

# CIÊNCIAS JURÍDICAS:

Fundamentação, participação e efetividade

2



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)

 Atenea  
Editora

Ano 2021

# CIÊNCIAS JURÍDICAS:

Fundamentação, participação e efetividade

2



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)

**Editora Chefe**

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Antonella Carvalho de Oliveira

**Assistentes Editoriais**

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

**Imagens da Capa**

Shutterstock

**Edição de Arte**

Luiza Alves Batista

**Revisão**

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena

Editora pelos autores.



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

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

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

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

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

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

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

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant'Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Julio Cândido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

#### **Ciências Agrárias e Multidisciplinar**

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano  
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva – Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará  
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria  
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia  
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Fágnor Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Gílrene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
Prof. Dr. Jayme Augusto Peres – Universidade Estadual do Centro-Oeste  
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará  
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

**Ciências Biológicas e da Saúde**

- Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília  
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas  
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás  
Profª Drª Daniela Reis Joaquim de Freitas – Universidade Federal do Piauí  
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri  
Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina  
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília  
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina  
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira  
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
Profª Drª Fernanda Miguel de Andrade – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra  
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras  
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria  
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia  
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco  
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará  
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas  
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará  
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá  
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados  
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino  
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora  
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Welma Emidio da Silva – Universidade Federal Rural de Pernambuco

**Ciências Exatas e da Terra e Engenharias**

- Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto  
Profª Drª Ana Grasielle Dionísio Corrêa – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás  
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia  
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará  
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá  
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas  
Prof. Dr. Sidney Gonçalo de Lima – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

#### **Linguística, Letras e Artes**

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Edna Alencar da Silva Rivera – Instituto Federal de São Paulo  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Fernanda Tonelli – Instituto Federal de São Paulo,  
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões  
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

#### **Conselho Técnico Científico**

Prof. Me. Abrão Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo  
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza  
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba  
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí  
Prof<sup>a</sup> Ma. Adriana Regina Vettorazzi Schmitt – Instituto Federal de Santa Catarina  
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais  
Prof. Me. Alessandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional  
Prof<sup>a</sup> Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Amanda Vasconcelos Guimarães – Universidade Federal de Lavras  
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão  
Prof<sup>a</sup> Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia  
Prof<sup>a</sup> Ma. Anelisa Mota Gregoletti – Universidade Estadual de Maringá  
Prof<sup>a</sup> Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais  
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof<sup>a</sup> Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar  
Prof<sup>a</sup> Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Me. Carlos Augusto Zilli – Instituto Federal de Santa Catarina  
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas  
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará  
Prof<sup>a</sup> Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília  
Prof<sup>a</sup> Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa

Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia  
Prof. Me. Edson Ribeiro de Britto de Almeida Junior – Universidade Estadual de Maringá  
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases  
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina  
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil  
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita  
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí  
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein  
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora  
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas  
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará  
Prof. Me. Francisco Sérgio Lopes Vasconcelos Filho – Universidade Federal do Cariri  
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo  
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária  
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás  
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina  
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza  
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia  
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College  
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará  
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social  
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe  
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay  
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco  
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis  
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR  
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará  
Profª Ma. Lilian de Souza – Faculdade de Tecnologia de Itu  
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ  
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe  
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná  
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz  
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados  
Prof. Me. Luiz Renato da Silva Rocha – Faculdade de Música do Espírito Santo  
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas  
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos

Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo  
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior  
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo  
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará  
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri  
Prof. Dr. Pedro Henrique Abreu Moura – Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais  
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Rafael Cunha Ferro – Universidade Anhembi Morumbi  
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília  
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa  
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal  
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba  
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco  
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão  
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo  
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana  
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo  
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

## Ciências jurídicas: fundamentação, participação e efetividade 2

**Bibliotecária:** Janaina Ramos  
**Diagramação:** Maria Alice Pinheiro  
**Correção:** Flávia Roberta Barão  
**Edição de Arte:** Luiza Alves Batista  
**Revisão:** Os Autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C569 Ciências jurídicas: fundamentação, participação e efetividade 2 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-190-6

DOI 10.22533/at.ed.906211506

1. Direito. 2. Fundamentação. 3. Participação. 4. Efetividade. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeitora.com.br](http://www.atenaeitora.com.br)

contato@atenaeditora.com.br

## **DECLARAÇÃO DOS AUTORES**

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declararam que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

## **APRESENTAÇÃO**

**Em CIÊNCIAS JURÍDICAS: FUNDAMENTAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E EFETIVIDADE**

2, coletânea de vinte e seis capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse volume, cinco grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito penal; estudos em direito e regulamentação; estudos em direito tributário, direito do trabalho e direito previdenciário; estudos sobre o papel do judiciário na sociedade contemporânea; e outras temáticas.

Estudos em direito penal traz análises sobre pacote anticrime, juízo de garantias, direito penal do autor, expansionismo penal latino-americano, feminicídio, violência contra a mulher, drogas, pornografia de vingança, violência de gênero, combate à corrupção e valor probante de depoimentos.

Em estudos em direito e regulamentação são verificadas contribuições que versam sobre inteligência artificial, compliance, poder regulamentar e regulamentação.

Estudos em direito tributário, direito do trabalho e direito previdenciário aborda questões como tributos sobre consumo de bens e renda, trabalho análogo a escravo, violência nas relações de trabalho, aposentadoria especial e reforma da previdência.

No quarto momento, estudos sobre o papel do judiciário na sociedade contemporânea, juiz facilitador, decisão judicial, processo eletrônico, Conselho Nacional de Justiça e a relação entre tribunais e universidades.

Por fim, em outras temáticas, há abordagens que tratam de temas como normas em relação aos agricultores familiares, empresa simples de crédito e eutanásia.

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

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

## **SUMÁRIO**

<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>1</b>
CRÍTICAS AO PACOTE ANTICRIME E O POLÊMICO JUÍZO DE GARANTIAS	
Matheus Soares Caetano	
Thiago Rodrigues Moreira	
DOI 10.22533/at.ed.9062115061	
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>14</b>
DIREITO PENAL DO AUTOR: O INIMIGO AINDA É O MESMO?	
Marcelo Bessa	
Pedro Patel Coan	
DOI 10.22533/at.ed.9062115062	
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>23</b>
A MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM COMO SUSTENTAÇÃO DO EXPANSIONISMO PENAL LATINO-AMERICANO: UMA PERSPECTIVA ABOLICIONISTA	
Lorena Gonçalves Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.9062115063	
<b>CAPÍTULO 4.....</b>	<b>28</b>
A LINGUAGEM DO FEMINICÍDIO: ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DOS DISCURSOS DOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO E DO JUDICIÁRIO PARAIBANOS NA CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA CAPAZ DE INTERFERIR NA EFETIVA APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA	
Alice Almeida Nóbrega	
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista	
DOI 10.22533/at.ed.9062115064	
<b>CAPÍTULO 5.....</b>	<b>41</b>
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA	
Maria Júlia de Marco Souza	
Erika Chioca Furlan	
DOI 10.22533/at.ed.9062115065	
<b>CAPÍTULO 6.....</b>	<b>56</b>
GUERRA ÀS DROGAS: OS LIMITES ENTRE O LEGAL E O ILEGAL DA POLÍTICA PROIBICIONISTA E O SEU LEGADO NA SOCIEDADE AMAZONENSE	
Stefanie Natalina da Silva Alecrim	
DOI 10.22533/at.ed.9062115066	
<b>CAPÍTULO 7.....</b>	<b>67</b>
PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A DIVULGAÇÃO DE MATERIAL ÍNTIMO NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS	
Rosa Cristina da Costa Vasconcelos	
Carlos Henrique Medeiros de Souza	
DOI 10.22533/at.ed.9062115067	

**CAPÍTULO 8.....78**

APLICABILIDADE DO *COMPLIANCE* COM O SUPORTE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO COMBATE A CORRUPÇÃO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Ligia Damiani Riedel

Luanna Ramos Ferreira

**DOI 10.22533/at.ed.9062115068**

**CAPÍTULO 9.....91**

O VALOR PROBANTE DOS DEPOIMENTOS DE POLICIAIS ANTE PRINCÍPIOS E TENDÊNCIAS DO PROCESSO PENAL

Roberta de Lima e Silva

**DOI 10.22533/at.ed.9062115069**

**CAPÍTULO 10.....112**

SOLUÇÕES BASEADAS EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADAS AO DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES

Ézio Oliveira Júnior

Vilson Leonel

**DOI 10.22533/at.ed.90621150610**

**CAPÍTULO 11.....133**

COMPLIANCE NA GOVERNANÇA CORPORATIVA PARA TRANSPARÊNCIA E PROTEÇÃO FISCAL DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS ENQUANTO FOMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Marlene de Fátima Campos Souza

Eric Matheus Cescon Smaniotti Alves

**DOI 10.22533/at.ed.90621150611**

**CAPÍTULO 12.....146**

PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

Daiane Silvia Santana Brandi

Leopoldo Rocha Soares

**DOI 10.22533/at.ed.90621150612**

**CAPÍTULO 13.....162**

ANÁLISE DO SERVIÇO ELETRÔNICO DE TRANSPORTE PRIVADO URBANO POR MEIO DE APLICATIVOS E SEUS IMPACTOS JURÍDICOS E CONCORRENCIAIS – ASPECTOS REGULATÓRIOS

Beatriz Martins Maciel

Gustavo Ramos Carneiro Leão

**DOI 10.22533/at.ed.90621150613**

**CAPÍTULO 14.....172**

TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO DE BENS E SERVIÇOS: VANTAGENS, DESVANTAGENS E A ALTERNATIVA SUBSTITUTIVA DE TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA

Paulo Matheus do Carmo Costa

Hélio Silvio Ourém Campos

DOI 10.22533/at.ed.90621150614

**CAPÍTULO 15.....183**

OS REFUGIADOS NO BRASIL E AS CONDIÇÕES ANÁLOGAS A ESCRAVO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Letícia Buhrer Samra

Silvana de Souza Netto Mandalozzo

Lucas Buhrer Samra

DOI 10.22533/at.ed.90621150615

**CAPÍTULO 16.....203**

CONSTRUCCIÓN DE LA TERRITORIALIDAD MAQUILADORA. EL USO DE LA VIOLENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES

Victor Hugo Jara Cardozo

DOI 10.22533/at.ed.90621150616

**CAPÍTULO 17.....214**

LIMBO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO: A SITUAÇÃO DOS EMPREGADOS, EMPREGADORES E INSS

Maria Joarina Aguiar Paulino

Hilziane Layza de Brito Pereira Lima

DOI 10.22533/at.ed.90621150617

**CAPÍTULO 18.....224**

APOSENTADORIA ESPECIAL POR ADICIONAIS DE RISCOS- DIVERGÊNCIA DE CRITÉRIOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS APÓS REFORMA PREVIDÊNCIÁRIA

João Manoel Grott

DOI 10.22533/at.ed.90621150618

**CAPÍTULO 19.....265**

A IMPARCIALIDADE E O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE DO JUIZ FACILITADOR DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS

Tatiana Socoloski Perazzo Paz de Melo

Luciano Athayde Chaves

DOI 10.22533/at.ed.90621150619

**CAPÍTULO 20.....279**

DECISÃO JUDICIAL: SEUS REQUISITOS E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA

Carolina Costa

DOI 10.22533/at.ed.90621150620

**CAPÍTULO 21.....290**

O PROCESSO ELETRÔNICO COMO FORMA DE GARANTIA DE DIREITOS

Márcio Jean Malheiros Mendes

Raquel Lima de Souza

DOI 10.22533/at.ed.90621150621

<b>CAPÍTULO 22.....</b>	<b>295</b>
O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A EFICÁCIA DA POLÍTICA DE ATENÇÃO PRIORITÁRIA AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO	
Mariana Albuquerque Melo	
Luciano Athayde Chaves	
DOI 10.22533/at.ed.90621150622	
<b>CAPÍTULO 23.....</b>	<b>307</b>
O ABISMO ENTRE OS TRIBUNAIS E A UNIVERSIDADE	
Pedro Patel Coan	
DOI 10.22533/at.ed.90621150623	
<b>CAPÍTULO 24.....</b>	<b>313</b>
A NECESSIDADE DE EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS EM RELAÇÃO AOS AGRICULTORES FAMILIARES - O CASO DO KOCHKÄSE, NO VALE DO ITAJAÍ (SC)	
Odacira Nunes	
Marilda Checcucci Gonçalves da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.90621150624	
<b>CAPÍTULO 25.....</b>	<b>328</b>
EMPRESA SIMPLES DE CRÉDITO – INOVAÇÃO NO MERCADO DE CRÉDITO	
Rafael Monteiro Teixeira	
Laura Donato Dallaqua	
DOI 10.22533/at.ed.90621150625	
<b>CAPÍTULO 26.....</b>	<b>335</b>
EUTANÁSIA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
Caroline Silva de Araujo Lima	
Esley Ruas Alkimim	
Lucas Oliveira Rezende Carvalho	
Luiza Oliveira de Macedo	
Letícia Gomes Souto Maior	
Erika Soares Rocha	
Flávio Soares Rocha	
Ana Beatriz Rocha Cavalcanti	
Marina Quio Vieira	
Luiza Bomtempo Araújo	
Brenda dos Santos Herdi	
Iasmin Klein	
DOI 10.22533/at.ed.90621150626	
<b>SOBRE O ORGANIZADOR.....</b>	<b>343</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>344</b>

# CAPÍTULO 1

## CRÍTICAS AO PACOTE ANTICRIME E O POLÊMICO JUÍZO DE GARANTIAS

Data de aceite: 01/06/2021

**Matheus Soares Caetano**

Graduado em Direito do Centro Universitário  
Alves Faria

**Thiago Rodrigues Moreira**

Centro Universitário Alves Farias – Goiânia  
– Goiás - Mestre Pelo Programa de Pós-  
Graduação em Educação, Linguagem e  
Tecnologias na Universidade Estadual de Goiás  
(PPG-IELT/UEG).

**RESUMO:** Este trabalho analisa se a previsão do artigo 3º-A da Lei 13.964/2019 realmente reflete a realidade do ordenamento jurídico brasileiro e se o artigo apresenta conformidade com a Constituição Federal e com o código de processo penal. A referida regra definiu que a estrutura do processo penal será acusatória, o que reascende uma discussão sobre o entendimento aparentemente consolidado. Essa discussão tem como base posicionamentos divergentes de pesquisadores reconhecidos, os quais levantam pontos importantes sobre as estruturas processuais, com a finalidade de constatar se o processo penal brasileiro é ou não compatível com a estrutura acusatória. Esse trabalho utiliza-se do método dedutivo com uma abordagem qualitativa e busca, por meio de pesquisas bibliográficas e legislativas, verificar qual estrutura processual penal de fato é utilizada pelo ordenamento jurídico vigente. Por fim, com base em decisões recentes da Suprema

Corte, conclui-se que a consolidação de um entendimento está longe de existir.

**PALAVRAS - CHAVE:** Código de processo penal. Lei 13.964/2019. Sistema acusatório.

**ABSTRACT:** This article analyzes whether the 3º-A article of law 13.964/2019 really reflects the reality of the Brazilian legal system, as well as its conformity with the Federal Constitution and the penal procedure code. The 3º-A article defined that the structure of the criminal proceedings will be accusatory, rekindling an unending debate about an apparently consolidated understanding. It is based on divergent positions of recognized researchers, raising important points about the procedural structures, in order, in the end, to verify if the Brazilian criminal process is compatible with the accusatory structure or not. The deductive method is used with a qualitative approach, searching through bibliographic and legislative research, to verify which penal procedural structure is in fact adopted by the current legal order. Finally, based on recent Supreme Court decisions, it is concluded that the consolidation of an understanding is far from existing.

**KEYWORDS:** Penal procedure code. Law 13.964/2019. Accusatory system

### 1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa se a previsão do artigo 3º-A da Lei 13.964/2019 realmente reflete a realidade brasileira, como também analisa a conformidade dessa lei com a Constituição Federal e com o código de processo penal,

tendo como ponto de partida pesquisas bibliográficas e legislativas, palestras virtuais e revistas. Ao final, será feita uma avaliação do processo penal, buscando concluir qual sistema é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O processo penal brasileiro, explica KNOPFHOLZ (2017, p. 174), passou por uma grande reforma com a promulgação da Constituição Federal de 1998 e, como obrigação, o código teve que se amoldar às garantias estabelecidas no art. 5º da suprema lei. Esse foi o motivo pelo qual o código não teve muitos de seus artigos recepcionados pelo texto constitucional, justamente por não terem compatibilidade alguma.

De acordo com os dados referenciados por ASSUMPÇÃO; NEVES; RIOS (2019, p. 25), mais recentemente, em 2019, o então presidente, Jair Bolsonaro, em conjuntura com o ex-ministro da Justiça, Sérgio Moro, levaram ao Congresso Nacional a lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que traz uma série de reformas dentro do código de processo penal.

O art. 3º-A incluído pelo pacote definiu que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedada à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019). Depois de variadas alterações na legislação, por fim, houve uma conclusão, que, entretanto, ainda provoca discordância no pensamento dos pesquisadores.

Diante das mudanças e incertezas que motivam a importância do tema, diante também da interpretação diversa da estrutura do processo penal brasileiro e da definição da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019), surge, consequentemente, a pergunta a se fazer nesse exato momento: a estrutura acusatória é compatível com o processo penal brasileiro? Em verdade, a justificativa correta para a pesquisa desse tema é analisar a aplicação do direito em caso concreto e, principalmente, analisar também o método de investigação utilizado, com o objetivo de efetivar o procedimento adequado que concretize o devido processo legal.

O trabalho foi feito tendo como base o método dedutivo, o qual, como explicam MARCONI; LAKATOS (2003, p. 92), tem o propósito de explicar o conteúdo através da abordagem de ideias gerais. Além disso, pretende-se que, ao final da pesquisa, seja possível fazer uma conclusão que filtre os conhecimentos coletados e reduza a ampliação do conteúdo. É, portanto, buscando a certeza e analisando o pensamento de diversos pesquisadores que chegamos à questão discutida.

Conforme nos ensina ANDRADE (2008, p. 24), é muito importante fazer uma revisão dos conceitos das estruturas processuais, com a finalidade de construir um entendimento sólido sobre cada uma e compreender as relações que elas estabelecem entre si tanto no passado, quanto no presente.

Por fim, aborda-se o problema discutido e a compatibilidade da estrutura acusatória com o processo penal brasileiro, como também, ressalta-se que não é objetivo desse trabalho finalizar a discussão sobre o assunto.

## **2 | SISTEMAS PROCESSUAIS**

Seguindo o pensamento histórico, percebemos, conforme as explicações de PRADO (2005, p. 111), que o sistema processual penal brasileiro é marcado por interpretações e alterações ao longo dos anos e, para um melhor entendimento, é necessário conhecer as características que norteiam as estruturas. É relevante também analisar os princípios e fazer uma avaliação minuciosa sobre cada etapa.

Conforme as definições de MOREIRA; CAMARGO (2017. [s.p]), o conceito de sistema processual penal se divide entre acusatório, inquisitório e misto. Essas diferenças revelam a forma como o Estado utiliza e conduz as ações que violam as garantias individuais e o bem-estar social.

É possível concluir que as estruturas, ou sistemas processuais penais, são subsistemas quem compõem um sistema jurídico complexo, utilizado dentro do ordenamento como ferramenta de solução da ilicitude e da antijuricidade. Portanto, o sistema processual é o caminho para concretizar o devido processo legal e a obtenção de justiça.

Por fim, os próximos tópicos têm como finalidade conceituar e caracterizar os sistemas processuais, através de recortes históricos e de pesquisas bibliográficas. Desse modo, será possível encontrar as principais divergências entre esses sistemas e, em seguida, esclarecermos a problemática.

### **2.1 Sistema Inquisitório**

Para iniciarmos a discussão, é necessário compreender o fator histórico. Entender os sistemas processuais e um pouco de sua origem e, para isso, KHALED JR (2010, p. 295) orienta que é preciso fazer uma trajetória histórica para compreendermos o sentido dos sistemas.

Quanto ao sistema inquisitório, o mesmo autor KHALED JR (2010, p. 295) chama a atenção para o fato de que é importante destacar que a Inquisição não possuía relação alguma com a criminalidade, pois era um instrumento utilizado pela Igreja diante das ameaças ocasionadas pelas crenças heréticas, que começaram a surgir com a reforma religiosa no século XVI, em relação aos dogmas Igreja.

De acordo com SCNHEIDER (2014, p. 69), sendo considerado como um modelo histórico, o sistema inquisitório está marcado desde a antiguidade e sua influência se espalhou pelas legislações do mundo inteiro, conforme a realidade política de cada país. Contudo, a consolidação desse sistema se deu pela forte raiz do Cristianismo como religião oficial durante o Império de Constantino.

Mas afinal, no que consiste o sistema inquisitório?

É o processo em que se confundem as figuras do acusador e do julgador. Em verdade, não há acusador e nem acusado, mas somente o juiz, que investiga e julga, e o objeto da sua atividade. É considerado primitivo já que o acusado é privado do contraditório, prejudicando-lhe o exercício da defesa. Aduz-se

também, como característica desse sistema, o fato de inexistir liberdade de acusação, uma vez que o juiz se converte ao mesmo tempo em acusador, assumindo ambas as funções. Costuma vigorar no sistema inquisitório o modelo escrito, mediato, disperso e sigiloso de seus atos (BONFIM, 2017, [s.p]).

Em relação aos esclarecimentos sobre o sistema inquisitório, LIMA (2019, p. 40) explica que esse sistema tem como característica principal o acúmulo das funções de acusar, defender e, até mesmo de julgar, nas mãos de uma única pessoa, a qual é denominada como juiz inquisidor.

Nesse sentido, o sistema inquisitório é caracterizado pela concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de um único órgão ou pessoa. Desse modo, não existe, portanto, o “*actum trium personarum*”. Além disso, é importante destacar a retirada da imparcialidade do julgador, já que nesse sistema não vigora o ato contraditório porque tudo é sigiloso e registrado pela escrita. Assim, a confissão é a prova maior, mas também existe a prova legal ou tarifada, que permite atribuir valores a cada uma das provas. De acordo com MAGNO (2013, p. 32), o 1procedimento não possui uma sequência definida e o juiz age de ofício, sendo ele a autoridade máxima, permanente e irrecusável.

Por outro lado, em um tom mais neutro, NASCIMENTO (2008, [s.p]) ameniza a ideia pejorativa anterior, mas conclui que o sistema inquisitório culturalmente domina o Brasil e pode o juiz agir por conveniência, requerendo a produção de provas a qualquer momento, durante a investigação ou durante o curso do processo. E nesse mesmo sentido, é possível perceber que o sistema inquisitório, trata-se de uma cultura processual, a qual dá importância para tudo que é útil e esclarecedor, pois seu objetivo é buscar a chamada verdade real.

Por fim, é possível constatar que as características do sistema inquisitório ainda estão presentes em nosso ordenamento jurídico, o que indica que não houve a superação histórica desse sistema, e que o sistema acusatório não é tão puro como estabelecido na Lei 13.964/2019.

## 2.2 Sistema Acusatório

Para se compreender o sistema acusatório foi realizada uma pesquisa extensa e feitos recortes temporais, a fim de identificar a origem do seu surgimento e algumas passagens importantes ao longo da história, as quais delimitam a amplitude do conteúdo, mas não interferem na sua importância.

O sistema acusatório originou-se na Grécia e na Roma antiga, também se fazendo presente no Direito germânico durante a Idade Média, e teve como característica o *actum trium personarum*, ou seja, o processo só acontece com a atuação de três sujeitos: Estado, autor e réu. Além disso, conforme explica LIMA (2018, p. 11), existia a separação das funções de acusar e de julgar para preservar a imparcialidade do juiz. Contudo, esse 1 “*Actum trium personarum*” é uma expressão ligada diretamente ao Sistema acusatório, que caracteriza a sua separação de funções em órgãos distintos responsáveis por acusar, defender e julgar de forma imparcial (LIMA, 2018, p. 11).

sistema entrou em declínio com o fortalecimento do sistema inquisitório.

Em relação à história do Brasil, é importante esclarecer que não houve muitos códigos de processo penal. O primeiro foi proclamado em 1832, por Dom Pedro II, mas passou por uma reforma em 1841, com a promulgação da Lei nº 261. Além disso, os Estados eram competentes para legislar matéria processual penal, por isso havia diferença entre os códigos de determinados territórios. É importante ressaltar, conforme SCHNEIDER (2014, p. 106-108) chama a atenção, o fato de que nunca houve uma referência expressa sobre qual estrutura era adotada, pois apesar de aparentar ser um sistema processual acusatório, analisando-se profundamente as circunstâncias, é possível concluir que se tratava de um sistema inquisitório.

O atual Código de Processo Penal foi instituído em 1941, durante o governo Getúlio Vargas. Nesse período estava vigente a Constituição de 1937 e durante todos esses anos, até a Constituição de 1988, foram estabelecidas outras duas Constituições, de 1946 e de 1967, mas sem nenhuma novidade relevante para o processo penal.

A Constituição Federal de 1988 foi considerada o ponto inicial para a introdução de direitos e de garantias individuais, conforme verificamos no trecho a seguir:

[...] O Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, época do Estado Novo de Getúlio Vargas, e traz consigo uma carga de autoritarismo e inquisitorialidade [...] A Constituição Federal de 1988, por sua vez, tem seu bojo uma redenção de direitos e garantias individuais, negados durante décadas a população brasileira. O processo penal vive, assim, uma crise de identidade: precisa seguir o desejado rumo constitucional, garantista e acusatório, utilizando-se de um instrumento ultrapassado e antagônico, como é o Código de Processo Penal (KNOPFHOLZ, 2017, [s.p.]).

O pesquisador Lopes Jr. (2008, p. 43) classifica o sistema acusatório como aquele com atividades distintas e iniciativa das partes e destaca o princípio da imparcialidade do juiz durante todo processo e a igualdade entre as partes. O procedimento em regra é oral e público, o que permite o contraditório.

Ainda nesse contexto, percebe-se que a estrutura acusatória em comparação com a estrutura inquisitória se destaca por apresentar um aspecto democrático. Além da nítida separação de funções que garantem um processo transparente, é um objetivo desse modelo em relação a este preservar as garantias fundamentais. Outro ponto interessante, explica MAGNO (2013, p. 32) é a confissão: dentro desse sistema, ela não é suficiente para uma condenação, mas também não é uma valoração e não tem peso sobre as provas.

Diferentemente do entendimento levantado sobre o sistema inquisitório, dentro do acusatório a função de acusar é do Ministério Público; além disso, a defesa encontra amparo no princípio do contraditório e de ampla-defesa e tem liberdade na produção de provas. Nesse sistema, o juiz não tem a mesma personalidade que o juiz do sistema inquisitório, portanto não é missão dele buscar a condenação a qualquer custo, como se lê a seguir:

Ademais, em um sistema acusatório, é dever do Estado-acusador demonstrar cabalmente a existência do fato delituoso, a prova da autoria e a incidência de hipótese de responsabilidade penal, sendo ônus de confirmar a veracidade da acusação somente ao Ministério Público (ARABI; AZAMBUJA, 2016, p. 149).

Por fim, conclui-se que o sistema acusatório é eleito como um sistema democrático, caracterizado pela divisão de funções, que concede autonomia à acusação e à defesa para produzir as provas e conduzir o processo. O juiz é apenas um telespectador atuante na fase processual e, dentro das suas atribuições, não possui o poder instrutório em suas mãos e atua com absoluta imparcialidade. A fase inicial, o inquérito policial, é sigilosa e não permite o contraditório. Após comprovada a autoria e a materialidade, o Ministério Público oferece a denúncia, e, caso seja aceite pelo magistrado, inicia-se o processo e as garantias constitucionais.

