstitucional e ilegal a admissão de um reconhecimento da tese da execução provisória de uma condenação criminal. Isso porque o princípio da “presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”.

Nesse sentido, adequado aduzir que a regra, no Brasil, é invertida e parte-se da presunção de culpa. Tal entendimento se faz necessário devido a não haver respeito ao princípio da presunção de inocência, tampouco à estrutura do devido processo legal quando o Supremo Tribunal Federal permite a execução antecipada da pena sem sentença transitada em julgado.

### **3. ANÁLISE DO ENTENDIMENTO MINORITÁRIO DO STF NO JULGAMENTO DO HC 152752/PR ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO À PARTIR DA SEGUNDA INSTÂNCIA FUNDAMENTADO PELO VOTO DO MIN. CELSO DE MELLO**

[...] Já se distanciam no tempo histórico os dias sombrios que recaíram sobre o processo democrático em nosso País, em momento declinante das liberdades fundamentais, quando a vontade hegemônica dos curadores do regime político então instaurado sufocou, de modo irresistível, o exercício do poder civil.

É preciso ressaltar que a experiência concreta a que se submeteu o Brasil no período de vigência do regime de exceção (1964/1985) constitui, para esta e para as próximas gerações, marcante advertência que não pode ser ignorada: as intervenções pretorianas no domínio político-institucional têm representado momentos de grave inflexão no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Intervenções castrenses, quando efetivadas e tornadas vitoriosas, tendem, na lógica do regime supressor das liberdades que se lhes segue, a diminuir (quando não a eliminar) o espaço institucional reservado ao dissenso, limitando, desse modo, com danos irreversíveis ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e do exercício pleno da cidadania (HC 152752/PR, Rel. Min. Edson Fachin - Voto Min. CELSO DE MELLO).

Dessa maneira, o Min. Celso de Mello aborda, inicialmente, a questão do Princípio da Presunção de Inocência tendo em vista a prisão à partir da segunda instância no julgamento do HC 152752/PR, ocorrido no ano de 2018. O HC mencionado trouxe uma ratificação do mais recente entendimento do plenário do STF acerca do tema, definido historicamente no julgamento do HC 126.292/SP em 2016.

O ensaio, que tem como objeto trechos do voto do Ministro Celso de Mello no

HC 152752/PR, busca analisar nessa parte as questões teóricas apontadas pela visão minoritária do STF no julgamento. Tais apontamentos sustentaram a incompatibilidade do Princípio da Presunção de Inocência com a execução antecipada da pena à partir da condenação em segunda instância, ou seja, do segundo grau de jurisdição.

Votaram em conformidade com o entendimento do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus os Ministros: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Dessa forma, a votação ocorreu de forma bastante apertada tendo como resultado 6 votos dos demais ministros contra 5 dos já mencionados.

Nesta senda, dando continuidade ao seu voto, o decano trouxe como eixo fundamental de reflexão a importância da Constituição como Carta que destina-se a proteger as liberdades e a tutelar direitos, inibindo abusos do Estado e dos que em nome dele atuam. Assim, trouxe uma análise do Professor de Direito Penal da USP Dr. Pierpaolo Cruz Bottini ao referir-se à controvérsia em torno da denominada “execução provisória da pena” (CONJUR, 2016):

[...] Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada da pena não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.’ (...)

Assim, lei e Constituição eram – e ainda são harmônicas. Somente há culpa, e, portanto, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com a interpretação literal, com a interpretação histórica e com a interpretação sistemática.

A reflexão apontada pelo professor é importante, pois demonstra a incompatibilidade da execução antecipada da pena com o Princípio da Presunção de Inocência e, por conseguinte, com o Estado Democrático de Direito. Admitir outro entendimento seria retornar com a presunção de culpa adotada em sistemas puramente inquisitórios presentes na Idade Média e, em tese, incompatíveis com o direito processual brasileiro contemporâneo. Salienta-se que o direito processual brasileiro se reveste de características mistas de um sistema acusatório, mas também inquisitorial.

Há quem diga, inclusive entre os Ministros do STF, que os réus usam recursos demais e postergam o final do processo, gerando uma sensação de impunidade na sociedade. Nesse sentido, há a invocação de um anseio social para a mudança do entendimento acerca da necessidade do trânsito em julgado para a execução da

pena. Contudo, o Ministro Celso de Mello é categórico ao demonstrar durante seu voto que se os recursos estão previstos em lei, devem ser usados. A legislação por si só já prevê no seu escopo filtros para o exagero recursal e se trata de prerrogativa do Poder Legislativo restringir ou ampliar as hipóteses recursais e não ao Poder Judiciário.

É salutar ressaltar, também, que o Princípio da Presunção de Inocência, protegido por cláusula pétrea, não possui um valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o Ministro Celso de Mello salienta com expertise no seu voto:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como vem ela definida em nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa ou no Reino da Espanha, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contêm cláusula como aquela inscrita em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII), o que revela ser mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental (HC 152752/PR, Rel. Min. Edson Fachin - Voto Min. CELSO DE MELLO).

A coisa julgada, portanto, assume alto significado no sistema normativo brasileiro, pois propicia a estabilidade das relações sociais consagrando a segurança jurídica no processo penal. Além disso, representa um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito. A sentença, enquanto sujeita a recurso, qualifica-se como:

um ato estatal essencialmente instável e provisório, caracteristicamente reformável e naturalmente dependente, no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficaz, do trânsito em julgado, pois é deste fato processual que resulta a especial qualidade que torna imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial (HC 152752/PR, Rel. Min. Edson Fachin - Voto Min. CELSO DE MELLO).

Não constitui demasia assinalar, também, que o conceito de Presunção de Inocência deve ser considerado nas suas múltiplas dimensões, conforme registra Paulo S. P. Caleffi (“Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”, p. 24/50, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.4, 2017 Lumen Juris). O Min. Celso de Mello também resgata em seu voto: (a) a presunção de inocência como norma de tratamento, (b) a presunção de inocência como norma probatória e (c) a presunção de inocência como norma de juízo. É por essa razão, acentua esse eminente Advogado gaúcho (“op. cit.”, p. 49, item n. 1.4), que:

(...) desde os primeiros momentos da investigação preliminar, havendo um juízo de atribuição de conduta criminosa a alguém, o princípio da presunção de inocência protegerá o imputado com toda a amplitude exigida pela Constituição, seja como ‘norma de tratamento’, ‘norma probatória’ ou ‘norma de juízo’ (ou também como ‘regra de fechamento’), assegurando que tão importante garantia não se torne mera retórica em nosso cotidiano jurídico”, a significar, portanto, que o direito fundamental de ser presumido inocente, nos precisos termos em que vem proclamado e assegurado por nossa Carta Magna, não deve expor-se, sob pena de frontal transgressão à autoridade da Constituição da República, a quaisquer “interpretações flexibilizadoras do seu conteúdo e da extensão dos seus efeitos (HC 152752/PR, Rel. Min. Edson Fachin - Voto Min. CELSO DE MELLO).

A solução da questão acerca do Princípio da Presunção de Inocência na execução antecipada da pena a partir do segundo grau de jurisdição há de ser buscada através da reformulação do sistema processual e na busca de mecanismos que permitam maior racionalidade ao modelo recursal, através da via legislativa. Não será, entretanto, através da desconsideração de um dos direitos fundamentais e do enfraquecimento do Estado Democrático de Direito que tal objetivo será alcançado.

É possível perceber, através dos pontos levantados pelo Ministro, que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado. Sendo necessário, portanto, transitado em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o decano concluiu seu voto levantando a seguinte reflexão aos demais ministros:

Na realidade, somente sociedades autocráticas que não reconhecem direitos básicos aos seus cidadãos repudiam e desprezam o direito fundamental de qualquer indivíduo de sempre ser considerado inocente até que ocorra o definitivo trânsito em julgado de sua condenação penal, independentemente do caráter (hediondo ou não) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado (HC 152752/PR, Rel. Min. Edson Fachin - Voto Min. CELSO DE

MELLO).

Dessa forma, ao analisarmos alguns trechos do voto do Ministro, é possível perceber as características fundamentais e o contexto social, político e histórico do surgimento e da aplicabilidade do Princípio da Presunção de Inocência. Ademais, compreende-se quais os fundamentos que foram relativizados pelo plenário do STF ao entender que esse se tratava do pensamento minoritário e, portanto, derrotado no julgamento do HC 152752/PR.

A decisão do referido HC permitiu a manutenção da execução antecipada da pena a partir do julgamento em segunda instância. Outrossim, tomou como base outros entendimentos, que não aqueles que regem a presunção de inocência e o próprio Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo seu maior documento: a Constituição Federal de 1988.

#### **4. CONCLUSÃO**

O Princípio da Presunção de Inocência, de influência iluminista e presente em diversos documentos de direito internacional, tratou-se de um artifício consagrado por uma nova filosofia social influenciada pelo fim dos Regimes Absolutistas. O referido princípio inverteu a lógica do Sistema Inquisitorial ao racionalizar e universalizar, através do processo, a presunção de culpa que até então vigorava.

No Brasil, tal princípio encontrou respaldo na Constituição Federal de 1988, sendo consagrado como cláusula pétrea e encontrando como limite o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, ao analisar-se a aplicação do princípio pelo STF nos julgamentos a partir do HC 126.292/SP, é possível perceber que o entendimento que prevaleceu não se trata daquele que vê o ideal iluminista como basilar para um regime democrático e garantidor de direitos. Pelo contrário, o que se percebe é a relativização e inobservância de requisitos técnicos como a necessidade do trânsito em julgado. Frisa-se que esse entendimento busca responder ao anseio social indignado com a aparente impunidade provocada por supostos recursos excessivos presentes no processo penal.

Dessa forma, o objetivo alcançado pelo ensaio através da contextualização, conceituação e aplicabilidade do princípio da Presunção de Inocência visou demonstrar as contradições acerca do novo entendimento do STF na execução antecipada da pena. Ainda, teve por objetivo mostrar a função do princípio no ordenamento jurí-

dico brasileiro e as problemáticas referentes a sua relativização.

Portanto, revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente a antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado. Nessa perspectiva, os ministros do STF agem, ao interpretar de maneira diversa, não somente como ativistas, mas também como intérpretes da vontade social. Aliás, não atuam conforme o preconizado pelo principal documento pactuado pela sociedade brasileira, que se trata da Constituição Federal de 1988.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE DA SILVA, José. O Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal. Jusbrasil, Salvador, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ de 17-05-2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Paraná: Curitiba, 1998.

FOUCAULT, Michel. I. Vigiar e punir: nascimento da prisão 36<sup>a</sup> ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ISAAC YAROCHEWSKY, Leonardo. O processo penal como garantia e a presunção de inocência. Rev. Carta Capital, São Paulo, 2018.

JAKOBS, Gunther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: HRRS 3/2004, Alemanha.

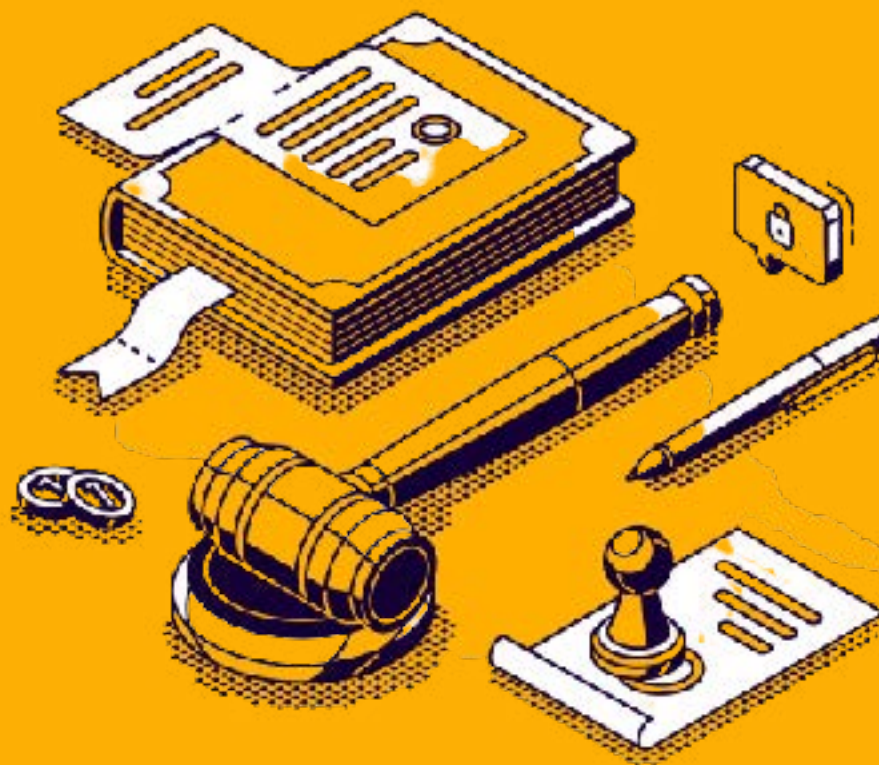
JOBIM AMARAL, Augusto; SAINT PASTOUS CALEFFI, Paulo. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, 2017.

LOPES JR., Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 2016.

MURAD RODRIGUES DA SILVA, Taciana. A Constitucionalidade da Prisão Temporária sob a ótica do Princípio da Presunção de Inocência. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

STF - HC: 152752 PR - PARANÁ 0065386-58.2018.1.00.0000, Relator: Ministro Edson Fachin, Data do Julgamento: 04/04/2018, Data da Publicação: DJE 27/06/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.





## **DIREITO NA LITERATURA: O CONTO DA AIA E A MANUTENÇÃO DE DIREITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO DE RETROCESSOS<sup>1</sup>**

**Juliana Inês Urnau<sup>2</sup>**

---

1 Artigo atualizado, uma versão preliminar já foi publicada nos anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Edição 2019. ISSN 2238-9121. Link de acesso: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/congresso-de-direito-5a-edicao/>.

2 Graduanda do 6º semestre do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Membro e pesquisadora do Grupo de Pesquisa Phronesis: Jurisdição, Hermenêutica e Humanidades. Email: [julianaurnau@gmail.com](mailto:julianaurnau@gmail.com)

*você quer  
esconder o sangue e o leite  
como se seio e o ventre  
não tivessem sido seu alimento  
- Rupi Kaur*

*agora  
não é hora  
de fazer silêncio  
ou pedir espaço  
porque a gente nunca teve espaço para nada  
agora  
é a nossa hora  
de abrir bem a boca  
falar mais alto do que nunca  
até que ouçam  
- Rupi Kaur*

**Resumo:** O livro O Conto da Aia, da Margaret Atwood, é uma distopia escrita em 1985 que conta uma história de submissão feminina, em um EUA futuro e destruído pela guerra e a radiação. Apesar de ser uma distopia, se aproxima da realidade brasileira, e por isso merece uma análise comparativa, sendo esse o escopo principal deste artigo. Frente a isso cabe analisar a relação entre essas duas referências, partindo de uma análise histórica dos direitos femininos no Brasil, para então relacionar com o cenário atual e por fim, estudar a PEC 29/2015 e PL 261/2019 como exemplos de propostas de retrocessos. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista, através da técnica indireta documental e bibliográfica. Além disso, o estudo faz parte da vertente teórica do Direito na Literatura. Assim, é possível perceber que muitos dos direitos femininos conquistados são recentes e são consolidados principalmente com a CF/88. Apesar disso, não são direitos plenos e por isso ainda são pautas de lutas e de ataques, como nos exemplos em que homens, por maioria, tentam tirar direitos já conquistados, com a justificativa que estão defendendo os direitos das mulheres. Compreende-se que a dominação dos corpos, presente no livro, também está no Brasil do séc. XXI, e que mesmo os direitos já conquistados, sofrem ameaça.

**Palavras-chave:** O Conto da Aia; direitos femininos; retrocessos.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1985, ano do fim da Ditadura Militar brasileira, Margaret Atwood lançava um livro intitulado *O Conto da Aia*, anos depois a referida obra volta a ser destaque com a eleição de Trump. No livro é apresentada uma distopia, um hipotético futuro dos Estados Unidos da América, com a presença de um governo autocrático e teocrático. Nesta nova república instaurada, chamada de Gilead, a violência contra as mulheres e a dominação patriarcal, com marcas religiosas, são formas recorrentes de dominação e submissão dos corpos femininos. Há então o seguinte questionamento: como ficam os direitos femininos conquistados meio a isso?

Para tanto, necessário destacar que a luta pelos direitos das mulheres já vem de muitos anos e continua forte no atual momento histórico. Isso, porém, não significa que estejam assegurados para o futuro e, por isso, é preciso uma luta constante por parte da sociedade. Outra observação importante, para que seja possível garantir a manutenção dos referidos direitos, é entender como eles se comportam na história e disso perceber como é o enfrentamento para períodos de crise e retrocessos.

Esse enfrentamento se configura como o problema da pesquisa: analisar o quanto *O Conto da Aia* reflete a manutenção de direitos frente a momentos de crises e retrocessos no cenário brasileiro de políticas, utilizando-se do Direito na Literatura para visualizar o contexto. O escopo principal então é entender essa relação do livro com a conjuntura histórica do Brasil do século XXI. Para começar, objetivou-se analisar a trajetória histórica de conquista de direitos das mulheres no Brasil, para depois relacionar o cenário atual brasileiro com *O Conto da Aia* e por fim, estudar a PEC 29/2015 e PL 261/2019 como exemplos de propostas de retrocessos.

Para isso, o artigo foi dividido em três partes. A primeira apresenta um resumo da história das mulheres no Brasil. A parte seguinte apresenta o resumo do livro *O Conto da Aia* e uma análise de aspectos da atualidade brasileira, e na terceira parte e última, há os exemplos da dominação sobre os corpos, representadas por projetos de leis, que retrocedem direitos conquistados.

## 2. A OUTRA HISTÓRIA

Simone de Beauvoir foi “uma outra, que escreveu sobre as outras”<sup>1</sup>. Nas páginas do livro *O Segundo Sexo – Fatos e Mitos*, escrito em 1949, ela estabeleceu a concepção de que a mulher não é vista em si mesma, mas em comparação com o homem (RIBEIRO, 2019, p.19). “O homem é o Sujeito, o Absoluto: ela é o Outro.” (BEAUVOIR, 2019a, p. 13.)