### **2.3 Sistema Misto ou Francês**

O Direito Canônico sustentado por um modelo inquisitório teve o seu final em 1789, durante a Revolução Francesa. A influência religiosa foi superada pelas ideias iluministas, que obrigaram o Direito a repensar um novo ordenamento jurídico, direcionado aos direitos individuais. Contudo, SOUZA (2005, p. 119) contextualiza que essa nova fase não extinguiu completamente as raízes do sistema inquisitório e com o resgate de valores do sistema acusatório, principalmente o olhar mais humano, surgiu, então, o sistema acusatório formal, mais conhecido como sistema misto.

Lopes Jr. (2008, p. 46) titulariza o sistema processual misto como aquele com insuficiência conceitual, mas reconhece também que as características as quais envolvem esse sistema são as mesmas empregadas no sistema acusatório, ou seja, tudo não passa de uma redundância. Além disso, não existe, em nenhum lugar, um ordenamento jurídico que siga um sistema puro; também o misto não possui um sistema unificador, como é o caso do princípio dispositivo para o sistema acusatório e o princípio inquisitivo para o sistema inquisitório, como se lê no trecho a seguir:

[...] não foi encontrado um princípio unificador correspondente ao pretenso sistema misto; algumas características do sistema acusatório e inquisitório podem ser miscigenadas sem que isso influencie na gestão da prova e, portanto, na mixagem do sistema [...] a incompatibilidade entre as características do pretenso sistema misto prova que se trata, na verdade, de um procedimento misto ou de um sistema mítico, fraudulento e extremamente perigoso; é um verdadeiro “lobo em pele de cordeiro” (CANI, 2014, p. 193).

É possível compreender que a criação do sistema processual misto teve como objetivo encontrar uma forma eficiente de controlar as ilícitudes contra o Estado, ou seja, uma forma que proporcionasse a busca da verdade real e que simultaneamente atribuisse ao acusado a qualidade de sujeito de direito, permitindo, portanto, sua defesa com base no princípio do contraditório; além disso, o julgamento seria realizado por um juiz imparcial.

Contudo, é nítido que o sistema misto não possui uma peculiaridade que o torne único, como também não existe um sistema totalmente puro em nenhum outro ordenamento jurídico. Ademais, a falta de um princípio unificador o desqualifica diante dos sistemas inquisitório e acusatório.

Por fim, a recente aprovação da Lei 13.964/2019, batizada como Pacote Anticrime, trouxe uma importante definição para o processo penal, reascendendo uma discussão inacabável sobre qual estrutura processual penal o judiciário brasileiro adota. Com o advento da lei, foi possível fazer alterações no corpo do processo, fato que justifica a pesquisa apresentada no segundo capítulo deste trabalho.

### **3 I CRÍTICAS AO PACOTE ANTICRIME E O POLÊMICO JUÍZO DE GARANTIAS**

Primeiramente, é imprescindível comentar um pouco sobre o processo de elaboração da Lei 13.964/19. Muito se tem discutido a respeito da origem do pacote anticrime e como se não bastasse a discussão levantada a respeito de qual estrutura processual é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, também entrou em questionamento a autoria da lei.

O pesquisador Aury Lopes Jr., durante sua fala na *live Lei Anticrime- Aspectos Processuais*, transmitida pela plataforma Youtube, em maio de 2020, referencia o ex-ministro Sérgio Moro e afirma que o pacote anticrime é um projeto individual, tudo porque não houve, nesse contexto, uma comissão responsável pela sua criação. Além disso, o pesquisador ressalta que o autor da lei ignorou um projeto, que inclusive está parado, desde 2009, de reforma do Código de Processo Penal, do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

No mesmo sentido, a Lei 13.964/19, em seu artigo 3º-A, define que o sistema acusatório como modelo de condução processual utilizado no ordenamento jurídico se mostra bastante suspeito aos olhos de vários juristas. Para confirmar esse fato, podem ser apontados no Código Penal, com clareza, vários artigos que revelam o contrário do que é conceituado nessa estrutura.

Por outro lado, a criação do Juízo de Garantias foi uma das novidades apresentadas no pacote anticrime que mais chamou atenção, pois busca o alcance da máxima imparcialidade nos julgamentos, a celeridade processual, e tem como objetivo maior a efetivação do princípio do devido processo legal.

Diante da fragilidade encontrada por advogados e defensores durante o desenvolvimento do processo, principalmente no curso das investigações e nas possíveis contaminações processuais, o juízo de garantias instituído pelo pacote anticrime, se apresenta como um ponto positivo no pacote que tanto é criticado. Verificamos essa informação a seguir:

Esta nova entidade atuará propriamente na fase do inquérito policial, evitando que o magistrado sentenciante se contamine com os elementos de informação produzidos e com as provas porventura produzidas, objetivando garantir uma maior imparcialidade, essencial para que se concretize o devido processo legal (RIBEIRO; SANTANA, 2020, p. 189).

Outro grande impedimento do juízo de garantias é o tratamento do acusado perante a justiça criminal, assim como o esquecimento dos direitos e das garantias individuais. Ressalta-se também que a globalização, através da evolução tecnológica e das redes sociais, facilitou a propagação do discurso autoritário e unilateral, o que proporcionou maior repressão do poder punitivo. Portanto, SILVA (2020, p. 7) mostra que o princípio acusatório tem como obrigação limitar a atuação do Estado no que diz respeito ao modo de punir.

O art. 3º-A incluído pelo pacote definiu que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedada à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019). O artigo seguinte, 3º-B, trouxe em seu texto a competência do Juízo de Garantias, o qual “[...] é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário competindo-lhe especialmente [...]” (BRASIL, 2019).

O juízo de garantias, de forma mais específica, é uma alteração no Código de Processo Penal, que teve por finalidade a divisão do trabalho exercido durante a persecução penal<sup>2</sup> em dois juízos. O primeiro juízo, de garantias, fica responsável por todos os atos praticados durante a primeira fase da persecução, a investigação.

Dentre esses atos estão inclusos o recebimento do auto de prisão em flagrante, a observação da legalidade das prisões e do cumprimento dos direitos dos presos, a extensão de prazos para conclusão do inquérito policial, a decisão sobre requerimentos, como produção antecipada de provas, medidas cautelares e prisão provisória, o julgamento de *habeas corpus* e de outras atribuições contidas nos incisos do artigo 3º-B.

Observa-se que a atuação do juízo de garantias é restrita aos processos que tratam de infração de menor potencial ofensivo. O juízo responsável pela segunda fase da persecução fica responsável exclusivamente pela condução do processo.

Analizando-se os textos trazidos pelos dois artigos, é possível identificar com clareza a ligação existente entre eles. Mais especificamente, podemos constatar que o artigo 3º-B é o complemento do artigo 3º-A.

Embora essas funções sejam divididas para caracterizar o sistema acusatório, Aury Lopes Jr, ainda em sua fala durante a mesma *live Lei Anticrime- Aspectos Processuais* (Youtube, 2020), diz que o processo penal brasileiro se mostra amplamente inquisitório e autoritário, do início ao fim, podendo ser considerado, sem sombra de dúvida, como o mais ultrapassado da América Latina.

2 “Trata-se da atividade do Estado no exercício do direito de punir em razão do direito de liberdade (ISHIDA, 2020, p. 101)”.

Para Silveira (2009, p.89), que utiliza como base outros países os quais adotaram uma separação de juízes, um ponto positivo relacionado ao juízo de garantias é a eficiência e a agilidade na condução do inquérito policial, que traz, consequentemente, maior resultado nas investigações. Além disso, o autor afirma que o processo penal estaria dando continuidade a uma evolução, a qual consiste no distanciamento do sistema inquisitório e aproxima-se cada vez mais da estrutura acusatória.

Observando-se as alterações trazidas pela Lei 13.964/19, no tocante ao juízo de garantias, conclui-se que as alterações não têm como finalidade barrar o exercício da justiça, mas sim regular o andamento do processo, alcançando a máxima imparcialidade e, consequentemente, a efetivação do devido processo legal. Em suma, o juízo de garantias é a afirmação do sistema acusatório.

Além dessa novidade do juízo de garantias, outras novidades e questionamentos podem ser extraídos da Lei 13.964/19, que é de grande relevância para a conclusão do segundo capítulo.

## 4 I A INSEGURANÇA JURÍDICA DO SUPREMO E O POLÊMICO INQUÉRITO 4.781-DF

Observa-se a grande diversidade de posicionamentos a respeito das estruturas processuais, bem como as diversas opiniões contraditórias a respeito dos instrumentos introduzidos pela Lei 13.964/19.

Aury Lopes Jr., em a *live* sobre a *Lei Anticrime- Aspectos Processuais* (Youtube, 2020), expressou sua indignação com a elaboração do Pacote Anticrime pelo ex-ministro da Justiça Sérgio Moro, enfatizando o fato de o ex-ministro não respeitar o projeto de reforma do Código de Processo Penal proposto em 2009, que ainda não teve andamento; além disso, Lopes Jr. também classificou a Lei 13.964/19, como “criação de um homem só”. As alterações trazidas pela referida lei são relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro e a ausência de uma comissão legislativa para sua criação, assim como a interferência de poderes, deixa muito clara a falta de harmonia entre os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

No caso em tela, há um evidente exemplo de ativismo judicial<sup>3</sup> e embora a iniciativa da elaboração da lei não tenha partido do Poder Judiciário, e sim do Poder Executivo, de qualquer forma ela interferiu nas atribuições do Legislativo. No entanto, a pretensão a ser alcançada nesse início de capítulo é discutir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante do adiamento da Lei 13.964/19.

O ponto de partida desse novo episódio que envolve o Supremo Tribunal Federal é a instauração de um inquérito pelo ex-presidente do tribunal, ministro Dias Toffoli,

3 “O ativismo judicial é a ação ou atitude, que dá autonomia ao judiciário, para a interpretação da lei e interferência no espaço dos demais poderes. Ampliando o alcance e o sentido, deixando o magistrado livre para aplicar a lei no caso concreto de acordo com seu entendimento (FLORIANO; FREITAS JR, 2019, p. 4)”.

posteriormente numerado de inquérito 4.781 e batizado de Inquérito das *Fake News* (ASSIS, 2019, p. 66), conforme se lê a seguir:

O objeto deste inquérito, conforme despacho de 19 de março de 2019, é a investigação de notícias fraudulentas (*fake News*), falsas comunicações de crimes, denunciações caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte [...] (STF, 2020, p. 1).

Ora, como pode o Supremo Tribunal Federal ser vítima, investigador e julgador do mesmo caso? E como fica o processo acusatório?

Sem sombra de dúvidas, a atuação do STF no inquérito 4.781-DF é outro elemento que surgiu para interferir na consolidação do sistema acusatório. Diante disso, é importante relembrar que a Constituição Federal optou pelo sistema acusatório ao separar nitidamente as funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Outra pergunta relevante é a seguinte: o que se faz quando o próprio guardião da Constituição fere o texto constitucional?

É evidente que o desrespeito ao sistema acusatório ameaça vários princípios, entre eles o do contraditório, da ampla defesa, como também do controle de produção e provas e, indiscutivelmente, a imparcialidade, inclusive já mencionada durante a conceituação das estruturas processuais. O STF está visivelmente optando por vias contrárias à Constituição, levando em conta as inéncias nas decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e, nesse momento, e adota, nesse contexto, uma postura extremamente inquisitoria.

No mesmo sentido: “A unificação de funções também lacera o sistema acusatório ao se protagonizar através do Investigador, Promotor e Relator um evidente juízo prévio e contrário aos eventuais acusados, conforme entalhado pelo Relator-julgador (SILVA, 2019, p. 4)”.

Não tem como negar a existência de parcialidade no inquérito 4.781-DF, como também, ressalta-se o retrocesso do STF em adotar uma postura autoritária que ocasionou um conflito com o Ministério Público, verdadeiro responsável por conduzir as investigações. O pesquisador SILVA (2019, p.4) relata em sua obra que há um desentendimento entre a Suprema Corte e o Ministério Público, desentendimento ocasionado pela falta de eficiência e de eficácia por parte do órgão ministerial, o que, por essa razão, impulsionou a ação do Supremo em instaurar o inquérito.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante do inquérito 4.781-DF evidencia a dificuldade encontrada em consolidar o sistema acusatório como a verdadeira forma de condução processual no ordenamento jurídico brasileiro. Analisando-se a Constituição Federal e a Lei 13.964/19, conclui-se que esperava-se, no mínimo, um

posicionamento legalista que agisse conforme o texto constitucional. Percebe-se também que a decisão tomada pela Corte desconstruiu o entendimento de muitos juristas e ocasionou a temível insegurança jurídica.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente aprovação da Lei 13.964/2019, batizada como Pacote Anticrime, trouxe em seu artigo 3º-A o sistema acusatório como forma de condução processual, uma importante definição para o processo penal, o que reascendeu uma discussão inacabável sobre qual estrutura processual penal o judiciário brasileiro adota. Diante das contradições existentes, alguns questionamentos, como a constitucionalidade da estrutura acusatória e sua eficácia quando aplicada a um caso concreto, podem ser levantados em relação à inclusão da Lei 13.964/2019. A problemática levantada é justamente no que diz respeito à compatibilidade entre a estrutura acusatória acrescentada pelo pacote anticrime e o ordenamento jurídico vigente.

Em verdade, a justificativa correta para a pesquisa desse tema é analisar a aplicação do direito ao caso concreto, principalmente em relação ao método de investigação utilizado, buscando-se efetivar o procedimento adequado para a concretização do devido processo legal. Utilizando-se do método dedutivo, o trabalho foi produzido partindo-se de ideias gerais e concluído conforme a filtragem dos conhecimentos adquiridos. Através da abordagem qualitativa, o trabalho fez uma investigação aprofundada sobre as diversas interpretações de diferentes pesquisadores a respeito das estruturas processuais penais e, posteriormente, foram extraídas as conclusões sobre cada sistema.

Os objetivos da obra foram a análise das estruturas processuais acusatória, inquisitoria e mista, como também a diferenciação existente entre elas.

A instauração do inquérito 4.781-DF pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, é o ápice do trabalho. A conduta e o posicionamento do Supremo diante do Inquérito das *Fake News* são totalmente contrário ao que está estabelecido na Lei 13.964/19 e na Constituição Federal. O fato de a Suprema Corte estar caracterizada como vítima e simultaneamente assumir a responsabilidade de investigar e julgar faz reviver a figura do juiz inquisidor, que contraria totalmente o princípio da imparcialidade e desconstrói totalmente as evoluções alcançadas pelo processo penal.

Por fim, a decisão recente do STF, que contraria totalmente a sua atribuição de guardião da Constituição e os excessos de artigos altamente inquisitivos contidos no código de processo penal evitam a consolidação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, o que aumenta ainda mais a quantidade de juristas e pesquisadores com posicionamentos diferentes. Assim, com toda certeza, o processo penal brasileiro se mostra ultrapassado e caminha no sentido do sistema inquisitório, o que abre possibilidades para mais discussões.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ARABI, Abhner Youssif Mota; AZAMBUJA, João Moreira Pessoa de. **Conformações jurisprudenciais sobre o momento de realização do interrogatório nos procedimentos especiais**. Revista Científica da FESMPDFT, Brasília, DF, nº 3, p. 149, 2016.

ASSIS, Jorge Cesar de. O inquérito 4.781 e os crimes contra o STF. **Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual**, Belo Horizonte, MG, v. 3, n. 1, p. 66-71, 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº13. 964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União: Poder Executivo. Brasília. DF, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº13. 964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União: Poder Executivo. Brasília. DF, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13/09/ 2020.

BRASIL. **Lei nº13. 964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União: Poder Executivo. Brasília. DF, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13/09/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.781 distrito federal. relator: min. alexandre de moraes. autor (a/s) (es): sob sigilo adv. (a/s): sob sigilo**. Brasília, 19 de março de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 16/09/2020

CANI, Luiz Eduardo. Sistema processual misto (ou mítico sistema processual). **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, SC, v. 18, n. 36, p. 175-200, 2014.

FLORIANO, Misraine Marinho; FREITAS JR, Pedro Otávio de. O ativismo do stf x a função da suprema corte. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas**, UNIG, Nova Iguaçu, RJ, v. 2, n. 2, p. 44-68, 2019.

**INQUÉRITO do Fim do Mundo 4781 - Voto Marco Aurélio Mello - ADPF 572 - Fake News Polícia Política**. Brasília: Tv Justiça, 2020. (31:57 min.), son., color. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=JbT9c\\_5yF2s](https://www.youtube.com/watch?v=JbT9c_5yF2s)> Acesso em: 18/09/2020.

ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal**. Juspodivm, 2020. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a3d7e08fd7869dbe7dbdabab523f82f0.pdf>. Acesso em: 13/10/2020.

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, RS, v.10, n.2, p.293-308, 2010.

KNOPFHOLZ, Alexandre. A necessária e já tardia constitucionalização do processo penal brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Curitiba, PR, ano 2, nº 2, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; FERNANDES, Ludimila. 1 vídeo (1h: 05:44). **LEI Anticrime - Aspectos Processuais**. Produzido por Defensoria Pública de Goiás. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uQDYFBhmTVI>. Acesso em: 20/05/ 2020.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de Processo Penal Didático**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, 14 mar. 2017.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. **Processo Penal Brasileiro: Sistema acusatório ou inquisitivo garantista?** Disponível em: [http://www.olibat.com.br/documentos/Processo\\_Acusatorio\\_ou\\_Misto.pdf](http://www.olibat.com.br/documentos/Processo_Acusatorio_ou_Misto.pdf) Acesso em 29/09/2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIBEIRO, Jéssica Cavalcanti Barros; DE SANTANA, Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio. O papel do juiz das garantias na salvaguarda da imparcialidade do julgador no sistema acusatório brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, UFRGS, Porto Alegre, RS, v. 8, n. 1, p. 188-200, 2020.

RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; DE SOUZA ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Estudos temáticos sobre o “Pacote Anticrime”**. CEP, São Paulo, SP, v. 1406, 2019.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Distopia no Supremo Tribunal Federal do Brasil momento propício para o congresso criar o investigador/promotor independente do Ministério Público**. 2019.

Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3435009](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3435009). Último acesso em 13/10/2020.

SILVA, Marcelo Oliveira da. **Por que temer o juiz das garantias?** Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Artigo1.doc.pdf> 2020. Acesso em 13/10/2020.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 46, n. 183, p. 77-93, jul. /set. 2009.

SCHNEIDER, Gabriela. **Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito**. Universidade do Vale do Rio dos Sinos: São Leopoldo, 2014.

SOUZA, Willian Lira de. Sistemas processuais penais. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, UNIPAR, v. 8, n. 1, 2005.

# CAPÍTULO 2

## DIREITO PENAL DO AUTOR: O INIMIGO AINDA É O MESMO?

Data de aceite: 01/06/2021

### Marcelo Bessa

Delegado de Polícia Federal, graduado em Direito pelo ILES/ULBRA de Ji-Paraná-RO, especialista em Ciências Criminais pela UNAMA, mestrando em Direito no PPGD/UNES integrante do grupo de pesquisas GEA – Grupo de Estudos Andradiano – UNESC

### Pedro Patel Coan

Advogado, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC

**RESUMO:** O presente artigo tem como problemática as manifestações que demonstram a tendência da política criminal em punir de forma mais intensa e severa os crimes praticados por pessoas das classes sociais menos privilegiadas socioeconomicamente, sendo os delitos de drogas e patrimoniais – notadamente cometidos com violência ou grave ameaça - aqueles objeto de maior e especial atenção no que tange ao tratamento mais gravoso quando cotejados com outros delitos que não os praticados costumeiramente por estas classes, mas por aquelas dominantes, os famigerados “crimes do colarinho branco”. A hipótese aventada é a de que há um recorte de classe, e que os crimes considerados atinentes às castas mais abastadas recebem um tratamento mais ameno em relação aos praticados pelas classes mais baixas, numa verdadeira manifestação do direito penal que pune o autor por ser quem é, sob o

pretexto de o punir pela prática da conduta. A metodologia adotada foi o estudo da legislação penal e o conhecimento empírico advindo dos autores da obra, esses, operadores do Direito, adentrando ao mundo do saber-poder de mãos dadas com o pensamento crítico indutivo.

**PALAVRAS - CHAVE:** Política criminal; direito penal do – autor - inimigo; criminologia.

**ABSTRACT:** The present article has as its problematic the manifestations that demonstrate the tendency of the criminal policy to punish more intensely and severely the crimes committed by people from the socially less privileged social classes, being the crimes of drugs and property - notably committed with violence or serious threat - those object of greater and special attention with regard to the most serious treatment when compared with crimes other than those usually practiced by these classes, but by those dominant, the infamous “white collar crimes”. The hypothesis suggested is that there is a class cut, and that the crimes considered pertaining to the more affluent castes receive a milder treatment in relation to those practiced by the lower classes, in a true manifestation of the criminal law that punishes the perpetrator for being who it is, under the pretext of punishing him for the practice of conduct. The adopted methodology was the study of the penal legislation and the empirical knowledge coming from the authors of the work, these, operators of the Law, entering the world of the knowledge-power hand in hand with the inductive critical thinking.

**KEYWORDS:** Criminal policy; criminal law of the - author - enemy; criminology.

## 1 | INTRODUÇÃO

Não se trata de exclusividade dos tempos atuais, tampouco surpreende os altos e generalizados brados pelo recrudescimento das leis penais em escala global, mais precisamente em terras brasileiras, que como mantra, diante do clamor público constante e crescente, decorre de um estado de criminalidade e violência crônica e sistemática. De igual modo, sabe-se que esses brados encontram, de certo, eco nas casas legislativas da União, reverberando na forma de leis draconianas consistentes, não somente, nos aumentos de penas, mas em criação de novas figuras típicas, regimes mais severos de cumprimento de penas e de progressão, menos garantias processuais, além de outras inovações legislativas que suprimem direitos fundamentais, encarcerando mais e mais os já vezeiros personagens que sabidamente habitam os sombrios calabouços do decrépito sistema prisional.

O clamor social, por vezes infundado, por outras tantas até casuístico, pauta a resposta do legislador penal, que se apressa em promover um direito penal, reativo e imediatista, aos reclamos da sociedade impregnada pelo discurso populista punitivo, na expectativa nunca satisfeita de solução ao grave problema da criminalidade.

Neste cenário, emergem ou incrementam-se as leis penais, no mais das vezes sempre tendentes ao enrijecimento, raramente com propostas de alternativas à pena, e, muito menos, ao processo penal e à descriminalização, vulgarizando-se a via penal em detrimento de outros meios de prevenção e solução de conflitos. O resultado, como esperado, é que, para os mesmos de sempre, o agravamento das condições; enquanto para os outros – que dantes não figuravam como alvo do direito penal, medidas de abrandamento.

A intervenção mínima, e seus corolários de subsidiariedade e fragmentariedade, torna-se, então, um princípio fictício, existente somente no campo teórico dos bancos acadêmicos, ao menos para os desafortunados.

O Ministério Público e o Poder Judiciário também fazem sua parte. Aplicam seletivamente tais normas dentro da margem discricionária gentil e propositadamente autorizada para tanto pela lei. E daí temos as agruras do processo penal e do cárcere – inclusive meramente provisório - reservado àqueles outros que revelam “periculosidade”, ainda que abstratamente considerada pelo só fato do tipo de delito praticado.

Mas, quem é o público-alvo dessas normas penais mais gravosas? Aplica-se a esse segmento o mesmo sistema de regras de criminalização e de cumprimento de pena de forma isonômica? Ou o legislador estaria elegendo determinadas pessoas em razão do que são (autor), encoberto sob o manto legitimador daquilo que supostamente fazem (conduta/fato)? Estaria o direito penal realmente se prestando à exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes? E quais seriam esses valores relevantes segundo o contexto sociopolítico e econômico no qual vivemos atualmente?

O presente artigo pretende analisar, embora perfunctoriamente, a política criminal brasileira, a fim de constatar algumas possíveis manifestações do direito penal do autor, e mesmo, em certa medida, do inimigo, a qual busca legitimar o tratamento diferenciado a determinadas pessoas a quem se atribui a prática de determinados delitos considerados mais perniciosos dentro de dado contexto histórico e sob influxos de uma política econômica e social.

A hipótese aventada é a de que há um recorte de classe, e que os crimes considerados atinentes às castas mais abastadas recebem um tratamento mais ameno em relação aos praticados pelas classes mais baixas, numa verdadeira manifestação do direito penal que pune o autor por ser quem é, sob o pretexto de o punir pela prática da conduta. A metodologia adotada foi o conhecimento empírico vindo dos autores da obra, esses, operadores do direito, adentrando o mundo do saber-poder de mãos dadas com o pensamento crítico indutivo.

## **2 I CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO AUTOR E A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O Direito Penal do Autor, foi proposto pelos penalistas nazistas e fundamentava-se na aplicação da pena em razão do «ser», isto é, em razão daquele que pratica ou possa a vir praticar a conduta tida por delituosa, e não em razão do ato praticado.

No Direito Penal do Autor surge o denominado “tipo do autor”, criminalizando-se a personalidade, e não a conduta. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito, e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor como a reincidência, a personalidade, conduta social etc. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (ZAFFARONI:2009) argumentam que:

“[...] ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ladrão”(ZAFFARONI:2009)

Segundo Zaffaroni, no direito penal do autor a criminalização recai sobre a personalidade e não apenas na conduta do agente. Pune-se pelo que se é, e não pelo que se fez. No direito penal do autor é lícito se punirem aqueles indesejados e desajustados sociais, os quais podem ser segregados independentemente de terem ou não cometido um fato tipificado do diploma penal ou mesmo se pode agravar consideravelmente uma

pena levando-se em conta características pessoais do autor, como ser ou não reincidente, ser autor de delitos habituais ou permanentes, ou ainda pelo fato de o autor possuir personalidade distorcida voltada para a prática de crimes. A periculosidade e aquele que a revela é, portanto, o cerne da punição. (ZAFFARONI:2009)

Na perspectiva da realidade brasileira, de matriz liberal e capitalista, em sua abismal desigualdade social, pode-se, muito claramente, identificar quem são esses ditos indesejáveis socialmente, porquanto perigosos que são aos interesses das classes hegemônicas abastadas, que buscam a todo custo proteger seu patrimônio dos “predadores” pertencentes às classes marginalizadas, tema a ser discutido na sequência oportunamente.

Seguindo a senda do Direito Penal do Autor, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, engendrada pelo jurista e filósofo alemão Günther Jakobs, na Universidade de Bonn, na Alemanha, no ano de 1985, consiste, sinteticamente, na ideia de coexistência de dois sistemas penais, decorrentes do reconhecimento de que existem dois tipos de indivíduos: o primeiro, o cidadão, transgressor comum e ocasional, o qual teria os seus direitos e garantias constitucionais assegurados e poderia ser ressocializado, após o devido cumprimento de uma pena proporcional, de caráter não meramente retributivo; e o segundo, que seria o inimigo, o qual se teria afastado, de maneira grave e permanente, do Direito, sendo assim um inimigo, considerado “um perigo latente” que, em consequência, não mais se enquadraria na qualidade de pessoa e, portanto, lhe seriam negados os direitos inerentes a essa condição. (JAKOBS:2005)

Influenciada pelos fundamentos da Teoria do Funcionalismo Sistêmico, também de Jakobs, a teoria do inimigo revela medidas de contenção àqueles indivíduos que não concordassem em respeitar as normas que se prestam a ordenar o funcionamento social, sendo-lhes atribuído um regramento penal distinto daquele aplicado ao cidadão, a fim de que fosse corrigida a disfunção que acarretariam ao corpo social.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni:

[...] a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo. (ZAFFARONI:2007)

A configuração da teoria de Jackobs propõe a punição do indivíduo não por sua conduta, mas pelo perigo que representa à sociedade e ao Estado. Decorre disso a existência de um Direito Penal voltado à composição de direitos distintos, fundados numa dupla imputação: penal e processual penal. O sistema de dupla imputação, na sua acepção penal, impõe a pena para os cidadãos à vista da prática de fatos passados por eles cometidos, enquanto ao inimigo cabe a imposição de uma pena pela simples potencialidade de violação aos preceitos básicos do Estado, ou seja, pune-se prospectivamente com base em perigo possível de ser concretizado no futuro. Daí surgem os crimes de perigo abstrato.

No que concerne ao aspecto do processo penal, verifica-se a divergência entre o

modelo processual aplicável ao cidadão – obedecendo-se ao sistema acusatório - onde prevalece o respeito aos direitos e garantias constitucionais; em contraposição ao do inimigo, a quem deve ser imposta a aplicação de um processo inquisitivo, com a consequente supressão daqueles direitos e garantias alhures citados. Ao cidadão as garantias do devido processo legal, ampla defesa, estado de inocência. Ao inimigo, ausência ou restrição de garantias constitucionais. Pode-se destacar, ainda, sobre a distinção do tratamento dispensado ao dito inimigo para esta teoria: a criminalização de certos atos que seriam preparatórios, penas desproporcionais e desarrazoadas, relativização ou supressão de garantias fundamentais, restrição provisória da liberdade sem fundamento concreto etc. Cita-se, a título de exemplo, a medida de segurança, que se faz necessária, segundo Jakobs (JAKOBS:2005), porque o inimigo não é uma pessoa, dotada de racionalidade, mas alguém com “transtornos mentais” e, por isso, se justifica a aplicação de pena diversa da aplicada ao cidadão, inclusive em caráter temporal indeterminado enquanto durar a periculosidade.

### **3 I E QUEM SERIA O INIMIGO NO BRASIL?**

A fim de não menosprezar a capacidade de reflexão e raciocínio crítico do leitor, e para que não se diga haver algum tipo de induzimento a determinada conclusão, entende-se que seja metodologicamente adequado primeiramente proceder à análise de alguns dispositivos legais dispersos na nossa legislação penal. Tais dispositivos demonstram, por si só, que determinados delitos – e por que não pessoas? - são objeto de especial atenção da nossa política penal, no sentido de serem destinatários de tratamento penal mais severo. Assim, ao final e ao cabo, poderemos chegar à ilação de quem seja o “autor” ou mesmo o “inimigo”, no contexto da política criminal brasileira.

Em passado não muito distante, com a promulgação da Lei de Contravenções Penais - LCP (DECRETO-LEI Nº 3.688/41), já transparece o nítido caráter de pessoalidade de certos dispositivos, os quais tem por foco pessoas seletivamente escolhidas segundo um determinado perfil psicossocial. Tais dispositivos ainda então vigendo, porquanto não revogados expressamente, em que pesem determinadas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da não recepção de muitos deles pela ordem constitucional. O Art. 14 da LCP demonstra a característica de pessoalidade ao dispor que

“Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal: I – o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez; II – o condenado por vadiagem ou mendicância”.

Aí então, finalmente, com a Constituição de 1988, nós – o povo brasileiro – através de nossos representantes, reunimo-nos em Assembléia Nacional Constituinte e instituímos

um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Em nossos princípios – nós brasileiros – temos com fundamentos da nossa sociedade a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Objetivamos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional sem desigualdades sociais e regionais, garantindo o desenvolvimento de todos e assim erradicaremos a pobreza e a marginalização, promovendo o bem de todos em preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Aonde queremos chegar está claro. Límpido e cristalino, no eufemismo clássico das elites brasileiras.

Nós brasileiros temos 700.000 presos, a quarta maior população carcerária do mundo. 1.000.000 de presos teríamos se todos os mandados de prisão em aberto fossem cumpridos.

Certamente mais de 95% dessas pessoas estão aptas a trabalhar. Estão em idade “economicamente ativa”. Traduzindo em outras palavras: temos um milhão de potenciais trabalhadores ociosos, consumindo os escassos e preciosos recursos da sociedade; se trabalhassem, seriam mais um milhão de pessoas fazendo a roda de economia girar. Cada brasileiro esquecido nos confins das masmorras tupiniquins custa – a nós brasileiros – em média R\$ 3.500,00. Isso é mais do que gastamos com nossos estudantes. Mais do que gastamos – no velho clichê – “O futuro do país”.

Qual o ambicioso plano que um país pode almejar gastando mais em presídios do que em escolas?

Não estou dizendo que nossas prisões são “colônia de férias” como muitos discursos eivados de ódio que escuto. Que fique claro, nossas prisões – com o perdão da palavra – são verdadeiras “filiais do inferno”, ou melhor (ou pior?), um andar abaixo do inferno. O estado de coisas unconstitutional em que se encontram é público e notório. O julgamento do Supremo Tribunal Federal foi televisionado em rede nacional!

Vamos pensar nos 50% dos presos, eis que as nossas prisões estão com sua “estadia” ocupada pelos “clientes” da Lei 11.343...

É muito interessante fazermos uma análise do livro “A Nova Segregação” de Michelle Alexander, na medida em que temos um Brasil americanizado. “Americanizado a ponto de, quando se levanta a hipótese de americanização, parece ofensa aos mais caros princípios da classe média, que viaja anualmente à Miami para fazer compras”. (VALOIS:2019, p. 334).

Michele Alexander viaja numa análise histórica, desde a formação dos Estados

Unidos como Estado e como cultura, nos apresentando todos os indícios de como a propriedade antecede à própria ideia de nação na América do Norte. A única guerra eminentemente estadunidense foi a sua “Guerra Civil”, onde um dos grandes cismas foi a questão da propriedade do homem sobre outro homem: a escravidão. Ter ou não ter escravos. Onde o sul possuía uma economia agrária baseada no cultivo de algodão branco à custa de corpos negros; já o norte, um pouco mais livre, com a sua indústria primitiva, precisava de mais consumidores para fazer a roda girar.

A obra mapeia comparativos que não podem deixar de ser trazidos para a realidade brasileira, como os paralelos históricos onde as “elites brancas exploram ressentimentos, vulnerabilidades e preconceitos raciais dos brancos pobres e das classes trabalhadoras para obter ganhos políticos ou econômicos” (ALEXANDER:2017).

Acontece que, falar de um sistema de encarceramento em massa, instrumentalizada pelo direito penal da “Guerra às drogas”, com matriz racial, parece um discurso vazio, na medida em que:

o encarceramento em massa é oficialmente indiferente a raça, parece inconcebível que o sistema possa funcionar como um sistema de castas raciais. A crença generalizada e equivocada de que o animus racial é necessário para a criação e manutenção de sistemas racializados de controle social é a razão mais importante para que, como nação, permaneçamos em profunda negação.

Nós sabemos que os ex-detentos enfrentam preconceitos, desprezo e exclusão pelo resto da vida e ainda assim, o discurso preconceituoso permanecesse. “essas narrativas racializadas tendem a confirmar e reforçar o consenso público predominante de que não precisamos nos preocupar com “essas pessoas”: tiveram o que mereceram” (ALEXANDER:2017).

O funcionamento desse sistema de discriminação racial através do preconceito dos egressos do sistema penitenciário apresenta uma discriminação legal, como por exemplo a perda dos direitos políticos. Os reclusos não têm direito a voto, que nos remonta à época do Império Brasileiro, quando os negros também não o tinham.

Como bem explicita Michele Alexander:

A tentação aqui é de insistir que os homens negros “escolhem” ser criminosos. O sistema não os torna criminosos, pelo menos não da maneira como a escravidão os tornava escravos negros ou o Jim Crow os tornava cidadãos de segunda classe. O mito da escolha é sedutor, mas devemos resistir a ele. Os afro-americanos não estão significativamente mais propensos do que os brancos a usar ou vender drogas proibidas, mas eles são tornados criminosos em taxas muito superiores por exatamente as mesmas condutas. Na verdade, estudos sugerem que profissionais brancos podem ser o grupo de maior probabilidade de se envolver com drogas ilegais durante a vida, mesmo que seja o de probabilidade de ser transformado em criminosos.

## 4 | CONCLUSÃO

Em síntese, apesar da análise perfunctória e desprovida da pretensão de esgotar o assunto, é de se perceber que há na política criminal brasileira uma clara feição de direito penal do autor/inimigo, voltada à criminalização e encarceramento de determinados delitos praticados por determinadas pessoas.

Materializados na legislação penal e processual penal, o que podemos facilmente encontrar por ela espalhados, estão alguns institutos que evidenciam que há forte tendência à proteção do patrimônio e à criminalização do porte de drogas. Tudo isso visando a segregar e exercer o controle sobre grupos determinados de tidos como indesejáveis ao sistema político e socioeconômico posto.

O direito penal e o encarceramento têm se voltado mais ferozmente às classes menos abastadas economicamente, e o recrudescimento das leis penais se presta a apaziguar o clamor populista punitivo em desfavor destas pessoas seletivamente escolhidas pela política criminal como sendo o “inimigo”.

Apesar de uma aparente tipificação de fatos, o que se tem é a escolha de determinados comportamentos inerentes a determinados grupos étnicos e sociais desprivilegiados e que se quer manter sob controle por meio da segregação.

O incremento das operações policiais que atualmente passam a direcionar a persecução penal a determinadas classes políticas e econômicas hegemônicas somente vem a confirmar que são exceção à regra de que o sistema penal e o cárcere foram engendrados para as classes pobres, majoritariamente composta por negros.

Do quanto exposto, é perceptível que há um duplo sistema penal vigente na política criminal brasileira. Há os cidadãos, criminosos ocasionais e passíveis de ressocialização, aos quais dificilmente se impõem as agruras do cárcere, posto que a estes se aplicam medidas despenalizadoras ou mesmo alternativas ao processo; e os inimigos, a quem o encarceramento é a regra e todo o regime de pena é tendente a mantê-los o máximo possível segregados. Os primeiros, normalmente pertencentes a grupos sociais privilegiados e cujos delitos a que estão envoltos encontram tratamento mais brando. Os segundos, dos guetos, favelas e periferias; pobres, perpetradores do tráfico de drogas e dos crimes patrimoniais, notadamente violentos, a quem o sistema lhes reserva inexoravelmente a clausura sob as condições mais hostis e degradantes.

Sim, há no Brasil Direito Penal do Inimigo. Nada mudou, o inimigo ainda é o mesmo.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Zahar, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Ed. Livraria do Advogado, 2005.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**. Tradução Clécio Lemos.–1. ed.–Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro, Revan, 2007

DAVIS, Angela. **Estarão as Prisões Obsoletas?** 1. Ed. Difel, 2018.

ALEXANDRE, Michele. **A Nova Segregação: racismo e encarceramento em massa**. 1 Ed. Boitempo Editorial, 2010.

# CAPÍTULO 3

## A MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM COMO SUSTENTAÇÃO DO EXPANSIONISMO PENAL LATINO-AMERICANO: UMA PERSPECTIVA ABOLICIONISTA

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 04/03/2021

LANGUAGE MANIPULATION AS SUPPORT OF THE LATIN-AMERICAN PENAL EXPANSIONISM: NA ABOLITIONIST PERSPECTIVE

Lorena Gonçalves Oliveira

Centro Universitário Unigran-Capital  
Campo Grande – Mato Grosso do Sul  
<http://lattes.cnpq.br/6673508873481114>

**RESUMO:** Importa sob uma perspectiva criminológica abolicionista penal, pesquisar como a manipulação da linguagem sustenta a expansão do sistema penal na América Latina, em uma dinâmica de provocação do medo na população, bem como pela internalização colonialista de um único discurso. O presente trabalho objetiva explicitar como a institucionalização da insegurança, por meio da comunicação, pode servir de amparo para o apagamento de questões sociais expressivas como a desigualdade social pós-colonial. Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica de autores preferencialmente latino-americanos. A pesquisa ratificou a presença da utilização da linguagem como meio de impretação do medo relacionado a violências individualizadas, em detrimento da discussão das problemáticas sociais mais densas pelas quais a população é acometida.

**PALAVRAS - CHAVE:** Abolicionismo penal; América Latina; criminologia; linguagem.

**ABSTRACT:** Based on a criminologic penal abolitionist this researches how language manipulation supports the Latin-American penal expansion system in a dynamic of defiance of fear in the population as well as of colonist internalization of one unique discourse. This research has as aim to explicit how the insecurity of institutionalization through communication can serve as sustenance to erase more expressive post colonial social issues as inequality. Therefore it has been used as a bibliographic revision of preferably Latin-American authors. The research ratified the presence of the use of the language as a form of imposing fear related to individualized violences instead of denser problematic social discussions for which the population is stricken.

**KEYWORDS:** Penal abolitionism; Latin-America; criminology; languages.

### 1 | INTRODUÇÃO

#### 1.1 Contextualização

É latente a urgência criminológica em aprofundar os estudos abolicionistas penais latino-americanos em uma dinâmica descolonial, para tanto, indispensável é a análise da manipulação das linguagens utilizadas no sistema penal em sentido amplo. Ao experienciar investigação quanto ao sentido ontológico daquilo que é tipificado como crime,

pode-se concluir a ausência de uma natureza intrínseca ao delito senão a decisão política em enquadrá-lo como tal, razão pela qual interessa estudar de maneira aprofundada a manipulação dos discursos no contexto social em que se insere a dinâmica penal em questão, para elucidar por fim a que ou a quem servem os mecanismos punitivos vigentes na América Latina.

Insta salientar a importância de reanalizar tais fatores concernentes à manipulação de linguagens sob o amparo histórico-cultural do povo latino-americano, permeado pós-colonização pela desigualdade social refletida em expressiva camada social afetada por agruras como o desemprego, fome, não acesso à moradia, saúde, educação e lazer. O estudo mostra-se relevante sobretudo quando as estatísticas apontam que a fração populacional diretamente acometida pela obscura realidade supracitada é também que mais convive diretamente com o sistema penal em todas as suas capilaridades, fator de preocupação para os latino-americanos em geral.

Nesse contexto, insta destaque à perspectiva de que embora haja vasta produção de conhecimento no âmbito da criminologia latino-americana, o estudo aprofundado sobre as raízes do castigo, bem como a imposição do processo penal como se dá atualmente, encontra-se ainda extremamente euro centrado, fator que obsta a análise histórica da manipulação dos discursos criminais de maneira local, sobretudo no Brasil. Nesse sentido, os trabalhos acadêmicos documentais realizados por mulheres latino-americanas acerca da criminologia mostram-se ainda mais essenciais, feito o devido recorte de gênero, uma vez que o sistema penal aparenta ser usualmente masculinizado.

Pois bem, diante disso, é possível recorrer ao marco teórico que diz respeito à genealogia dos discursos para que se possa traçar um ponto de partida na pesquisa das raízes punitivas como um todo. Além disso, de volta ao contexto local, por meio dos estudos criminológicos outrora realizados por pesquisadores latino-americanos concernentes à realidade dos sistemas penais vigentes, pode-se depreender relações diretas entre as imposições culturais colonizadoras e a realidade encarada pelas pessoas que dentro desse meio pesquisam, trabalham ou vivenciam diferentes perspectivas, de modo que indissociável é pensar a manipulação da linguagem como fator de exclusão social exercida pelo sistema penal, ausente o exame da colonialidade.

## 2 | OBJETIVOS

O objetivo da experiência de pesquisa foi em sentido amplo aprofundar os estudos criminológicos abolicionistas penais na América Latina, bem como desvendar as raízes da manipulação de linguagem utilizada como meio de perpetuação de tal sistema. Para mais, em sentido estrito, explicitar sob à luz do abolicionismo penal, como a manipulação dos discursos inseridos no contexto do sistema penal e além disso, a internalização compulsória da dinâmica crime-castigo pode, por meio de uma espécie de institucionalização do medo,

desviar a atenção das problemáticas sociais mais densas latino-americanas, transpassadas pela desigualdade social, sobretudo no Brasil.

### **3 I METODOLOGIA**

Em virtude disso, nota-se que a experiência na pesquisa criminológica abolicionista se nota fundamental para o entendimento histórico da manipulação de discursos e posteriores consequências de desinformação social dela decorrentes. Por conseguinte, sob a perspectiva do abolicionismo penal foi realizada a adoção da metodologia de revisão bibliográfica de fontes secundárias como trabalhos acadêmicos, livros, artigos, ensaios, e afins escritos por autores preferivelmente latino-americanos.

### **4 I RESULTADOS E DISCUSSÕES**

Pois bem, ao analisar a criminologia brasileira no que tange ao abolicionismo penal, é possível depreender que o exercício de poder do Estado por meio do sistema penal é amplificado pela manipulação da linguagem que o permeia, a começar pela utilização dos termos crime e criminoso, sem que para tanto, haja uma significação *de per si* de tais elementos. Isso porque, ao carregar de sentido emocional termos vazios de prévia definição, pode-se criar a figura de uma ameaça indeterminada para que esta tome espaço de temor maior no imaginário social, do que as mazelas não criminalizadas de exclusão decorrentes da desigualdade social (KARAM, 2012).

Nesta senda, ainda na seara do Brasil, é possível depreender que a linguagem carregada pelo sentido emocional e vazia de sentido estende-se por todos os meios de comunicação, expressivamente a internet na atualidade, ambiente propício para a exibição teatral de uma sociedade violenta. No território digital, onde as pessoas sentem-se como agentes de política criminal, são endossadas proposições de recrudescimento do sistema penal em virtude da disseminação desenfreada de notícias acerca da criminalidade violenta, fator que propicia o medo desproporcional da população acerca das violências individualizadas e subestima outras discussões relevantes acerca de problemas sociais mais expressivos (GUILHERME, 2017).

Pode-se notar da análise das pesquisas criminológicas brasileiras sobre a manipulação de tais discursos, uma certa preferência do receptor pelas informações transmitidas por assuntos breves, de compreensão facilitada, fator que pode ser explicado tanto pelo baixo nível de escolaridade de grande parcela populacional, tanto pela escassez de tempo para dedicação ao conhecimento. Nesse caminho, é possível entender por qual motivo a dramatização quanto às notícias sobre o sistema penal funcionam de modo a internalizar o medo e, por conseguinte, criar apoio para expansão do sistema penal. Por outro lado, as discussões acerca do colonialismo, desigualdade social, misoginia, embora

mais relevantes para população da América Latina, raramente entram em voga nas discussões midiáticas.

No mesmo sentido, em território venezuelano, Castro (2005) traça um percurso entre os meios de comunicação e a sensação de insegurança populacional, pelo qual o uso linguagem foi destacado. Nesta senda, parte-se do princípio de que a comunicação se configura como um exercício de poder, pelo qual se cria a realidade social focalizada na delinquência como tragédia. Nesse caminho, por meio do uso da linguagem familiar ao receptor, se estabelece o estereótipo do delinquente como pertencente às classes subalternas. Mecanismo que resulta por fim, em uma quebra de solidariedade intraclasse e, sobretudo, no desvio de atenção acerca dos problemas sociais latino-americanos mais densos, como a fome, falta de acesso à moradia, educação, cultura.

Sobre a temática, Zaffaroni (2012), sob a perspectiva argentina, explica a relação entre o sistema penal e o religioso estabelecidos na América Latina pós-colonialismo. Ao pesquisar acerca das inquisições históricas, notou que para dar início à empreitada colonizadora, é preciso que haja uma hierarquização social por meio da expansão irracional do sistema punitivo. Na atualidade, destaca que tal herança perpetua-se pela reprodução de linguagem midiática, responsável por naturalizar a mentalidade inquisitória em um discurso único, criador de um inimigo social, *in casu*, o estereótipo de criminoso. Portanto, destaca a responsabilidade social do criminólogo atuante no século XXI em escancarar a deslegitimização do poder punitivo historicamente idolatrado.

Nesse sentido, interessa à criminologia latino-americana dispensar atenção ao uso da linguagem como manipuladora dos discursos acerca do sistema penal na atualidade, sobretudo, em uma perspectiva abolicionista. Isso porque a realidade fática dos sistemas penais em expansão aponta para o apagamento dos pesquisadores, máxime as mulheres criminólogas, posto que a seara é marcadamente masculinizada, que embora clamem a não legitimidade dos sistemas penais e suas existências destinadas à manutenção de um exercício de poder, pouco são ouvidas e reproduzidas na academia, que costuma naturalizar a existência do castigo como se houvesse uma justificação ontológica prévia que o delimitasse.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se a importância de discorrer acerca da pesquisa abolicionista penal latino-americana para que não seja relegada ao esquecimento acadêmico, bem como para alertar sobre o alargamento do exercício do poder punitivo viabilizado pela manipulação dos discursos, e por consequência, o não enfoque nas questões de relevância para o povo da América Latina, sobretudo, a desigualdade social pós-colonial. É essencial que se resista ao produzir conteúdo científico emancipatório, embora o propósito requeira dedicação, e que os estudos da manipulação da linguagem não apenas permitam descobrir a deslegitimização

do direito penal, mas agir sobre os conflitos de maneira heterotópica, ao exercício contínuo da inventividade de sociabilidades que tenham abolido o castigo.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, N.; KOSOVSKI, E. **Tributo a Louk Hulsman**. In: ZAFFARONI, E. R. (Org.). Notas sobre o penal e o religioso. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-37.

GUILHERME, V. M.; ÁVILA, G. **Abolicionismos penais**. 2<sup>a</sup> Edição. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2017. 151 p.

CASTRO, L. **Criminologia da Libertaçāo**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. 284 p.

PASSETTI, E.; et. al. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2<sup>a</sup> Edição. In: KARAM, M. L. (Org.). Pela abolição do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 69-108.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. 5<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281 p.

# CAPÍTULO 4

## A LINGUAGEM DO FEMINICÍDIO: ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DOS DISCURSOS DOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO E DO JUDICIÁRIO PARAIBANOS NA CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA CAPAZ DE INTERFERIR NA EFETIVA APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 12/03/2021

### Alice Almeida Nóbrega

Graduanda do curso de Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Integrante do Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Prisional e Direitos Humanos (GPOC – UFPB)

<http://lattes.cnpq.br/6202098226060012>  
João Pessoa, Paraíba

### Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Professor Associado da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Centro de Ciências Jurídicas (CCJ). Membro da Comissão de Direitos Humanos da UFPB. Vice-Coordenador do Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Prisional e Direitos Humanos (GPOC - UFPB)

<http://lattes.cnpq.br/6134381480600682>  
João Pessoa, Paraíba

**RESUMO:** Esta pesquisa é resultado dos trabalhos desenvolvidos no Grupo de Pesquisa: POLÍTICA CRIMINAL, SISTEMA PENITENCIÁRIO E DIREITOS HUMANOS, do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania do NCDH/CCHLA/UFPB, cadastrado perante o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. A violência contra a mulher é um fenômeno que deve ser abordado sob diferentes óticas, sobretudo quando resulta em crime de homicídio, nesse caso, o feminicídio.

Existe um senso comum midiático que legitima comportamentos propagadores desse tipo de violência. A pesquisa realizada objetivou analisar o papel da mídia e seus reflexos no Judiciário nesta legitimação de discursos e práticas violentas no âmbito da violência de gênero. Diante de uma sociedade que assume um discurso punitivista, encarcerando, sobretudo, a população negra e periférica, é necessário que haja uma ponderação constitucional que discuta o gozo da liberdade de expressão, o direito à ampla defesa e a linguagem a respeito dos crimes de feminicídio, capazes de interferir diretamente na forma com que esses crimes são julgados. Assim, busca-se reivindicar meios de comunicação que assumam um compromisso responsável com os Direitos Humanos em todas as suas esferas.

**PALAVRAS - CHAVE:** direitos humanos. mídia. violência contra a mulher. comunicação.

THE FEMINICIDE LANGUAGE: AN ANALYSIS OF THE INFLUENCE OF MEDIA DISCOURSES IN THE LAW SYSTEM OF PARAÍBA IN THE CONSTRUCTION OF A MODEL CAPABLE OF INTERFERING IN THE EFFECTIVE APPLICATION OF THE QUALIFIER

**ABSTRACT:** This scientific research was conceived from concerns and studies made by the research group: POLÍTICA CRIMINAL, SISTEMA PENITENCIÁRIO E DIREITOS HUMANOS from Post-Graduation Program in Human Rights, Public Policies and Citizenship from NCDH/CCHLA/UFPB, registered under Conselho Nacional de Desenvolvimento

Científico e Tecnológico - CNPq. Violence against women is a phenomenon that must be approached from different perspectives, especially when it results in a homicide, in this case, feminicide. There is a common media belief that legitimizes behaviors able to spread this type of violence. This research aimed to analyze the role of media and its reflexes in the Judiciary in this legitimization of discourses and violent practices in what concerns gender violence. In the face of a society that takes on a punitive discourse, incarcerating, above all, the black and peripheral population, there is a need for a constitutional consideration that discusses the enjoyment of free speech, the right to defense and language regarding the crimes of feminicide, capable of directly interfering in the way these crimes are judged. Thus, this research seeks to claim media to assume a responsible commitment to Human Rights in all its spheres.

**KEYWORDS:** human rights. media. violence against women. communication.

## 1 | INTRODUÇÃO

Entre 2001 e 2011, ocorreram, no Brasil, mais de 50 mil assassinatos de mulheres, isso representa, em média, 5.664 mortes de mulheres por causas violentas a cada ano, 472 a cada mês, 15,52 a cada dia, ou uma morte a cada 1h30. Esses dados foram divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em uma pesquisa inédita, que reforçou as recomendações realizadas pela CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito), que avaliou a situação da violência contra mulheres no Brasil (BITENCOURT, 2018, p. 95).

É dentro desse sistema que tanto o Judiciário quanto a mídia se encontram inseridos perpetuando a estrutura de violência contra a mulher ou demais categorias vulneráveis. O Judiciário brasileiro vem se destacando como propagador de desigualdades. Isso reflete diretamente na abordagem midiática, que se torna um veículo onde se leva muito mais em consideração a repercussão de uma notícia e as relações morais envolvidas do que o respeito à própria legislação, já que a formação jornalística apresenta uma falha estrutural que coloca a valorização dos direitos humanos em segundo plano.

Nesse âmbito, cabe trazer à tona conceitos como a dignidade da pessoa humana e o princípio da não discriminação, este último sendo sempre um reflexo do princípio da igualdade. A partir dessas definições e à luz da Constituição Federal de 1988, é direito fundamental de todo cidadão ser respeitado igualmente em sociedade tendo todas as suas diferenças consideradas, e de ter seu bem estar garantido pelo Estado.

Partindo dos dados alarmantes acerca da violência contra a mulher no país e diante da maior proteção trazida pela qualificadora de feminicídio, incorporada ao Código Penal em 2015, esta pesquisa buscou analisar de que forma as notícias dos casos subsumidos chegam à sociedade, uma vez que os meios de comunicação são importantes fontes de conscientização.

## **2 I METODOLOGIA**

O perfil desta pesquisa foi quantitativo e qualitativo com relação aos dados coletados. Foi possível observar com clareza a atuação dos agentes do Judiciário em casos de feminicídio por meio de estágio não-obrigatório no 1º Tribunal do Júri de João Pessoa junto à Defensoria Pública do Estado da Paraíba.

A partir disso, ocorreu o acompanhamento de audiências de crimes classificados como feminicídio no Plenário do Tribunal do Júri de João Pessoa, com o objetivo de analisar diversos aspectos envolvidos, dentre eles a linguagem utilizada, a postura e as teses das partes e características dos réus, além da própria influência da mídia nesses casos.

Esta análise foi feita com base em questionário elaborado pelo professor Dr. Gustavo Batista do Departamento de Direito Público do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, com os seguintes quesitos: idade do réu e da vítima; classe social do réu e da vítima; medida de proteção da Lei Maria da Penha imposta antes do fato; motivação do réu; enquadramento da qualificação de feminicídio nos fatos narrados; tese de acusação e de defesa.