Essa condição do “eu” se posicionar em relação ao “outro”, já é antigo e faz parte da história e da psicologia humana. Martha Nussbaum destaca que:

Pesquisa recente sobre o nojo mostrou que ele é simplesmente visceral; tem um forte componente cognitivo, que inclui noções de contaminação ou aviltamento. Psicólogos experimentais concluíram que, com o nojo, rejeitamos como sendo contaminadoras as coisas – fezes, outros resíduos corporais, além do cadáver – que são a prova de nossa própria animalidade e mortalidade, e, portanto, da nossa impotência em questões importantes. Psicólogos experimentais que trabalham com o nojo concordam que, ao nos distanciarmos desses resíduos, estamos controlando a ansiedade de contermos e, em última análise, de nós próprios sermos resíduos, e, portanto, animais e mortais. (NUSSBAUM, 2015, p. 32).

Isso mostra que o sentimento de nojo é natural no desenvolvimento das crianças, e que se designa a coisas que mostram a impotência e a efemeridade das pessoas. O desenvolver desse aspecto é positivo em alguns sentidos, mas se torna prejudicial quando fortalece o narcisismo da criança e começa a acontecer o “nojo projetivo”. Esse é o nojo direcionado ao “outro”, normalmente aos grupos subordinados e minorias, fenômeno esse que acontece em todas as sociedades (NUSSBAUM, 2015, p. 33).

Dessa forma, essas se fundam na alteridade. A coletividade do “eu” precisa e se define no “outro”. Na visão do Antissemita, o judeu é o outro, na visão do racista, o negro é o outro, e na visão dos homens e das mulheres a mulher é o outro. E aqui entra um detalhe interessante. Simone defende que ninguém se autodefine como o “outro”, mas o caso das mulheres é diferente, é uma subordinação grande a ponto delas mesmo se considerarem o “outro” e um não “eu” (BEAUVOIR, 2019a, p. 13-14), pelo menos em boa parte da história. Essa subordinação provavelmente se deve pelo fato de que sempre existiram as mulheres. Nunca aconteceu algum evento certo

---

1 O sentido de outras, expresso inclusive no livro *O Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir, se refere à mulher como sendo o outro sexo, o segundo. Não identificado em si, mas em relação ao homem.

para que essa condição de subordinação se realizasse, então, tal percepção ficou enraizada como uma verdade, mas “ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR, 2019b, p. 11). É uma condição social, construída.

A noção do outro também se manifesta na história brasileira como um todo. A população nativa era o outro da população europeia que se dirigiu ao Brasil para colonizar. E aqui começa a outra história, sobre a questão feminina e seus direitos.

Primeiro, é necessário um destaque sobre a história construída até hoje: ela foi feita por homens da classe dominante, em grande parte (TELES, 1993, p. 11), e isso mostra a visão do “eu” masculino. “Tudo o que os homens escreveram sobre as mulheres deve ser suspeito, porque eles são, a um tempo, juiz e parte” (BARRE apud BEAUVOIR, 2019, p. 11), e por isso, principalmente no começo da história brasileira, poucos são os registros sobre as mulheres.

Do período colonial brasileiro é possível analisar, pelo livro Breve História do Feminismo no Brasil de Maria Amélia de Almeida Teles, que há uma forte presença da dominação masculina sobre os corpos, mas de maneira diferente sobre as mulheres brancas, índias e negras. As mulheres, nas diversas formas, são tratadas como objetos e, na época, devido à colonização portuguesa, muitos costumes e hábitos foram importados de Portugal, inclusive as leis e o tratamento quanto às mulheres.

A lei da época era regida pelos Códigos Filipinos. O livro 5 desse código, no Título XXXVIII disciplinava em sua vigência que era lícito o marido matar a mulher adúltera e o adúltero, quando o fato era certo, exceto “se o marido for peão o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, cu pessoa de maior qualidade” nesse caso sendo então o adúltero enviado a África para ficar no máximo 3 anos. Fala Raquel Marques da Silva:

As Ordenações Filipinas traziam em seu âmago o conservadorismo do poder patriarcal vivido na idade média. No regime das Ordenações ao marido não era imputado pena por aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos; à mulher era vedado ser testemunha em testamento público; o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher ser tutora ou curadora sempre que contraísse novas núpcias, as viúvas poderiam sê-lo desde que “vivessem honestamente”. Não podia, a mulher, praticar quase nenhum ato sem a autorização do marido. Todavia, podia promover ação para os casos de doações por ele feitas, à concubina (2000, p. 02)

No século XVIII surge então o capitalismo. Com forte influência da potência econômica que era a Inglaterra, o Brasil se tornou independente e em 1822 virou o

Império brasileiro, tendo Dom Pedro como Imperador, antes monarca de Portugal (TELES, 1993, p. 26). Em 1824 nasceu então primeira Constituição Brasileira que “não trouxe nenhuma ressalva quanto aos direitos das mulheres. No âmbito penal, entrou em vigor o Código Criminal do Império de 1830. Esse tratava da situação das mulheres em diversos dispositivos” (PALAR; SILVA, 2018, p. 732.).

No título II, capítulo I, secção II, que falava sobre infanticídio, o aborto já era proibido e criminalizado. Nesse mesmo título, no capítulo II, secção I havia a legislação sobre o estupro. Alguns exemplos de como era o enfrentamento estão no art. 219 que fala do “Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos” sendo que havia o requisito da virgindade e a extinção da pena se o homem desposasse a mulher. Nos artigos que sucedem há a semelhança da extinção da pena quando há o casamento, quando “Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta” (art. 222) tendo ainda uma diminuição significativa da pena se a mulher era prostituta. Atos que não se configurava com a copula carnal, mas havia a ofensa com dor ou mal corporal, querendo o ato libidinoso (art. 223) também eram tratados assim.

Quanto ao adultério, tratado no Capítulo III, Secção III, nos art. 250 até 253, já não era mais lícito ao marido matar a esposa, sendo o homem também penalizado por isso. No campo da educação “a Lei 15 de outubro de 1827 decretou em seu art. 11 que deveria haver “escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas”. (PALAR; SILVA, 2018, p. 733). Teles afirma que para as garotas, nesse ato, só era permitido o 1º grau, sendo que havia uma desigualdade salarial, em que as mulheres professoras recebiam menos que os homens. “Somente em 1879, o Decreto N° 7.247 possibilitou às mulheres o acesso ao ensino superior” (PALAR; SILVA, 2018, p. 733) sendo que a primeira mulher a ingressar foi Rita Lobato Velho Lopes em 1881, que se formou doutora em 1887. (TELES, 1993, p. 28).

Ainda no século XIX, devido às mudanças econômicas, as mulheres foram criando espaços e um pequeno número de mulheres começava a se questionar sobre os valores culturais supramencionados. Aí surgiu a imprensa feminina com diversos jornais. Exemplos mais famosos são O Jornal das Senhoras, O Belo Sexo, O Sexo Feminino, entre outros. Infelizmente, os dados de 1872 apontam que “apenas 11,5% da população feminina brasileira” era alfabetizada (TELES, 1993, p. 33-34). Em 1889

houve a proclamação da república e um novo Código Penal foi promulgado em 1890.

Em 1891 há a promulgação da primeira constituição da república, que na Seção II, sobre a Declaração de Direitos, afirma no art. 72, §2º que “todos são iguais perante a lei”, mas ainda faltava a concretização de tal direito fundamental. Isso fez com que as mulheres, que já estavam inclusive no mercado de trabalho, fossem atrás de seus direitos, a exemplo do voto. Sobre isso, no Rio de Janeiro em 1917 ocorreu “uma passeata com quase 100 mulheres, pelo direito ao voto” (TELES, 1993, p. 43) e esse direito foi conquistado na Era Vargas, com a Constituição de 1934<sup>1</sup>.

Nesse século aconteceram as Guerras Mundiais na Europa, que impactaram o mundo todo. As mulheres começaram a contribuir mais no âmbito da economia, inclusive no cenário brasileiro, e começaram a reivindicar mais direitos. Em 1945 aconteceu o Comitê de Mulheres pela Democracia; em 1947 é criada a Federação das Mulheres do Brasil; dia 8 de março passou a ser a data comemorativa do Dia Internacional da Mulher; em 1963 aconteceu o Encontro Nacional da Mulher Trabalhadora. Politicamente as mulheres continuaram na luta pela democracia, por seus próprios direitos, pelo trabalho, igualdade salarial, entre outros (TELES, 1993, p. 48-51).

No século XX, muitos avanços ocorreram e muitos direitos foram conquistados, com protestos, comitês e discussões:

o Estatuto da Mulher Casada de 1962 alterou a sua situação jurídica: ela deixou de ser relativamente incapaz. Já a Lei Nº 6.515 de 1977, mais conhecida como a Lei do Divórcio, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Nesse ano, também passou a vigorar a Lei Nº 9.504 que estabeleceu as quotas eleitorais de gênero para as candidaturas de um partido, de modo a incentivar a participação da mulher na política (PALAR; SILVA, 2018, p. 735-736.).

Porém, nesse século também ocorreram vários retrocessos. Em 1964 aconteceu o Golpe Militar brasileiro, e muitos direitos desapareceram, tantos masculinos, mas principalmente femininos. Um exemplo disso foi que no período da ditadura as empresas não tinham mais a obrigação de possuir um espaço análogo às creches, quando tinham mais de 30 mulheres trabalhando ali, como estipulava a Consolidação

---

1 Ainda no começo do século, no Brasil, foi promulgado o Código Civil de 1916. Nele consta que se estipulou em seu art.6º a incapacidade relativa da mulher casada, enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Ademais, o art. 219, IV considerava erro essencial, passível de anular o casamento, a descoberta pelo marido que sua esposa não era virgem. Já o art. 233 afirmava que o marido era o chefe da sociedade conjugal e era sua responsabilidade manter a família e autorizar a mulher a trabalhar (PALAR e SILVA, 2018, p. 734-735).

das Leis Trabalhistas/1943 (TELES, 1993, p. 57).

Outros exemplos de mudanças legislativas na época foram: a de 1977, que ocorreu “a abolição da proibição do trabalho noturno para as mulheres”. Houve a implementação do Programa de Prevenção à Gravidez de Alto Risco, que devido à limitação foi encarado por muitas mulheres como um programa para o controle de natalidade. Em 1973 as empregadas domésticas conquistaram o direito a férias (TELES, 1993, p 100-102).

Foi ainda durante a ditadura que o movimento por creches começou no I Congresso da Mulher Paulista em 1979 (TELES, 1993, p. 103). No II Congresso, em 1980 a questão da violência contra mulher teve destaques (p. 130), mas ainda com diversos preconceitos, sendo criado em 1985 a Delegacia Policial de Defesa da Mulher (p. 135).

Ainda, as mulheres foram importantes na luta por direitos durante a ditadura. Com o fim do Regime Militar há então as discussões e a elaboração de uma nova constituição. A constituinte, em 1986 contou com 559 deputados federais eleitos, sendo desses apenas 26 mulheres (p. 143). Aqui é importante destacar que quase todos os direitos que as mulheres reivindicaram foram incluídos na nova Constituição, muito democrática. Há a exceção do caso da legalização do aborto e outras reivindicações ligadas ao prazer sexual (p. 144).

A Constituição Federal de 1988 trouxe no art. 5º, caput a ideia de igualdade perante a lei e no inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Apesar disso, entende que não há igualdade ainda e por isso institui algumas proteções como, por exemplo, “em seu art. 7º, XX assegurou a proteção do mercado de trabalho da mulher, além de admitir a licença-paternidade” (PALAR; SILVA, 2018, p. 736).

Apesar desses direitos que a Constituição garantiu para as mulheres, a realidade não é um reflexo da lei. Depois de feita a Constituição, as mulheres, via de regra, continuam buscando antigos direitos, e direitos emergentes. Como exemplo disso há a Lei Maria da Penha, conquistada em 2006, depois de muito sangue. Ela trata dos diversos tipos de violência doméstica, não apenas contra as mulheres, sendo criada com incentivo da ONU. Apesar dessas conquistas, não foram só conquistas que aconteceram para as mulheres no Brasil, já que frente a atual crise democrática do



país, é preciso um cuidado redobrado para não perder direitos conquistados como no período da Ditadura Militar. Como escreveu Simone de Beauvoir: “Nunca se esqueça que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os Direitos das Mulheres sejam questionados. Esses mesmos direitos não são permanentes. Você terá que manter-se vigilante durante toda a sua vida” (apud COSTA, 2018, p. 06).

### **3. REALIDADE OU DISTOPIA?**

O estudo do Direito e da Literatura teve início no Brasil no início do Século XX, na década de 30, com Aloysio de Carvalho Filho e logo depois com José Gabriel Lemos Britto, posteriormente, houve uma difusão mais expressiva com Luis Alberto Warat, pela década de 70 (TRINDADE; BERNSTES, 2017, p. 230-232). Assim, diversas vertentes de estudo foram desenvolvidas, devendo ser destacadas o Direito na Literatura, o Direito como Literatura e o Direito à Literatura.

O presente artigo buscou destacar o Direito na Literatura, em que, através das humanidades, conteúdos jurídicos são estudados. O ensino multidisciplinar, principalmente quanto às humanidades, pode ser responsável por diversas habilidades. Na visão de Martha Nussbaum a interseção é capaz de humanizar os juristas e é necessária para desenvolver a empatia e a visão de um olhar interno capaz de entender que todos somos cidadãos do mundo, e que cada ser é em si próprio e não outros que devem ser subjugados (2015, p. 96-108).

Por outro lado, uma visão “sem exageros” como a defendida por Shecaira entende que o estudo das humanidades para os juristas é que “ela incrementa a nossa capacidade de perceber a complexidade de questões morais que merecem reflexão cuidadosa” (2018, p. 358). Além disso, “todos os seres vivos são exemplos de sistemas complexos” (MARIOTTI; ZAUHY, 2019, p. 15) e, sendo a humanidade complexa, o estudo e aproximação com o humano tendem a trazer o fator incerteza, realidade e complexidade ao debate, ultrapassando a visão rasa e mecanicista de mundo (MARIOTTI; ZAUHY, 2019). Afinal, “Ver-nos na condição de participantes do mundo costuma dar resultados bem diferentes.” (MARIOTTI; ZAUHY, 2019, p. 24).

É nessa perspectiva teórica de Direito e Literatura que se estrutura o estudo dos direitos femininos correlacionados ao livro O Conto da Aia.

O livro O Conto da Aia da Margaret Atwood foi Escrito em 1985 e apresenta

uma nova realidade imposta às mulheres na República de Gilead. Ele é considerado uma distopia<sup>1</sup>, projetado nos Estados Unidos da América, onde houve a devastação causada pela guerra e a radiação. Devido a isso, a taxa de natalidade caiu e muitas mulheres se tornaram inférteis. Naquele momento de guerra e formação de Gilead o Presidente e o Congresso foram mortos, metralhados e foi declarado estado de emergência, pelo exército. Ainda não havia um inimigo certo. Logo depois a constituição foi suspensa, jornais foram censurados e passou a ser necessária identificação por toda a parte, sob o argumento da segurança. As mulheres, em meio a isso, perderam suas contas e não possuíam mais cartão, portanto dinheiro e poder econômico, tendo todos os seus patrimônios transferidos para maridos ou parentes homens próximos. Depois disso foram proibidas de trabalhar, foram separadas em castas, foram proibidas de ler e por fim perderam toda a subjetividade, passando a serem objetos.

Os homens eram divididos em: comandantes, mais alto escalão. Os Guardiões, que eram soldados, trabalhavam nos postos de identificação e para os Comandantes; e os Olhos, que investigavam e matavam quem ia contra a moral e a ordem imposta. A separação entre as mulheres era: as Tias, consideradas de alto escalão, elas comandavam os Centros Vermelhos, onde as Aias eram ensinadas a serem submissas e discretas, sendo as únicas mulheres com permissão para ler. As Marthas, responsáveis pelo trabalho doméstico nas casas dos comandantes. As Econoesposas, esposas de alguns Guardiões e trabalhadores. As Esposas, casadas com os comandantes; e por fim, as Aias, mulheres ainda férteis, destinadas aos Comandantes e suas Esposas, para que pudessem ter filhos e assim, garantir a perpetuação daquela sociedade.

A dominação sobre todas as mulheres está presente no livro, e com as Aias em especial, já que suas vidas são destinadas à geração de filhos. O nome delas já reflete essa posse, como o exemplo da narradora, que é uma Aia e possui o nome Offred (Of Fred = de Fred, seu comandante). Esse aspecto tira o sentido de humanidade daquelas mulheres e torna justificável todo o tipo de violência que elas sofrem no decorrer da história.

os romances distópicos apresentam esses questionamentos políticos que

---

1 De acordo com o Dicionário Online de Português é “lugar hipotético onde se vive sob sistemas opressores, autoritários, de privação, perda ou desespero.”

nos levam a observar o nosso presente histórico, bem como o momento da narrativa. Dentro dessas narrativas encontramos espaços caóticos, governos totalitários, ambientes destruídos, qualidade de vida em níveis baixos para grande parte da população. Além do mencionado acima, conseguimos perceber que muitas distopias apresentam interferências nos corpos e colocam-nos também com um espaço de discussão que está para além de sua materialidade (KRÜGER; MARQUES. p. 513-514).

Apesar de o livro ser uma ficção, se aproxima muito com a realidade. A própria escritora, em uma entrevista, cujo trecho está legendado na página *The Handmaid's Tale Brasil* no youtube, fala: “quando eu escrevi *The Handmaid's Tale*, nada entrou no livro que não tivesse acontecido na vida real em algum lugar e algum momento”. Isso mostra que é uma distopia bem real.

As semelhanças com o Brasil se aproximam do período da ditadura. A censura de livros, a perda gradual de direitos e o autoritarismo. A ditadura brasileira, porém, foi aprovando os Atos Institucionais, para a constituição ir perdendo a eficácia, enquanto em Gilead ela foi suspensa. Mas não só com esse momento.

Em um contexto mais contemporâneo, o canal de youtube *Porta dos Fundos*, que mistura humor e crítica, desenvolveu um vídeo com 3min05seg relacionando *O Conto da Aia* com a política atual. Nesse vídeo, as mulheres, caracterizadas de Aias, se escondem em uma sala de TV, e se arriscam para assistir uma série, que “é política brasileira [...] uma distopia do estado teocrático...” e aí passam cenas da política brasileira, com personagens como o atual presidente<sup>1</sup>, Jair Bolsonaro, seu filho, Carlos Bolsonaro, a ministra Damares, entre outros. Ainda criticam falando que assistem para estarem preparadas para se em algum dia a sua sociedade chegar a esse ponto.