Além disso, foi realizado um estudo sobre meios de comunicação social que veicularam notícias sobre feminicídios durante o período da pesquisa, tanto em âmbito nacional, quanto no cenário local do Estado da Paraíba. Foram analisadas a linguagem utilizada, a veracidade das manchetes e informações vinculadas, bem como o potencial impacto dessas notícias em um julgamento. A pesquisa se valeu de informações obtidas em telejornais e reportagens escritas.

Ademais, houveram reuniões quinzenais nas quais foram discutidos textos, livros e artigos sobre criminologia, feminismo, política criminal e direito penal dos vulneráveis, essenciais no embasamento dos estudos realizados.

## **3 I RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### **A) SOBRE O FEMINICÍDIO**

Diana Russel e Jane Caputi definem o feminicídio como algo que transcende a misoginia, onde é criado um estado de terror e agressões que culminam na morte da mulher (CAPUTI; RUSSEL, 1992, p. 15). Essa realidade adquire uma perspectiva política, já que a conduta se caracteriza como análoga à do crime de ódio.

A qualificador da feminicídio foi inserida no Código Penal Brasileiro pela lei nº 13.104/2015, quando o artigo 121 foi alterado para enquadrar o homicídio praticado contra mulher por razões de condição do sexo feminino. Desde então, dados alarmantes acerca desse tipo de crime foram registrados. No âmbito do Estado da Paraíba, segundo o TJPB, 86 assassinatos de mulheres foram registrados como feminicídio entre 2015 e 2019. 39 deles foram a julgamento, o que acarretou em 33 condenações e uma absolvição.

É necessário perceber o feminicídio como um problema estrutural, em que o Estado

se omite em garantir os direitos humanos dessas mulheres vítimas de violência, o que configura o feminicídio também como um crime de Estado. Nesse âmbito, os meios de comunicação exercem um papel incisivo, pois, ao não problematizarem os assassinatos, se tornam propagadores de uma cultura de dominação onde se legitima esse tipo de crime (TERRA, 2020).

A luta das mulheres em prol de combater esse tipo de injustiça social se configura como uma tendência da modernidade, quando lutas por reconhecimento vão tomando o lugar das lutas por distribuição, conforme coloca Nancy Fraser. A autora propõe, ainda, que a realização da justiça requer hoje tanto redistribuição material quanto reconhecimento cultural. É por isso que deve-se alinhar o conceito de classe social na discussão a respeito da violência contra a mulher.

É, portanto, essencial que se dê nome a esse tipo de violência histórica praticada contra a mulher para que se construa mecanismos de combate a ela. Nesse sentido, coloca Safatle (2015):

Se a sociedade brasileira chegou a este estágio de violência contra a mulher é porque há coisas que ela nunca quis ver e continuará não vendo enquanto o direito não nomeá-las [...] ao particularizar, o direito dá visibilidade a algo que a sociedade teima em não reconhecer [...] apagar o nome é uma forma brutal de perpetuação da violência.

Caracterizar o feminicídio o coloca como parte de um contexto maior e permite que ele se insira em uma política de tolerância zero no combate à violência contra a mulher. Dessa forma, fica evidente a necessidade do feminicídio ocupar o âmbito político e a mídia. Isso porque é da imagem da sociedade que partirão os reflexos que terão influência direta no Judiciário, como será visto mais adiante. Manter o feminicídio na invisibilidade traz graves consequências para a sociedade. Estado, mídia e sociedade formam um tripé que deve se estruturar estabelecendo mecanismos de equidade, pois é a partir do reconhecimento da diferença entre os gêneros que transformações serão impulsionadas.

## B) O CENÁRIO MIDIÁTICO SOBRE A TEMÁTICA

As interações culturais, econômicas e sociais vêm se intensificando ao longo dos anos através de fenômenos como a globalização. Por meio de modernas tecnologias de informação, é possível ter acesso ao que ocorre do outro lado do mundo de modo imediato.

As notícias sobre a criminalidade são abordadas de forma sensacionalista e, muitas vezes, além de não transmitirem a realidade passam a emocionar, a estimular a curiosidade, a intolerância e, por fim, o próprio medo, como instrumentos utilizados para atrair o espectador. Assim, o crime passou a ser revestido de um aspecto rentável pela mídia; também se configurando como um processo industrial da comunicação, se apresentando como um verdadeiro espetáculo com pouco senso crítico.

Os meios de comunicação transformam, portanto, os crimes contra a vida em espetáculos de luta entre o bem e o mal. Assim, há um objetivo maior a ser alcançado pela

mídia: desviar a atenção do público de outros problemas sociais, facilitando as campanhas promovidas pela imprensa de cunho autoritário e repressivo.

Portanto, o espetáculo representa a própria sociedade olhada distamente por uma falsa ilusão de consciência. O pré-julgamento realizado pela imprensa e o discurso midiático no seu infinito alcance faz com que a população exija penalização ou absolvição, à depender da construção fantasiosa construída pelos veículos preponderantes de comunicação em um determinado local, impondo inconscientemente a vontade de grupos comunicacionais ao que deveria ser a vontade e o sentimento popular, uma construção de consensos sociais. (MACEDO, OLIVEIRA FILHO, 2017)

A mídia, contudo, corrompe essa ideia com uma abordagem agressiva e sensacionalista das notícias, sobretudo as de cunho policial, onde as questões de gênero e a supremacia masculina se tornam especialmente evidenciadas a partir do modo que são expostas.

Os programas de televisão, em sua maioria, telejornais locais, sequer respeitam a situação delicada em que as vítimas se encontram e chegam a interferir na investigação, bombardeando os acusados com perguntas sem qualquer tipo de filtro: um verdadeiro vale tudo em busca de impulsionar sua audiência. Além disso, a atitude do criminoso, em muitos casos, não é condenada por esses jornalistas, mas agem como se ela devesse ser exaltada.

A força que os meios de comunicação produzem e projetam ao noticiarem um crime é passível de influenciar até mesmo o juiz, no momento adequado de decidir. Muitas vezes, pelo temor de gerar nos cidadãos a sensação de insegurança jurídica, juízes decidem da maneira como espera a mídia e toda a sociedade por ela influenciada (MORAES, 2009).

A própria legislação fixa limites para a liberdade de expressão, que se fundam em outros direitos constitucionais relevantes resguardados e que são objeto de tutela do Direito Penal, por meio dos crimes de injúria, calúnia e difamação; os conhecidos crimes contra a honra. Portanto, quando há responsabilização de pessoas pelos excessos na liberdade de expressão, não se trata de censura, ou de patrulhamento ideológico do “politicamente correto”. É, na realidade, sobre o resguardo de direitos fundamentais tão relevantes quanto a liberdade de expressão e que devem ser respeitados. Se pondera o próprio direito, onde nenhuma regra ou princípio são absolutos. Não se condensa ninguém, civil ou criminalmente, por meras opiniões, visões de mundo ou por fazer humor, condense pelo abuso da liberdade de expressão quando fere outros direitos fundamentais de outras pessoas que merecem igual proteção. Injúria, calúnia e difamação são crimes e ilícitos civis, o que não pode se confundir com exercício de liberdade de expressão.

Toda essa realidade é expressa na abordagem midiática acerca da violência contra a mulher. A violência constitui uma realidade concreta na vida de milhares de mulheres no Brasil. Expressa a crescente degradação da vida humana na sociedade capitalista,

condicionada, dentre outros fatores, pelo aprofundamento da questão social e das desigualdades sociais. O agravamento e a complexidade que assume o fenômeno nas cidades e no campo e, em particular, as expressões da violência contra mulheres, nos instigam a questionar a naturalização destes fenômenos, muitas vezes, tomados como ação isolada e pontual, circunscritos à esfera individual.

Para a psicóloga e coordenadora do Observatório da Mulher, Rachel Moreno, a mídia ou banaliza a violência contra a mulher ou então vai para o outro extremo: tornar tudo um grande espetáculo para atrair mais audiência (MORENO, 2016). Segundo Moreno, as duas abordagens são prejudiciais para a formação crítica da sociedade, pois não geram uma discussão aprofundada sobre o tema. No âmbito do telejornalismo policial, a violência tende a ser explorada e enfatizada, possibilitando, não raras vezes, análises conservadoras e preconceituosas.

No Brasil, os meios de comunicação são concentrados e monopolizados por um pequeno número de famílias/empresas. Desse modo, as concepções, valores e interesses desses grupos são disseminados para o conjunto da sociedade, apresentando-se como necessários e inerentes à dinâmica da vida social. A televisão, em especial, tem se mostrado um veículo de comunicação com grande participação na vida das pessoas, sendo responsável pelo entretenimento de parte significativa da população. Assim, por um lado, a mídia se apropria da sensualidade e sexualidade das mulheres, atendendo aos interesses do mercado, por outro, as reprime e as julga. O livre exercício da sexualidade permanece sendo alvo de julgamentos morais reguladores e disciplinadores das mulheres. Esse é o principal fator levantado pela mídia quando passa a justificar o comportamento do agressor.

Diante disso, foram estudados alguns casos veiculados pela mídia nacional e paraibana que ilustram os conceitos explicitados. Um exemplo de julgamento onde a influência da mídia foi extremamente abusiva foi o caso de Mércia Nakashima,

A advogada de 28 anos que desapareceu no dia 23 de maio do ano de 2010, e que só foi encontrada em 10 de junho, quando seu carro foi localizado em uma represa no interior de São Paulo. O julgamento aconteceu três anos depois onde o ex-namorado da vítima Mizael Bispo, ex-policial militar e advogado de 40 anos negou no tribunal do júri que tenha matado a ex-namorada, porém foi condenado a 20 anos de prisão por homicídio triplamente qualificado. (G1 SÃO PAULO. Entenda o caso Mércia Nakashima. 24/05/2017. Em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/entenda-o-caso-mercia-nakashima.html>).

Esse caso foi o primeiro levado à Júri Popular, a ser transmitido ao vivo pela TV, rádio e internet no Brasil. Segundo a assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça de São Paulo “o que gerou uma onda de comoção e pessoas clamando por justiça antes mesmo do trânsito em julgado da sentença”.

Dois casos amplamente abordados e divulgados pela mídia em épocas distintas merecem um destaque comparativo, feito em outro artigo publicado no curso da pesquisa

pela referida autora deste trabalho, o professor Gustavo Batista, a pesquisadora Nathálya Lins e a advogada e pesquisadora Juliana Pordeus, intitulado AATUAÇÃO PARADIGMÁTICA DA MÍDIA NA VEICULAÇÃO DE CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: ESTUDO CRÍTICO DOS CASOS ELOÁ CRISTINA (2008) E TATIANE SPITZNER (2018) e publicado no X Seminário Internacional de Direitos Humanos.

O primeiro é o caso Eloá Cristina, ocorrido em 2008, e conhecido como o maior sequestro em cárcere privado já ocorrido no Estado de São Paulo. O caso teve grande repercussão midiática nacional e internacional. O segundo é o caso Tatiane Spitzner, sobre um marido que assassinou a esposa lançando-a do 4º andar de um prédio, ocorrido 10 anos depois, em 2018. Um dos casos ocorreu antes da incidência da qualificadora de feminicídio no Código Penal, o outro ocorreu depois.

Mesmo com a interferência da qualificadora, foi possível notar que a mídia não contribui para desmistificar a insegurança que as vítimas de violência apresentam quanto à proteção que a legislação lhes assegura. As informações veiculadas pelos meios de comunicação sobre a violência contra mulher vêm em forma de espetáculo, com a finalidade de proporcionar mais audiência e notoriedade, da mesma forma que sequer respeitam a situação delicada em que as vítimas se encontram, fazendo-lhes, muitas vezes, perguntas que capazes de provocar perturbação psicológica, já que rememoram as agressões vividas.

Em âmbito paraibano, foram analisadas reportagens dos telejornais Correio Verdade e Rota da Notícia sobre casos de feminicídios no Estado. Em ambos foi averiguado o caráter sensacionalista das matérias, com manchetes chamativas que, muitas vezes, sequer representavam a realidade do que era mostrado. Além disso, os comentários dos apresentadores em cada situação figuraram como verdadeiros incentivadores da revolta pública, com expressões e tons de indignação exagerados, visando a produzir o espetáculo anteriormente mencionado. Ainda, o suspeito do crime chegava a ser apresentado com expressões como "vagabundo" e "assassino", uma afronta ao princípio da presunção de inocência, como já foi descrito. É a necessidade de se apontar publicamente um culpado para sofrer a expiação social pelo crime cometido, ainda que não haja provas da real culpabilidade do indivíduo. Ademais, houve momentos em que o apresentador tentou culpabilizar a vítima em razão de traição, seguindo uma análise acrítica da motivação do crime, sustentando falsas teses a exemplo da legítima defesa da honra e justificando posições machistas e misógninas.

Por fim, com base no texto de Ana Paula Ricco Terra e em sua análise dos jornais Folha de São Paulo e Estadão, cabe elencar algumas das características das notícias acerca do feminicídio vinculadas na mídia brasileira que a autora coloca:

1. Crimes brutais e cobertura “policialesca”: crimes violentos chamam atenção pelo sensacionalismo, e quanto mais violento, mais cobertura terá.
2. Desrespeito à memória das vítimas - a vítima fantasma: a mulher não tem nome nas notícias, ela é apenas um corpo ou é reduzida a um adjetivo. Ou seja, perdem a

essência de mulheres cidadãs, tendo sua memória traída e desrespeitada.

3. Justificativa do crime com base em culpabilização da vítima: o machismo e a misoginia não parecem aparecer como motivo para os crimes, mas figuram as motivações tradicionais para os chamados crimes passionais, com culpabilização da vítima: ciúmes, traição, dentre outros. A ausência de críticas com relação aos motivos, estipula possíveis justificativas para o cometimento dos crimes.

Em relação ao segundo ponto, vale destacar o que coloca Judith Butler em sua obra «Vidas precárias: os poderes do luto e da violência». Nela, a autora descreve a recusa dos jornais em publicar obituários e memoriais de pessoas que foram mortas em ações militares estadunidenses ou israelenses e define o processo da desumanização, que seria a impossibilidade de que a vida seja publicamente pranteada, reduzindo o seu valor. A violência, portanto, acaba despersonalizada.

A desrealização da perda - a insensibilidade ao sofrimento humano e à morte - torna-se o mecanismo de realização da desumanização. Essa desrealização não ocorre nem dentro e nem fora da imagem, mas no próprio enquadramento em que a imagem está contida (BUTLER, 2019)

Com isso, nota-se o quanto a mídia influencia e reflete as condições de uma sociedade estruturalmente machista e o quanto o seu caráter sensacionalista é prejudicial à construção de um sistema que respeite os direitos da mulher, sendo o maior deles a vida. É necessário que haja uma preocupação feminista com as notícias vinculadas, de modo a resguardar a identidade e os valores das vítimas assassinadas em razão de serem, simplesmente, mulheres, respeitando a sua memória e o valor das suas vidas.

### C) A LINGUAGEM DO JUDICIÁRIO NA ABORDAGEM DO FEMINICÍDIO

De acordo com o Tribunal de Justiça da Paraíba, em 2019, ocorreram 21 julgamentos de casos classificados como feminicídios, o que representa um aumento em relação aos outros anos. A partir desse embasamento, foram feitas análises de casos práticos, assistindo audiências de julgamento em que incidiam a qualificadora de feminicídio nos Tribunais do Júri da Capital no intervalo de 15 de agosto de 2019 a 21 de março de 2020 (os julgamentos foram suspensos devido à pandemia da COVID-19), e estudando a postura e o discurso de cada um dos atores envolvidos a partir de critérios previamente elaborados e definidos, como cor, idade, classe social do réu, teses da acusação e defesa, a incidência da qualificadora do feminicídio, dentre outros. Também foram analisados como os casos que estavam sendo julgados repercutiram na mídia local, questionando a influência desta sobre as decisões.

O primeiro julgamento se referiu ao caso de um homicídio qualificado por motivo torpe, meio que impossibilitou a defesa da vítima e feminicídio. A vítima do caso se chamava Gisele e o réu, Lucas. O caso ocorreu na véspera de Natal de 2018, na casa da vítima, após a festa de celebração natalina. Testemunhas amigas da vítima, ouvidas sem a presença do réu em plenário, relataram que Gisele teria pegado o celular de Lucas enquanto este

dormia e visto mensagens de sua ex-companheira, o que a fez ficar muito enfurecida e quebrar o celular.

Os amigos deixaram o local e Gisele dormiu com Lucas. Retornando no dia seguinte afim de ajudar na limpeza da festa, as testemunhas viram o réu sair da residência. Ao entrarem no quarto da vítima, se depararam com esta com sinais de asfixia e pele fria. Quando a ambulância chegou foi constatado que Gisele já se encontrava morta. No mesmo ambiente se encontrava o filho dela de 4 anos de idade.

Em plenário, o réu permanecia sempre de cabeça baixa e chorou bastante. O representante do Ministério Público fez questão de destacar o fato do réu ser suspeito de um roubo a mão armada, de modo a construir a figura de criminoso, embora não houvesse quaisquer provas ou inquérito policial em andamento, como destacou o Defensor Público.

Neste júri, a ex-companheira do réu, mãe de seu filho de 3 anos, compareceu como testemunha de defesa. A ex-companheira alegou que o réu não era uma pessoa violenta e mantinha o pagamento da pensão alimentar em dia e que seu contato com ele se limitava a tratar sobre a criança.

Segundo o réu, já tinha encontrado a vítima imóvel ao acordar, mas não sabia dimensionar o que estava acontecendo, e só veio a saber que a vítima estava morta no dia da sua audiência. Disse que a vítima teria usado drogas (cocaína), e que não possuía a senha do celular do réu, que amanheceu sem carga. Levantou a possibilidade de que os amigos tivessem cometido o crime devido a confusões existentes entre a vítima e uma amiga por causa de um ex comum ou ciúmes do réu.

É neste ponto que se erguem as críticas pertinentes ao Tribunal do Júri, tendo em vista que este é formado por juízes leigos e não togados, podendo ter sua decisão influenciada por quaisquer fatores externos e deixando a legislação de lado se assim desejarem, pois muitas vezes pouco a conhecem.

Após análise feita das notícias que veicularam o caso na mídia paraibana, foi constatado que nenhuma delas utilizou o termo «feminicídio» ao relatar o ocorrido, fazendo questão de ressaltar o uso de drogas por parte do réu, bem como os antecedentes criminais deste.

Na sustentação oral do representante do Ministério Público, chamou a atenção algumas colocações feitas, como “Quem pode consumir droga é ele. A menina não. A menina era moça direita”; “Família, pode ficar tranquila que ele será condenado”; “Falta de ‘hombridade’ dele de assumir o que fez”; “Não temos nada contra ele, mas contra o crime, porque ninguém pode matar uma mulher”; “Vamos mostrar à família que os jurados da Capital são justos e sairá hoje com uma condenação”, ou seja, era sempre um discurso voltado para a necessidade de se punir alguém pela infração cometida, independente se os argumentos levantados sustentassem a inocência ou não do réu.

As colocações do Promotor de Justiça não diferem muito dos ataques feitos pelos apresentadores dos telejornais locais anteriormente mencionados, um buscando a

condenação legal e o outro, a social. Para isso, é preciso caracterizar o acusado como um indivíduo que merece sofrer repressão pela pessoa que ele é, muito mais do que por aquilo que ele fez. É necessário que se construa um estereótipo que vai influenciar diretamente no veredito do júri, livre para decidir pelo seu próprio entendimento.

Também é interessante como é construída a imagem da mulher. O promotor nega a possibilidade da vítima usar drogas para que ela seja vista como moralmente aceita. Além disso, colocações jurídicas equivocadas feitas para influenciar os jurados leigos também foram vistas, como a ideia de que qualquer assassinato de mulher se enquadra como feminicídio, contrariando a definição da qualificadora no inciso VI, §2º, art. 121, do Código Penal Brasileiro.

Diante disso, a defesa explicitou a necessidade da presença de determinados requisitos para que se incidisse a qualificadora de feminicídio, pedindo que esta fosse subsidiariamente afastada por falta desses requisitos. Também foram feitas colocações como “Não se vê feminicídio nenhum no processo”; “Não há, nos autos, nada em relação a coabitacão violenta ou algum aspecto ruim do relacionamento entre o réu e a vítima”.

A tese da defesa foi a negativa de autoria por ausência de provas que caracterizassem o réu como autor do delito, prevalecendo o *in dubio pro réu*. Isso porque não havia exame toxicológico da vítima e exames periciais do réu e do celular.

Foi contestada também a qualificadora de motivo torpe “É preciso ter motivação no crime de homicídio, mas não há motivos nos autos”; “Ninguém viu e ninguém sabe o motivo”. A isso, o Promotor usou como argumento o fato de que, caso o homicídio não fosse qualificado, o réu teria uma progressão de regime mais rápida.

Novamente, aqui se vê o reflexo midiático estampado. Ora, o argumento não se deu com base nas evidências do processo, mas na necessidade de fazer alguém pagar com a máxima pena possível e nas piores condições pela morte da vítima, algo que sempre é reivindicado pela mídia.

A presença da família da vítima no Plenário também merece destaque. A mãe da vítima mostrou indignação expressa em determinado momento pelo fato de que o réu estava recebendo defesa. Isso alia-se à fala do Promotor e mostra como na idealização popular a condenação já vem com uma percepção prévia. O réu é culpado até que se prove o contrário, uma clara afronta ao princípio da presunção de inocência já apontado, quando a questão midiática foi abordada por partir da mesma concepção.

A família foi advertida pelo seu posicionamento com base no artigo 497 do Código de Processo Penal. É inegável, contudo, que tal expressão contribuiu para a formação do convencimento dos jurados. No fim, o réu acabou por ser condenado.

O segundo júri que foi analisado no curso da pesquisa possuía três réus a serem julgados: Tales, mandante do crime, Duduzinho e «Bruxo», suposto codinome do réu Paulo Renato. O crime ocorreu em 2017. Tales, preso a época do fato, manteve durante muitos anos na adolescência um relacionamento com Sendria, vítima do crime.

Conforme os autos do processo, Sendria teria dito que deixaria de visitar Tales no presídio do Róger e que não desejava mais ter um relacionamento com este, o que teria sido a motivação para que Tales mandasse Duduzinho e Bruxo a assassinarem.

Sendria teria prometido oferecer uma quantia em dinheiro para ajudar a pagar um advogado para Tales, motivo pelo qual marcou um encontro com os amigos dele. Ela disse que seria a última coisa que faria por Tales. A vítima aguardava Duduzinho e Bruxo dentro de um Uber no bairro do Valentina, quando os dois passaram em uma moto e efetuaram diversos disparos contra ela. O motorista do Uber levou Sendria rapidamente para a emergência. A vítima ainda ficou consciente por alguns momentos, entrando depois em coma e vindo a falecer dias depois.

Quando estava consciente, a vítima teria dito que os autores do crime eram Duduzinho e Bruxo a mando de Tales, que Bruxo possuía uma tatuagem no braço e se chamava "Jonata", segundo depoimento de funcionário do hospital. O próprio depoimento da vítima apresentava contradição com que estava sendo julgado, visto que Bruxo ali estava sendo representado Paulo Renato e este não possuía tatuagem. Além disso, vários outros argumentos expostos em Plenário indicavam Bruxo não ser Paulo.

Assim, a tese de defesa de Paulo Renato foi negativa de autoria. Declarou, ainda, estar sendo ameaçado, se encontrando na parte «segura» do presídio, e que o verdadeiro nome de Bruxo era Jonas. A acusação de Paulo Renato era tão contraditória que o Promotor chegou a alegar que Paulo era culpado porque «olhem, ele tem cara de bruxo». Duduzinho era réu confesso, declarou estar pilotando a moto no dia do ocorrido, mas Bruxo que teria efetuado os disparos. Assim, Duduzinho teria tido uma participação menor no crime.

O único dos três que recebeu a qualificadora de feminicídio foi Tales. A motivação dos outros dois para o cometimento do crime teria sido uma dívida de 500 reais que tinham com o primeiro. A qualificadora de feminicídio não recebeu tanta atenção por parte do Promotor de Justiça, que parecia mais preocupado em comprovar a autoria dos três réus.

Inclusive, a repercussão do crime na mídia paraibana parecia seguir a mesma linha. Após análise de reportagens de vários veículos de comunicação, foi constatado que nenhum deles usou o termo «feminicídio» para descrever o crime em questão, o que retorna mais uma vez ao ponto já discutido sobre a necessidade de se nomear tal fenômeno criminoso com a intenção de combatê-lo.

Tales confessou ser integrante da facção «Okaida» desde os 13 anos, fato exaustivamente reiterado pelo Promotor de Justiça, como argumento para pleitear sua condenação. No fim, os três réus foram condenados. Duduzinho recebeu uma pena de 14 anos, Tales de 18, e Paulo Renato de 20 anos.

Nota-se, portanto, que o Ministério Público sempre tende a fazer um jogo de linguagem de modo a definir a imagem dos réus como pessoas inherentemente criminosas. Foi percebido isso com o uso dos termos «bandido» e «assaltante» na fala do Promotor de Justiça. A linguagem usada na mídia não é diferente, tornando evidente de que modo como

um aspecto da sociedade influencia diretamente no outro.

## 4 | CONCLUSÃO

Assim, foi possível observar de que modo a mídia se configura como um meio perpetuador da cultura da violência contra a mulher no Brasil. A forma com que esse meio exerce influência se apresenta como um verdadeiro espetáculo para quem o consome. Os veículos de comunicação passam a ser formadores de opinião pública, de modo que esta se torna condicionada. No caso de crimes de feminicídio, a sociedade passa a exigir que essas concepções formadas reflitam diretamente nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri. Portanto, combater a problemática da violência contra a mulher na Paraíba e no Brasil se apresenta como um desafio que transcende o âmbito jurídico. É preciso que exista a interação de vários atores sociais por meio de políticas públicas responsáveis e eficientes, capazes de atuar na mitigação do patriarcado que gera uma dominação masculina simbólica e estrutural (BOURDIEU, 2012).

A mídia assume, assim, um papel fundamental nesse processo, pois, como visto, possui um grande potencial de transformar realidades. Embora esta pesquisa não tivesse a intenção de gerar soluções, ela se posiciona em favor de um jornalismo ativista que se preocupa com os direitos das mulheres. Notícias feitas sob a ótica feminista, capazes de denunciar a injustiça contida em um feminicídio, são essenciais para atacar os privilégios machistas que perpetuam que esse tipo de violência continue a ser cometida todos os dias. Assim, é essencial que se lute por uma mídia e um Judiciário preocupados em garantir a efetiva aplicação dos direitos humanos no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra Pessoa – Vol.2** – São Paulo: Saraiva.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina: a condição feminina e a violência simbólica**. Trad. Maria Helena Kühner. 11a ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2012.

BUTLER, Judith. **Vida precária: os poderes do luto e da violência**. Lieber, Andreas. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

CAPUTI, Jane; RUSSELL, Diana. Femicide: sexist terrorism against women. In: **Femicide: the politics of woman killing**. New York: Twayne Publishers, 1992.

**EM 5 ANOS, 86 CASOS FORAM TIPIFICADOS COMO FEMINICÍDIO.** Portal CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/em-5-anos-86-casos-de-assassinatos-de-mulheres-foram-tipificados-como-feminicidio/>> Acesso em: 11 mar. 2021

FRASER, N. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”**. Cadernos de Campo (São Paulo 1991), v. 15, n. 14-15, 30 mar. 2006.

MACEDO, Mykaela Maurício. OLIVEIRA FILHO, Énio Walcácer. **A influência midiática no conselho de sentença do Tribunal do Júri**. Vertentes do Direito. Vol. 4, n. 2, 2017.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência & excessos da mídia**. *Associação dos magistrados do Paraná*: Curitiba, jan. 2009. Disponível em:<<http://www.apar.com.br/modules/noticias/article.php?storyid=6284>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MORENO, Rita. **Psicóloga comenta sobre a abordagem da violência contra a mulher na mídia**. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/vertv/post/psicologa-comenta-sobre-a-abordagem-da-violencia-contra-a-mulher-na-midia>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

SAFATLE, Vladimir. Feminicídio. **Folha de São Paulo**, 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/columnas/vladimirsa-fatile/2015/03/1600578-feminicidio.shtml>. Acesso em: 11 mar. 2021.

TERRA, Ana Paula Ricco. **Mapeamento do conceito de “feminicídio” nos meios de comunicação brasileiros: exemplo de jornalismo responsável?** In: Feminicídio – quando a desigualdade de gênero mata – Joaçaba: Unoesc, 2020.

# CAPÍTULO 5

## VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Data de aceite: 01/06/2021

Data da submissão: 07/03/2021

**Maria Júlia de Marco Souza**

Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Campinas/SP

<http://lattes.cnpq.br/6789590704508060>

**Erika Chioca Furlan**

Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Campinas/SP

<http://lattes.cnpq.br/8306775720246393>

**RESUMO:** Durante o decorrer da história, encontram-se diversos registros de movimentos feitos pelas mulheres em todo mundo em busca de direitos sociais, econômicos, reprodutivos,性uals e políticos, causando marcos e conquistas legislativas quanto à garantia de proteção e direitos legais. Com a luta pela igualdade de gênero, na forma de ação afirmativa, surgiram no Brasil as leis 11.340/2006 e 13.104/2015, conhecidas como Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio, respectivamente. Essas leis causaram espanto ao tempo de suas implementações, sob os argumentos de que estariam privilegiando as mulheres ao agravar a pena quando se comete crime contra elas. Foi observado que, de forma histórica, a legislação brasileira sempre retardou os direitos das mulheres perante os direitos dos homens, corroborando para uma cultura de inferiorização e de discriminação entre os gêneros. De forma contraria a este pensamento, o presente trabalho

tem como objetivo demonstrar que essas leis vieram na forma de políticas públicas, a fim de tentar alterar o contexto social atual, em que as mulheres sofrem violência doméstica e são mortas pelo simples fato de serem mulheres, fazendo com que se cumpra a garantia constitucional de igualdade entre homens e mulheres, de forma isonômica. É notório que as duas leis são conhecidas, pois são amplamente divulgadas, mas não tiveram ainda sua aplicação efetivada plenamente, seja pelo desconhecimento de seu teor, bem como pelo despreparo profissional e estrutural para a sua execução e aplicação, porém melhoraram significativamente os índices de denúncias das referidas violências, sendo fundamentais para a proteção das mulheres.

**PALAVRAS - CHAVE:** Mulher, violência doméstica, feminicídio

### VIOLENCE AGAINST WOMEN: THE IMPORTANCE OF SPECIFIC LEGISLATION

**ABSTRACT:** During the course of history, there are several records of movements made by women around the world in search of social, economic, reproductive, sexual and political rights, causing milestones and legislative achievements regarding the guarantee of protection and legal rights. With the fight for gender equality, in the form of affirmative action, laws 11.340/2006 and 13.104/2015, known as the Maria da Penha Law and the Feminicide Law, respectively, appeared in Brazil. These laws caused astonishment at the time of their implementation, on the grounds that they would be privileging women by aggravating

the penalty when committing a crime against them. It was observed that, historically, Brazilian legislation has always delayed women's rights compared to men's rights, corroborating a culture of inferiority and discrimination between genders. Contrary to this thinking, the present work aims to demonstrate that these laws came in the form of public policies, in order to try to change the current social context, in which women suffer domestic violence and are killed simply because they are women, ensuring that the constitutional guarantee of equality between men and women is fulfilled, in an isonomic way. It is well known that the two laws are known, as they are widely disseminated, but have not yet been fully implemented, either due to the lack of content, as well as the professional and structural unpreparedness for its execution and application, but significantly improved the rates of denunciations of the referred violence, being fundamental for the protection of women.

**KEYWORDS:** Woman, domestic violence, feminicide.

## 1 | INTRODUÇÃO

### 1.1 A evolução dos direitos das mulheres no âmbito mundial

Não é de hoje que as mulheres se unem em busca de direitos e reivindicações na vida política, civil, trabalhista, sexual e reprodutiva, sendo mais frequente e atual em países culturalmente voltados para a supremacia masculina sobre a feminina. Essa luta ganhou espaço a partir do século XVIII com a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, de 1791, apresentada à Assembleia Nacional da França durante a Revolução Francesa por Marie Gouze (ou *Olympe de Gouges*, nome que adotou à época), em que ela postulou por direitos individuais para todos os seres humanos e pelo fim da relação de domínio entre homens e mulheres. (Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em 15 jan. 2020)

Já em 1848 ocorreu a Primeira Convenção dos Direitos da Mulheres, conhecida também como Convenção de *Seneca Falls*, nome da cidade de Nova York onde ocorreu o evento. Este foi o primeiro encontro sobre os direitos das mulheres nos Estados Unidos e é por muitos apontado como nascimento oficial do movimento feminista. As organizadoras do famoso evento foram Lucretia Mott e Elizabeth Cady Stanton, e resultou na Declaração de *Seneca Falls* ou a Declaração de Sentimentos, como foi chamado por elas, que consistiu em um documento baseado na Declaração de Independência dos Estados Unidos em que foram reclamadas as restrições a quais as mulheres sofriam, principalmente quanto a seus direitos políticos.

A data mais conhecida quando se diz em Direito das Mulheres é o chamado Dia Internacional da Mulher, datado em 8 de março, que tem variáveis quanto sua origem, dentre elas a mais conhecida sobre um incêndio em um galpão de uma indústria têxtil em Nova York, onde 130 mulheres morreram queimadas ao lutar por melhores condições de trabalho.

Outro marco histórico é o Movimento Sufragista, ocorrido no século XIX, levando as

mulheres inglesas, norte americanas e outras diferentes nacionalidades a saírem às ruas e lutarem por seus direitos políticos de serem eleitoras e candidatas.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, outras convenções mundiais sobre os direitos femininos e de propagação da igualdade entre homens e mulheres, base da luta feminista iniciada anos antes, foram editadas. Em 1975, a ONU realizou o primeiro Dia Internacional da Mulher, mas só em 1993, na Reunião de Viena, foi incluído um capítulo de denúncia e propõe medidas para coibir a violência de gênero, acontecendo assim o primeiro ato concreto de proteção às mulheres pelo órgão. (BLAY, 2003)

No mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, em que foi reconhecida a necessidade de uma clara declaração dos direitos das mulheres com o intuito de eliminação de toda a violência contra a mulher em todas suas formas.

Em 1999, a ONU designou o dia 25 de novembro como o Dia Internacional da Eliminação da Violência Contra a Mulher, marcando assim a importância do tema, bem como demonstrando aos líderes governamentais e às diversas nações a necessidade de sensibilização com o movimento feminista e com o seu propósito de eliminar a violência contra a mulher.

## **1.2 A evolução dos direitos das mulheres no Brasil**

No Brasil, ainda que as reivindicações por direitos também tenham suas raízes em movimentos antigos, a luta tardou a acontecer. As primeiras brasileiras envolvidas no Movimento Feminista pertenciam às classes sociais mais altas, eram elas mulheres escolarizadas e profissionais de diversas áreas, como médicas, dentistas, advogadas, escritoras, poetisas, e por isso tornaram o movimento em detentor de um certo status social e por esse motivo, as primeiras reivindicações eram voltadas para a questão da emancipação feminina quanto a seus maridos e pais, e não voltadas para a questão do patriarcalismo e machismo em âmbito social. Como forma exemplar, houve um movimento em prol da vida das mulheres em 1976 chamado “Quem Ama Não Mata”, fomentado devido a morte de Angela Diniz, que foi assassinada por seu marido Doca Street, pois queria se separar dele (ELUF, 2017).

Apesar de muitos anos sem avanços legislativos em prol das mulheres, a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, pela primeira vez, trouxe temas focados nos problemas das minorias, em especial as mulheres, quando passou a prever a igualdade entre elas e os homens. Assim, as lutas antes ignoradas ou inexistentes ganharam força.

Num período pré Constituição de 1988, em 1985, houve a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que foi uma grande conquista em relação aos Direitos Políticos das Mulheres, que trouxe a eleição de 26 mulheres como deputadas constituintes.

O CNDM, vinculado ao Ministério da Justiça, em 1987, criou a campanha “Constituinte para valer tem que ter direitos da mulher!”, que resultou na ampla discussão quanto aos movimentos de mulheres e feministas que, entre 1985 e 1987, debateram sobre seus direitos e coletaram assinaturas para garantir os direitos na Constituição que estava para ser criada (1988). Com ela, surgiu a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, que ficou conhecida como Lobby do Batom. Essa carta, apesar de pouco conhecida, teve uma significativa importância ao pedir ao Estado que interferisse a favor da igualdade de gênero, dizia que:

este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido tratamento igual e oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios (CMDM, 1987)

Além disso a carta apontava problemas ligados a trabalho, família, saúde, educação, cultura e violência que deveriam ser solucionados na nova Constituição.

Segundo as representantes do movimento supracitado:

o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. (CMDM, 1987)

Com isso foi trazido à público não apenas uma, mas duas exigências: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária. Há uma estimativa que 80% dos pedidos feitos no “Lobby do Batom” foram aprovadas. Entre elas o direito à licença maternidade de 120 dias, direito de posse de terra por mulheres, e não apenas homens como anteriormente, igualdade de direitos e salários entre homens e mulheres, mecanismos de luta contra a violência doméstica, a confirmação da Lei do Divórcio, formulada em 1977, direito à creche, dentre outros. Garantias quanto aos direitos sexuais e reprodutivos não foram atendidos, apesar de reivindicados.

Na década de 1990, mulheres se uniram e começaram a formar organizações feministas, aumentando assim a pressão por maior espaço político feminino. Com isso, cresceu a discussão sobre questões relacionadas aos direitos das mulheres e, principalmente, à violência contra a mulher.

Como reflexo disso, houve em 1994, a Promulgação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que ficou conhecida como Convenção de Belém do Pará. Nela foram afirmados direitos das mulheres, em especial a uma vida livre de violência, além de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Essa foi talvez o primeiro ato criado com o fim específico de modificar a cultura de inferiorização da mulher como diz o artigo 8º, alínea b da referida Convenção, garantindo seus direitos humanos e proteção contra violência.

### **1.3 Histórico legislativo brasileiro dos Direitos das Mulheres**

Apesar de algumas legislações, a exemplo do Código Penal de 1940, ter nele enraizado o machismo estrutural, aos poucos os direitos das mulheres vão se concretizando através de leis esparsas e códigos, conforme se exemplifica abaixo.

Em 2002, a lei 10.406, que estabeleceu o atual Código Civil, deixou de privilegiar o homem durante a partilha de bens, garantindo a igualdade entre homens e mulheres, substituindo expressões no texto legal como “todo homem” para “toda pessoa” e “pátrio poder” para “poder familiar”, reconhecendo também que o comando da família e seu provimento deve ser exercido pelo casal de forma igualitária, e não exclusiva pelo homem.

Em 2004, a lei 10.886 tipificou a violência doméstica, inserindo-a no Código Penal, de forma a combater as lesões praticadas contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, quando o agente se prevalece das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Esta lei foi a primeira forma de coibir as agressões contra mulher no âmbito familiar, principais vítimas das lesões, apesar de o crime ser genérico e aplicado a qualquer pessoa, não só às mulheres.

Com o mesmo intuito de proteção à violência no âmbito familiar e doméstico, a lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, foi criada como forma de proteção específica a violência contra a mulher no âmbito doméstico, sendo hoje um dos principais mecanismos de combate a ela.

Em 2015 surgiu a lei 13.104/15, que, assim como a Lei Maria da Penha, causou espanto, uma vez que trouxe o crime de Feminicídio, qualificando o crime de homicídio, através do aumento da pena base do homicídio quando o este é cometido em razão da condição de mulher.

As leis 11.340/06 e 13.104/15, objetos deste estudo, serão aprofundadas mais adiante.

Além das leis acima mencionadas, é preciso registrar que outros direitos foram obtidos e garantidos pelas mulheres, a exemplo dos direitos no âmbito trabalhista e previdenciário, como a aposentadoria anterior à dos homens, reconhecendo assim a dupla jornada exercida por elas, já que culturalmente é dever da mulher realizar os trabalhos domésticos mesmo exercendo profissão fora de casa com a mesma jornada masculina. Também a licença maternidade de 120 dias para garantir a convivência próxima entre a mãe e o filho nos primeiros meses de vida.

Com isso, pode-se observar que os direitos das mulheres sempre foram postergados quanto à sua equiparação de direitos e deveres em relação aos homens, mostrando assim o cenário de inferiorização da mulher, o qual se insere o sistema legislativo brasileiro bem como a sociedade que o segue.

## **2 | LEIS PENais E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A IMPORTÂNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

### **2.1 A Lei Maria da Penha**

Após 23 anos de casamento conturbado e duas tentativas de assassinato, Maria da Penha Maia Fernandes foi à justiça contra seu marido Marco Antônio Heredia Viveros, e saiu de casa graças a uma ordem judicial, começando uma trajetória que resultaria em uma das leis mais conhecidas e importantes no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). O caso de Maria da Penha durou anos e foi julgado duas vezes graças as alegações da defesa de Marco Antônio de que haveria irregularidades no processo.

Com isso, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) sob o argumento de que as convenções de combate à violência contra a mulher ratificadas pelo Brasil não estavam sendo cumpridas pelo governo.

Por consequência, o Brasil foi condenado à criação de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, por não existirem mecanismos de defesa suficiente para proteção da mulher frente a violência, sendo o país acusado de negligência, tolerância e omissão perante tais atos. Assim, nasceu então a Lei Maria da Penha (LMP).

Apesar de submetida às comissões parlamentares, a Lei Maria da Penha, após sua entrada em vigor, sofreu uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19) em 9 de dezembro de 2012, e em tal ação justificou-se a existência da lei através do

[...] princípio constitucional a proteção do Estado à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar de inconstitucionalidade ante a boa procedência do disíeme. (Supremo Tribunal Federal, 2012)

A ação constitucional trouxe ainda a concretização e consciência de que:

[...] fatos e estatísticas trazidos na inicial sobre a violência justificam a necessidade de intervenção do Estado para a proteção da mulher com vista a promover a igualdade substancial no âmbito doméstico. (Supremo Tribunal Federal, 2012).

A Lei Maria da Penha não criou tipos penais, mas estabeleceu regras de atuação para os atores e atrizes do sistema de justiça penal (polícia, MP, Judiciário e Defensoria), bem como apresentou regras procedimentais e tentou estabelecer parâmetros sobre a violência.

Para a LMP, a violência consiste, de acordo com seu artigo 5º, como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Assim, qualquer ato que viole as referidas integridades, é abrangida pela Lei Maria Da Penha.

Como violência física, entende-se qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da vítima. Já a violência psicológica causa dano emocional, diminui a autoestima, degrada ou controla as ações, comportamentos, crenças e decisões da vítima através de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir. A violência sexual por sua vez consiste na prática de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, bem como a prática de prostituição, além de impedimento de uso de método contraceptivo, anulando o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos ou que a force ao matrimônio, à gravidez ou ao aborto. Na violência patrimonial ocorre a retenção, subtração, destruição de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Por último, a violência moral ocorre nas condutas que configurem calunia, difamação ou injúria.

A violência nesse tipo de crime não se resume ao conceito típico de violência, mas sim

[...] da violência como ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral. Observa-se que apenas a psíquica e a moral situam-se fora do palpável.” (SAFFIOTI, 2011)

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha alterou a forma que se enxerga uma agressão contra uma mulher, independente da natureza, uma vez que inova porque “deixou de tratar os casos de violência doméstica contra a mulher como irrelevantes e passou a tratá-los com mais respeito, dando às mulheres mais dignidade” (VIEGAS, 2019).

Durante anos, “a mulher oscila entre ser passivo, coisa e cúmplice do agressor.” Isso é, além de sofrer uma agressão derivada das relações patriarcalistas de poder, “tratava-se de responsabilizar as mulheres pelas agressões sofridas [...], culpabilizavam-se as mulheres pela dominação-exploração de que eram/são alvo por parte dos homens, mas se as tomavam como incapazes de agir/reagir.” (SAFFIOTI, 2001)

Tendo isso em vista, as estatísticas disponíveis no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) demonstram que 70% dos incidentes registrados de violência contra a mulher acontecem dentro de casa, e o agressor é o próprio marido ou companheiro. (ENGEL, 2016)

O Mapa da Violência 2015 estima que 25% a 33% das mulheres no mundo são agredidas por seus maridos; em alguns países tais estimativas resultam de pesquisas de

vitimização, mas em outros não passam de suposições, podendo encobrir uma realidade ainda mais dramática. (WAISELFISZ, 2015)

Não obstante, o Dossiê Feminicídio apresentou que, em 2010, a cada 2 minutos 5 mulheres eram espancadas e a cada 90 minutos, uma era morta (PRADO; SANEMATSU, 2017) e em 2018, 16 milhões de mulheres sofreram algum tipo de violência no Brasil (DATAFOLHA, 2018), número equivalente à população do Equador.

Já Conselho Nacional de Justiça (CNJ) diz que 1 em cada 100 mulheres tem processo de violência doméstica tramitando na justiça. (BRASIL, 2016)

Diante de todos os números apresentados, fica claro que a garantia constitucional de igualdade entre homens e mulheres não se cumpriu, uma vez que as mulheres ainda são objetificadas pelos homens, trazendo a ideia de hierarquia entre os gêneros demonstrada na forma de violência doméstica, principalmente através do uso da força física.

É fato que a violência de gênero tem as suas raízes no sistema patriarcalista, existente no Brasil desde os primórdios da sociedade, que se constitui, de maneira geral, na divisão de tarefas, e na ideia de que as mulheres seriam o sexo frágil, responsáveis por coisas simples como cuidar da casa e dos filhos, como se esta fosse uma tarefa de fácil execução, e deixando o sustento da família, o esforço físico e a autoridade para o sexo masculino, trazendo o poder tanto econômico quanto psicológico sobre ela (SAFFIOTI, 2011).

Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas informa que:

A primeira base de sustentação da ideologia de hierarquização masculina em relação à mulher, e sua consequente subordinação, possui cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos, através do filósofo helenista Filon de Alexandria, que propagou sua tese baseado nas concepções de Platão, que defendia a ideia de que a mulher pouco possuía capacidade de raciocínio, além de ter alma inferior à do homem. Ideias, estas, que transformaram a mulher na figura repleta de futilidades, vaidades, relacionada tão-somente aos aspectos carnais. (VIEGAS, 2019)

Apesar desse retrato tão antigo sobre a diferença entre homens e mulheres, tal pensamento se perpetuou e se estruturou nas camadas sociais a ponto de serem necessários tantos instrumentos nacionais e internacionais de coibição da violência contra a mulher e de manutenção de seus direitos e garantias, a exemplo da Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha não protege apenas as mulheres vítimas de violência física no âmbito doméstico, mas também age contra violência psicológica, sexual, patrimonial e moral, como já dito. Entretanto, é importante ressaltar que as violências sofridas, para que resultem em processual penal, devem se enquadrar nos tipos penais apresentados e legislados pelo Código Penal Brasileiro e demais crimes espalhados na legislação brasileira.

Sendo assim, a Lei Maria da Penha serve como suporte aos tipos penais já existentes como estupro, violência física, ameaça, por exemplo, não criando novos crimes. Isso é perceptível principalmente na qualificadora prevista no §9º do art. 129 do Código Penal, o

qual trata do crime de lesão corporal, que é aplicado apenas nos casos de violência física sofridas pelas mulheres no espaço doméstico.

Desta forma, nos casos que não constituam crime, existirão outras medidas que não o processamento penal do agressor, mostrando assim o caráter não punitivo da Lei Maria da Penha, uma vez que os principais objetivos da Lei são a prevenção e a erradicação da violência contra mulher.

Dentre as medidas de proteção que não a imputação criminal do agressor estão a assistência judiciária, inclusive para ajuizamento da ação de separação judicial, garantia de proteção policial quando necessário, determinar a apreensão imediata de arma de fogo do agressor, afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, com fixação do limite mínimo de distância entre eles, inclusive proibindo que se frequente determinados locais para que se preserve a integridade física e psicológica da ofendida.

Como medida protetiva e educacional, recentemente foi publicada a lei 13984/2020, em que determina o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio

A Lei Maria da Penha, também criou mecanismos de proteção às vítimas, bem como centros especializados no atendimento a elas, como os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, nos âmbitos cível e criminal, além de exigir melhorias nos órgãos já existentes, como a Delegacias de Atendimento à Mulher, da Defensoria Pública e do Ministério Público, introduzindo também medidas protetivas de urgência e uma rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar.

A referida lei também previu algumas medidas de caráter social, preventivo, protetivo e repressivo, através de políticas públicas como: implementação de redes de serviços interinstitucionais, promoção de estudos e estatísticas, avaliação dos resultados, implementação de centros de atendimento multidisciplinar, delegacias especializadas, casas abrigo e realização de campanhas educativas, capacitação permanente dos integrantes dos órgãos envolvidos na questão, celebração de convênios e parcerias e a inclusão de conteúdos de equidade de gênero nos currículos escolares. Apesar dessas determinações, ainda não há a devida capacitação dos profissionais envolvidos no atendimento as vítimas de violência doméstica, o que prejudica o atendimento e socorro eficaz dessas mulheres.

Ainda como mecanismo de proteção, em 7 de junho de 2020 foi sancionada a Lei 14.022, que intensifica o combate a violência doméstica durante a pandemia provocada pela Covid-19, que obrigou o isolamento social (fator que provocou um aumento nos casos de violência doméstica). Esta lei, além de fundamental para a proteção das vítimas de violência doméstica, protegendo não só mulheres, mas idosos, crianças e adolescentes, e pessoas com deficiência, trouxe adaptações do acesso à justiça e flexibilizações dos procedimentos.

Como destaque, tem-se os artigos 2º, 3º e 4º, em que não será permitida a suspensão de prazos processuais, ou quanto a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência, possibilitando também o registro do boletim de ocorrência, solicitação de medida protetiva de urgência, e o compartilhamento de documentos, por exemplo, através de meio eletrônico e online, além de permitir que o poder público adote as medidas necessárias para o atendimentos presencial das vítimas. Quanto às medidas da lei 14.022/2020 supracitadas, poderiam elas ser mantidas após o período pandêmico para garantir o maior acesso à justiça pelas vítimas, estendendo a proteção da Lei Maria da Penha.

Apesar de bem desenvolvida e com essência preventiva e educativa, a Lei Maria da Penha não é amplamente conhecida quanto ao seu inteiro teor, uma vez que há muita divulgação de aspectos como prisão prevista na qualificadora do crime de lesão corporal, medidas protetivas, porém pouco se faz em termos de educação ou conscientização em escolas e centro educativos. A própria Lei Maria da Penha, em seu art. 8º, prevê ações de políticas públicas para conscientizar e coibir a violência contra a mulher.

Assim, a lei, que é estruturada e idealizada, que contém um propósito importante, desdobramento de convenção internacional, como a erradicação da violência doméstica, e assim alcançar a igualdade entre homens e mulheres constitucionalmente garantida, não é devidamente executada por falhas, aparentemente, estruturais do Estado.

## 2.2 A Lei do Feminicídio

Com o viés na desigualdade de gênero, o homicídio passou a ter um outro enfoque. O art. 121 do Código Penal Brasileiro traz em seu § 2º, inciso IV a qualificadora chamada de feminicídio, incluída pela lei 13.104/15. Feminicídio, portanto, consiste no assassinato praticado contra a mulher pelo simples fato da sua condição de ser mulher, isto é, quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme dispõe o §2º-A do referido artigo, motivado por vezes de ódio desprezo, perda do sentimento de controle e da propriedade sobre a mulher, conforme descrito pelo Instituto Patrícia Galvão (PRADO; SANEMATSU, 2017).

Para entender a qualificadora no tipo penal, é preciso entender o conceito de feminicídio, que tem origem no inglês, “femicide/feminicide”, e teve a sua criação em 1976, durante um discurso feito por Diana Russell (2001) perante o Primeiro Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, em Bruxelas. Este discurso teve como fim, compartilhar testemunhos e experiências de opressões e violências sofridas pelas mulheres da época, e reuniu cerca de duas mil mulheres de quarenta países. Russel problematiza a dimensão generalizada do homicídio de mulheres, traduzindo assim a politização de um fenômeno que tem na sua base profundas desigualdades objetivas e simbólicas.

Já na América Latina, a mexicana Marcela Lagarde y de los Ríos (2006) trouxe uma ressignificação ao termo, tendo por base os estudos de Russell, dizendo que o feminicídio não apenas se refere ao homicídio de mulheres, mas ao conjunto de violações dos seus direitos humanos. Para ela, o termo novo é mais amplo e genérico, dando ênfase a impunidade e permissividade dos Estados quanto ao genocídio de mulheres. No Brasil, acordou-se denominar Feminicídio.

Eleonora Menicucci (2016) afirma que:

Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie.

A lei 13.104/2015 teve seu início através de uma comissão parlamentar mista de inquérito, presidida pela Deputada Federal Jô Moraes, em que foi investigada a situação de violência contra mulher no país. Foi analisada a situação da violência letal contra a mulher em todos os estados brasileiros a fim de percebeu-se uma relação entre o crime e o gênero das vítimas, concluindo haver um comportamento sistêmico no Brasil quanto a morte das mulheres, que se justificam pelos mais diversos motivos, mas que sempre apontam como a inferiorização da mulher em relação ao homem. Tal conclusão, que já havia sido apontada por Russel e Caputti (1992) também nos EUA muitos anos antes, agora havia sido confirmada em terras brasileiras.

A nova tipificação, então, foi definida de acordo com a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher:

O Feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: O controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro, como subjugação da intimidade e sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato, como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou tratamento cruel e degradante. (BRASIL, 2013, p. 1003)

Sendo assim, o feminicídio se define pela morte devida à condição de mulher, não sendo a morte ocasional ou acidental, resultado de um inferiorização da mulher, e o fim de uma sequência de violações e privações sofridas pelo sexo feminino ao longo da vida. É possível dizer que a lei do Feminicídio pune a última das agressões sofridas por uma mulher vítima de violência doméstica: a morte da vítima.

A não ocasionalidade ou culpa no feminicídio, são exceções trazidas pela citada lei, que vetam o enquadramento de qualquer morte sofrida por mulher como feminicídio,

classificando a qualificadora como o homicídio justificado pela condição de mulher, diminuída e violentada em razão do seu gênero (e não só do sexo, como quer afirmar a lei). Os crimes de homicídio culposo e latrocínio não podem ser caracterizados como feminicídio, por exemplo.

A motivação dessa lei não se deu apenas pelo clamor popular por maior proteção da mulher e punição dos assassinos, mas também para consolidar o compromisso assumido pelo Brasil em âmbito internacional quando assinou o CEDAW (Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher) em 1984.

Os números quanto ao feminicídio também foram cruciais para a criação dessa qualificadora. A título de exemplo, sabe-se que 106.093 mulheres morreram entre 1980 e 2013 pelo simples fato de serem mulheres. (*Taxa de Feminicídios no Brasil é A Quinta Maior do Mundo, 2017*)

O Ministério Público do Estado de São Paulo mostrou que 45% dos feminicídios acontecem por inconformismo dos homens com a separação e 30% são causados por ciúmes, posse ou machismo (MPSP, 2018).

Uma pesquisa do IPEA de 2019 mostrou que 28,5% dos homicídios contra mulher ocorrem dentro de suas casas (CERQUEIRA, 2019).