Ainda que o livro tenha sido publicado em 1985, ao compreendermos as possíveis repressões de um governo teocrático totalitário no cenário político atual, percebemos o quanto de retrocesso da liberdade dos corpos teríamos que enfrentar socialmente (KRÜGER; MARQUES. p. 513).

Além disso tudo, as violências perpetradas no livro ainda hoje são naturalizadas. “Hoje: mutilação genital, lesbofobia, exploração do sistema reprodutivo, estupro, feminicídio, entre outras” (LIMA, 2017) são alguns tipos de violência apresentada, de forma intensa e sem assombro dos personagens que vivenciam. A maneira que

---

<sup>1</sup> Artigo foi escrito em 2020 e revisado em 2021, o presidente do referido período é o Jair Messias Bolsonaro, eleito em 2019 com mandato até 2023.

a sociedade se divide é considerada boa, porque todas as mulheres podem ter um homem. Nessa sociedade, os homens que decidem sobre a mulher. Porém, se há problemas na sociedade, a solução não é retirar os direitos das minorias sociais.

#### **4. CORPO E PODER**

No Brasil, também há a vontade masculina de saber e decidir sobre o corpo feminino. Já na constituinte de 1986, com uma minoria de mulheres, nem todos os direitos reivindicados por elas foram aderidos pela CF/88:

A única exceção, ou a principal, diz respeito ao direito de aborto. E mesmo nesse caso, a participação das feministas impediu que houvesse um retrocesso na lei brasileira. Deputados evangélicos e católicos pretendiam introduzir “o direito à vida desde a concepção”, proibindo até aqueles casos já previstos na lei (Código Penal de 1940): o direito de interromper a gravidez resultado de estupro e a que provoca risco de vida materna (TELES, 1993, p. 144.).

Tal atitude demonstra a constante necessidade de cuidado para que direitos não sejam retirados. “Apesar dos relevantes avanços em benefício das mulheres na legislação, seus direitos são constantemente ameaçados pela expansão de pautas conservadoras no Congresso Nacional” (PALAR; SILVA, 2018, p. 737). “Dessa forma, ainda hoje, as mulheres precisam se preocupar com projetos de leis que ameaçam seus direitos e reduzem sua autonomia” (PALAR; SILVA, 2018, p. 738).

Um exemplo é a luta pela sexualidade e o prazer sem ser necessário reproduzir, pauta recente de reivindicações, remetendo a década de 90. “... a defesa da liberdade do corpo se opõe frontalmente ao autoritarismo e se integra plenamente na luta por melhores condições de vida e trabalho” (TELES, 1993, p. 147) e, por isso, ainda há muita resistência para que os direitos das mulheres sobre o próprio corpo sejam reconhecidos. Há essa dificuldade para que ela exerça o livre arbítrio, o que impede o desenvolvimento das potencialidades femininas, mesmo nas instituições mais modernas (TELES, 1993, p. 162-163.).

No Conto da Aia, é visível essa dominação sobre os corpos. As mulheres se vestem de maneira padronizada, Aias de vermelha, Esposas de azul, Marthas de verde. Além disso, as Aias são consideradas propriedades do governo, e por isso, nem pertencem a uma família fixa, mas para qualquer comandante. Sobre o tema a própria narradora fala sobre seu corpo e diz:

Minha nudez já é estranha para mim. Meu corpo parece fora de época. Será que realmente usei trajes de banho, na praia? Usei, sem pensar, entre homens, sem me importar que minhas pernas, meus braços, minhas coxas e costas estivessem à mostra, pudessem ser vistas. Vergonhoso, impudico. Evito olhar para baixo, para meu corpo, não tanto porque seja vergonhoso ou impudico, mas porque não quero vê-lo. Não quero olhar para alguma coisa que me determine tão completamente (ATWOOD, 2017, p. 78).

Mais para frente continua:

Afundo dentro de meu corpo como se dentro de um pântano, um atoleiro, onde só eu conheço os pontos de apoio seguros para os pés. Terreno traiçoeiro, meu próprio território. Torno-me a terra contra a qual encosto minha orelha, para escutar rumores do futuro. Cada pontada, cada murmúrio de ligeira dor, ondulações sucessivas de matéria na época de muda periódica, inchaços e diminuições de tecido, as secreções viscosas da carne, esses são os sinais, essas são as coisas de que preciso saber. A cada mês fico vigilante à espera de sangue, temerosamente, pois quando ele vem significa fracasso. Falhei mais uma vez em satisfazer as expectativas de outros, que se tornaram as minhas próprias expectativas. Eu costumava pensar em meu corpo como um instrumento de prazer, ou um meio de transporte, ou um implemento para a realização da minha vontade (ATWOOD, 2006, p. 90).

A personagem tem vergonha de si, do seu corpo, do que ele passou a significar. No Brasil, um caso que ficou famoso que mostra também essa dominação externa dos corpos, foi o caso da mulher de Mococa, chamada Janaina Aparecida Quirino, “pobre, mãe de cinco filhos, usuária de drogas” (MARTINS; SILVA, 2018, p. 322). Janaina, através de uma ação civil pública movida pelo promotor Frederico Barrufini e acatada pelo juiz Djalma Moreira Gomes, sofreu uma laqueadura por uma condução coercitiva. A decisão, que obrigava o município de Mococa-SP (mediante multa) a fazer o procedimento, foi feita por tutela de urgência. Após isso, o município recorreu, mas a decisão só foi anulada em 2ª instância em 23 de maio de 2018, enquanto a esterilização de Janaina ocorreu em fevereiro do mesmo ano, logo após o parto do 8º filho dela, ferindo vários direitos dela.

No âmbito legislativo também é possível verificar o controle patriarcal sobre os corpos. No ano de 2015 surgiu uma Proposta de Emenda a Constituição – PEC 29/2015. Ela possui como autoria Senador Magno Malta entre outros senadores, que totalizam 29 senadores citados como autores, sendo desses, apenas uma senadora mulher. Sua proposta inicial era alterar o art. 5º da CF/88, acrescentando “explicitação inequívoca da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção.” (Senado). Essa PEC havia sido arquivada e teve seu desarquivamento em 2019, pelo requeri-

mento nº 9 e agora está novamente em tramitação, aguardando designação do relator desde maio de 2020. Na justificativa da PEC, está escrito:

este pequeno acréscimo, de apenas um termo esclarecendo ao artigo 5º, adéqua nossa Constituição Federal aos atuais avanços científicos e terá o poder de garantir o direito à vida de milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica (SENADOb)

Ainda, no texto original, todos os tipos de aborto, inclusive os permitidos por lei, passariam a ser proibidos. Após o desarquivamento, houve uma emenda da proposta, colocando em ressalva os casos de aborto já previstos, que são no caso de estupro e para salvar a vida da gestante (art. 128, I, II, CP/1940) e no caso de anencefalia (ADPF 54/2012). Porém, no próprio site do Senado, há um vídeo, com o Professor de Bioética da UnB e obstetra Antonio Carlos Rodrigues da Cunha que fala que essa medida “vai afetar pesquisas de células tronco e embrionária, podem afetar o serviço de reprodução assistida, que trabalha com questão de gametas e também com embriões e proembriões.” Já o Senador Eduardo Girão, responsável pelo desarquivamento, alega no mesmo vídeo que essa medida é para evitar o ativismo judicial e proteger a saúde da mãe.

No mesmo caminho, em 2019, Márcio Labre do PSL/RJ propôs um PL 261/2019. Esse “dispõe sobre a proibição do comércio, propaganda, distribuição e implantação pela Rede Pública de Saúde de Micro Abortivos e dá outras providências” incluindo entre esses Micro Abortivos diversos métodos anticoncepcionais. A justificativa do PL é:

Com se não bastassem às normas técnicas do Ministério da Saúde, instruindo os hospitais da rede pública a praticarem o crime do aborto contra crianças de até cinco meses de gestação, recentemente o mesmo Ministério anunciou a liberação do uso de um abortivo conhecido como “pílula do dia seguinte”. Não é a primeira vez que tal Ministério, abusando de suas atribuições ousa autorizar a prática de crimes contra a vida. Já em 1984, o abortivo conhecido como DIU foi liberado para o uso público [...] Comete-se assim, não apenas um delito contra a vida, mas um estelionato contra as mulheres, iludidas pela falácia de que estariam usando um anticoncepcional, quando na verdade estão usando micro abortivos (BRASIL).

Ainda pede a ajuda de Deus, dos colegas parlamentares e movimentos Pró-Vida para conseguir aprovar a PL. Após críticas, o próprio autor, Márcio Labre retirou o projeto.

Outro exemplo que merece destaque pelo grande impacto é quanto a Reforma da Previdência: Emenda Constitucional nº 103, de 2019. Durante sua tramitação um assunto que virou pauta foi a dupla jornada<sup>1</sup> das mulheres, devido a nova idade exigida para a aposentadoria:

Se comparadas com as regras atuais, as medidas propostas pelo governo exigirão mais sacrifício das mulheres do que dos homens. No caso da aposentadoria no RGPS, por exemplo, mesmo que ambos os sexos percam o direito à aposentadoria por tempo de contribuição e passem a ter a exigência de idade mínima, as mulheres terão que trabalhar dois anos a mais (dos 60 aos 62 anos), se forem do setor urbano, e cinco anos a mais (dos 55 aos 60 anos), se forem do setor rural. Os homens, ao contrário, permanecerão com as mesmas referências etárias da atual modalidade de aposentadoria por idade (65 anos, no setor urbano, e 60, no rural). (DIEESE, 2019, p. 02)

Posteriormente a regra para o Regime Geral de Previdência Social – RPPS da área rural para as mulheres foi mantida em 55 anos (art. 1º da EC 103/1019 que altera o inciso II do § 7º do artigo 201 da CF/88). Porém, na área urbana houve o efetivo aumento da idade mínima para 62 anos, o que significa um aumento de 2 anos para as mulheres e a manutenção da idade para os homens.

Outra alteração é quanto ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, que passou de 55 anos para 62 anos para as mulheres - um aumento de 7 anos - enquanto para os homens o aumento foi de 60 para 65 anos – e apenas 5 anos. Importante destacar que há ainda as regras de transição que fogem ao assunto central do artigo e, portanto, não serão tratadas aqui (art. 10 do EC. 103/2019).

Dessa forma, esses são apenas alguns exemplos de como os direitos femininos estão constantemente ameaçados e como os direitos das minorias sociais são os primeiros a serem retirados durante períodos de crises e retrocessos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A história da conquista dos direitos femininos nunca foi fácil. Colocadas como “outras” em relação aos homens, tiveram que ir atrás dos seus direitos. Da mesma forma que em vários períodos suas reivindicações se misturaram com necessidades da sociedade, nunca foram colocadas como objetivos principais para a evolução des-

---

1 A dupla jornada se refere ao fato de que culturalmente a mulher foi inserida no trabalho formal, fora da sua casa, mas, não deixou de fazer as tarefas do lar como cozinhar, limpar a casa e cuidar dos filhos, muitas vezes sozinha.

sas, e superação de crises. Em contrário, nos momentos de retrocessos e até em momentos bem democráticos, como na constituinte de 1986, são direitos questionados e inclusive retirados.

O livro *Conto da Aia* apresenta bem a dinâmica de perda de direitos graduais, que, no caso, culminou na não manifestação, já que houve a espera do inimigo, que não chegou e então já veio a forte repressão. Também mostra que a desinformação, no livro caracterizado com a censura dos livros e a proibição da leitura, hoje no Brasil com a disseminação de Fake News, corte de verbas e a falta de incentivo para o estudo, leva a aceitação do que é imposto, a domesticação.

Outro aspecto que o livro apresenta com clareza é a dominação sobre o corpo feminino. Apresentado pela padronização das castas, pelo uso dos corpos das Aias para a reprodução, além da necessidade de identificação para o controle da população. No Brasil, também é possível analisar a tentativa de controle do corpo feminino, feita por parlamentares, em grande maioria homens, que ainda justificam suas práticas como algo para beneficiar a mulher. Os dois exemplos apresentados da PEC 29/2015 e a PL 261/2019 caracterizam bem isso.

## REFERÊNCIAS

ATWOOD, Margaret. *O Conto da Aia*. Trad. de Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo Sexo: Vol. 1 Fatos e Mitos*. 5. ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo Sexo: Vol. 2 A Experiência Vivida*. 5. ed. Trad. Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 fev. 1891. Diário Oficial da União, DF, 24 fev. 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, 25 mar. 1824. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1824 Página 7 Vol. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 21 set. 2020.



BRASIL. Decreto nº 847, 11 out. 1890. Promulga o Código Penal. CLBR. DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.247, 19 abr. 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1879, Página 196 Vol. 1 pt. II. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>. Acesso em 21 set. 2020.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, 7 dez. 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, UF, 31 de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 21 set. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, 12 nov. 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Diário Oficial da União, Brasília, 13 nov. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei de 15 de outubro de 1827. Manda crear escolas de primeiras letras em todas as cidades, villas e logares mais populosos do Imperio. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1827, Página 71 Vol. 1 pt. Disponível em [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça 8 jan.1831. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, 01 jan. 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União: Brasília, DF 05 JAN. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 21 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 261, 2019. Dispõe sobre a proibição do comércio, propaganda, distribuição e implantação pela Rede Pública de Saúde de Micro Abortivos e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1AEA32E31585EF8CAB0E8E73E9D0E181.proposicoesWebExterno2?codteor=1707073&filename=PL+261/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1AEA32E31585EF8CAB0E8E73E9D0E181.proposicoesWebExterno2?codteor=1707073&filename=PL+261/2019). Acesso em 26 set. 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015. Altera a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção. Distrito Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3455035&ts=1557342748915&disposition=inline>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da decisão que tornou inconstitucional da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

COSTA, Ana Kerlly Souza. (2018). Hipersexualização frente ao empoderamento: a objetificação do corpo feminino evidenciada. Anais eletrônicos do VII Seminário Corpo, Gênero e Sexualidade, do III Seminário Internacional Corpo, Gênero e Sexualidade e do III Luso-Brasileiro Educação em Sexualidade, Gênero, Saúde e Sustentabilidade. Disponível em: <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/338.pdf>. Acesso em 21 set. 2020.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. PEC 06/2019: as mulhere, outra vez, na mira da reforma da Previdência. 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec202MulherPrevidencia.pdf>. Acesso em 28 de set. 2020.

DICIO. Distopia. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/distopia/>. Acesso em: 22 set. 2020.

KAUR, Rupi. O que o sol faz com as flores. 15ª ed. Trad. Ana Guadalupe. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

KRÜGER, Luana de Carvalho; MARQUES, Eduardo Marks de. O corpo-objeto em O Conto da Aia – a desformatização do corpo da mulher no universo distópico do romance. In: Andrei dos Santos Cunha; Cinara Ferreira; Gerson Roberto Neuman; Rita Lenira Bittencourt. (Org). Ilhas Literárias – Estudos de Transárea. 1ed. Porto Alegre: Editora do Instituto de Letras UFRGS, 2018, v. ,p. 512-523. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/ppgletras/coloquiosularquipelagos/artigos/56\\_corpo-objeto.pdf](https://www.ufrgs.br/ppgletras/coloquiosularquipelagos/artigos/56_corpo-objeto.pdf). Acesso em 22 set. 2020.

LIMA, Daniela. The Handmaid's Tale: um aviso de incêndio para o cenário político atual. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/07/06/the-handmaids-tale-um-aviso-de-incendio-para-o-cenario-politico-atual/>. Acesso em 22 set. 2020.

MARIOTTI, Humberto; ZAUHY, Cristina. O Desafio da Incerteza: a cultura atual, a inteligência artificial e a necessidade do pensamento complexo. São Paulo: H. O. Mariotti, 2019.

MARTINS, Gustavo Afonso; SILVA, Marina ZAGONEL Xavier da. A eloquência do

corpo na cognição do direito considerações a partir do caso Ministério Público versus município de Mococa/sp e Janaína Aparecida Quirino. Percurso. vol.02, nº.25, Curitiba, 2018. pp. 303-330 Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3114/371371646>. Acesso em 26 set. 2020.

NUSSBAUM, Martha. Sem fins lucrativos: Por que a democracia precisa das humanidades. Trad. Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PALAR, Juliana Vargas; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. O Direito como instrumento contra a opressão feminina. Revista Direito & Práxis. Vol. 9, N. 2, 2018, p. 721-748. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25258/24184>. Acesso em: 22 set. 2020.

Porta dos Fundos. Handmaid's Tale. Youtube: 3 min e 5 seg, 2019. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=D\\_hEDCpfaKQ](https://www.youtube.com/watch?v=D_hEDCpfaKQ). Acesso em: 26 set. 2020.

RIBEIRO, Djamila. 70 anos de uma obra insuperável. In: O Segundo Sexo: 70 anos depois. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

SENADOa. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiadas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 21 set. 2020.

SENADOb. Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>. Acesso em 26 set. 2020.

SENADOc. Requerimento nº 9, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135124>. Acesso em 22 set. 2020.

SENADOd. Senadores discutem o alcance da PEC que proíbe o aborto. 2 min e 49 seg, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2019/02/senadores-discutem-alcance-da-pec-que-proibe-o-aborto>. Acesso em: 22 set. 2020.

SHECAIRA, Fábio Perin. A importância da literatura para juristas (sem exagero). Revista Internacional de Direito e Literatura: Anamorphosis. v.4. n. 2. p. 357-377. jul-dez. 2018. ISSN 2446-8088. DOI <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.42.2018>. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/423/pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

SILVA, Raquel Marques da. Evolução histórica das conquistas da mulher na legislação civil e constitucional brasileira. Revista Eletrônica Juris Síntese, Porto Alegre, v. 25, n.25, p. 1, 2000. Acesso em: 22 set. 2020.

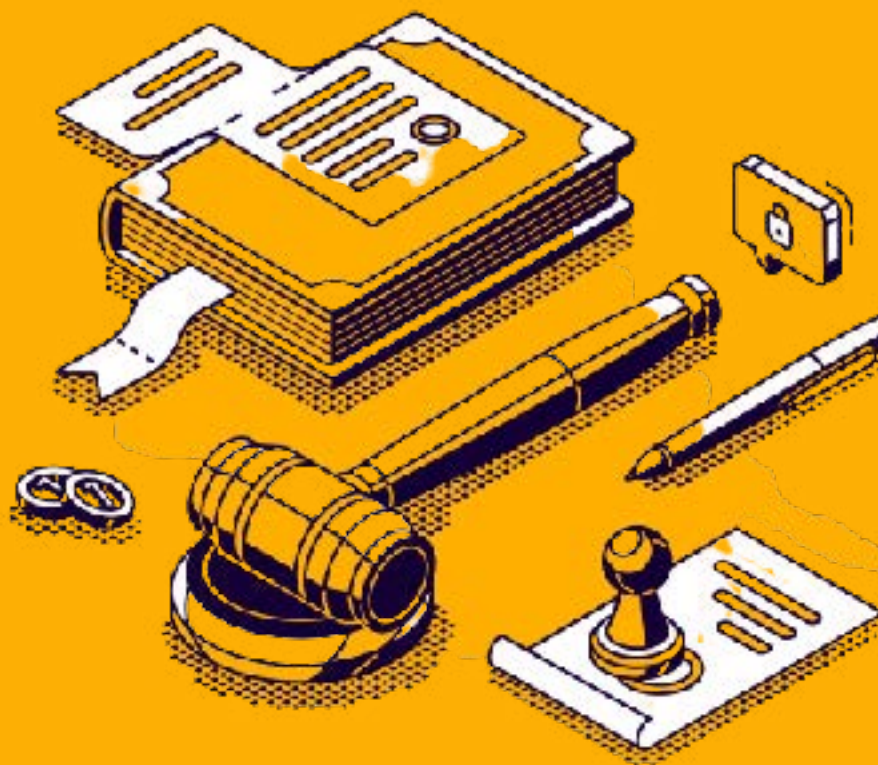
TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve história do feminismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense. 1993.

The Handmaid's Tale Brasil. Margaret Atwood | The Handmaid's Tale é vida real.

Youtube: 45 seg, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4s4MMn-jzUes>. Acesso em: 22 set. 2020.

TRINDADE, André Karam; BERNSTES, Luísa Giuliani. O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *Revista Internacional de Direito e Literatura: Anamorphosis*. v.3. n. 1. p. 225-257. jan-jun. 2017. ISSN 2446-8088. DOI: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.31.225-257>. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/326>. Acesso em: 21 set. 2020.

10.48209/978-65-18-15895-9



# **A CRIMINALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO E NÃO PAGAMENTO DO ICMS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

João Artur Ferreira Müller<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 11º semestre de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4932876516609543>. E-mail: joao\_artur96@hotmail.com

**Resumo:** O pagamento de tributos na sociedade contemporânea é um dever de todo indivíduo para a manutenção da vida social organizada como conhecemos. Todavia, indigitada obrigação por vezes não é cumprida em seu tempo correto ou até mesmo é alvo de evasão. Assim, o Estado erigiu a partir de tais situações e com base no seu poder coercitivo e punitivo mecanismos com o fito de assim forçar o adimplemento dos encargos fiscais. Dentre os inúmeros instrumentos erigidos pelo Estado, merece atenção a imputação de crime contra a ordem tributária a determinadas condutas, conforme estipulado pela Lei nº 8.137/91. Essa que teve o inciso II do seu art. 2º ressignificado no julgamento do HC nº 399.109/SC pelo STJ, onde se declarou que o lançamento e não pagamento de ICMS como crime contra a ordem tributária. Assim, o presente trabalho a partir do referido julgamento, busca verificar com base na doutrina especializada sobre a matéria penal fiscal e tributária, se o lançamento e não pagamento de ICMS se trata de crime contra a ordem tributária brasileira, bem como os métodos de cobrança a disposição do Estado, a fim de assim ver saldado o débito existente, haja vista que o problema que surge a partir da criminalização da conduta em questão por um Tribunal brasileiro, impacta significativamente o campo jurídico, econômico e social. Desse modo, para a realização dessa tarefa foi adotado o método dedutivo para fins de abordagem e o bibliográfico para fim de procedimento. Com base nisso, o presente trabalho obteve como resultado que o lançamento e não pagamento de ICMS, não constitui crime contra a ordem tributária, mas sim mero inadimplemento, o qual deve se sujeitar ao método administrativo e judicial de cobrança do débito, haja vista que o inadimplemento de uma obrigação fiscal não se baseia, exclusivamente, na intenção do obrigado de se furtar ao cumprimento do encargo tributário.

**Palavras-chave:** Tributário; Criminalização; Lançamento; Pagamento; ICMS.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado, em virtude dos inúmeros encargos a ele estipulado pelo contrato social entabulado pela sociedade, necessita de verbas para a manutenção de serviços básicos, como é exemplo, a educação, a saúde e a segurança. Tais verbas, podem

advir do patrimônio do próprio Estado, ou seja, por meio da renda produzida por suas empresas ou por seus bens. Porém, o mais comum é o Estado buscar receita para o sustento de seus objetivos no patrimônio alheio, ou seja, no patrimônio de particulares.

Em virtude disso, vários problemas relativos à tributação de particulares eclodiram no transcorrer da história da humanidade. A harmonização entre a arrecadação, a liberdade e o patrimônio dos indivíduos nem sempre esteve presente, uma vez que em determinadas épocas da história, a atividade arrecadatória de valores pelo Estado envolveu excessos e arbitrariedades, as quais iam do constrangimento à restrição de direitos como também ao uso de violência.

Diante desta realidade, o Direito tratou de erigir, paulatinamente, mecanismos com o objetivo de limitar o poder do Estado no ato de cobrar tributos. Como exemplo, é possível referir a assinatura da Magna Carta, em 1215, pelo rei João Sem Terra. Entretanto, surgiram também instrumentos legais para a busca de verbas não revertidas pelos particulares aos cofres públicos, conforme estipulado legalmente.

Dentre os instrumentos utilizados pelo Estado para a cobrança de valores a ele devidos, a título de tributo, destacam-se: o Protesto Extrajudicial no Tabelionato de Protesto de Títulos; a Execução Fiscal e, quando for o caso, a Ação Penal relativa à ocorrência de crime contra a ordem tributária, conforme regras expressas na Lei nº 8.137/90.

No ano de 2018, foi objeto de julgamento pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Habeas Corpus nº 399.109/SC. Este discutiu a imputação de crime contra a ordem tributária, com base no art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137/91, nos casos em que há a prática de lançamento e não pagamento de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). No caso em questão, a 3ª seção, norteadada pelo voto do relator no remédio constitucional interposto, o Ministro Rogério Schietti Cruz firmou o entendimento de que o não recolhimento de ICMS por meses seguidos constitui crime contra a ordem tributária, como bem se denota a partir da leitura da ementa do julgado que segue abaixo.

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO.

TERMOS “DESCONTADO E COBRADO”. ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade. 2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial. 3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão “descontado ou cobrado”, o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição. 4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo “descontado” é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo “cobrado” deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito. 5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal. 6. Habeas corpus denegado. (HC 399.109/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 31/08/2018)

Destacado julgamento gerou grande impacto, tanto no âmbito do Direito Tributário quanto no do Direito Penal, haja vista a intersecção de aludidas áreas. Além do choque provocado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça trouxe a necessidade de se discutir os seguintes pontos: a. o que se entende por crime contra a ordem tributária; b. se a ação de lançar e não pagar ICMS - ou outra espécie tributária - constitui crime contra a ordem fiscal; c. se o Estado possui mecanismos eficazes para a cobrança do adimplemento da obrigação tributária, sem o uso da ultima ratio. Com o objetivo de responder a tais questionamentos, o presente estudo busca verificar na doutrina especializada sobre a matéria penal fiscal e tributária, se o lançamento e não pagamento de ICMS configura-se como delito contra a ordem tributária, bem como analisar os métodos disponíveis ao Estado para que busque a quitação do va-



lor a ele devido.

Para a realização da tarefa em questão, adota-se o método dedutivo para fins de abordagem e o bibliográfico para fim de procedimento. Desse modo, encontra-se o presente artigo dividido em dois pontos, sendo o primeiro intitulado como “O conceito de crime tributário”, que visa compreender o que se entende como crime contra a ordem tributária pela doutrina especializada na matéria, a fim de assim em verificar sincronias ou assincronismos entre a doutrina e o julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sucessivamente o segundo tópico, o qual é intitulado como “O lançamento e o não pagamento de ICMS e as possibilidades legais de cobrança”, busca inferir quais são as ferramentas disponíveis ao Poder Público diante do inadimplemento do contribuinte para que assim veja satisfeita a obrigação de fiscal de pagar tributo.

A realização de uma reflexão quanto ao julgamento do Habeas Corpus nº 399.109, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível, uma vez que aludida decisão serve de precedente para os casos em que exista o inadimplemento de obrigações fiscais. Afinal, este pode consubstanciar ações autoritárias e arbitrárias por parte do Estado no ato de cobrar os tributos devidos e, assim, trazer enorme insegurança jurídica e econômica.

## **2. O CONCEITO DE CRIME TRIBUTÁRIO**

O Direito Tributário, por trata-se de área onde é exigido do indivíduo a prática de determinado ato estipulado legalmente, pode ser alvo de infrações que implicam, em regra, em sanções ao contribuinte transgressor da ordem legal. Assim, são aplicadas as multas moratórias, em virtude do vencimento do pagamento de obrigações fiscais; as multas de ofício, devido a ocorrência de irregularidade mais grave; as multas isoladas, aplicadas devido o descumprimento de obrigação acessória de fazer, não fazer ou tolerar.

Além das referidas sanções, existe ainda outros tipos de penas que podem ser aplicadas em sede administrativa pelo Poder Público, em face do particular inadimplente com as obrigações fiscais. São exemplos: a exclusão do contribuinte sujeito ao sistema do SIMPLES Nacional<sup>1</sup> e, também, o perdimento de bens objeto de des-

---

1 Art. 17, inciso V da Lei Complementar nº 123/2006.

caminho<sup>1</sup>.

No entanto, há situações em que o indivíduo pratica conduta, a qual coloca em risco a existência da comunidade de forma organizada como conhecemos, devido ao dano que provoca. Assim, o legislador escolheu por criminalizar condutas de notável caráter danoso, possibilitando, inclusive, a aplicação de penas privativas de liberdade, sem o prejuízo da aplicação de sanções administrativas.

A partir de tais condutas e da regulamentação legal, nasce o que chamamos de Direito Penal Tributário. Conforme Andrade Filho (2015), aludida área do Direito se refere ao conjunto de normas que versam sobre os delitos praticados contra o Estado, em virtude da falta ou da insuficiência do recolhimento de valores apurados e devidos a título de tributo, conforme lei editada pelo ente competente pelo seu recolhimento.

Como é plenamente verificável, em ambas as esferas, a administrativa e a penal, as normas concernentes às sanções pelo não cumprimento de obrigação tributária principal, buscam efetivar os Princípios da Legalidade, da Capacidade Contributiva e da Isonomia (ANDRADE FILHO, 2015).

Contudo, além de perseguir a efetivação de referidos Princípios, as normas de Direito Penal Tributário, em especial a Lei nº 8.137/90, visam proteger

a integridade do erário (TRF4, AC 19997.00013749-2, Fábio Rosa, 7a T., u., 11.2.03), a arrecadação (STJ, CC 96497, Arnaldo Lima, 3a S., u., 23.9.09) ou a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins (BALTAZAR JUNIOR, 2015, p. 800)

Assim, o que se pretende é resguardar a Administração Pública, o trabalho e a livre concorrência, essa elevada a condição de Princípio da Ordem Econômica pela Constituição Federal de 1988, pois como Baltazar Junior (2015) destaca, o empresário sonegador terá a possibilidade de ter preços melhores do que aquele que recolhe os tributos devidos de maneira correta, caracterizando dessa forma, uma concorrência desleal. Logo, é facilmente verificável que o bem jurídico tutelado se trata de um bem macrossocial, coletivo.

A partir da análise Lei nº 8.137/90, então, constata-se que essa em seus três primeiros artigos definiu o que se entende por crime contra a ordem tributária. Os

---

1 Arts. 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/66, 23 e 27 do Decreto-Lei n. 1.455/76 e 675 s. do Decreto n. 6.759/09.

dois primeiros artigos são destinados ao indivíduo particular obrigado a declarar e pagar determinado tributo e, o terceiro, endereçado a condutas praticadas pelo agente público responsável pelo controle fazendário.

Dentre referidos dispositivos, merece análise o art. 2º, inciso II, visto que este foi objeto de exame pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 399.109/SC. Conforme ensinamentos de Baltazar Junior (2015), o tipo objetivo da sublinhada regra penal fiscal é a apropriação indébita, pelo sujeito obrigado de recolher tributo não devido por ele, mas o qual é responsável por repassar ao órgão tributante. Ainda quanto à apropriação indébita de tributo, essa não requer a ocorrência de fraude, como é o caso da sonegação. Basta o inadimplemento do contribuinte sendo o dolo do agente transgressor imprescindível para a consolidação do delito.

Todavia, quando se verbera quanto à prática de apropriação indébita de tributo, é fundamental adequar a aplicação da referida regra legal a cada tributo e as suas especificidades. Se afirma isso, porque é imprescindível ter em mente que a mera conduta de deixar de pagar tributo, por si só, não caracteriza crime contra a ordem tributária. Na medida em que o indivíduo não adimple o tributo, mas cumpre com todas as obrigações tributárias acessórias e possui escrita contábil regular, inexistente crime algum, mas mero inadimplemento (STJ, AgRg no REsp 1158834, Maria Thereza, 6ª T., u., 19.2.13; TRF4, AC 200771100020007, Márcio Rocha, 7ª T., u., 31.5.11) (BALTAZAR JUNIOR, 2015).

Assim, no que se refere ao ICMS, Baltazar Junior (2015) salienta que indigitado tributo é cobrado “por dentro”. Em outras palavras, o tributo é incluído no preço do produto. Dessa maneira, o crime estipulado no art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90, somente ocorre nos casos de substituição tributária. O referido autor salienta, ainda, que mesmo assim o crime seria de difícil ocorrência, posto que o recolhimento do sublinhado tributo ocorre diretamente para a Fazenda, não existindo desconto propriamente dito. De qualquer maneira, nas operações ordinárias sujeitas ao ICMS, inexistente crime tributário, posto que o valor da nota fiscal representa tão somente o preço da mercadoria, constituindo dessa forma o valor do tributo dívida própria do vendedor, depois da compensação com o valor devido em suas compras.

Percebe-se, então, que a prática de apropriação indébita de tributo, conforme

estipulação do art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 e no que se refere ao ICMS, requer não somente o não recolhimento do referido tributo, haja vista as peculiaridades do distinto imposto, mas que na operação se esteja diante da hipótese de ICMS sujeito a substituição tributária. Afinal. Tal como já foi visto, nas operações ordinárias de ICMS inexistem crime tributário, mas mero inadimplemento, sujeito às modalidades de cobrança estipuladas legalmente do crédito, assim como ocorre no protesto extrajudicial e na execução fiscal.

### **3. O LANÇAMENTO E O NÃO PAGAMENTO DE ICMS E AS POSSIBILIDADES LEGAIS DE COBRANÇA**

Paulsen (2018) destaca que o ICMS é um dos impostos de maior complexidade do sistema tributário pátrio. A sua legislação é extensa, pois abrange os artigos 5º e 155, inciso II e seus §§ 2º da Constituição Federal, além de Resoluções do Senado Federal, legislação complementar (LC nº 87/1996), convênios entre os Estados (Convênios Confaz) que regulamentam os benefícios fiscais que podem ser mutuamente concedidos e, por fim, as leis que instituem destacado tributo nos Estados que compõem a federação brasileira.

Sublinhado tributo, como se denota a partir da leitura do art. 155, inciso II de nossa Carta Magna, incide “sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior” (BRASIL, 1988).

Logo, o nascimento da obrigação de pagar aludido imposto decorre da ocorrência de fato econômico concernente à circulação de mercadoria. Não se trata de qualquer mercadoria, assim como não se trata de qualquer modalidade de circulação de bem, mas da prática de ato jurídico onde exista a transmissão de um direito (posse ou propriedade).

Se entende como operação de circulação de mercadoria para fins de incidência de ICMS, o fato em que se configure a transferência de direito de posse ou propriedade de um indivíduo à outro, sob a égide de um título jurídico, de um bem corpóreo ou virtual da atividade profissional do produtor, industrial, comerciante e importador, tendo por objetivo a distribuição para o consumo da sociedade.

Dessa maneira, ocorrido aludido fato econômico ensejador da obrigação tributária, incide sobre ele a norma tributária, fazendo assim nascer a relação jurídico-tributária, que possui natureza obrigacional como ensina Paulsen (2018). Somente assim, passa a existir o débito e o crédito tributário. O ordenamento jurídico fiscal brasileiro, bem como a jurisprudência pátria entendem que somente a partir da formalização da existência e liquidez do crédito tributário, por meio de documento, pode-se falar na existência do crédito.

Referida elaboração documental do crédito tributário em face de contribuinte determinado, pode ocorrer de diversas maneiras, ou seja, pode decorrer não somente e exclusivamente por lançamento da autoridade tributante, mas também pode ser realizado pelo próprio devedor do tributo, como cumprimento de obrigação acessória ao adimplemento da obrigação fiscal principal.

Aludida modalidade de lançamento é denominada de lançamento por homologação e encontra-se prevista no art. 150 do Código Tributário Nacional. Esta é a hipótese onde o indivíduo auxilia ostensivamente a autoridade tributária na atividade de lançamento e recolhimento do tributo, antes da ação da Administração Pública, com base em montante que ele próprio mensura. Da indigitada conduta do contribuinte nasce, então, o dever do fisco de realizar a conferência da exatidão do valor lançado e o seu pagamento regular, homologando, expressamente ou tacitamente, o lançamento realizado pelo contribuinte (SABBAG, 2012).