Em 2017 a taxa de feminicídio no Brasil foi registrada como a 5<sup>a</sup> mais alta do mundo. (Taxa de Feminicídios no Brasil é A Quinta Maior do Mundo, 2017), ficando atrás apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Federação Russa, ocorrendo principalmente em cidades pequenas, onde não há Delegacias especializadas em atendimento à Mulher.

VIEGAS (2019), diz que, ao tipificar o feminicídio, impede-se que se criem interpretações jurídicas diversas ao referido crime, tratando-o como crime passional:

O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretórias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins de responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos.

O assunto feminicídio desperta interesse de pesquisa em todas as áreas, não só na jurídica. A pesquisadora Jackeline Aparecida Ferreira Romio, doutora em Demografia pela Unicamp, levantou dados de setores sociais e da saúde e concluiu em sua pesquisa que, em sua visão, existem três tipos de feminicídio, ou seja, três tipos de mortes de mulheres por questões de gênero: 1. Feminicídio doméstico: quando o crime ocorre no ambiente doméstico, familiar ou é praticado por familiares; 2. Feminicídio sexual: quando a morte da vítima decorre de abuso e violência sexual ou o homicídio é praticado acompanhado de estupro e violência sexual; 3. Feminicídio reprodutivo: quando a morte da mulher decorre da prática irregular do aborto.

Esse último ponto é um fator importante e ainda não reconhecido pela lei, pois a criminalização do aborto e a falta de assistência médica à mulher resultam, indiretamente, em mortes todos os anos no Brasil. Como a criminalização do aborto não é uma medida eficaz contra a sua prática, muitas mulheres procuram métodos caseiros e clínicas de aborto clandestinas, que, por suas condições insalubres e falta de acompanhamento médico regular, acabam perdendo suas pacientes.

A Lei do Feminicídio é mais uma medida de proteção às mulheres, e, assim como a Lei Maria da Penha, age como uma ação afirmativa com o intuito de combater a desigualdade entre homens e mulheres.

É possível refletir que a Lei do Feminicídio já tenha surtido efeitos em alguns estados, pois em 2017, o estado de São Paulo por exemplo teve 2,2 feminicídios por 100 mil mulheres, configurando a menor taxa do país. O Distrito Federal, em segundo lugar, trouxe uma média de 2,9 em 100 mil mulheres, e em terceiro lugar Santa Catarina com 3,1 em 100 mil. (CERQUEIRA, 2019)

Em estados do Nordeste, a situação é um pouco diferente, uma vez que as taxas de feminicídio se mantiveram altas. No estado do Rio Grande do Norte, ocorreu uma variação de 214,4% entre 2007 e 2017, o maior aumento do país, seguido pelo estado do Ceará com aumento de 176,9% e Sergipe com 107,0%. Esses números refletiram no número geral de homicídios contra mulher no país, que cresceram em 30,7% entre 2007 e 2017. Apesar dos dados exorbitantes, a subnotificação de tais crimes torna os números imprecisos, tanto pelo desconhecimento da lei como pelo medo de denunciar, sofrido pelas mulheres. (CERQUEIRA, 2019)

### 3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala na importância das leis Maria da Penha e do Feminicídio, deve-se pensar não só nas milhares de vítimas por ano, que foram amparadas por essas leis, mas pelo motivo que as criou: a desigualdade. A diferença entre gêneros é um problema centenário e que está longe de se encerrar. Entretanto, tendo em vista as diretrizes internacionais e afirmação da garantia de igualdade feita pela atual Constituição Federal, foram criadas essas leis como forma de coibir a ação violenta contra as mulheres em razão do seu gênero. As referidas leis não priorizam um gênero em detrimento do outro, mas sim tenta evitar a ocorrência de crimes por aqueles que agem em caráter discriminatório frente ao gênero feminino, tendo, portanto, um viés preventivo e educativo, mesmo que a maior sanção prevista nelas seja reclusão ao sistema prisional.

O objetivo deste trabalho se deu não só por apresentar a realidade em dados estáticos, comprovando a necessidade de tais leis, mas também apontar que apenas elas não bastam para a solução deste problema, que é um problema social, pois, mais do que dispositivos legais punitivos, é preciso que o poder público atue com políticas públicas de

enfrentamento da violência, como manter as estatísticas sempre atualizadas e transparentes, bem como promover ações diretas na comunidade com o intuito de identificar os gatilhos da violência, bem como levar informação à maior parte da população sobre seus direitos e deveres. Também é necessária uma melhor capacitação dos profissionais envolvidos no atendimento de vítimas de violência doméstica, como médicos, enfermeiros e policiais, além de criar mais centros de atendimento às vítimas e suas famílias. Deve-se prezar por programas preventivos que levem em consideração os diferentes meios sociais aos quais as mulheres vítimas da violência possam estar inseridas, uma vez que os métodos de proteção deverão se adaptar ao meio em que a vítima estiver, a fim de proteger uma parcela maior de mulheres.

Dito isso, fica claro que as leis 11.340/2006 e 13.104/2015 são necessárias, pois ao lado das políticas públicas, que são ínfimas até hoje no país, a iniciativa legislativa deve priorizar o determinado pela Constituição da República Federativa do Brasil, bem como a todos os tratados e convenções ratificados pelo governo brasileiro no combate da violência contra a mulher. As leis sozinhas não coibirão os crimes, é certo, mas tampouco as políticas públicas sozinhas o farão. Eis aqui uma via em que ambos os movimentos devem estar sincronizados: iniciativa legislativa e políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

- BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. Estud. av., São Paulo , v. 17, n. 49, p. 87-98, Dec. 2003 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 07 Mar. 2021
- BRASIL. CMDM. 1987 Disponível em:<[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20anos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20anos%20Constituintes.pdf)>. Acesso em 25 de jan. de 2020.
- BRASIL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório final. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. CNJ (Ed.). CNJ divulga dados do Judiciário sobre violência contra a mulher. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- CERQUEIRA, D. R. C., BUENO, S., LIMA, R. S. D., Atlas da Violência 2019. Brasília: Fórum Brasileiro de Segurança Pública/Ipea. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf)>. Acesso em 19 mar. 2020.
- DATAFOLHA: Instituto de Pesquisa. São Paulo, 11 jan. 2018. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/01/1949701-42-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual.shtml>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus: casos passionais e feminicídio: de pontes Visgueiro a Mízael Bispo de Souza. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENGEL, Cintia Liara. A violência contra a mulher. IPEA. 2016 Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215 tema\\_d\\_a\\_violencia\\_contra\\_mulher.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215 tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2019.

**Instituto Maria da Penha alerta sobre violência doméstica em quarentena.** 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/videos/2020/05/12/instituto-maria-da-penha-alerta-sobre-violencia-domestica-em-quarentena.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 26 jul. 2020.

**LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela.** 2006. «*Del femicidio al feminicidio*». *Desde el jardín de Freud 6*: 216-225. Disponível em: <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343/8987>>. Acesso em 17 jul. 2016.

MENICUCCI, Eleonora et all. Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios. Publicado em: abril/2016. Disponível em <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes\\_feminicidio.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2020.

**MPSP NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: AQUI SE FAZ HISTÓRIA.** 2018. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa (Org.). Feminicídio: #invisibilidademata. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

RUSSELL, Diana. 2001. «Defining femicide and related concepts». In *Femicide in Global Perspective*, editado por Diana Russell e Roberta Harmes, 12–25. New York: Teachers College Press.

RUSSEL, Diana; CAPUTI, J. Femicide: sexista terrorismo against women. In: RUSSEL, D; RADFORD, J. (Ed.). *Femicide: The Politics of Women Killing*. New York. Twayne Publisher, 1992.

SAFFIOTI, Heleith I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos Pagu*, [S.L.], n. 16, p. 115-136, 2001. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/s0104-83332001000100007>>. Acesso em: 12 jun. 2020

SAFFIOTI, Heleith I. B. **Gênero, patriarcado e violência**. 2. ed. São Paulo: Graphium Editora, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC nº 19, de 09 de dezembro de 2012, Brasília, DF

TAXA DE FEMINICÍDIOS NO BRASIL É A QUINTA MAIOR DO MUNDO. Brasília, 27 ago. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-quinta-maior-do-mundo>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. FEMINICÍDIO: Uma Análise da Violência de Gênero no Brasil. **Revista dos Tribunais**, Brasil, v. 999, p. 369-404, jan. 2019.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Atualização: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: FLACSO, 2015.

# CAPÍTULO 6

## GUERRA ÀS DROGAS: OS LIMITES ENTRE O LEGAL E O ILEGAL DA POLÍTICA PROIBICIONISTA E O SEU LEGADO NA SOCIEDADE AMAZONENSE

Data de aceite: 01/06/2021

**Stefanie Natalina da Silva Alecrim**

Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas  
Manaus, Amazonas.

<http://lattes.cnpq.br/4665560183018388>

**RESUMO:** O presente artigo analisa e mensura a influência do tráfico de drogas e a consequente violência que esse gera no âmbito urbano da cidade de Manaus. Tem como base o impacto gerado pela Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, que prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada, ao tráfico ilícito de drogas, mantendo ainda a diferenciação do usuário para o traficante. O uso de substâncias alucinógenas polariza as opiniões tão brutalmente que traz a ideia de que existem apenas duas opções para solucionar o problema: legalizar ou criminalizar o uso de entorpecentes. O objetivo será analisar, através do método dedutivo, a finalidade para qual a Lei de Drogas foi criada e qual foi a preocupação do Governo; mensurar o quanto grave e grande foi o problema trazido pela política proibicionista que deixa a relação usuário-traficante em uma linha tênue entre o legal e o ilegal, punindo o usuário, mas deixando o “chefão” do crime organizado do tráfico de drogas “livre” e afetando a vivência em sociedade, transformando o tráfico de drogas em

uma ameaça à Segurança Nacional, pois força o Estado a combate-lo com armas de fogo em ambiente urbano, assumindo a possibilidade de envolver e vitimizar cidadãos que não são ligados ao tráfico. O mercado do tráfico é tão forte e lucrativo, que os traficantes sustentam um poderio bélico bem mais potente que o disponibilizado para os Agentes de Segurança Pública. E a população continua vivendo em extrema sensação de insegurança, no meio do campo de guerra.

**PALAVRAS - CHAVE:** Narcotráfico, “Guerra às Drogas”, violência urbana, Lei 11.343/06, Lei 13.840/2019.

**ABSTRACT:** This article analyzes and measures the influence of drug trafficking and the violence that it generates in the urban field of the city of Manaus. It's based on the impact generated by Law 11.343 / 06, known as the Drug Law, which prescribes rules to prevent misuse, care, and social reintegration of drug users; establishing rules for suppressing unauthorized production and trafficking of illicit drugs while maintaining differentiation between the user and the trafficker. The use of hallucinogenic substances polarizes opinions so brutally that brings the idea that there are only two options to solve the problem: legalize or criminalize the use of narcotics. The objective will be to analyze, through the deductive method, the purpose for which the Drug Law was created and what was the Government's concern; measure how severe and great is the problem created by the prohibitionist policy that leaves only a fine line between the concepts of user and trafficker, punishing the user, but leaving the “big

boss” of organized crime of drug trafficking “free” and affecting social life, transforming drug trafficking into a threat to National Security, as it forces the State to fight it with firearms in an urban environment, assuming the possibility of involving and victimizing citizens that are not linked to trafficking. The trafficking market is so strong and profitable that traffickers maintain a much more powerful military power than the made available to Public Security Agents. And the population continues living in an extreme sense of insecurity, right in the middle of the war field.

**KEYWORDS:** Drug trafficking.

## 1 | INTRODUÇÃO

Há cem anos não havia narcotráfico. As drogas não eram criminalizadas ou sequer imoralizadas, mas eram consumidas nas ruas ou em qualquer lugar. Não havia regulamentação e não havia proibição, pois, as drogas ainda não eram de fácil acesso.

Com o passar dos anos, ao observar o impacto nas relações sociais, os psicoativos foram sendo vistos como um problema à saúde devido ao fato de submeter o indivíduo em uma relação de dependência e ser costumeiramente associado aos cafetões e pessoas de baixa renda.

O assunto foi objeto de discussão pública pela primeira vez na Conferência de Haia de 1912, momento em que foi assinado o primeiro Tratado Internacional sobre o tema. Ainda assim, naquele tratado, não havia se estipulado um regime de criminalização ou mesmo uma limitação sobre todos os entorpecentes no “mercado”, mas apenas um em especial: o ópio, tanto que a Convenção ficou conhecida como a Convenção Internacional do Ópio<sup>1</sup>.

Ficou acordado a limitação do uso do ópio somente para finalidades médicas, criminalizando assim toda e qualquer interação com a substância sendo utilizada para fins não medicinais. Ficou entendido que o seu uso não medicinal é patológico em si.

Desde a Conferência de Haia, a discussão se potencializou e ganhou força no meio acadêmico e nos debates entre médicos e sanitaristas nos Estados Unidos, estendendo-se para outros países das Américas, Ásia e Europa. O uso do uso de entorpecentes para recreação passou a ser moralmente criminalizado por ser “constantemente associado à xenofobia e racismo. Nos Estados Unidos a maconha era identificada com hispânicos, o ópio com chineses, a cocaína com negros, o álcool com irlandeses e italianos” (RODRIGUES, 2012, pág. 10).

No Brasil, a heroína, por exemplo, tornou-se um problema de saúde pública quando, nos anos 1910, passou a ser tida como a droga de cafetões e prostitutas, enquanto a maconha, vista como substância de negros capoeiras, era associada a um problema de ordem pública já no século XIX. (PASSETI, 1991).

---

<sup>1</sup> League of Nations Treaty Series, vol. 8, pp. 188-239.

A primeira vitória alcançada pela política proibicionista foi no ano de 1919, nos Estados Unidos, quando foi aprovada, como 18<sup>a</sup> emenda à Constituição Americana, a Lei Seca<sup>2</sup>, que tornava ilegal toda produção, consumo e circulação de bebidas com qualquer teor alcoólico.

Os Governos Mundiais decidiram adotar este tipo de proibição, marcando a incorporação dos “princípios americanos” (VARGAS, 2001, p.204), pois havia muita discussão por parte das juntas médicas e moralistas da época acerca dos malefícios causados pela ingestão do álcool na saúde do ser humano. Entretanto, a abordagem escolhida pelos Estados Unidos deixou seu legado que causou e continua causando consequências inextinguíveis.

O crime organizado começou justamente com a Lei Seca durante o século 20, onde surgiram as maiores famílias mafiosas que o mundo atual conhece; e que, hoje, passam a ser inspiração de filmes, como a trilogia *O Poderoso Chefão*, onde é contada a trajetória e ascensão de uma família mafiosa e a constante luta entre as facções criminosas pelo domínio e estabelecimento de sua supremacia; demonstrando como se vive no limite da ilegalidade.

A região Norte, mais especificamente o Estado do Amazonas, até pouco tempo, não se encontrava entre as regiões onde o tráfico atua ferozmente. Entretanto, no ano de 2006, descobriu-se após sucessivas investigações, que a terceira maior facção criminosa do país controla o tráfico de drogas em toda região, possuindo o monopólio na região da Tríplice Fronteira (Brasil- Colômbia- Peru), a famosa Rota Solimões, por onde entram e saem milhares de toneladas de entorpecentes de todos os tipos a cada ano e para as mais diversas regiões do mundo.

Desse modo, o proibicionismo – com sua combinação de moral e repressão seletiva a certos grupos sociais – eclode como tática de controle social, mas com uma abordagem selvagem, criminalizando e punido com reclusão social; o que resultou, ao invés de uma solução para o problema, a criar uma luta infundável onde até hoje se pode ver resquícios.

A Guerra às Drogas inicialmente se apresentou como normas sanitárias, estabelecendo parâmetros para amenizar o impacto das substâncias psicoativas na relação social, a intenção de se implementar normas era controlar o uso de psicoativos garantindo que somente fossem utilizados para fins médicos e não recreativos, já que, os estudos e debates da época analisavam o grau de nocividade química para seus usuários. Essa era uma solução plausível enquanto se analisava somente a degeneração do estado de saúde de pessoas diretamente envolvidas com o uso.

Entretanto, “a ‘questão de drogas’, que nos primeiros anos do século XX sequer existia como um ‘problema’ social ou de saúde pública, em pouco mais de duas décadas se transformou em uma ‘ameaça às sociedades civilizadas’” (SERRANO e TORO, 2005, pág. 242).

---

<sup>2</sup> KIVIG; David E. Law, Alcohol, and Order: Perspectives on National Prohibition Green wood Press, 1985

Como metodologia aplicada, foi identificada a pertinência de, além dos aspectos legais e teóricos, realizar pesquisa de campo destinada à coleta de dados para fim de compor um diagnóstico de casos concretos, permitindo-se identificar possíveis distorções entre a literalidade dos dispositivos legais. Nesse texto, foram utilizados como fonte de casos reais as matérias de jornais.

Esse estudo foi elaborado com uma abordagem qualitativa e método dedutivo, portanto trata-se de situações reais que após serem analisadas qualificam a veracidade das pesquisas analisadas. Para testificar a veracidade foram utilizados artigos, livros e escritores renomados, também sendo utilizados textos científicos, pautado pela apresentação de teses e da legislação vigente de modo qualitativo.

## 2 | DESENVOLVIMENTO

A recriminação do uso passou a ser um forte tema de debate após o marco da proibição do comércio e consumo do álcool nos Estados Unidos com a Lei Seca, de 1919. Essa lei foi revogada em 1933 e deixou como legado para os dias atuais os grupos ilegais que atuam e se especializam no tráfico dessas e de outras substâncias. Nasceram as facções criminosas que dedicam suas vidas para a fabricação, transporte e venda de drogas.

Em todos os lugares que aplicam a política proibicionista, os problemas se repetem e a principal preocupação é como a sociedade, estando no meio de confrontos diários entre policiais e narcotraficantes, se comporta diante da desestruturação familiar, que afeta a construção da sociedade. Com a segurança fragilizada, essas famílias acabam ficando do lado dos “fora da lei” prezando por suas próprias vidas e pelo dos seus familiares.

O Narcotráfico não é apenas um delito cometido individualmente onde, quando descoberto, alguma coerção será aplicada; mas sim um sistema que compõe um fluxo ininterrupto, envolvendo centenas de pessoas que trabalham plantando, produzindo, transportando e comercializando a droga.

A característica de transterritorialidade, pois geralmente o país de produção difere do da comercialização, afasta o narcotráfico de objetivos políticos tradicionais. Sendo assim, é melhor definido como uma empresa privada, a essência do crime organizado, hierarquizada tão rigidamente que muitas vezes a desobediência ao seu superior leva o indivíduo envolvido à morte (RODRIGUES, 2012, pag. 33).

Entretanto, é um tema pouco abordado devido à sua complexidade e a escassez de informações, mas o pouco que se sabe e é divulgado à população, ou mesmo comentado pelos moradores que vivem nas mediações das “bocas de fumo”, é alarmante.

## 2.1 A eficácia da Lei de Drogas

Segundo a estatística apresentada pelo Jornal G1, “em 2006, quando a lei 11.343 (Lei de Drogas), que trata até mesmo o próprio usuário como criminoso começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Em 2013, esse número passou para 138.366. Agora (2017) são ao menos 182.779” (G1, São Paulo, 2017). Os dados apresentados mostram o quanto grande é, e o quanto cresce constantemente, o número de pessoas envolvidas com essa atividade ilícita.

As facções criminosas colocam a sociedade em meio a um estado de violência que abala todo quadro de guerra clássica que conhecemos no século XX com as Guerras Mundiais. As guerras contemporâneas (novos conflitos internacionais) são de irrupção surpreendente e muitas vezes efêmera, ocorrendo dentro da espacialidade das regiões urbanas ou fronteiriças, constantemente. Os protagonistas deixam de ser movidos por condutas políticas, como no século XX; produzidos na sombra e regidos de ilegalidade e criminalização, os narcoguerrilheiros são movidos, geralmente, pela conquista de poder associada à conquista de grandes riquezas (RODRIGUES, 2012).

“A Organização das Nações Unidas chegou a estimar que a indústria das drogas gera um movimento de capital em torno de 400 bilhões de dólares anuais” (SANTANA, 1999). Os envolvidos com tais atividades veem que no tráfico “a conquista de poder por meio da prática de ações julgadas ilícitas diminui a diferença entre pobres e ricos” (PERALVA, 2000); e devido à mobilidade social, ao porte de armas, a violência e a relação de confiança desses grupos, a sociedade é “obrigada” a respeitar os traficantes, já que as Leis Proibicionistas implantadas pelo Governo tem uma eficácia limitada “associada à incapacidade do Estado em colocar em prática uma política pública de segurança que tenha como foco a desarticulação das organizações criminosas bem e suas lideranças” (Spencer, 2015).

Segundo Pellegrino (1987), para uma lei ser respeitada ela tem que ser temida. E nossas leis não funcionam para garantir os direitos da maioria das pessoas nem para cobrar os deveres de certas minorias que detém a maior parte da renda que circula em nosso país. Daí a fala dos jovens (e qualquer um traficante) quando praticam algum ato ilícito: “*não dá em nada*”. (NELSON e GRANER-ARAÚJO, 2011).

O Governo, em combate direto com as organizações criminosas, faz uso das Forças Armadas, apoiado pela Lei Complementar 97, para a repressão da mesma. Entretanto, a militarização do Combate às Drogas instigou esses Cartéis a utilizarem armamentos para um combate direto gerando para os cidadãos ondas de violências “que afetou principalmente as regiões metropolitanas e, nelas, os bairros populares e as favelas. A entrada dos cartéis colombianos e das máfias ligadas ao narcotráfico [...]” (ZALUAR, 2004b, pag. 210) subsidiou a difusão do crime organizado, dando-os poderio bélico, causando um quadro de instabilidade social, gerando insegurança e proliferando violência.

No Brasil, as 03 maiores e principais facções que atuam são: o (1) PCC (Primeiro

Comando da Capital), que atua na região da grande São Paulo, o (2) CV (Comando Vermelho) atua no Rio de Janeiro e a (3) FDN (Família do Norte) que é a facção mais recente (criada aproximadamente no ano de 2006) e atua na região Norte controlando a maior entrada de drogas no país, a Rota Solimões.

A FDN tem como foco adquirir o monopólio do comércio de entorpecentes no Norte e tem o fluxo Tabatinga-Manaus como a base de atuação. Recrutando dentro dos presídios do Norte, ficou durante cerca de 10 anos atuando na ilegalidade e no dia 01 de janeiro de 2017 foi autora da maior chacina do Brasil dentro do Complexo Penitenciário que causou mais de 60 mortes, Anísio Jobim (Compaj) evidenciando ainda mais como as guerras entre facções afeta qualquer um que viva nessa espacialidade. A banalização da vida, insegurança e ameaças de morte são apenas alguns exemplos do que a população manauara vivencia todos os dias .

Para compreender o aumento da violência é preciso atentar para a participação de policiais e outros atores políticos nessa rede criminosa, para a lógica interna aos grupos criminosos e para os grupos de extorsão/exterminio formados por policiais." (ZALUAR, 2004b)

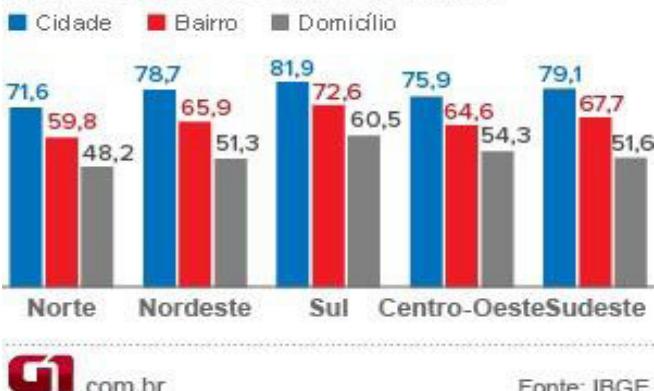
A FDN, facção que “domina” as ruas de Manaus, foi descoberta após a Operação *La Muralla* realizada pela Polícia Federal, em 2015. Da investigação resultou a prisão de um dos seis líderes da facção, José Roberto Fernandes Barbosa (Zé Roberto), que seria a ligação da facção com o CV. Além de Zé Roberto e Carnaúba - que já estava preso desde 2002 - o grupo conta com mais quatro, que seriam, também, os pilares: Geomilson Lira Arantes, Cleomar Ribeiro de Freitas, Alan Souza Castimário e “João Branco”. Os seis líderes ditam as regras da facção com bases rígidas de hierarquia e impõem suas normas por meio de extrema violência, característico dessa facção (COSTA e BIANCHI, 2017).

É importante salientar que a sociedade é a que mais sofre com as retaliações e demonstrações de poder do grupo. No caso da chacina, “o resultado foram corpos esquartejados, decapitados, e com olhos, corações e vísceras arrancados, jogados em carrinhos de levar comida e queimados.” (STACHERO, 2017). O Promotor de Justiça Alexandre Moraes afirmou que não se pode achar, de forma simplista, que todas as mortes estão relacionadas ao ataque de facções - muitos dos mortos estavam presos por roubo e homicídio - mas que fazem parte de algo maior que é o crime organizado. Interpreta-se, por meio dos fatos explanados, que a segurança humana na cidade de Manaus está extremamente comprometida devido às ações das organizações criminosas (SEVERIANO e LIFSTICH).

“Para o pesquisador do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará, Ayala Colares, a sensação de violência sentida pelos moradores do Norte é provocada pelo tráfico de drogas” (D’AGOSTINO, 2013). Conforme mostra a Figura 1.

## Sensação de segurança da população

Em % de pessoas seguras por região



G1.com.br

Fonte: IBGE

Figura 1

Fonte: D'AGOSTINO, 2013

“Existe, em nosso país, uma guerra civil, sob a forma de assaltos, roubos, assassinatos, estupros – e outras gentilezas do gênero. Esta guerra foi declarada – e é mantida - pelo capitalismo selvagem brasileiro” (PELLEGRINO, 1983) o “surto crescente de violência e de delinquência”, em nosso país, é o resultado dessa patologia social, a qual desrespeita o direito do trabalhador formal de receber o mínimo para a sua integridade física e psíquica, forçando-o a avaliar que é mais honrado ser um “delinquente fora da lei” do que em nome dela (PELLEGRINO, 1987).

“É evidente que as pessoas inseridas no tráfico podem optar por não trabalhar no tráfico, assim como as pessoas podem mudar de bairro. No entanto, se ficarem, elas terão que obedecer.” (NELSON e GRANER-ARAÚJO, 2011).

No artigo “O adolescente, tráfico de drogas e função paterna”, publicado por Nelson Pedro Silva e Renata Cristina Graner-Araújo, é feita uma pesquisa com três adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas. A faixa etária deles é de 12 a 16 anos, idade em que os jovens iniciam neste ramo; geralmente, por possuírem uma renda baixa, por recrutamento, ou por pura curiosidade, adquirem conhecimento deste mundo nas ruas, com alguns colegas de rua que já praticam tais atos e findam encaminham os jovens para a atividade ilegal. “Como cidadãos que vivem na *sociedade do espetáculo*, nossos jovens também desejavam ser valorizados e o caminho que encontraram para ‘terem audiência’, foi o do crime, assim como os seus ídolos” (SILVA e GRANER-ARAÚJO, 2011).

## 2.2 O tráfico e as relações socioafetivas

A realidade do narcotráfico afeta a vida dos traficantes e deteriora a vida do usuário da droga. Ao ingressar na vida de viciado, o mesmo passa a gastar maior parte do seu salário para sustentar o vício, o que prejudica a família do usuário. Muitas vezes, quando a necessidade do usuário não é atendida, ou quando o dinheiro acaba, ele começa a vender objetos dentro de sua casa e tendo atitudes brutais geradas pela abstinência da substância psicoativa.