O ICMS é um exemplo notável da apontada modalidade de lançamento de crédito fiscal, uma vez que constituída a relação jurídica-tributária entre o Estado e o particular, deverá o último realizar o lançamento do valor por ele mensurado, para que a autoridade fiscal estatal proceda na homologação do crédito dentro do lapso temporal de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, conforme estipulação do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Dessa maneira, realizado o lançamento pelo contribuinte devedor de ICMS, o qual reconhece tanto a obrigação de pagar quanto a ocorrência de operação de circulação de mercadoria ou serviço, se afasta a necessidade do fisco de analisar a ocorrência do fato gerador, bem como apontar e notificar o sujeito passivo da obrigação fiscal e o montante por ele devido aos cofres públicos.

Todavia, além de afastar a obrigação do Estado de apurar a ocorrência do fato

econômico, o devedor e o montante por ele devido, o lançamento realizado pelo contribuinte devedor de ICMS, e homologado expressamente ou tacitamente, dá ensejo a contagem do prazo prescricional para que a autoridade pública fiscal requeira por meio de procedimento judicial o adimplemento da obrigação de pagar tributo informada.

Estipula o art. 174 do Código Tributário Nacional como marco inicial de contagem da prescrição, a data da constituição definitiva do crédito fiscal. No entanto, cabe fazer referência ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto às hipóteses de declaração e não pagamento do crédito tributário devido pelo contribuinte. Assim, entende o Tribunal Superior que o termo inicial da prescrição é a declaração do débito tributário, ainda que o contribuinte não venha a pagá-lo. Aludido entendimento se constata através da leitura do AgRg no Ag nº 1184651/SP de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado pela Primeira Turma em 09 de março de 2010, conforme segue abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUMENTO DE ALÍQUOTA DE ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (REsp 962.379/RS). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.º 282, DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. 1. O ato administrativo do lançamento, efetuado pelo ente tributante, é desnecessário quando o próprio contribuinte, previamente, mediante GIA ou DCTF, procede à declaração do débito tributário a ser recolhido. 2. In casu, o contribuinte efetuou a declaração do débito inscrito em dívida ativa, por isso que prestando o sujeito passivo informação acerca da efetiva existência da dívida, porém não adimplindo-a, inicia-se para o Fisco Estadual a contagem do prazo prescricional para ajuizar o executivo fiscal, posto constituído o crédito para autolancamento. 3. A Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA assemelha-se à DCTF, razão pela qual, uma vez preenchida, constitui confissão do próprio contribuinte, tornando prescindível a homologação formal, passando o crédito a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal. 4. É que a Primeira Seção, quando do julgamento de recurso representativo de controvérsia, consolidou o entendimento de que a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais -DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado. (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008)

Dessa forma, dentro do lapso temporal de cinco anos, conforme estipulação do art. 174 do Código Tributário Nacional, poderá a autoridade fiscal utilizar mecanismos de cobrança extrajudicial e judicial, com o fito de ver satisfeito o crédito existente em seu favor.

Conforme Paulsen (2018), a autoridade fiscal dispõe, em prima facie, da cobrança amigável prevista no Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal), onde o contribuinte será notificado pelo Poder Público quanto à existência de débito fiscal, o qual deverá pagar ou impugnar, dentro do prazo de trinta dias, conforme disposto nos artigos 11, inciso II, e 15 do referido diploma legal.

Transcorrido o lapso temporal apontado para o adimplemento da obrigação fiscal pelo contribuinte, sem a respectiva quitação da obrigação, poderá o fisco encaminhar o processo administrativo à Procuradoria para que essa inscreva o devedor em dívida ativa do ente e proceda na execução do crédito, como bem verbera o art. 21, § 3º do Decreto nº 70.235/72.

Ainda é possível que autoridade tributária promova, antes do processamento de execução fiscal, o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa em Tabelionato de Protesto de Títulos, conforme disposição da Lei nº 9.492/97, essa que inclui de maneira expressa entre os títulos sujeitos a protesto, as Certidões de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, conforme se denota do parágrafo único do art. 1º da respectiva lei, incluído pela Lei nº 12.767/2012. Através de destacado procedimento o devedor do tributo é intimado pelo tabelião para pagar o débito fiscal acrescido dos emolumentos diretamente no tabelionato no prazo de até três dias úteis, sendo lavrado e registrado o protesto da dívida por falta de pagamento em caso do devedor ainda assim restar inadimplente, sendo após isso fornecida certidão às entidades de proteção ao crédito, gerando assim restrições ao acesso à crédito pelo devedor, dentre outras consequências.

Por fim, é possibilitado a autoridade administrativa fiscal o processamento de execução fiscal, com base nas regras da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), uma vez que a Certidão de Dívida Ativa constitui título executivo extrajudicial, nos termos do art. 202, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, art. 2º, § 5º da Lei de Execução Fiscal e art. 784, inciso IX do Código de Processo Civil.

Assim, através de indigitado procedimento o fisco resta possibilitado a perseguir todos os bens e rendas do sujeito passivo, destaca Paulsen (2018) que inclusive os bens gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, ressalvado os que a lei declare como absolutamente impenhoráveis. Isso se deve ao fato de que todo o rol patrimonial do devedor resta sujeito a satisfação do crédito tributário, como resta disposto no art. 183 do Código Tributário Nacional.

Percebe-se que a partir da constituição definitiva do crédito tributário após o lançamento fiscal realizado pelo devedor, é aberta uma janela temporal ao Poder Público, onde a ele é concedido um leque de possibilidades de, sem assim incorrer em ato autoritário que venha a agredir a dignidade do devedor.

#### **4. CONCLUSÃO**

Denota-se, a partir do estudo realizado quanto ao lançamento de ICMS e o seu conseguinte inadimplemento, que indigitada prática não constitui crime contra a ordem tributária, previsto junto ao art. 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 como ora verberado em decisão proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 309.109/SC. Isso se deve fato de que os requisitos inerentes e inafastáveis de indigitado delito no que tange ao ICMS, objeto ensejador da persecução penal, não restam configurados.

Ademais, conforme constatado, após o lançamento da obrigação fiscal e conseguinte consolidação do crédito tributário em favor do Poder Público, detêm esse a possibilidade de cobrar o devedor por meios tanto extrajudiciais quanto por meio judicial, o qual não concerne em ação penal.

Cabe assim chamar a atenção ao risco social trazido pela decisão objeto de estudo, uma vez que possibilita ao ente público, recorrer diretamente a seara penal com o fito de ver satisfeito crédito existente em seu favor a título de ICMS.

Frisa-se que o Direito Penal possui caráter fragmentário, ou seja, a sua utilização só deve ocorrer após a utilização de outras medidas pelo Poder Público, pois conforme ensinamento de GOMES (2007, p. 27), “O Direito Penal, em suma, é a ultima ratio, isto é, o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (em outras palavras: só deve atuar subsidiariamente).

Dessa maneira, considerando que o Poder Público possui mecanismos de co-



brança e de sanção de natureza não penal, não se configura razoável o uso do Direito Penal com o fito de garantir a arrecadação tributária do Estado.

Portanto, se há a possibilidade de uso de instrumentos legais menos gravosos que venham a compelir o contribuinte no cumprimento de regra tributária, então esse deve ser adotado em prejuízo do Direito Penal, sob risco de promoção da insegurança jurídica, bem como de desrespeito as bases do Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Planalto Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Planalto Nacional. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de março de 1972.

BRASIL. Planalto Nacional. Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976. Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de abril de 1976.

BRASIL. Planalto Nacional. Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de novembro de 1966.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de dezembro de 2006.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Diário Oficial da União, Brasília, 16 de setembro de 1996.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de dezembro de 2012.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Código Tributário. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de outubro de 1966.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de setembro de 1980.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de dezembro de 1990.

BRASIL. Planalto Nacional. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de setembro de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no Ag nº 1184651/SP. Julgado em 09 de março de 2010. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=Ag+1184651%2C&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 06 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no REsp 1.158.834/ES. Julgado em 19 de fevereiro de 2013. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1158834&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 06 de setembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC nº 399.109/SC. julgado em 22 de agosto de 2018. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=h-c+399.109&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 06 de setembro de 2020.

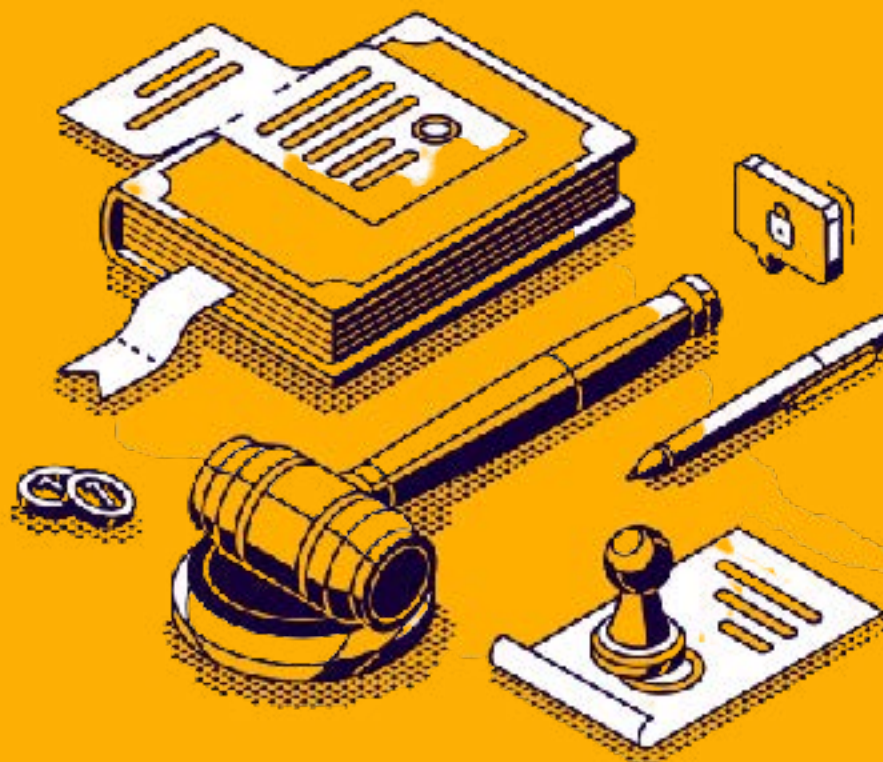
GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais. São Paulo: RT, v. 1, 2007.

HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro; DE MELO, José Eduardo Soares de. 11. ed. Impostos federais, estaduais e municipais – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



# **LIBERDADE NEGOCIAL E MERCADO DE TRABALHO: PERSPECTIVAS ACERCA DAS FUNÇÕES E DISFUN- ÇÕES DA AUTONOMIA**

**Fernanda Sampaio Silva<sup>1</sup>**

**Nei Adácio Pumes da Costa<sup>2</sup>**

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: fernandasampaio554@gmail.com

2 Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande e Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Integrante da Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: neipumes@hotmail.com.

**Resumo:** Os diversos escândalos de corrupção, a instabilidade política, a latente polarização ideológica, a queda do Produto Interno Bruto e o crescimento da inflação demonstram a caótica situação de crise que o Brasil tem enfrentado. Ocorre que tais constatações teóricas têm efeito direto na vida da população brasileira, que sofre a cada dia o aumento de preços, o descontrolado desemprego e progressivo aumento de tributos. Considerando a dinamicidade das relações de trabalho o objetivo geral deste artigo é analisar dialeticamente as perspectivas acerca da autonomia e da liberdade negocial nas relações de trabalho, baseado simultaneamente em literatura, legislação pátria, jurisprudência e resultados de pesquisas empíricas sobre o tema realizadas no Brasil, procedendo com os métodos tipológico e comparativo. Examina-se inicialmente o homem como sujeito de interesse, passando a identificar dialeticamente os benefícios, malefícios e limites da liberdade negocial para os empregadores e trabalhadores, confrontar a necessidade de intervenção estatal com a autonomia da vontade e identificar possibilidades nas quais a liberdade seja benéfica simultaneamente ao empregador e ao empregado.

**Palavras-Chave:** Mercado de Trabalho, Autonomia, Reforma Trabalhista

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Estudiosos supõem que a história da palavra trabalho se refere a passagem pré-histórica da cultura da caça e pesca para a cultura agrária, baseada na criação de animais e no plantio. Há uma percepção que devem ter surgido ao mesmo tempo a noção de propriedade e produto excedente, logo do trabalho da terra com a força dos próprios músculos, dá a sensação da posse do produto dela colhido, resultado do empenho e dispêndio de força de quem trabalhou, embora o trabalho tenha significado intrínseco e a satisfação decorra do próprio processo técnico inerente (ALBORNOZ, 1994, p. 59).

Desde a origem, um caminho longo foi percorrido possibilitando a expansão tecnológica, acumulando experiência e possibilidades, novas relações de trabalho, teletrabalho, home office, a automação libertando o homem do fardo de diversos trabalhos. O que ameniza a ideia posta por Suzana Albornoz na qual “o esforço alienado

imbeciliza e reduz a capacidade de opor-se ao sistema” (ALBORNOZ, 1994, p. 79), repelindo o poder transformador, e também permite o raciocínio que talvez no futuro, poderá se viver um velho sonho da humanidade, uma terra abençoada onde não seja mais preciso trabalhar, mas que ainda se possa viver em meio a abundância. Assim, o trabalho não será uma carga para suportar e o objetivo supremo não será o rendimento e o desempenho, mas a criação uma atividade com sentido, o mesmo sentido que já tem para o sábio e para o artista.

Não se constrói, no entanto, uma sociedade com sonhos abstratos. É necessário continuar em marcha e uma visão que traduz com profundidade tal busca psíquica e material, é bem ilustrada pela noção do “Homo Oeconomicus”, dirigido pelas diferentes manifestações do Sujeito de Interesses (TYBUSCH, 2011, p. 220).

O Brasil tem enfrentado nos últimos anos um imenso enfraquecimento de seus pilares político-econômicos e diversos foram os eventos que contribuíram para dar início ao período de recessão que o país tem enfrentado. Os diversos escândalos de corrupção, a instabilidade política, a latente polarização ideológica, a queda do Produto Interno Bruto e o crescimento da inflação demonstram a caótica situação de crise que se tem enfrentado.

Ocorre que tais constatações teóricas têm efeito direto na vida da população brasileira, que sofre a cada dia o aumento de preços, o descontrolado desemprego e progressivo aumento de tributos. Nesse cenário, é necessário saber suas prioridades para não acabar em apuros.

Os trabalhadores adentram ao mercado com os mais variados objetivos pessoais, mas ao fim há uma convergência ao bem-estar pessoal e familiar, o que sem meio termo, acaba direcionando as famílias a busca por maiores ganhos financeiros e diminuição de impostos e encargos.

No que tange o mercado de trabalho, dados do IBGE (Desemprego..., 2019) demonstram que 13,4 milhões de brasileiros estão desempregados. São igualmente alarmantes os dados de que em 2017 dois a cada 5 trabalhadores estava no mercado informal, perfazendo um total de 37,3 milhões de pessoas (Empregos e Carreiras..., 2018). Percebe-se nesse viés, a expressiva significância que a informalidade representa no mercado de trabalho. O fato é que o mercado informal cresce a cada

dia, sendo possível aferir que a população brasileira tem buscado cada vez mais as oportunidades de emprego que permitem uma maior flexibilidade de negociar, seja por necessidade ou como saída para minimizar os encargos trabalhistas.

Existem perspectivas distintas no que tange a autonomia negocial. Os favoráveis a ela defendem a liberdade como direito natural e fundamental do homem, no qual o Estado não deveria intervir. Ademais, afirmam que pode ser um instrumento essencial para a redução do desemprego, por acreditar que o mercado tem a capacidade de autorregular-se. Os que possuem uma perspectiva contrária ao uso extensivo da liberdade negocial acreditam que a intervenção Estatal é necessária a fim de regular o desequilíbrio de poderes entre o empregado e o empregador.

Frente ao cenário de crise, reformas vêm sendo propostas a fim de minimizar os impactos da recessão na vida dos brasileiros. Em 2017, foi aprovada pela Câmara dos Deputados o projeto de lei proposto pelo então Presidente Michel Temer que viria a ser nomeado de “Reforma Trabalhista” (BRASIL, 2017). Tal legislação teve como objetivo combater o desemprego e a crise econômica do país, através da flexibilização da rígida legislação anterior, enfraquecendo a atuação dos sindicatos e aumentando a liberdade negocial.

Considerando a dinamicidade das relações de trabalho o objetivo geral deste artigo é discutir as perspectivas acerca da autonomia e da liberdade negocial nas relações de trabalho no mercado brasileiro, baseado simultaneamente em literatura, legislação pátria, jurisprudência e resultados de pesquisa empírica sobre o tema realizadas no Brasil. Examina-se inicialmente o homem como sujeito de interesse, passando por uma análise da liberdade do indivíduo os benefícios da relação autônoma. O trabalho prossegue identificando criticamente as disfunções do afastamento do estado das relações trabalhistas, apresentando ao final uma síntese das principais conclusões.

Ademais, busca-se identificar dialeticamente os benefícios, malefícios e limites da liberdade negocial para os empregadores e trabalhadores, confrontar a necessidade de intervenção estatal com a autonomia da vontade e identificar possibilidades nas quais a liberdade seja benéfica simultaneamente ao empregador e ao empregado.

## 2. HOMO OECONOMICUS - O SER HUMANO COMO SUJEITO DE INTERESSES

Orientado pelas ideias de Foucault, identifica-se o “Homo Oeconomicus” como aquele que obedece ao seu interesse que, espontaneamente vai convergir com o interesse dos outros” (TYBUSCH, 2011, p. 29). Nesse viés, Adam Smith tenta compreender os fenômenos morais humanos de uma sociedade hierarquizada e composta por “esquemas de sentimentos, envolvendo, admiração e desprezo, pobreza e riqueza, mas que também transcende, por vezes, necessita de uma compreensão maior da complexidade envolvida” (TYBUSCH, 2011, p. 30).

O autor afirma que o conceito de Homo economicus tem sua abrangência estendida temporalmente até a atualidade, no raciocínio de Foucault, a natureza desta percepção é, certamente, econômica, porém seu esquema e modelo aplicam-se a todo ator, não somente econômico, mas social em geral, o que não nos deixa dissociar a ideia do pensamento do trabalhador atual.

Partindo do princípio do homem como ele realmente é, ou seja, preocupado em atender as paixões que o movem. Além do exercício da experiência, perceber o outro, é necessário a imaginação, onde forma-se a ideia mínima do que se passa na mente de quem está do outro lado.

Adam Smith traz à tona, em um capítulo de sua obra “Teoria dos Sentimentos Morais” que, de forma óbvia, a tendência dos homens é simpatizar com a alegria e não com a tristeza. “Em outras palavras, que o homem rico glorifica-se com sua riqueza e o homem pobre esconde sua pobreza” (TYBUSCH, 2011, p.29). Atenuante ao contraponto é o mercado se autorregular em face de sua “mão invisível”.

Estendendo esta perspectiva ao ponto de conduzir as ações dos indivíduos, afirmando que as ações egoístas seriam também corrigidas pelo mercado, nesta visão é estabelecida uma racionalidade das condutas individuais e da auto regulação do mercado sendo passíveis de análise econômica. Foucault alinha-se com o raciocínio acima:

[...] Michel Foucault sugere não só que nenhum agente econômico deva buscar o bem comum, mas também estende a sua abordagem para todo e qualquer agente político. Assim, a mecânica econômica deve permanecer



na obscuridade também para o soberano. A racionalidade da economia está fundamentada na necessidade de que cada um siga o seu interesse. “O poder político não deve intervir nessa dinâmica que a natureza inscreveu no coração do homem. É proibido, portanto, que o governo crie obstáculo a esse interesse dos indivíduos. (Foucault, 2008, p. 381).

Em uma síntese simplista podemos dizer que o Homo Oeconomicus é aquele cujo interesse espontaneamente vai convergir com o interesse dos outros. Não existe também uma definição exata para o termo, que nas palavras de Foucault assume proporções de parceiro de troca a partir problemática de necessidades (TYBUSCH, 2011, p. 33).

Com este delineamento estabelecido voltando os olhos para sociedade globalizada hodierna, cujo sentimento mais profundo nas palavras de Bauman é o seu caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais, onde o fenômeno de globalização não está ligado somente à economia possuindo também uma natureza política, tecnológica e cultural em uma influência interna sobre nossas vidas (comportamentos, formas de ver o mundo). Nesse processo, o “Homo Oeconomicus”, sofre uma transformação na Sociedade Global em Rede, estudos buscam atenuar sua imagem de “agente racional egoísta”, chegando até a defesa de a noção de um “Homo Corporativus”, dirigido para a noção de um interesse social (TYBUSCH, 2011, p. 38).

A dinamicidade da sociedade globalizada e de risco<sup>1</sup> produz um clima de incertezas que já não são mais passíveis de controle estatal o que acaba por forçar o indivíduo a tomar decisões que implicam em riscos pessoais, por vezes, com potencial de atingir toda a sociedade, neste contexto emerge também outra característica da sociedade hodierna, a autocrítica, acentuada pelo risco, pela possibilidade de calcular e prever situações contingenciais e de ter que desdobrar-se frentes consequências oriundas das escolhas feitas. Desta forma, aparece com o deslocamento do debate político, antes centralizado juntamente ao Estado (TYBUSCH, 2011, p. 50).

---

1 Riscos, pelo autor definidos como perigos calculáveis.

### **3. FUNÇÕES POSITIVAS DA AUTONOMIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

#### **3.1 A autonomia negocial como expressão dos direitos naturais: perspectivas histórico-filosóficas acerca da liberdade e do estado**

Os contratualistas são filósofos que concentraram seus estudos no objetivo de explicar a transição dos homens do Estado de Natureza à sociedade civil. Tal escola filosófica tem como um de seus principais expoentes John Locke, que concebe o estado de natureza como a condição na qual o poder executivo se mantém unicamente nas mãos dos indivíduos, não havendo governo, apenas pessoas livres para decidir sobre suas ações, gozando de seus direitos.

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. (LOCKE, 1994, p. 69)

O contrato social advém, nessa concepção, para assegurar o respeito pelos direitos naturais. John Locke defende as liberdades individuais a fim de que os direitos naturais do homem, como a vida, a propriedade e a felicidade, possam ser asseguradas. Nesse viés, o Estado tem o papel de regular os desacordos e conflitos com neutralidade, garantindo os direitos dos homens sem intervir demasiadamente em suas vidas; surge a partir disso a concepção de estado mínimo, com limitação de poderes.

A liberdade de um indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado (LOCKE, 1994, p. 41).

Milton Friedman, economista norte americano, costuma tratar sobre o assunto com base em uma premissa essencialmente simples: a sociedade que coloca a igualdade à frente da liberdade irá terminar sem igualdade e liberdade. Assim, em suas obras, Friedman ressalta que a existência do estado é necessária, mas de

forma a garantir os interesses e direitos individuais, sendo um estado minimamente intervencionista.

A existência de um mercado livre não elimina, evidentemente, a necessidade de um governo. Ao contrário, um governo é essencial para a determinação das 'regras do jogo' e um árbitro para interpretar e pôr em vigor as regras estabelecidas. O que o mercado faz é reduzir sensivelmente o número de questões que devem ser decididas por meios políticos - e, por isso, minimizar a extensão em que o governo tem que participar diretamente do jogo (FRIEDMAN, 1985, p. 23).

Mas como a liberdade e mínima intervenção estatal se relacionam com o direito do trabalho? Baseando-se na teoria contratualista, assim como em concepções liberais lato sensu, pode-se aferir que a função do Estado é garantir que tanto o trabalhador quanto o empregador tenham seus direitos naturais garantidos.

Fugindo de suas atribuições essenciais, o Estado por muitas vezes invade o privado e impõe por meio de normas concepções generalistas, colocando a sociedade acima do indivíduo. Peca ao esquecer que a sociedade é formada por indivíduos.

Em um dos países com a maior diversidade cultural, social e ambiental do mundo, feito o Brasil, criar leis observando a comunidade de maneira homogênea não é a melhor maneira de representar os interesses da população, como diria Friedrich Hayek, existe toda diferença do mundo entre tratar as pessoas igualmente e querer torná-las iguais.

O erro central das medidas governamentais reside no fato de tentarem, por meio da coerção, obrigar as pessoas a agir contra seus interesses imediatos a fim de promoverem um suposto interesse geral. Tentam resolver o que se supõe um conflito de interesses, ou uma diferença de pontos de vista com relação a interesses, não por meio de uma estrutura que elimine o conflito ou tentando persuadir as pessoas a ter interesses diferentes, mas forçando as pessoas a agir contra seu próprio interesse. Substituem os valores dos participantes pelos que estão de fora; alguns dizendo a outros o que é bom para eles ou o governo tirando de alguns para beneficiar outros. Estas medidas enfrentam, portanto, umas das mais poderosas e mais criativas forças conhecidas pelo homem - a tentativa de milhões de indivíduos de defender seus interesses, de viver suas vidas de acordo com seus próprios valores (FRIEDMAN, 1985, p. 201).

Não cabe, portanto, ao Estado o papel de reger e legislar sobre cada detalhe de uma relação de trabalho, seu papel seria garantir que as partes negociem com igualdade entre si, mas sem perder a sua liberdade; compreendendo, nesse cenário, que apenas o próprio indivíduo sabe o que é melhor para si mesmo.

Em contrapartida a tais premissas, é possível encontrar perspectivas nas quais o Estado deve ser o grande elo mantenedor e controlador da sociedade. Nessa perspectiva, Thomas Hobbes, filósofo contratualista, adota um pensamento que coloca o homem como o lobo do homem. Em sua teoria, no estado de natureza, os homens viviam em uma guerra de todos contra todos, tudo que poderia ser encontrado é insegurança, sofrimento e egoísmo. Para o surgimento da sociedade civil, foi necessário que se abrisse mão de suas liberdades em prol de um Estado absoluto defensor da segurança e paz da população.

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os votos), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto (HOBBS, 1983, p. 59).

Não obstante, alguns séculos depois, surge um dos maiores defensores do Estado como ente gerador de igualdade e centralizador de poder. Karl Marx considera o trabalho como involuntário, imposto e forçado a fim de gerar lucro à classe dominante. Em sua visão, toda a história da humanidade baseia-se na luta de classes (MARX, 1999), sendo necessária uma revolução dos trabalhadores para se desprender das amarras que os aprisionam ao trabalho e gerar igualdade.

Diversos são os posicionamentos acerca da função do Estado e da extensão de sua intervenção sob a vida de sua população. De fora do plano das ideias, é possível identificar no atual cenário global nações que representam ambas as perspectivas filosóficas acerca da intervenção estatal, em consonância com tema do presente trabalho científico, no âmbito dos direitos trabalhistas.

Tendo o Brasil adotado a tradição jurídica Civil Law, é evidente que o Estado busca sempre que possível transpor para leis escritas o regulamento de determinadas atividades. No âmbito Laboral, as relações são regidas pela Consolidação das leis do Trabalho (BRASIL, 1943), decretada no Estado Novo, governo ditatorial de Getúlio Vargas, em 1º de maio de 1943, que elenca uma série de direitos aos trabalhadores a fim de garantir relações equilibradas.

De encontro a tal perspectiva intervencionista, os Estados Unidos da América, país de tradição *Common Law*, tem como principal premissa a negociação individual, regulando apenas os padrões mínimos do trabalho através da legislação federal intitulada *The Fair Labor Standarts Act*<sup>1</sup>. Tal lei regula o máximo de horas semanais que se pode trabalhar, o pagamento de hora extra, o salário mínimo e o trabalho infantil. Cabe salientar, também, que os estados federados têm autonomia para tomar decisões em relação a suas leis possuindo, assim, divergências legislativas entre os estados.

Desde 1910 perdurando regramentos, o Código Trabalhista Francês com suas mais de 3000 páginas regulava o mundo do trabalho, sendo considerada uma espécie de Bíblia civil do modelo social francês. A República Francesa passou em 2017 por um processo de flexibilização das leis trabalhistas que surgiu com o intuito de modificar as relações de trabalho no país, reduzindo o desemprego e facilitando a contratação e demissão de funcionários. Com a reforma, os empregadores poderão negociar acordos e demissões voluntárias diretamente com seus funcionários, o prazo prescricional para processos trabalhistas será de um ano e foi delimitado teto para as indenizações de demissão sem justa causa (Protestos contra..., 2017)

A Dinamarca, por sua vez, é um país com escassas leis do trabalho, por lá não existe salário mínimo, nem vale-transporte ou alimentação. A indenização por demissão é somente dada quando o trabalhador está na mesma empresa a mais de 15 anos. Os planos de saúde e aposentadoria são pagos pelo próprio trabalhador, fazendo com que ele tenha liberdade de escolher entre as diversas opções existentes no mercado local (Salário e benefícios na Dinamarca..., 2015)

Outro país com notória qualidade de vida é a Alemanha, suas leis de flexibilidade ao trabalho permitiram que a crise fosse superada, o que tornou motivo para ser uma grande inspiração da reforma tupiniquim. Antes de 2015, não havia salário mínimo definido pela federação, em contrapartida, o sistema de indenização por demissão sem justa causa é similar ao brasileiro, quanto mais tempo de trabalho em uma empresa, maior será a multa. As férias anuais correspondem à  $\frac{2}{3}$  em relação à nossa e a licença maternidade também é menor; correspondendo à aproximadamente 58,33% da brasileira (Direitos Trabalhistas..., 2017)

---

1 Em tradução livre significa “Leis de Padrões Justos de Trabalho”

Ressalta-se que o conteúdo acima exposto não busca comparar um país com o outro, isso porque se reconhece a existência de diversas variantes histórico-sociais em cada um deles. O que se conclui é que a liberdade negocial tem se tornado cada vez mais presente nos países de primeiro mundo, visando a diminuição do desemprego e a premissa de autorregulação do mercado. Apesar disso, tais reformas nunca são bem vistas pelos trabalhadores, que vão às ruas protestar por acreditar que tais flexibilizações nas legislações irão suprimir seus direitos.

### **3.3 Reforma Trabalhista e o retrato dos novos trabalhadores**

A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, é a legislação responsável pela regulação das relações trabalhistas no país, desde o urbano até o rural. Nela são regulados todos os aspectos de tais relações, desde a jornada de trabalho, férias, horas extras e carteira de trabalho, até a organização sindical e os contratos individuais de trabalho.

Ocorre que ao regular as relações de trabalho a CLT não interfere apenas na vida do trabalhador, mas do empregador igualmente, porque se são garantidos direitos a alguém, outrem deverá arcar com tais custos. Nesse sentido, cabe analisar as leis laborais pátrias sob dois aspectos: o do trabalhador e o do empregador.

Para o trabalhador, nem sempre a palavra planejar está presente no seu vocabulário já que com os mínimos salários recebidos e a precária educação financeira da população o essencial é pagar as contas e colocar o alimento na mesa. Com os elevados índices de desemprego já anteriormente referidos, tem-se buscado alternativas no mercado informal para que se possa prover o sustento da família.

Dentro da perspectiva do empregador, planejar significa reduzir seus custos de forma a maximizar seus ganhos. Enquanto administrador de determinado estabelecimento, cabe a ele organizar desde os custos essenciais, como água e luz, até custos com mão de obra. O planejamento das relações humanas representa muito mais do que apenas contratar e demitir. É necessário conceber que o custo para se manter um empregado é muito maior do que seu salário, é necessário considerar, nesse aspecto, os diversos encargos impostos ao empregador em benefício do trabalhador como férias remuneradas, FGTS, seguridade social e 13º salário.

Se por um lado existe a complexidade de custos que ter um funcionário representa, por outro o desemprego tem aumentado cada vez mais. O mercado tem buscado novas maneiras de se relacionar no que tange os vínculos de prestação de serviços e os trabalhadores informais representam 2 a cada 5 no mercado de trabalho (IBGE, 2017).

A reforma trabalhista aprovada pelo congresso em 2017 gerou inúmeras dúvidas à para a população que entendeu estar perdendo seus direitos, enquanto, na verdade, estaria adquirindo maiores liberdades e possibilidade de empregar-se. Observa-se que seu objetivo imediato foi facilitar as relações de trabalho a fim de diminuir o desemprego, flexibilizando a legislação e deixando um terreno propício para a autonomia negocial.

Estudiosos acreditam que o intenso protecionismo governamental representa um entrave ao desenvolvimento econômico do país, tendo sido tal reforma um passo em prol do mercado e de maiores liberdades para a população. A reforma trouxe consigo um retrato que ilustra novos tipos de trabalhadores, entre eles cabe ressaltar o Autônomo Exclusivo e o Hiper suficiente.

Antes de mais nada é necessário conceituar empregado e diferenciar um contrato intermitente de um contrato autônomo. A figura do empregado é definida, conforme o art. 3º da CLT, como a pessoa física subordinada juridicamente à um empregador com vínculo pessoal, oneroso e não eventual. O contrato intermitente trata justamente da relação entre empregador e empregado caracterizada pela subordinação, ocorre, no entanto, que prestação dos serviços não é contínua, podendo ocorrer alternância de períodos em horas, dias ou meses e, até mesmo, inatividade. Nesse tipo de contrato, o empregador deverá recolher as contribuições previdenciárias e o FGTS com base nos valores pagos durante o mês. O contrato autônomo, por outro lado, é caracterizado quando não há vínculo de subordinação entre as partes, categorizando o trabalho como prestação de serviços eventual.

O trabalhador autônomo exclusivo foi inserido pela reforma com a redação do Art. 442-B que atesta que a contratação de autônomo poderá ser realizada com ou sem exclusividade e continuidade, afastando os requisitos de empregado previstos no Art. 3º da CLT e conseqüentemente todos os encargos trabalhistas. Assim, um au-

tônomo que presta serviços à uma única empresa regularmente não é caracterizado como empregado e pode negociar com a contratante seus benefícios autonomamente.

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação (BRASIL, 2017).

Apesar de vista por muitos como uma garantia de segurança jurídica às negociações firmadas entre o contratante e contratado, recentemente foi votada pela Comissão de Direitos Humanos do Senado a sua retirada da CLT, por acreditarem que tal figura seria uma fraude aos recolhimentos trabalhistas e intensificaria a precarização laboral; ainda resta a análise das Comissões de Assuntos Econômicos (CAE), de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e da Comissão de Assuntos Sociais (BRASIL, 2019). Tal projeto é uma afronta às reformas, de nada adianta buscar a renovação das leis se, após aprovadas, serão vítimas da intervenção estatal novamente. É necessário zelar pela liberdade negocial, os trabalhadores são sujeitos de direito aptos a exercer sua cidadania e fazer suas próprias escolhas sem que o estado interfira.

Apesar de ser trazido no Art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a premissa de que todos são iguais perante à lei, no direito do trabalho busca-se analisar a função social da justiça e, nesse sentido, utiliza-se do princípio da proteção ao hipossuficiente para diminuir as desigualdades entre os empregados e empregadores (BASTOS, 2010). Contudo, a reforma trabalhista foi inovadora ao trazer em sua redação a figura do segundo retrato do trabalhador aqui estudado: o trabalhador hipersuficiente.

Tal classificação é dada ao trabalhador que possui curso de nível superior e recebe como remuneração valor superior a duas vezes o teto de benefícios do INSS, cerca de onze mil reais por mês. Nesses casos é possível que às cláusulas de seus contratos equivalem à normas coletivas, podendo sobrepor-se à lei. É possível ainda que as demandas sejam submetidas à arbitragem, conforme o Art. 507-A da CLT.

Art. 444 Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com



a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 2017).

Estudos do IBGE apontam que o salário médio do brasileiro empregado de uma empresa, pública ou privada, era de R\$2.480,00 (IBGE, 2017) e, que apenas 14% dos adultos entre 24 e 64 anos haviam concluído o ensino superior no Brasil, segundo levantamento da (OCDE, 2017). Apesar de a inclusão desse retrato ser um grande passo para a liberdade negocial, os ditos trabalhadores hiper suficientes são uma parcela ínfima da população.

#### **4. DISFUNÇÕES DA AUTONOMIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

Como demonstrado neste trabalho a liberdade de contratar, objetivando uma existência livre e digna, contribui sobremaneira para aprimoramento e desenvolvimento da personalidade e porque não, para o alcance da felicidade, objeto de amparo constitucional derivado da proteção à dignidade da pessoa humana. No entanto, embora o homem seja o senhor e amo de todas as suas manifestações, não pode ele destruir as dádivas da natureza em prol apenas da sua ilimitada liberdade, não pode ele prejudicar a outrem em suas vidas, saúde, liberdade ou posses (LOCKE, 1994).