Segundo o estudo (divulgado pelo G1), o dependente químico afeta as atividades diárias e o psicológico dos familiares: 58% das famílias com algum usuário de drogas têm afetada a habilidade de trabalhar ou estudar, 29% das pessoas estão pessimistas quanto ao seu futuro imediato e 33% têm medo que seu parente beba ou se drogue até morrer, ou alegam já ter sofrido ameaças do familiar viciado.(CARVALHO, 2013).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) adotou, segundo informes contidos em publicação da Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD *Um guia para a família* (2001), a seguinte terminologia, no que se refere a drogas: Experimentador: pessoa que experimenta droga, levada geralmente por curiosidade. Aquele que prova a droga uma ou algumas vezes e em seguida perde o interesse em repetir a experiência. Usuário ocasional: pessoa que utiliza uma ou várias drogas quando disponíveis ou em ambiente favorável, sem rupturas (distúrbios) afetiva, social ou profissional. Usuário habitual: pessoa que faz uso frequente, porém sem que haja ruptura afetiva, social ou profissional, nem perda de controle. Usuário dependente: pessoa que usa a droga de forma frequente e exagerada, com rupturas dos vínculos afetivos e sociais. Não consegue parar quando quer.

A família é, com certeza, a esfera social mais afetada pelo narcotráfico. As drogas são um caminho fácil para aqueles que querem uma “vida fácil”, mas muito perigoso, se torna um ciclo vicioso, a família desestruturada não submete a criança à valores morais, e processos educativos, pois “somente assim ela, provavelmente, agirá de acordo com os valores da sua cultura (será um sujeito) (NELSON e GRANER-ARAÚJO, 2011). Portanto, ao analisar o impacto do narcotráfico na vida social é importante conhecer a pré-história dos jovens (os envolvidos com o narcotráfico), somente assim se entende o lugar que eles ocupam hoje.” (NELSON e GRANER-ARAÚJO, 2011).

Geralmente as famílias que enfrentam problemas estão nas camadas sociais mais baixas da sociedade manauara, tem envolvimento, ou faz parte do recorte espacial do tráfico de drogas. A criança entra neste mundo de tráfico para conseguir dinheiro, e para gerar dinheiro é necessário que os indivíduos comprem a droga. Ou seja, ao comprar drogar se contribui para que uma criança seja escravizada pela vida de “ostentação” que é pregada nas propagandas televisivas e em qualquer meio social, ou, até mesmo, sendo levada a isso apenas pela necessidade.

Vivendo em um mundo capitalista para ostentar ou para suprir necessidades básicas

é necessário ter dinheiro, caso contrário, se morre de fome; é de se esperar que as pessoas tenham atitudes desesperadas e sigam caminhos que jamais seguiriam se tivessem outra oportunidade.

### **2.3 Atualizações com a Lei 13.840/2019**

Quem alimenta o tráfico é o usuário, logo, pouco adianta prender um ou outro traficante (que sempre será substituído em sua área com prontidão), se a demanda continua em alta. A velha lei do mercado diz: onde há procura, há oferta! O objetivo deve ser diminuir o número de usuários.

Tendo em vista a atual situação onde o Sistema de Segurança não conseguiu diminuir razoavelmente o narcotráfico seguindo um raciocínio onde a prisão ou o serviço comunitário seja a única opção, é necessário que se apresente uma solução exequível.

Por esse motivo, em 2019 foram realizadas alterações na Lei de Drogas com esse objetivo. As políticas que foram implementadas visam o tratamento do usuário ou dependente de drogas, sendo autorizada a internação quando autorizada pelo médico, como dispõe o art. 23-A.

Além disso, foi disposto como será realizado o Acolhimento do dependente pelas Comunidades Terapêuticas (Art. 26-A), foi disposto um plano individual de atendimento (art. 23-B), foi instituída a Semana Nacional de Políticas sobre Drogas (art. 19-A).

Ou seja, o caminho que o Governo decidiu seguir nesse momento é o correto: cuidar para que o viciado/usuário de drogas retorne a sociedade.

A norma jurídica não deve ter o caráter coercitivo com os usuários, mas deve ampara-los e ajudá-los a serem reinseridos na sociedade de modo que não se criminalize a vítima dos vícios, mas que se reconheça o estado de necessidade em que o mesmo se encontra, criando assim uma política não proibicionista, mas de caráter reeducador.

Por outro lado, apesar do avanço, a pergunta chave que deve ser feita é como diferenciar o traficante do usuário? Como o judiciário realizar a análise correta da vida do cidadão?

Não adianta decidir sobre políticas de acolhimento ao usuário se, na prática, os juízes não a aplicarão pois não diferenciam o usuário do traficante.

Nesse caso, a solução proposta é que se realize a triagem médica dos acusados em todos os casos de tráfico de drogas. Essa triagem deve ser realizada sem que o acusado seja recluso na penitenciária. Dessa forma, será possível direcionar o portador da droga para a punição ou para o acolhimento.

## **3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A criminalização das drogas seguida da militarização do Combate às Drogas, gera uma onda de violência sem fim que transformou o combate ao tráfico de drogas em um dos maiores conflitos atuais, gerando milhares de mortes em combates que acontecem em

meio à área urbana e perde o fundamento para o qual a norma jurídica aqui pautada foi criada: uma questão de saúde pública.

Policiais e traficantes são flagrados disputando espaço constantemente e quem sofre com tais atitudes e políticas adotadas pelo governo não é a classe alta, pois essas “guerras” geralmente ocorrem onde existem pessoas de renda baixa, pela periferia da cidade.

A solução mais exequível seria a criação de uma triagem médica nos acusados para que se diferencie o usuário do traficante de drogas, concedendo ao usuário a possibilidade de ser novamente inserido no âmbito social, como muito bem implementou a Lei 13.840/2019.

Sem o comprador, não existirá mais o vendedor. Sem mercado, não há oferta. E o acompanhamento do governo é importante para que essas pessoas não retornem a vida antiga, mas melhorem a cada dia.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006, LEI DE DROGAS. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>

BRASIL, LEI 13.840, DE 5 DE JUNHO DE 2019. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20altera%20a,drogas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A3ncias.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20altera%20a,drogas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A3ncias.>)

CARVALHO, Eduardo. **Pesquisa mostra como drogas desestruturam famílias de dependentes.** Disponível em <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/12/pesquisa-mostra-como-drogas-desestruturam-familia-de-dependentes.html>>.

COSTA, Flávio e BIANCHI, Paula. **Chefe da FDN pegou 120 anos por chacina em 2002 no mesmo presídio de Manaus.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/10/chefe-da-fdn-pegou-120-anos-por-chacina-em-2002-no-mesmo-presidio-de-manaus.htm?>>

COUTINHO JR, Noberto. **Controvérsias a respeito da eficácia da lei antidrogas.** Disponível em: <http://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/controversias-a-respeito-da-eficacia-da-lei-antidrogas-noberto-coutinho-junior>.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Norte lidera sensação de insegurança no país, segundo IBGE.** Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/norte-lidera-sensacao-de-inseguranca-no-pais-segundo-ibge.html>. Figura 1

G1, São Paulo. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>

MOTTA, Thiago. **Narcotráfico no Brasil movimenta 15,5 bilhões por ano; cifra é o pivô de massacre.** Disponível em <<http://hojeemdia.com.br/primeiro-plano/narcotrafico-no-brasil-movimenta-r-15-5-bilhoes-por-ano-cifra-e-o-pivô-de-massacres-1.438397>>.

PASSETI, Edson. **Das “fumerias” ao narcotráfico.** São Paulo; Educ, 1991.

PELLEGRINO, Hélio. (1987). **Pacto edípico e pacto social.** Em PY, L. A. *Grupo sobre grupo* (pp. 195-205). Rio de Janeiro: Rocco.

PELLEGRINO, Hélio (1983). **Pacto edípico e pacto social.** Folhetim- Suplemento da Folha de São Paulo nº 347 de 11 de Setembro de 1983.

PERALVA Anna (2000). **Violência e democracia: O paradoxo brasileiro.** Rio de Janeiro: Paz e Terra.

RODRUIGUES, Thiago. **Narcotráfico e Militarização nas Américas:** Vício de Guerra. Contexto Internacional (PUC). Vol.34 nº1 - janeiro/junho 2012, p.9-41.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis (2011). “Defesa” ou “segurança”? Reflexões em torno de conceitos e ideologias. Contexto Internacional, Vol.2, Nº3, p. 41-59.

SANTANA , Adalberto. A globalização do narcotráfico. Revista Brasileira Política Internacional Vol.42 nº.2 - Julho/Dezembro 1999, Brasília

Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD). **Um guia para a família.** Brasília: Senad, 2011.

SERRANO, Mónica e TORO, María Celia. Del narcotráfico al crimen transnacional organizado en América Latina. In: BERDAL, M.: SERRANO, M. (Org.). Crimen trasnacional organizado y seguridad internacional: cambio y continuidad. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 233-273

SILVA, Nelson Pedro e GRANER-ARAÚJO, Renata Cristina. **O adolescente, tráfico de drogas e função paterna.** Revista Psicologia Política, Vol. 11 nº21- junho 2011, São Paulo

SPENCER, David. **Análise da situação do crime organizado na Amazônia feita em entrevista para o Jornal Acrítica.** <<http://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/fdn-conheca-os-pilares-da-familia-do-crime-no-amazonas>>

SEVERIANO, Adneison e LIFSITCH, Andrezza. No AM, ministro diz que é erro ligar mortes de presos somente a facções. Disponível em <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/no-am-ministro-diz-que-e-erro-ligar-mortes-de-presos-somente-faccoes.html>

STACHERO, Tathiane. **ENTEDA: o que a disputa nacional entre facções tema ver com a barbárie no presídio do Amazonas.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/entenda-o-que-a-disputa-nacional-entre-faccoes-tem-a-ver-com-a-barbarie-no-presidio-do-amazonas.ghtml>>

VARGAS, Eduardo Viana. **Entre a extensão e a intensidade: corporalidade, subjetivação e uso de “drogas”.** 2001. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Doutorado em Ciências Humanas: Sociologia e Política.

ZALUAR, Alba. **Crime, medo e política.** In: ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos (orgs.). Um século de favela. Rio de Janeiro: FGV, 2004b.

# CAPÍTULO 7

## PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A DIVULGAÇÃO DÉ MATERIAL ÍNTIMO NAS REDES SOCIAIS DIGITAIS

Data de aceite: 01/06/2021

**Rosa Cristina da Costa Vasconcelos**

Universidade Estadual do Norte Fluminense  
Campos dos Goytacazes – RJ  
<http://lattes.cnpq.br/0745485956595699>

**Carlos Henrique Medeiros de Souza**

Universidade Estadual do Norte Fluminense  
Campos dos Goytacazes – RJ  
<http://lattes.cnpq.br/5410403216989073>

**RESUMO:** A pornografia de vingança é um fenômeno realizado por meio de plataformas digitais e consiste na divulgação de material íntimo, de forma não consensual, com o objetivo de praticar uma retaliação mediante a conduta do parceiro, sendo o ciúme, traição e não aceitação do fim do relacionamento algumas motivações para a prática. Ainda que não seja uma prática exclusivamente masculina, o maior número de vítimas corresponde a mulheres de faixa etária entre 12 e 30 anos. A partir da revisão de literatura nacional e internacional acerca da temática, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise dos aspectos relativos à era digital que contribuem para a popularização da prática do *revenge porn*, as questões de gênero a ela associadas e os aspectos jurídicos presentes na legislação brasileira voltados aos crimes digitais.

**PALAVRAS - CHAVE:** pornografia de vingança; violência contra a mulher; redes sociais digitais.

REVENGE PORNOGRAPHY AND GENDER VIOLENCE: THE DISSEMINATION OF INTIMATE MATERIAL ON DIGITAL SOCIAL NETWORKS

**ABSTRACT:** The revenge porn is a phenomenon that needs the digital platforms to happen and consists on the non-consensual sharing of photos, videos and audios with sexual appeal, with the aim of practicing a retaliation by the partner's behavior. Jealousy, betrayal and non-acceptance of the end of relationship are some of the motivation from this practice. Even if it is not an exclusively male behavior, the largest number of victims of revenge porn are women between 12 to 30 years old. Based on national and international literature about the main Idea, the present paper aims to analyze the aspects of the digital-era which contributes to the popularization of revenge porn, as the gender issues associates and legal aspects present in brazilian legislation against digital crimes.

**KEYWORDS:** revenge porn; violence against women; digital social networks.

### INTRODUÇÃO

Define-se como pornografia de vingança a divulgação de material íntimo, de forma não consensual, com o objetivo de praticar uma retaliação mediante a conduta da parceira tendo como justificativa diversas motivações, sendo elas: ciúme, traição, insatisfação com o término de relacionamento, dentre outros fatores (BATES, 2016; LELIS E CAVALCANTE, 2016;

SALTER, 2013; GLYN, RACKLEY E HOUGHTON, 2017). Ainda que a prática não seja exclusivamente masculina, existe o conhecimento de que as mulheres são as principais vítimas destes casos, apesar da carência de dados sistematizados no país.

De acordo com Parreira (2012), a evolução das tecnologias da informação e da comunicação contribui para a popularização da divulgação de material íntimo de diversos gêneros de pornografia. Isto ocorre pois qualquer indivíduo com acesso as TICS tem a possibilidade de produzir conteúdo digital. Em contrapartida, a autora aponta que isto dificulta a identificação do caráter do material e, por isto, materiais divulgados de forma não consensual muitas vezes não são identificados como tal. Conforme Lins (2016), a pornografia de vingança constitui uma forma de violência que depende de meios digitais para que seja praticada, visto que as plataformas são os locais propícios para a livre divulgação de conteúdo.

A relação entre a pornografia de vingança e o uso de plataformas digitais para sua divulgação proporciona desdobramentos reflexões sobre os limites entre público e privado, “real” e “virtual” e o controle – ou falta – do fluxo de informações veiculadas nos *websites* e nas redes sociais digitais. Buscando considerar as novas formas em que a sociedade tem se configurado a partir da expansão das tecnologias da informação e da comunicação, o presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise dos aspectos relativos à era digital que contribuem para a popularização da prática do *revenge porn*, assim como as questões de gênero a ela associadas. A metodologia aqui utilizada foi a revisão de literatura científica acerca da temática da pornografia de vingança.

## **“BELA, RECATADA E DO LAR”: IDEALIZAÇÕES SOBRE OS PAPÉIS FEMININOS E SUA RELAÇÃO COM A EXPOSIÇÃO DE MULHERES NA INTERNET**

Sendo um fenômeno recente, a pornografia de vingança é contemporânea ao advento das TICs e das redes sociais digitais. Bates (2016) afirma que a prática tem ampliado sua escala nos últimos 5 anos, e o aumento do número de casos está associado ao aperfeiçoamento e popularização de *gadgets* como câmeras digitais e *smartphones*, que transformaram a forma como materiais audiovisuais são utilizados pelos indivíduos. Ainda segundo a autora, a prática é incentivada em diversas plataformas digitais. Websites desenvolvidos propriamente para o compartilhamento de material relacionado a pornografia não consensual incentivam os usuários a enviar material íntimos de seus ex-parceiros com a finalidade de vingança.

Segundo Simone de Beauvoir (2009), a sexualidade compreende uma parte considerável da vida, compreendendo aspectos fisiológicos e psicológicos e sendo uma forma de expressão da existência humana que possui significados diversos entre os indivíduos. Conforme a autora, há uma clara distinção entre o desenvolvimento da sexualidade para

homens e mulheres. Enquanto os homens são incentivados desde a infância para executar comportamentos considerados viris, a mulher é orientada a preservar sua sexualidade no âmbito privado, sem manifestar seus desejos publicamente. Para as mulheres, a expressão da sexualidade deve ser voltada para o matrimônio, com a finalidade de gerar satisfação para o outro, mas não para si mesma. Desta forma, o homem novamente assume um papel de dominação.

A partir da análise de narrativas de homens denunciados pela lei Maria da Penha que cumpriam pena e participavam de grupos de conscientização, Oliveira (2016) identificou que os agressores atribuíam normas de comportamento a cada gênero, e que as situações de violência em que se envolveram tinham como justificativa a transgressão de papéis observadas em suas companheiras. Nos relatos, segundo a autora, “(...) as parceiras são retratadas como loucas, agressivas, irracionais, infieis e pouco razoáveis, revelando-se um novo algoz” (p. 93). A Agência Patrícia Galvão, um instituto responsável pela organização e compartilhamento de pesquisas e dados estatísticos relacionados à violência contra a mulher, apresentou resultados da pesquisa realizada pelo Data Popular/Instituto Avon sobre a pornografia não consensual. Dentre os resultados, destaca-se a porcentagem de 28% de homens que confirmaram ter recebido e compartilhado material íntimo de mulheres sem o consentimento das mesmas. A agência associa essa porcentagem – que não necessariamente é representativa – aos padrões estabelecidos socialmente para a expressão da sexualidade de homens e mulheres. O imaginário social de que mulheres devem resguardar seus desejos e praticá-los no âmbito privado contribui para que as mulheres consideradas transgressoras sofram exposição, humilhação e diversas retaliações.

Conforme Vance (1985), a sexualidade das mulheres é perpassada por experiências paradoxais que envolvem ora prazer, ora perigo. Experiências como o compartilhamento de material íntimo envolvem estas duas faces: ao passo que permite a mulher novas possibilidades de intimidade na relação com terceiros, também envolve os riscos de exploração indevida de sua imagem, acarretando outros prejuízos. Dir, Coskunpinar, Steiner e Cyders (2013) realizaram um estudo quantitativo e exploratório com 278 estudantes universitários com o objetivo de identificar diferenças nos comportamentos e experiências de *sexting* a partir da diferença entre gêneros. O *sexting* corresponde à prática de trocas de mensagens com conotação sexual, que pode envolver a troca de materiais íntimos como áudios, vídeos e fotos. Os materiais divulgados em casos de pornografia de vingança podem ser provenientes de produção entre o casal em encontros íntimos, ou, então, materiais compartilhados a partir da prática do *sexting* (DIR, COSKUNPINAR, STEINER E CYDERS, 2013). Dentre os resultados, os pesquisadores analisaram que homens relatam mais experiências positivas acerca do recebimento de materiais íntimos por meio do *sexting*, enquanto mulheres relatam principalmente experiências negativas, envolvendo constrangimento e desconforto. Samimi e Alderson (2014), numa pesquisa

com 525 universitários, identificaram que 319 participantes realizavam a prática de *sexting*, sendo 164 homens e 155 mulheres. A diferença entre gêneros, portanto, não foi considerada significativa nesta situação. Os participantes do sexo masculino apresentavam maiores escores nos itens “Abertura a sexualidade”, “Relacionamento e Entretenimento” e “Compartilhamento e Expectativa”. Estes apresentavam relatos como “*Sexting* é divertido” e “*Sexting* faz parte das relações amorosas atuais”. Em contrapartida, mulheres apresentavam maiores escores nos itens “Controle e Prevenção” e “Consequências Negativas”. Os comentários associados aos escores eram de que “Você deve ser cuidadosa na prática do *sexting*”, assim como “o envio de mensagens sexualmente sugestivas é arriscado” (p. 235).

A partir das pesquisas anteriormente citadas, é possível observar que, ainda que as mulheres realizem práticas sexuais consideradas “não-convencionais” no âmbito social, sentimentos negativos são desenvolvidos por parte das mesmas, contribuindo para que elas não explorem seus desejos de forma integral. Percebe-se também que as mulheres têm consciência sobre os perigos associados às práticas sexuais. Enquanto isso, os homens demonstram maior aproveitamento nas práticas, apresentando experiências e sentimentos positivos a elas associados. Conforme Simone de Beauvoir (2009), os padrões impostos às mulheres acerca da sua feminilidade são definidos de forma artificial a partir de conceitos de moda e normas de comportamento. Entretanto, as mulheres que não desejam se adequar a estes modelos são associadas à ideia de uma desvalorização sexual, que, posteriormente, contribui para a desvalorização por parte de outras esferas da sociedade. Por outro lado, os homens possuem o privilégio de terem seus papéis sociais normalmente associados à virilidade e a prática social, sendo permitido, portanto, explorar tais características nos âmbitos público e privado.

Consoante Barioni, Lara, Malaquias, Moura e Rangel (2016), os efeitos da pornografia de vingança são muito distintos entre agressores e vítimas. Enquanto as mulheres sofrem com a exposição, observando efeitos negativos em suas carreiras, nos ciclos sociais, na saúde mental e muitas vezes ocasionando o suicídio, os homens responsáveis pela prática são desresponsabilizados ou até mesmo celebrados, sendo livrados de sanções penais. Bates (2016) realizou uma pesquisa qualitativa com 18 mulheres que tiveram suas fotos divulgadas por homens com quem tiveram relações íntimas. A pesquisadora identificou três formas de divulgação do material íntimo, sendo eles a postagem em diversas plataformas digitais, o envio específico para pessoas do ciclo social das mulheres e ameaças e chantagens acerca de possível exposição, sem que o fato fosse concretizado. Durante as entrevistas, as participantes relataram o surgimento de diversos problemas por conta da divulgação das fotos, dentre eles o desenvolvimento de psicopatologias como transtorno do estresse pós-traumático (TEPT), transtornos de ansiedade, transtornos depressivos e ideação suicida. Além disso, as participantes também desenvolveram problemas de sociabilidade, visto que, a partir do evento estressor, apresentaram comportamentos de isolamento e dificuldade na interação, com diminuição no estabelecimento ou manutenção

de relações de confiança interpessoal. De acordo com a autora, as consequências negativas atribuídas a casos de pornografia de vingança em que a mulher é vitimada se assemelham aos prejuízos identificados em mulheres vítimas de abuso sexual.

## **COMO PROCEDER? POSSIBILIDADES E ENTRAVES NA LEGISLAÇÃO VOLTADA PARA CRIMES VIRTUAIS**

Apesar da existência de legislação específica para alguns tipos de crimes virtuais, no Brasil ainda não existem leis exclusivamente direcionadas a pornografia não consensual e a pornografia de vingança. A ausência de mecanismos jurídicos para o enfrentamento exclusivo das causas contribui para a ideia de impunidade, tornando o processo de identificação e enfrentamento ainda mais difícil para as vítimas. Dentre as leis existentes no Código Penal Brasileiro que, ainda que indiretamente, enquadrem casos de pornografia não consensual, destacam-se a Lei 12.737/12, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann, e a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Legal da Internet.

Sancionada em 2012, a Lei 12.737/12 recebeu o nome da atriz brasileira que teve imagens íntimas divulgadas após a invasão de *hackers* em seus dispositivos eletrônicos. A Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e estabelece sanções legais para aqueles que os cometem (BRASIL, 2012). O artigo 154-A caracteriza a “Invasão de dispositivo informático”, que envolve a obtenção ou adulteração de material sem a autorização do responsável. A pena estabelecida para estes casos é prevista entre três meses a um ano de detenção acrescida de multa. O artigo considera agravante a divulgação, comercialização ou compartilhamento do material obtido, com previsão de aumento de um a dois terços da pena. Conforme Buzzi (2015) e Lins (2016), ainda que não seja direcionada aos casos de pornografia não consensual, os casos em que as vítimas tem material íntimo obtido sem consentimento por meio da invasão dos dispositivos eletrônicos, assim como aqueles em que o material é compartilhado. Os casos de pornografia de vingança em que o material foi trocado consensualmente, e a divulgação foi não consensual, não podem ser julgados a partir desta lei.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), sancionado em 2014, Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (BRASIL, 2014). É importante salientar que o Marco Civil não envolve a tipificação criminal de crimes virtuais, mas estabelece diretrizes para o uso da internet, os direitos e deveres dos usuários, a responsabilidade dos provedores de internet e a proteção de dados, dentre outras regulamentações (BUZZI, 2015). O artigo 10, referente à Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas, estabelece que os registros de conversas e materiais compartilhados em comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade e da privacidade dos envolvidos, devendo ser compartilhados pelos provedores apenas mediante a ordem judicial, a fim de garantir o sigilo dos usuários da rede. Já o

artigo 21, referente à Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros estabelece que, nos casos de divulgação de material íntimo, os provedores de internet devem indisponibilizar o acesso ao conteúdo. Caso contrário, serão também responsabilizados legalmente pelo compartilhamento não consensual. Nestes casos, a ordem judicial não é necessária para a retirada do conteúdo, mas somente uma notificação por parte da pessoa exposta por meio da divulgação do conteúdo (BRASIL, 2014).

Lins (2016) apresenta que, ainda que existam respaldos na legislação, o processo de denúncia e investigação dos casos é moroso devido às especificidades associadas ao uso das TICs, a averiguação das provas de divulgação – um *printscreen* será considerado como uma prova pelos investigadores? -, dentre outros transtornos que muitas vezes contribuem para o silenciamento da vítima, ou então favorecem sua revitimização por meio de discriminação institucional, desvalorização de seu discurso, dentre outros fatores. Conforme dados do instituto SaferNet Brasil (2019), existem apenas 16 delegacias especializadas em crimes virtuais no país, menos de uma por estado. Além disso, algumas delegacias possuem especificidades como, por exemplo, a 4ª Delegacia de Delitos Cometidos por Meios Eletrônicos (DIG/DEIC) em São Paulo, que atende apenas a crimes de fraudes financeiras por meios eletrônicos, ou então, o Grupo Especializado de Repressão aos Crimes por Meio Eletrônico na Bahia, que não registra boletins de ocorrência. Quando é necessária a realização da denúncia em delegacias não especializadas, a vítima se depara com o despreparo e desconhecimento dos profissionais quanto aos procedimentos nestes casos, dificultando o processo da denúncia e a conclusão do processo.

A partir do levantamento realizado por Valente, Neriz, Ruiz e Bulgareli (2016), foram identificados 9 projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados, e um projeto proposto no Senado Federal. Dentre estas propostas, 3 delas sugerem alterações na Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, responsável pelo estabelecimento de mecanismos para coibir e enfrentar a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006). A lei já existente estabelece cinco formas distintas de violência contra a mulher, sendo elas: a) violência física, b) violência psicológica, c) violência patrimonial, d) violência moral e e) violência sexual (BRASIL, 2006). Três propostas apresentadas à Câmara - PLs 170/15, 5822/13, 5555/13 – sugerem a inserção de uma nova modalidade de violência, a “violência de intimidade” à Lei 13.340.

Uma crítica realizada por Lins (2018) consiste na associação entre intimidade e sexualidade observada nas três PLs. Ao atrelar a expressão da sexualidade feminina ao âmbito privado, as propostas de alteração na Lei recaem em discursos moralistas relacionadas a papéis de gênero. Outra crítica direcionada às PLs, mas também presente em discussões acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha envolvem o caráter punitivo em detrimento do caráter preventivo. As ações de medidas preventivas estabelecidas por Lei não estão atingindo a eficácia esperada, tendo em vista o aumento dos números de violência doméstica e familiar. Apesar das críticas apresentadas, considera-se que

a inserção da “violência de intimidade” como uma nova forma de violência doméstica e familiar favoreceria as vítimas de pornografia de vingança ao acesso a medidas protetivas e outros mecanismos legais já previstos no Código Penal (BUZZI, 2015). Além disso, os profissionais das Delegacias Especializadas de Atendimento a Mulher deveriam se especializar para ofertar melhor atendimento a estes novos tipos de demanda, favorecendo o maior acolhimento às mulheres vitimadas.

Entre críticas e limitações, Valente *et al.*(2016) alegam que as justificativas para as PLs propostas nas diversas instâncias envolvem três principais aspectos. O primeiro consiste na conclusão de que a maior parte dos casos de pornografia não consensual ocorre entre pessoas que já estiveram envolvidas em relações íntimas ou domésticas contra as mulheres. O segundo aspecto apresentado por Valente *et. al.* (2016) está relacionado à ausência de legislação específica para o enfrentamento de casos de divulgação de material íntimo de forma não consensual apesar do crescente número de casos desta natureza.