Seguindo a raciocínio do autor, o indivíduo que transgrida deliberadamente as regras naturais torna-se perigoso para a humanidade e confere a parte prejudicada a busca pela reparação do dano e até mesmo castigo para o crime (LOCKE, 1998). Com esse olhar enxerga-se respaldo para intervenção estatal sempre que ocorrer disfunções desta autonomia e da liberdade de contratar, pois individualmente o homem se move por interesses, e nunca seria totalmente justo e imparcial, e, nas relações de trabalho não se porta diferente o sujeito de interesses o qual discorreremos no

capítulo um deste artigo.

Desse consenso e, voltando os olhos ao regramento trabalhista brasileiro CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)<sup>1</sup>, Lei nº 13467/2017<sup>2</sup>, Lei Complementar nº 123/2006<sup>3</sup>, analisaremos as disfunções nessa autonomia negocial trabalhista e os reflexos tanto na vida do trabalhador, quanto da empresa.

Em relação ao trabalhador os prejuízos aparecem nos chamados contratos de trabalho atípicos que de uma forma geral não possuem os mesmos direitos laborais e o reconhecimento da legislação trabalhista, aplicada aos contratos típicos, onde nos parâmetros da CLT no tocante a relação de emprego, o trabalho prestado por pessoa física, de maneira pessoal, não eventual, com onerosidade e subordinação. Nas brechas dos contratos atípicos surge a “pejotização”, contratação de uma pessoa física, regulamentado como Microempreendedor Individual - MEI, sendo identificado pelo número do CNPJ - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, buscando afastar ou camuflar a relação de emprego, fraudando, assim, a legislação trabalhista, previdenciária e fiscal.

A referência a pessoa jurídica na relação originou o neologismo “pejotização” (SILVA BARBOSA; ORBEM, 2015) onde “a pessoa contratada como “pejota” vende sua força de trabalho como empresário ou trabalhador autônomo, transparecendo “suposta” autonomia na execução das atividades” (SILVA BARBOSA e ORBEM, 2015). Dentre os efeitos adversos a quem foi contratado nessa relação, podemos destacar o valor dos encargos sociais arcados integralmente pelo trabalhador, e, em

---

1 No centro da questão está o vínculo empregatício. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

2 Trabalhador autônomo, contratado para prestar serviço por tempo determinado, sem carga horária obrigatório ou subordinação a chefia. “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

3 Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI [...] § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

caso de doença, afastamento, acidente do trabalho, não terá remuneração caso não tenha recolhido por si as contribuições previdenciárias. Já no contrato de trabalho típico, estaria seguro, além do empregador auxiliar na robustez do sistema de previdência social contributivo solidário (MENDES, 2013) com alíquota de 20% sobre a folha (Encargos sociais ..., 2016). O estado tem buscado frear a prática fraudulenta e a justiça do trabalho tem reconhecido a relação de emprego em casos que desvirtuam o objetivo da lei (SILVA BARBOSA; ORBEM, 2015).

Também merece destaque relevante a responsabilidade civil pela livre iniciativa lembrando o risco do empreendimento e o dever de obediência legislativa, juntamente com os critérios éticos prestados pela organização ao público nos serviços e bens produzidos ou circulados (CAVALIERI, 2007, p. 162-164). A responsabilidade reside na qualidade e segurança perante a ordem pública, referente ao relacionamento negocial da atividade empresarial, fornecedores, trabalhadores, consumidores, meio ambiente (MENDONÇA, 2014). No art. 931 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) expõe o fundamento ao risco do desenvolvimento diante o empresário individual na circulação de produtos, o art. 327 preconiza risco criado da responsabilidade extracontratual ampla e irrestrita (BRASIL, 2002).

A responsabilização objetiva, não importa a culpa e sim pelo nexo de causalidade entre o agente e o dano causado, aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus, ubi comoda, ibi incommoda*) (DINIZ, 2004). É flagrante que há uma nova problemática oriunda da questão, o trabalhador que sempre recebeu a proteção característica do Direito do Trabalho, agora com CNPJ será demandado por uma pessoa com hipossuficiência presumida, caso esta sofra algum dano derivado da sua atividade empresarial respectiva.

Não exaurindo o tema cabe aclarar esses dois pontos para trazer a reflexão sobre de que modo caminhará as relações, onde a figura principal é MEI, em futuro próximo há de ser maiores dados sobre sua sobrevivência como empresa, o que ainda carece de maturação, já que no cenário atual das pequenas organizações empresariais brasileiras em sua maioria possui um ciclo de vida pequeno a exemplo das Microempresas que abriram em 2010, segundo o SEBRAE 49% delas não sobreviveram dois anos (SEBRAE, 2010).

## CONCLUSÃO

Com o presente artigo buscou-se analisar a presença da autonomia nas relações de trabalho, identificando os benefícios, malefícios e limites de tal liberdade negocial. Nesse aspecto, é possível aferir que em países de tradição civil law, tal como o Brasil, é comum a intervenção estatal nas relações laborais. Apesar disso, a tendência encontrada em países de primeiro mundo é que o princípio da liberdade impere sob os demais, a fim de que haja redução no desemprego e que o mercado se autorregule.

Identificou-se por meio de análise das perspectivas históricas-filosóficas que existem duas correntes majoritárias acerca da intervenção do estado nas relações laborais. Enquanto parte da corrente liderada por Locke, Friedman e Hayek acreditam que o estado deve abster-se de tais intervenções e buscar garantir os direitos naturais do homem de liberdade, propriedade e felicidade. Por outro lado, embasando-se em Hobbes e Marx percebe-se que quem busca a intervenção estatal em tais relações acredita que é dever do governo garantir a igualdade entre a classe operária e seus empregadores.

Acerca da reforma trabalhista de 2017, acredita-se que foi um primeiro passo em prol da liberdade dos indivíduos com a inserção dos polêmicos trabalhadores autônomos exclusivos e hiper suficientes. No momento em findamos este trabalho o mundo começou a enfrentar uma pandemia que colapsou a economia e trouxe mão estado em antítese a guiar e libertar empreendedores e trabalhadores através de estímulos e reformas, trazendo reflexos ainda não conhecidos. Nesse sentido, ainda há uma imensa caminhada para que os trabalhadores possam entender por si só o que é bom ou ruim. Assim cabe o acompanhamento doutrinário e jurisprudencial acerca das reformas para que se possa observar efetivamente seu impacto na vida dos brasileiros. Ponderando de tal maneira que as disfunções da liberdade negocial não fragilize o trabalhador hipossuficiente e consiga elencar novas possibilidade de escolha nas relações produtivas de modo que o processo seja sinérgico e crie ganhos mútuos para ambas as partes da relação.

## REFERÊNCIAS

ALBORNOS, Suzana. O que é o Trabalho. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BASTOS, Frederico Silva. O princípio de proteção ao hipossuficiente, o princípio da busca da verdade real e o dever de imparcialidade do juiz na justiça do trabalho. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_6235644\\_o\\_principio\\_de\\_protecao\\_ao\\_hipossuficiente\\_o\\_principio\\_da\\_busca\\_da\\_verdade\\_real\\_e\\_o\\_dever\\_de\\_imparcialidade\\_do\\_juiz\\_na\\_justica\\_do\\_trabalho.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_6235644_o_principio_de_protecao_ao_hipossuficiente_o_principio_da_busca_da_verdade_real_e_o_dever_de_imparcialidade_do_juiz_na_justica_do_trabalho.aspx). Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. 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: 08 out. 2020.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). 08 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). 08 out. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

CARVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.162-164.

DESEMPREGO sobe para 12,7% com 13,4 milhões de pessoas em busca de trabalho. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24283-desemprego-sobe-para-12-7-com-13-4-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-trabalho>. Acesso em: 19 nov. 2020.

DIREITOS Trabalhistas em outros lugares do mundo. Disponível em : <https://super.abril.com.br/sociedade/como-sao-os-direitos-trabalhistas-em-outros-lugares-do-mundo/>. Acesso em: 08 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v.7. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p.48.

ENCARGOS sociais pagos pelo empregador, conforme normativo da Receita Fede-

ral. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/tributos/contribuicoes-previdenciarias-pjj>. Acesso em: 08 out. 2020.

EMPREGOS e Carreiras. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/12/05/ibge-trabalhadores-informalidade-brasil-2017.htm>. Acesso em : 19 nov. 2020.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores

INFORMAÇÕES extraídas do CEMPRE (Cadastro Central de Empresas) pelo IBGE em 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/cempre/quadros/brasil/2015>. Acesso em: 08 out. 2020.

MARX, K.; ENGELS, F. Manifesto do Partido Comunista. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Givago Dias. A responsabilidade civil no exercício da livre iniciativa constitucional nas organizações empresariais. disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/10856>. Acesso em: 08 out. 2020.

PROTESTOS contra a reforma trabalhista na França. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1920875-apesar-de-protestos-macron-aprova-reforma-trabalhista-na-franca.shtml>. Acesso em: 09 out. 2020.

Projeto de Lei. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/23/projeto-aprovado-na-cdh-acaba-com-figura-do-autonomo-exclusivo>. Acesso em: 08 out. 2020.

RELATÓRIOS Econômicos da OCDE Brasil. Novembro de 2015. Resumo em Português. Disponível em: <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf>. Acesso em 08 out. 2020.

SALÁRIOS e benefícios na Dinamarca. Disponível em : <https://www.brasileiraspe-lomundo.com/salarios-e-beneficios-na-dinamarca-361941603>. Acesso em: 08 out. 2020.

SEBRAE. Disponível em: [https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/estudos\\_pesquisas/taxa-de-sobrevivencia-das-empresas-no-brasildestaque15,01e9f925817b-3410VgnVCM2000003c74010aRCRD](https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/estudos_pesquisas/taxa-de-sobrevivencia-das-empresas-no-brasildestaque15,01e9f925817b-3410VgnVCM2000003c74010aRCRD). Acesso em: 08 out. 2020.

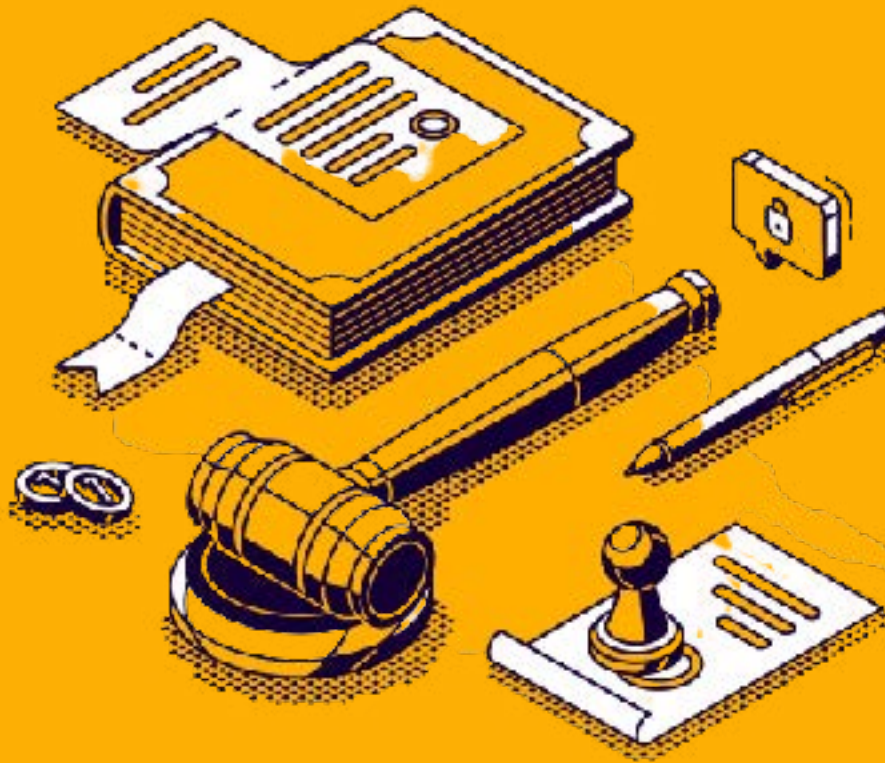
SILVA BARBOSA, A.M; ORBEM, J. V.. Pejotização: precarização das relações de trabalho, das relações sociais e das relações humanas. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20184>. Acesso em: 08 out. 2020.

SÍNTESE de Indicadores Sociais: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017. Agência de Notícias IBGE, 2018. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>. Acesso em: 08 out. 2020.

TYBUSCH, J.S. Sustentabilidade Multidimensional: Elementos Reflexivos Na Produção Da Técnica Jurídico-ambiental. 2011. 22 p. Tese (Doutorado em Ciências Humanas)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

10.48209/978-65-00-15895-E

10.48209/978-65-00-15895-G



# **A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL**

**Fernando Gambini Viana<sup>1</sup>**

**Matheus Machado De Oliveira<sup>2</sup>**

**Vinicius Prates Soares<sup>3</sup>**

---

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade federal de Santa Maria. In Memoriam.

2 Acadêmico do curso de Direito da Universidade federal de Santa Maria. E-mail: mat.machado@hotmail.com

3 Acadêmico do curso de Direito da Universidade federal de Santa Maria. E-mail: viniciuspratessoares@gmail.com



**Resumo:** Esse trabalho pretende analisar a temática acerca dessa atribuição de poderes investigatórios do Ministério Público, especificamente no campo criminal, visto gerar diversas discussões e controvérsias, a fim de se ter um maior aprofundamento quando aos benefícios e malefícios dessas atribuições dadas ao Ministério Público. O trabalho abordará e analisará criticamente a argumentação da corrente contrária ao poder de investigação conduzida pelo órgão ministerial, bem como fará o mesmo com as alegações doutrinárias favoráveis à possibilidade de o Ministério Público ser munido do poder investigatório. Com o intuito de esclarecer a temática, será exposto alguns casos em que a atuação ministerial, devido ao poder investigatório que possui, cometeu abusos e também casos em que se diferente fosse, não teria havido seguimento das investigações. Por fim, conclui-se que existe possibilidade de condução de investigação criminal por autoridade própria do Ministério Público. No entanto torna-se de suma importância e necessidade um maior aprofundamento acerca da temática visto ainda não haver consenso no plano doutrinário, além de que, com os abusos praticados pelo órgão, torna a temática ainda mais pertinente, a partir das ressalvas que gera quando da atuação ministerial.

**Palavras Chave:** Ministério Público; Investigação Criminal; Argumentos Contrários; Argumentos favoráveis.

## **INTRODUÇÃO**

De acordo com o art. 27, caput, da Constituição Federal de 1988, é prescrito ao Ministério Público papel essencial na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nessa senda, uma série de funções institucionais foram atribuídas ao Ministério Público. Essas funções estão elencadas nos diversos incisos do art. 129 da Constituição Federal, como supramencionado anteriormente. No entanto existe uma questão que gera grandes atritos entre doutrinadores e juristas, qual seja: Em nenhum momento a Constituição Federal de 1988 é explícita quanto à possibilidade de o Ministério Público promover diretamente as investigações de natureza criminal.

Ademais, há quem afirme que a Carta Magna é claramente explícita, mais precisamente em seu art. 144, § 1º, inc. I e § 4º, ao atribuir à Polícia Judiciária o poder de apurar infrações penais, não se falando na atribuição investigativa diretamente ao órgão ministerial. Assim, as diferentes interpretações dos artigos supramencionados geraram amplas divergências de opinião na seara doutrinária, bem como na seara jurisprudencial. Contudo essa divergência foi, de certa forma, apaziguada partir de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual firmou entendimento em sede de repercussão geral (RE 593.727/MG) no sentido de que pode o Ministério Público promover investigações de natureza criminal, aumentando o alcance do texto constitucional, visto este não ter essa previsão.

Os próximos capítulos versarão sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público conduzir por autoridade própria investigações criminais apresentando os questionamentos de ambas as correntes, sejam favoráveis, sejam contrárias.

## **A INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL**

Primeiramente deve-se observar o modelo de investigação tradicionalmente utilizado no Brasil, qual seja, em um sistema inquisitorial, o modelo de inquérito policial. Esse modelo encontra-se em plena decadência, visto este ser um modelo já amplamente defasado e atrasado, além de possuir diversas complicações técnicas e burocráticas. Já o Ministério Público vive uma ascensão de prestígio, institucional e político, ascensão esta que teve início a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, a qual conferiu um patamar diferente ao órgão ministerial, traçando-lhe um novo perfil.

A partir dessa mudança de perfil, o Ministério Público passou a cada vez mais conduzir investigações na seara criminal, a partir do que diversas dessas investigações tiveram seu devido seguimento e acabaram por atingir pessoas antes consideradas intocadas pelo processo penal e pela justiça brasileira. Contudo e infelizmente, também fora acompanhado diversos casos em que o órgão cometeu abusos em suas investigações, ferindo diversos princípios norteadores do processo penal, maculando sua atuação.

É a partir dessa contextualização que se adentra às correntes doutrinárias que tratam da temática e suas controvérsias, primeiramente se abordando a classe contrária ao poder investigatório atribuído ao Ministério Público. A corrente contrária à possibilidade de o Ministério Público promover investigação criminal argumenta que:

- a) É de exclusividade da polícia judiciária a função de investigação criminal, previsto legislativamente tal função;
- b) A maneira como o *parquet* conduz suas investigações viola constantemente os princípios norteadores do sistema acusatório;
- c) O Ministério Público tende a ser parcial durante suas investigações, o que acarreta em uma condução errônea de tais investigações;
- d) Existe uma tendência de o Promotor de Justiça, em sua atuação investigativa, de somente buscar provas que interessem à acusação e isto traz um perigoso desequilíbrio entre defesa e acusação, além dos diversos ferimentos ao devido processo legal;
- e) Não há na legislação previsão que permita ao *parquet* presidir diligências ou inquéritos policiais;

Formulando considerações à respeito do assunto, Rogerio Lauria Tucci se manifesta com as seguintes palavras:

É de ser anotada, a tal propósito, desde logo, a asserção de que o poder investigatório seria concedido, ao Ministério Público, pela própria Constituição Federal, nos incs. I, VI, VIII e IX do art. 129; e, portanto, seria um contra-senso negá-lo ao titular da ação penal, encarregado de formar a opinião delicti e promover em juízo a defesa do ius puniendi do Estado. Acresce, nesse particular, ao que já foi explanado, em sentido oposto, que, sobre inexistir, na realidade, essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar. Dúvida alguma pode haver acerca dessa realidade, de sorte a restar ilusório o alvitre de uma investigação escoreita, pelo órgão ministerial, assim orientado, por amor à obra então realizada, a um desfecho exitoso do procedimento inquisitorial a seu cargo. Ademais, o fato de ser possível a verificação da prática de infração penal, em autos de inquérito civil, a cargo do Ministério Público, não obsta a que, com os elementos eventualmente colhidos, se proceda, em seqüência, à apuração regular da materialidade do fato e respectiva autoria: até mesmo o órgão jurisdicional, por força do disposto no art. 40 do CPP, ao invés

de proceder, diretamente, a investigação, deve remeter os respectivos autos ou papéis ao Ministério Público, para que este, se for o caso, requisite a instauração de inquérito policial. De outra banda, e como, igualmente, salientado, as outras espécies de investigação, que não a policial, em voga, ostentam respaldo constitucional inquestionável, determinante da atribuição deferida a outras autoridades, tanto administrativas, como dos Poderes Judiciário e Legislativo. E nem se venha dizer, por fim, que a negação desse tão almejado poder ministerial importaria em sobrelevação das atribuições conferidas à Polícia Judiciária, cuja atuação estaria comprometida em variadas circunstâncias, e. g. em relação à apuração de infrações penais cometidas por agentes policiais. Tendo-se, necessariamente, presente que as autoridades policiais, assim como os membros do Ministério Público, atuam, normalmente, com zelo e diligência, bem é de ver que a repartição das atribuições estabelecidas para os agentes da persecução penal, presta-se à determinação dos lindes das respectivas atuações, ambas igualmente importantes e necessariamente conjugadas, em prol do resultado visado pelo legislador constituinte, ao diversificá-las. (TUCCI, 2004, p. 85-86).

Ainda sobre o tema, acresce Guilherme de Souza Nucci:

O problema é que sob nenhum prisma, de que examine a matéria, mostra-se adequada a atribuição de poderes investigatórios penais ao órgão ministerial. Não é, como pretendem alguns, o argumento histórico ou a tradição que determinam essa conclusão. Sob o aspecto jurídico, as interpretações sistemáticas, lógica e, até mesmo, gramatical do art. 129 da Constituição Federal não permitem extrair outra conclusão exceto aquela de que o Ministério Público não possui poderes para a investigação criminal. O texto é claro e expresso ao indicar, como função institucional ministerial, a promoção da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública. Quanto ao inquérito policial, limita-se a atribuir ao Ministério Público a requisição de sua instauração. Nesse particular, não tem lugar a regra de hermenêutica dos poderes implícitos. *In claris non fit interpretatio*. Além disso, a função de apurar as infrações penais foi expressamente atribuída no próprio texto constitucional às polícias civis e à polícia federal, no art. 144. É certo que a investigação não constitui monopólio da Polícia Judiciária, mas não é menos correto que o deslocamento dela para outros órgãos somente ocorre diante de expressa previsão constitucional e/ou legal, em hipóteses absolutamente excepcionais (v.g., as Comissões Parlamentares de Inquérito, a investigação, pela autoridade judiciária, de delitos praticados por membros da Magistratura). Examinando-se a Constituição Federal, verifica-se que a exclusão da investigação criminal das funções ministeriais foi deliberada e proposital: por meio dela, mantém-se o imprescindível equilíbrio com as demais instituições envolvidas na apuração das infrações penais: a Polícia Judiciária, o Poder Judiciário e a Advocacia. (NUCCI, 2004, p. ).

Determinadas quais as principais críticas à atuação do Ministério Público nas investigações criminais, passa-se, então, à análise dos argumentos de maneira individual nos itens seguintes.

## **ANÁLISE DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS**

### **A questão da exclusividade da investigação criminal**

A corrente que se posiciona de maneira contrária à possibilidade de condução investigativa criminal por parte do Ministério Público basicamente fundamenta sua posição de que a atividade investigativa da seara criminal pertence exclusivamente à Polícia Judiciária. Esse entendimento torna-se estritamente constitucional, pois é retirado do texto da lei, especificamente ao já mencionado art. 144, § 1º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Assim é possível, portanto, interpretar que o constituinte definiu uma importante diferença entre as funções de averiguação de crimes e polícia judiciária. Para isso, tratou de maneira individual, em diferentes incisos. O feito se justifica com o objetivo de se reservar à Polícia Federal o exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União.

Tal distinção é observada novamente no § 4º do supramencionado artigo 144, parágrafo este relacionado agora à Polícia Civil. Observa-se, então, que é tratado de forma separada cada uma das funções, sem ser feita nenhuma referência, no entanto, à exclusividade das funções da polícia judiciária e de apuração de infrações penais.

É possível entender que existe uma distinção entre as funções de apuração de crimes e polícia judiciária, distinção que é acentuada pela utilização da conjunção aditiva “e”. Entender essa distinção gera consequências relevantes para o tema em pauta, pois em se tratando da literalidade do texto constitucional, a exclusividade de apuração de crimes é mencionada apenas no inciso IV, relativo às funções de polícia judiciária, porém não é tratado no inciso I, que trata da apuração de infrações penais. Deste modo não se pode entender que existe um monopólio da investigação, apenas se pode aferir, ao ser feita leitura do referido art. 144, é o fato de que não pode a Polícia Civil atuar em esfera federal, não mais do que isso.

Sobre a questão da exclusividade discorrem Lênio Streck e Luciano Feldens:

Logicamente, ao referir-se à “exclusividade” da Polícia Federal para exercer funções “de polícia judiciária da União”, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual observou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. (STRECK; FELDENS, 2005, p. 92-93).

É forçoso, portanto, dizer que não há exclusividade constitucionalmente garantida aos órgãos que exercem função de polícia judiciária para a apuração de infrações criminais. Deduz-se, ainda, o mesmo ao ser feita a análise do art. 58, § 3º, da Constituição Federal, ao delimitar o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação

próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Luciano Feldem e Andrei Zenkner Schmitt dão vários exemplos de investigações por órgãos distintos da polícia:

Investigações de outras espécies, levadas a efeito em esferas distintas do ambiente policial, igualmente se habilitam a subsidiar a ulterior ação do Ministério Público. Dessas, formam apenas exemplos: a) as representações oriundas da Receita Federal e do INSS, bem como as comunicações efetuadas pelo Banco Central do Brasil e pelo COAF; b) o próprio inquérito civil público presidido pelo Ministério Público (Lei nº 7.347/85), assim como outras sindicâncias e procedimentos administrativos a seu cargo (art.129, VI, da CF/88); c) os inquéritos elaborados pelas comissões parlamentares de inquérito (art.58, § 3º, da CF/88); d) as sindicâncias administrativas realizadas no âmbito da administração direta e indireta. Todos esses procedimentos acima referidos, quando aportados ao Ministério Público, podem receber a genérica designação de *notitia criminis* ou mesmo de peças de informações, que nada mais representam do que os documentos oferecidos ao Ministério Público – ou por ele próprio obtidos que veiculam informações sobre a prática, em tese, de uma infração penal. (FELDENS; SCHMIDT, 2007, p. 57).

Portanto o art. 144, § 1º, inc. IV e § 4º, não criaram uma exclusividade investigatória para as polícias federal e civil. Além disso, diante da natureza das funções e dos órgãos em questão, deve-se colocar uma interpretação que seja harmônica com o interesse social na reposição da ordem jurídica lesionada pelo delito que será investigado.

### **A questão do sistema Acusatório**

Um argumento utilizado pela corrente contrária à investigação criminal conduzida por parte do órgão ministerial é de que essa condução feita pelo *parquet* também viola o próprio sistema acusatório. A controvérsia em questão origina-se de uma analogia desacertada entre o processo penal brasileiro e o sistema do juizado de instrução (ou sistema misto) vigente em muitos países da Europa. Neste caso, o equívoco encontra-se em substituir a figura do juiz de instrução pela Polícia Judiciária, observando-se, assim, um paralelo desacertado entre o juizado de instrução e o sistema adotado no Brasil.

No entanto essa analogia é incabível, como demonstra Thiago Freitas Camelo:

[...] essa analogia se mostra incabível, porquanto a investigação no juizado de instrução se opera de forma totalmente distinta daquela realizada no Brasil. Naquele sistema, o órgão incumbido da instrução pré-processual (ou investigação) é dotado amplos poderes para a colheita de provas, inclusive jurisdicionais, podendo adotar medidas que limitem direitos fundamentais, tais como decretação de medidas cautelares, busca e apreensão etc. É justamente a amplitude desses poderes que serve de fundamento para separação das funções de investigar e acusar. Por sua vez, no Brasil, os poderes dos órgãos de investigação são mais restritos, limitando-se à colheita de depoimentos, requisições de documentos e perícias etc., devendo eventuais medidas que impliquem limitações na esfera de direitos individuais serem requeridas ao Poder Judiciário. (CAMELO, 2017, p. 225).

Nota-se que no sistema misto ou de juizado de instrução, o parâmetro que impede ao órgão acusador o poder investigatório é insustentável no sistema adotado no Brasil.

Também nesse sentido Bruno Calabrich:

Que há de incompatível com o sistema acusatório que o órgão incumbido de acusar possa também investigar? Terminantemente, nada. Nisso se evidencia a confusão de conceitos: a afirmação de que quem investiga não pode acusar faz sentido se se está tratando de um sistema misto, no qual a distribuição de funções é distinta da verificada no sistema acusatório. No sistema misto, a instrução preliminar fica a cargo da autoridade que integra o poder judiciário (de regra, um juiz instrutor) e, nessa qualidade é dotado de amplos poderes para a colheita e produção de provas, inclusive no que diga respeito a limitações na esfera das liberdades individuais. A autoridade policial, e mesmo o Ministério Público (quando não seja este dotado de poderes próprios das autoridades judiciárias), nesse sistema, são órgãos meramente auxiliares das investigações, presididas, repita-se, por uma autoridade dotada de jurisdição. Após encerrada, a instrução preliminar produzida por esse juiz, então, é entregue a outro sujeito, legitimado para a deflagração do processo mediante a formalização da acusação – que será julgada por uma autoridade judiciária diversa daquela responsável pela investigação. Nesse sistema, portanto, quem investiga não pode acusar nem julgar; quem julga não pode investigar nem acusar. (CALABRICH, 2013, p. 816-817).

Portanto, a investigação preliminar pelo órgão encarregado de elaborar a acusação apresenta-se incompatível com o sistema processual brasileiro.

### **A questão da imparcialidade do Ministério Público na investigação**

Os críticos contrários às investigações conduzidas pelo Ministério Público afir-



mam que para manter no processo penal uma postura imparcial não poderia o órgão participar ou realizar diretamente as investigações preliminares.

No entanto não se pode exigir do representante do *parquet* essa total imparcialidade, visto que no processo penal brasileiro o Ministério Público foi concebido legislativamente como parte processual, atuando, em regra, como fiscal da lei, quando não atuante direto nos processos, como contraditor natural do acusado.

Sobre esse tema, José Frederico Marques afirma:

(...) não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado. (MARQUES, S/D *apud* FONTES, 2006, p. 11).

Com isso, a imparcialidade esperada do *parquet* é no sentido de existir a desvinculação de interesses de ordem pessoal, sendo que esta constitui causa de suspeição ou impedimento do órgão ministerial.

Portanto conclui-se que essa imparcialidade exigida está associada à impessoalidade, tão importante no devido processo legal em todas as esferas processuais. Nesse sentido há, também, as lições Nery Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Glockner:

Para compreender os fundamentos teóricos da imparcialidade do MP, é necessário recorrer às lições de W. Goldschmidt no seu trabalho sobre o binômio *partialidade e parcialidade*. Como explica o autor, o princípio de imparcialidade denota uma relação entre o motivo de sua atuação e o desejo de dizer a verdade, de atuar com exatidão e resolver conforme a justiça e os critérios de legalidade. Não importa, por outro lado, se na esfera objetiva a atuação é justa e legal. Basta que o ato inspire o desejo de atuar conforme a norma e a justiça. Assim, a imparcialidade consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do agente. A imparcialidade é, na esfera emocional, o que a objetividade é na órbita intelectual. (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 153).

## **A questão de o Promotor buscar provas da acusação majoritariamente**

O recolhimento de informações na fase pré-processual é uma atividade preambular que tem como finalidade a construção da “*opinio delicti*” do titular da ação penal, qual seja o Ministério Público. Assim, a investigação realizada pelo *parquet* não fixa nenhuma convicção seja a favor, seja contra o investigado na causa. Deveria,

portanto, o Ministério Público ter como causa precípua a lei, como é previsto legislativamente.

Pode e deve, pois, o Ministério Público promover o arquivamento de um inquérito policial caso não exista justa causa para a denúncia realizada. Também pode o órgão ministerial pedir a absolvição do acusado, como raramente acontece, visto nosso sistema ser completamente inquisitorial, caso esteja convencido de sua inocência.

Não se quer dizer com isso que a polícia possuiria maior capacidade de realizar uma investigação séria e nos moldes almejados juridicamente, pois é de fácil visualização, de acordo com o acompanhamento diário nesse quesito que não é assim que se procede. Assim como também não há argumentos que sustentem que a investigação policial será imparcial, como também se constatar diante dos acontecimentos diários.

Aliás, conforme ensina Paulo Gustavo Guedes Fontes, a tendência acusatória e inquisitória é ainda maior no meio policial:

Tanto quanto o Ministério Público, os membros da Polícia estão funcional e psicologicamente comprometidos com a persecução penal. Pela forma prática como intervêm no sistema, protagonizando a luta por vezes de vida ou morte contra a criminalidade e exercendo a força física legal, no dizer de Max Weber, os policiais estariam até menos inclinados a reconhecer e respeitar os direitos dos investigados. (FONTES, 2006, p. 11).

Existe, assim, um equívoco em confundir política de segurança pública e a função investigatória, resultando no fato da autoridade policial a obter provas a qualquer custo e que somente interessem à acusação com o objetivo de aumentar o sentimento de segurança, este tão almejado, e que acaba por corroborar esse tipo de ação. É nesse sentido as lições lançadas por Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Glockner:

Com efeito, a justaposição da polícia num interregno em que recaem expectativas sociais de redução da criminalidade e na obtenção de informações sobre o crime, prejudica o esclarecimento do delito. Em um primeiro momento, pela conspurcação daquele ideal simbólico com as pressões externas que acabam exigindo uma resposta rápida e pronta sobre a autoria e materialidade do crime. Em um segundo momento, com a ausência do devido distanciamento a ser exercido pelo investigador, que não está obrigado a apontar um delinquente a qualquer preço, como muitas vezes ocorre. (LOPES JR; GLOCKNER, 2014, p. 131).

O Ministério Público é atribuído com garantias funcionais que o permite acusar e também deixar de acusar. Portanto não existe critério para sustentar que a tendência acusatória do Ministério Público seja maior que a da polícia. Com relação ao possível desequilíbrio entre acusação e defesa, existe uma corrente que afirma que a investigação promovida pelo órgão ministerial confere um favorecimento ao órgão acusador, permitindo colher provas e decidir sobre o seu aproveitamento em seu respectivo processo como melhor lhe convir.

No entanto para que as provas colhidas na fase investigativa sirvam para decretação da condenação, estas devem ser reproduzidas em juízo, sob total consonância com o devido processo legal e o contraditório, sendo que isso é, e sempre deve ser, uma questão obrigatória. Como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido no HC nº 91.613/MG, julgado pela Segunda Turma em 15/05/2012, “Essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial simultâneo ou posterior.” (BRASIL, 2012).

Diante das razões expostas anteriormente, torna-se, pois, ao menos aparentemente, incoerente impossibilitar a investigação na seara criminal por parte do Ministério Público. Com isso não se quer dizer que este possa agir de maneira arbitrária e descabida com os princípios norteadores do processo penal, como sempre foi de praxe em sua atuação, mas sim a manter o seu papel, também, como órgão responsável pela apuração criminal dentro do permitido pela Constituição Federal.

## **CONCLUSÃO**

A possibilidade de investigação do Ministério Público no Processo Penal, é, ainda que contestada por juristas como Luiz Roberto Barroso, é possível e não viola o processo penal brasileiro.

A função do Ministério Público é promover a ação penal, justo que ao promotor é o titular da ação penal, em consonância com o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, justo que o promotor não pode promover a ação penal, sem material probatório, portanto, o Ministério Público pode colher provas para que possa promover a ação penal, respeitando limites, sendo uma ação excepcional, não de regra, para

que o Ministério Público não prejudique o direito ao contraditório e o devido processo legal, sendo esta ação importante em casos de abuso policial, omissão intencional policial na apuração de fatos de um delito, assim como atrapalhar a apuração e aplicação da lei no caso concreto, resta assim, portanto, a decisão de que o Ministério Público mantenha, em caráter excepcional, o direito de investigar, para resguardar o processo penal brasileiro, ação que está, positivada na Constituição Federal, no Artigo 127, Inciso VII, sem que ela entre em conflito com as normas constitucionais vigentes, justo que ao observar o artigo 144 da constituição, nada consta a obrigatoriedade e a exclusividade da investigação penal, nas mãos da polícia.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 91.613/MG**. Impetrante: Érico Andrade. Paciente: Vicente de Paulo Loffi. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 de maio.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público**: uma renitente e brasileira polêmica. Temas atuais do ministério público. 4ª ed. Salvador: JusPodvim, 2013.

CAMELO, Thiago Freitas. O Ministério Público na Investigação Criminal. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 2, n. 1, p.209-253, jan./jun. 2017.

FELDENS, Luciano e SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação Criminal e Ação Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Boletim do Procuradores da República**, nº 69, Brasília, Associação Nacional dos Procuradores da República, jan. 2006, pág. 11.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Editorial. Boletim do IBCCrim**, nº 135, p. 1, fev. 2004.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# ARCO

EDITORES



[www.arcoeditores.com](http://www.arcoeditores.com)



[contacto@arcoeditores.com](mailto:contacto@arcoeditores.com)



[@arcoeditores](https://www.instagram.com/arcoeditores)



[/arcoeditores](https://www.facebook.com/arcoeditores)