O terceiro e último aspecto observado por Valente *et. al.* (2016) envolve a necessidade de maior intervenção por parte do estado, visto que o acesso às TICs cresce consideravelmente e, em contrapartida, não é realizado um trabalho de conscientização acerca do uso adequado das diversas ferramentas disponíveis. Em pesquisa realizada com 557 adolescentes entre 13 e 18 anos (241 mulheres e 216 homens) sobre a implicação do uso das redes sociais na violência de gênero, Ruiz (2014) identificou que 2 de cada 10 meninas e 3 de cada 10 meninos declarou ter recebido algum tipo de ameaça através de redes sociais. Além disso, 3 de cada 10 adolescentes tinha sofrido uma tipo de insulto, críticas ou humilhação através de redes sociais (p. 129). Fortim e Araújo (2013) associam o uso indevido da internet por muitos usuários por conta de seu “papel libertador”, que contribui para que os indivíduos manifestem comportamentos transgressores, por exemplo, a agressividade por conta da falsa ideia de que as ferramentas digitais como computador e celular criam barreiras entre “real” e “virtual”.

A alteração na legislação dissociada da conscientização da população acerca da gravidade dos crimes virtuais é considerada infrutífera, visto que ainda é propagada a ideia de que práticas ilegais na internet não são passíveis de consequência. “Eu prefiro um crime de internet ao de estupro”, disse Neymar Santos sobre a divulgação ilegal de material íntimo realizada por seu filho, Neymar Jr. Infelizmente, com relação aos crimes de violência contra a mulher, é observado que a legislação lança mão do caráter punitivo estabelecido juridicamente, como por exemplo, na Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio (VASCONCELOS, 2018). A abordagem integral da violência por meio de campanhas educativas, cartilhas de orientação, grupos informativos e outras estratégias preventivas devem ser aplicados em diferentes esferas da sociedade, de forma que o enfrentamento a violência seja realizado de forma preventiva, a fim de reduzir os danos ocasionados em crimes virtuais de violência contra a mulher.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A democratização do acesso as tecnologias da informação e da comunicação realizou transformações na forma de interação entre os indivíduos, na produção, acesso e compartilhamento de materiais e no alcance do fluxo da informação. As redes sociais digitais correspondem a uma atualização das relações sociais e, por isto, não é possível conceber a separação entre mundo físico e mundo digital. Estes mundos produzem interferência entre si, não sendo possível analisá-los de modo isolado.

Enquanto a autoexposição e o culto ao corpo são observados e incentivados nas redes sociais digitais por meio de maior grau de abertura, a exposição compulsória de materiais íntimos de mulheres não recebe a mesma aceitação. Os papéis de gênero que ainda vigoram a respeito da sexualidade feminina contribuem para que mulheres expostas sejam vítimas de humilhação e julgamento moral. A liberdade sexual feminina ainda é considerada um tabu na atualidade e, apesar de todas as conquistas de direitos por parte da população feminina, ainda acredita-se que o direito a expressão sexual se restrinja ao ambiente doméstico, exclusivamente na vida sexual com o parceiro. Por outro lado, observa-se maior solidariedade por parte da sociedade para com os homens que realizam a prática da pornografia de vingança. Ainda que a divulgação de material sem consentimento seja criminalizada, parte da população atribui o comportamento do homem a uma transgressão de regras por parte da mulher exposta, culpabilizando a vítima pela exposição sofrida. A legislação brasileira dispõe de mecanismos para regulamentar o uso da internet do Brasil, assim como legislação voltada para a tipificação de crimes informáticos. As especificidades relacionadas a casos de pornografia não consensual e pornografia de vingança, no entanto, ainda não possuem respaldo jurídico, dificultando o processo de denúncia e investigação destes tipos de crimes virtuais. Além disso, também é possível observar o despreparo para o acolhimento das vítimas, tendo em vista o número escasso de Delegacias Especializadas em Crimes Virtuais, assim como a falta de conhecimento de profissionais de Delegacias não especializadas mediante ao procedimento nestes casos específicos. Propostas de leis tramitam na Câmara e no Senado com o objetivo de tipificar os crimes de pornografia não consensual e pornografia de vingança no Código Penal. Os projetos, entretanto, apresentam lacunas quanto à configuração da “violência da intimidade”, por vezes eliciando caráter moralista e reforçando as questões de gênero em seus textos.

Considerando o caráter transgeracional das questões de gênero e da manutenção da violência contra a mulher, alterações jurídicas não seriam suficientes para solucionar o problema, visto que consistiriam num mecanismo de intervenção em casos já ocorridos. O investimento na educação digital da população se faz necessário de forma que o uso das ferramentas seja discutido e orientado. Além disso, as discussões acerca de questões de gênero e sexualidade devem ser inseridas desde os primeiros estágios do desenvolvimento infantil, acompanhando o nível cognitivo de compreensão da criança, de forma que práticas

de violência sejam de fato coibidas e compreendidas com sua devida gravidade e, assim, novos passos sejam alcançados na busca pela igualdade entre os gêneros .

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de gênero na internet.** Disponível em <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>>. Acesso em 13.mai.2019.

BARONI, P; LARA, B.; MALAQUIAS, T.; MOURA, G.; RANGEL, B. **Meu Amigo Secreto: feminismo Além das Redes.** Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

BATES, S. **Revenge Porn and Mental Health: A Qualitative Analysis of the Mental Health Effects of Revenge Porn on Female Survivors.** Feminist Criminology, v. 21, n. 1, 2016.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, 2<sup>a</sup> Ed.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 12.965. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 20.mai.2019.

BRASIL. Código Penal. **Lei nº 12.737. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; e dá outras providências.** 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em 20.mai.2019.

BRASIL. Código Penal. **Lei no 11.340. 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.** 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 20.mai.2019.

BUZZI, V. M. **Pornografia De Vingança: Contexto Histórico-Social e Abordagem no Direito Brasileiro.** 2015. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina , Florianópolis, Santa Catarina.

CAVALCANTE, V.; LELIS, A.. **Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança.** Revista Interfaces Científicas, v.4, n.3, p. 59 – 68, 2016.

DIR, A.; COSKUNPINAR, A.; STAINER, L.; CYDERS, M. A. **Understanding Differences in Sexting Behaviors Across Gender, Relationship Status, and Sexual Identity, and the Role of Expectancies in Sexting.** Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking, v. 16, n. 8, 2013.

ELUF, L. N. **A paixão no banco dos réus.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, F. C. M.; ARAÚJO, J. S., JORGE, M. F. **Caiu na rede é pornô: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da “intimidade”**. Contemporanea Comunicação e Cultura, v. 13, n. 3, p. 659-677, 2015.

FRANCO, A. **Escola de Redes: Novas visões sobre a sociedade, o desenvolvimento, a Internet, a política e o mundo globalizado**. Curitiba: Saturnos Assessoria em Comunicação Social, 2008.

FORTIM, I.; ARAUJO, C. A. **Aspectos psicológicos do uso patológico de internet**. Boletim Academia Paulista de Psicologia, v.33, n.85, p. 292-311, 2013 .

GIDDENS, A. **Distúrbios pessoais, problemas sexuais**. In: GIDDENS, A. A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora Unesp, 1993. p. 125-148.

JORNAL EXTRA. **Pai de Neymar sobre a divulgação de vídeo: ‘Prefiro um crime de internet ao de estupro’**. Disponível em <<https://extra.globo.com/esporte/pai-de-neymar-sobre-divulgacao-de-video-prefiro-um-crime-de-internet-ao-de-estupro-23713892.html>>. Acesso em 15.mai.2019.

LINS, B. A. **“Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”**. Cadernos de Campo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 2016.

LINS, B. A. **“Não existe privacidade 100% na internet”: sobre leis, mulheres, intimidade e internet**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 5, n. 3, p. 199-211, 2018.

LOPES, A. S. **Pornografia de vingança: um crime que não para de crescer**. Gazeta Online, 2018. Disponível em <<https://grandesreportagens.gazetaonline.com.br/?p=606>>. Acesso em 15.mai.2019.

MELO, G. Q.; CARVALHO, S. M. R.; CAVALCANTE, D. F. M. **Ética E Comunicação do Indivíduo na Pós Modernidade** In: HRENECHEN, V. C. A. T. (Org). Ciências da Comunicação 3. Paraná: Atena Editora, 2019.

OLIVEIRA, I. V. **“Homem é homem”: narrativas sobre gênero e violência em um grupo reflexivo com homens denunciados por crimes da Lei Maria da Penha**. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PARREIRAS, C. **Altporn, corpos, categorias e cliques: notas etnográficas sobre pornografia online**. Cadernos Pagu, n. 38, 2012, p. 197-222.

ROCHA, C. B. **A evolução crimonológica do direito penal: aspectos gerais sobre os crimes cibernéticos e a lei 12. 737/2012**. Jus Navigandi, Teresina, v. 18.

RÜDIGER, F. **As redes e a armação: da cultura do narcisismo ao fetichismo**. In: I Francisco Rüdiger In: LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K (Orgs). Comunicação, cultura e mídias sociais. / São Paulo: ECA-USP, 2015. 120 p.

RUIZ, M. A. B. **Implicaciones del Uso de las Redes Sociales en el Aumento de la Violencia de Género en Adolescentes**. Comunicación y Medios, nº 30, pp. 124-141, 2014.

SGORLON, C. T. S.; SUGUIHIRO, V. L. T. **Exposição da intimidade da mulher na era digital: uma violência sem limites.** In: VIII Jornada Internacional de Políticas Públicas: Um século de reforma e revolução. Maranhão. Anais da VIII Jornada Internacional de Políticas Públicas, 2017.

VANCE, C. S. **Pleasure and Danger: toward a politics of sexuality.** In: Pleasure and Danger: exploring female sexuality. Boston: Pandora Press, 1985.

VALENTE, M. G.; NERIS, N.; RUIZ, J. P.; BULGARELLI, L. **O Corpo é o Código: Estratégias Jurídicas de Enfrentamento Ao Revenge Porn no Brasil.** São Paulo: Internet Lab, 2016.

VASCONCELOS, R. C. C. **Paixão, gênero e violência: aspectos históricos e jurídicos dos crimes passionais e sua relação com a violência contra a mulher.** Monografia - Departamento de Psicologia, Universidade Federal Fluminense, 2018.

# CAPÍTULO 8

## APLICABILIDADE DO COMPLIANCE COM O SUPORTE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO COMBATE A CORRUPÇÃO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Data de aceite: 01/06/2021

Data da submissão: 21/03/2021

### APPLICABILITY OF COMPLIANCE WITH THE SUPPORT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN COMBATING CORRUPTION IN BIDDING PROCESSES

**Ligia Damiani Riedel**

Faculdade Polis Civitás  
Curitiba-Paraná

<http://lattes.cnpq.br/6377488858279365>

**Luanna Ramos Ferreira**

Faculdade Polis Civitás  
Curitiba-Paraná

<http://lattes.cnpq.br/2951789716063767>

**RESUMO:** A finalidade deste artigo é demonstrar a metodologia utilizada ao pesquisar a possibilidade de ver a tecnologia e o compliance caminhando juntos no combate à corrupção nas contratações públicas. Um primeiro passo nessa direção compreende no entendimento da origem e do conceito dos planos de integridade – compliance e da inteligência artificial. A identificação desses conceitos nos remeterá à aplicação na administração pública, mais precisamente, nas licitações, trazendo aqui o exemplo da aplicação conjunta dos dois temas com a experiência do robô alice, ferramenta criada pela controladoria geral da união, utilizada também pelo tribunal de contas da união, com o objetivo de prevenir fraudes nas licitações.

**PALAVRAS - CHAVE:** Compliance. Inteligência Artificial. Licitação. Combate à Corrupção. Robô ALICE.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to demonstrate the methodology used in researching the possibility to see technology and Compliance working together in the combat of corruption in public procurement. A first step in this direction involves the comprehension of the origin and concept of Integrity Plans - Compliance and artificial intelligence. The identification of these concepts will lead us to its application in Public Administration, more precisely, in publicbids. Here, we can bring the successful example of the joint application of these two themes with the experience of the ALICE Robot. This robot is a tool created by the Union General Controller, and also used by the Federal Court of Accounts, with the purpose to prevente bidding frauds.

**KEYWORDS:** Compliance. Artificial intelligence. Bidding. Fight against corruption. Robot ALICE.

### 1 | INTRODUÇÃO

Diariamente nos deparamos com informações e notícias de corrupção nas contratações públicas.

Nesse passo, Leis e ferramentas foram desenvolvidas, para que haja prevenção e detecção das fraudes que ocorrem nas contratações do Poder Público. Os programas de integridade, bem como a inteligência artificial são alguns desses exemplos.

Em um mundo onde nos deparamos com as vantagens tiradas em qualquer oportunidade, leia-se, vantagens negativas e prejudiciais, a inovação de unir a conformidade e a tecnologia se deparam com barreiras a serem vencidas.

Uma simples busca, utilizando o *Google*, dos temas *Compliance* e Inteligência Artificial, encontramos mais de 600 milhões de resultados, referente a cada tema. É claro que os números em si não captam o real significado do que de fato está sendo procurado, e tão pouco, a análise que fazem do resultado encontrado, mas eles nos dão uma pista interessante sobre a importância que vêm sendo atribuída aos temas.

Dante desse cenário, o presente artigo visa demonstrar a origem e desenvolvimento do *Compliance* e como o suporte da Inteligência Artificial poderia ser aplicável às contratações públicas no combate a atos de corrupção.

Busca-se demonstrar aqui o quanto importante são esses meios, bem como a efetividade da aplicação conjunta nos processos licitatórios para prevenir e detectar as fraudes que assombram a Administração Pública.

Toda tecnologia que temos hoje em dia está sendo usada para prevenir e detectar qualquer tipo de erro em um edital, e assim evitar que se tenham problemas que podem, inclusive, ser judicializados.

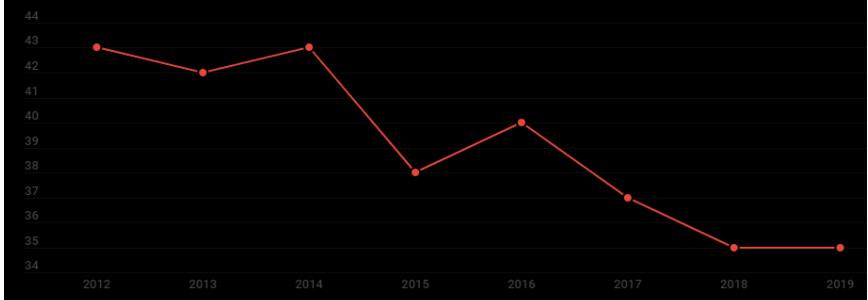
É importante ressaltar que todas as licitações realizadas são com a intenção de se obter o melhor resultado, ou seja, devemos ter a mínima margem para erros, para então, considerar o resultado como idôneo. E aqui que entra a tecnologia, dando um suporte ao fator humano.

## 2 | CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL DO *COMPLIANCE* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A corrupção no setor público do Brasil é uma realidade, nesse sentido são os dados retirados do Índice de Percepção da Corrupção (IPC), ferramenta essa que existe desde 1995 e abrange a medição de corrupção no mundo, reunindo resultados de 180 países e territórios.

A pontuação do gráfico abaixo indica o nível percebido de corrupção numa escala de 0 a 100, significando 0 um país considerado altamente corrupto e 100 um país considerado muito íntegro, vejamos a posição do Brasil:

## Brasil mantém a pior pontuação da série histórica, com apenas 35 pontos

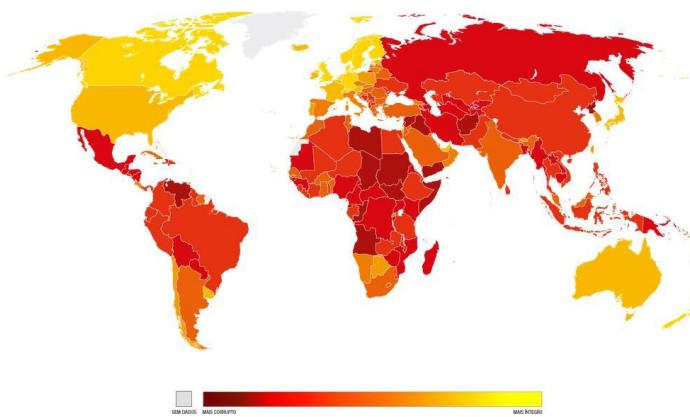


Em 2019, o país mantém a pior pontuação histórica apresentada em 2018, com 35 pontos, comparando os dados apresentados desde 2012. Esse dado faz com que estejamos em alerta, tendo a percepção do quanto a corrupção é enraizada no setor público.

Outra imagem produzida pela Transparência Internacional, que comprova o nível de percepção de corrupção no mundo através de cores, demonstra que quanto mais vermelho, mais corrupto, e quanto mais amarelo, mais íntegro é o país, vejamos:

## CORRUPÇÃO 2018

BRASIL APRESENTA SUA PIOR NOTA DESDE 2012 E CAI DA 96<sup>a</sup> PARA A 105<sup>a</sup> POSIÇÃO NO RANKING DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL



2

Ainda, conforme dados levantados pela 11<sup>a</sup> edição do Relatório Global de Fraude & Risco da Kroll, empresa de gestão de riscos e investigações corporativas, o Brasil é o país campeão em lavagem de dinheiro no mundo, fato esse comprovado na prática realizada, a

1 <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/> - Acesso em 14/07/2020

2 <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/tibr-downloads/CPI-2018.pdf>, - Acesso em novembro/2019

qual demonstrou a ocorrência de lavagem de dinheiro em 23% das companhias brasileiras, percentual esse superior à média global, qual seja de 16%.<sup>3</sup>

Apesar dos fatos explanados, o combate à corrupção é visto como a terceira prioridade pelas empresas brasileiras<sup>4</sup>, sendo o assunto dominante após os escândalos da operação Lava Jato, ocorrida em 2014, quando foi constatado que diversos envolvidos encontraram formas de driblar a lei e obter vantagens ilícitas nos contratos firmados com o governo, gerando inúmeros prejuízos à população brasileira e aos cofres públicos.

Nesse passo, para combater esses dados alarmantes é que surgiram os programas de Integridade e *Compliance*, os quais tem o objetivo de prevenir, detectar e tratar condutas fraudulentas, que vão contra legislações e normativas, sendo um instrumento fundamental para à boa administração pública. Com o intuito ainda de proteção de atos lesivos que impliquem prejuízos financeiros e danos ao erário, trazendo prevenção a desvios de conduta ética e fraudes contratuais.

Esse tema ganhou grande destaque com a aplicação da Lei Anticorrupção, Lei Federal nº 12.846/2013, e seu Decreto Regulamentador nº 8.420/2015, o que provocou a necessidade de uma mudança cultural.

Esse movimento só vem crescendo no Brasil, com ênfase nas entidades públicas e empresas privadas que se relacionam com o Poder Público, o que pode-se analisar na instituição da Lei Federal nº 13.303/2016, a qual trata do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais.

Essa necessidade, fez com que diversos entes da federação apresentassem projetos de lei para que houvesse a exigência de implementação do referido programa nas instituições que se relacionam com o poder público. Como exemplo, o Distrito Federal, por meio da Lei Distrital 6.112/2018, o Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual 7.753/2017, o estado de Mato grosso, por meio da Lei Estadual 10.744/2018, Rio Grande do Sul, com a Lei Estadual 15.228/2018, bem como Amazonas, com a Lei 4.730/2018.

Importante mencionar que, em cada Lei citada, os estados conferem um prazo para que seja cumprida a exigência do programa, nas empresas que assinam contrato com o poder público.

Além disso, houve a divulgação da Portaria nº 57/2019, que altera a Portaria nº 1.089/2018, que estabelece orientações para a implementação dos Programas de Integridade do Governo Federal, exigindo que os órgãos e as entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, instituam um Programa de Integridade que demonstre o comprometimento da alta administração e que seja compatível com sua natureza, porte, complexidade, estrutura e área de atuação (art. 1º).

A exigência da implantação do Programa de Integridade tem alguns objetivos, dentre

---

3 Veja.abril.com.br – Brasil é o líder mundial em lavagem de dinheiro – Por Lucas Cunha - <https://veja.abril.com.br/economia/brasil-e-o-maior-do-mundo-em-lavagem-de-dinheiro/>

4 <https://veja.abril.com.br/economia/brasil-e-o-maior-do-mundo-em-lavagem-de-dinheiro/> - Acesso novembro//2019

eles, destaca-se alguns:<sup>5</sup>

- Proteger a Administração Pública dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais;
- Garantir a execução dos contratos em conformidade com a Lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada;
- Reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução;
- Obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais.

Com a instituição desses programas, o poder público passa a contratar melhor, diminuindo sensivelmente as chances de desvios e corrupção, promovendo maior segurança e transparência da execução contratual.

## 2.1 Licitações Públicas

Sabe-se que, essas contratações da Administração Pública ocorrem por meio de licitação, as quais devem levar em conta os princípios constitucionais, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.<sup>6</sup>

No processo licitatório pode-se afirmar que há três importantes momentos nos quais podem ocorrer casos de corrupção, sendo eles:<sup>7</sup>

- Na fase interna – com o direcionamento do edital, por exemplo.
- Na formação de conluio entre as empresas concorrentes maleficiando o propósito da licitação.
- Na fase de execução contratual.

Entendido isto, deve-se lembrar de que a licitação não é uma ferramenta de controle de atuação administrativa, e sim um meio técnico jurídico para a seleção e contratação de determinado serviço ou objeto por parte do governo. O intuito é, além de legítimo, primordial, proteger a Administração Pública de eventuais atos lesivos.

Sendo assim, os ajustes de *compliance* e transparência ao serem aplicados de imediato nessas contratações, acabam gerando oportunidades reais de ganho em licitações, bem como traz o cumprimento de relações éticas nas condutas no ambiente laboral.

Com isso, observa-se no cenário atual uma grande preocupação em licitar com empresas idôneas, e assim, diminuir o risco de prejuízos econômicos e reputacionais.

Dessa forma, empresas vêm adotando medidas, como a observância de um plano de integridade para critério de inabilitação de fornecedores.

---

5 Art. 2º da Lei Estadual 7.753/2017 – Rio de Janeiro

6 Artigo 37 da Constituição Federal de 1988

7 <https://www.effecti.com.br/compliance-e-licitacoes-parte-2/>

### **3 I INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, INICIATIVA DO ROBÔ ALICE E FUNCIONALIDADES**

O conceito de Inteligência Artificial surgiu durante os anos 40 e o seu estudo e evolução se prolonga até os dias de hoje. Esse conceito nada mais é do que sistemas computacionais (*software*) e máquinas (*hardware*) aliadas às pessoas, procedimentos, dados e conhecimentos específicos que demonstram comportamentos inteligentes.<sup>8</sup>

Essa ferramenta tem como objetivo tornar as máquinas mais inteligentes e úteis, não sendo criada para substituir os humanos, mas para se tornar uma grande aliada para tomadas de decisões ou para realizarem apontamentos mais embasados.

Em outras palavras, a Inteligência Artificial, mais especificamente a “computação cognitiva”, é uma plataforma cuja capacidade de raciocínio e entendimento se assemelha ao intelecto humano, mas que são utilizadas em bases bastante estritas de ética e controle.<sup>9</sup>

Uma plataforma de computação cognitiva tem a capacidade de aprender em larga escala, pois absorve informações e dados de diferentes fontes.

Observou-se a preocupação da administração pública em blindar cada vez mais a segurança nos processos licitatórios, devida à importância para que todo certame seja executado com a maior transparência e com a mínima margem de erro.

Nesse passo, com a tecnologia cada vez mais presente no mundo globalizado e próxima as nossas mãos, que se pensou em desenvolver uma ferramenta para auxiliar o trabalho manual dos auditores, uma vez que a demanda só aumentava diariamente.

Sendo assim, a ferramenta ALICE nasceu da necessidade de uma atuação preventiva e mais rápida frente a gama de licitações publicadas e realizadas diariamente. Ocorre que, para que essa atuação preventiva fosse realizada pelas Unidades de Auditoria, processos internos na CGU tiveram de ser remodelados.

O ALICE, acrônimo de Analisador de Licitações, Contratos e Editais, foi desenvolvida pela CGU – Controladoria Geral da União em 2014 e entrou em produção em 2015, com o objetivo de identificar automaticamente indícios de irregularidades nas licitações, através de trilhas de auditoria pré-definidas, tão logo ocorressem as publicações dos editais no portal Comprasnet (portal de compras do Governo Federal).

Naquela época já se percebera o aumento frequente da quantidade de editais publicados diariamente, sem que houvesse previsão de incremento da capacidade operacional da CGU. Desse modo havia a necessidade de criação de um mecanismo abrangente e automatizado para auxiliar as equipes de auditoria na seleção de objetos passíveis de verificação.

O código-fonte da ferramenta foi compartilhado com o TCU – Tribunal de Contas da União, em 2016. A corte de contas fez modificações no código fonte, alinhando com projetos internos e refinou algumas das trilhas da auditoria. Tais aperfeiçoamentos foram

---

8 [http://www.abenge.org.br/cobenge/arquivos/15/artigos/09\\_158.pdf](http://www.abenge.org.br/cobenge/arquivos/15/artigos/09_158.pdf)

9 [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html)

compartilhados com a CGU em 2018. Desde então ambos os órgãos vêm trabalhando para a evolução da ferramenta em suas unidades e compartilham entre si as evoluções implementadas.

Com o suporte dessa tecnologia, as áreas de *Compliance* ou Controles Internos, podem acessar e revisar um volume exponencial de documentos com precisão e velocidade. Nesse sentido é o que expressa João Rocha, líder de segurança da IBM Brasil, dono da plataforma de computação cognitiva Watson, vejamos:

Essa tecnologia ajuda o profissional a encontrar padrões que, em meio a tanto volume, poderiam não ser observados minuciosamente. A plataforma pode ‘ler’ dados estruturados e não estruturados, o que inclui imagens e vídeos inclusive.<sup>10</sup>

A ferramenta ALICE foi desenvolvida inicialmente em quatro módulos:<sup>11</sup>

- Scraper: módulo que efetua o download automático dos editais e obtém as informações das licitações publicadas no portal Comprasnet;
- Analytics: módulo que executa a análise textual dos editais com base nas trilhas pré-definidas para identificação de indícios de irregularidades;
- Web: módulo responsável por apresentar graficamente as licitações analisadas. Esse módulo apresenta painéis gerenciais permitindo detectar localidades e órgãos com maior risco de irregularidades. Atualmente (maio/2020), o módulo web encontra-se inativo e está sendo reestruturado;
- Alerts: módulo que envia e-mail diário aos responsáveis contendo informações sobre as licitações de seus interesses e os indícios de irregularidades encontrados nessas licitações. Esse módulo atualmente se conecta com o sistema e-aud de auditorias da CGU.

Foi a partir do final de 2018 e início de 2019 que a CGU começou a implementar e testar internamente um método para atuação preventiva. Mais recentemente, em março de 2020, a equipe que atua no desenvolvimento da ferramenta na CGU conseguiu finalizar os procedimentos para integrar os alertas da ferramenta ALICE ao novo sistema de auditoria, o e-aud. Agora os alertas geram uma tarefa no e-aud para as unidades de auditoria, o que permitirá assim uma governança maior das ações e resultados gerados com o uso da ferramenta.

Elá é capaz de fornecer uma série de benefícios para a atuação do controle interno, além de colaborar para o aumento da produtividade dos servidores e a existência de um processo padronizado e contínuo de análise de editais, bem como da possibilidade de controle preventivo das licitações, reduzindo a propagação de erros e permitindo a recomendação de mudanças estruturantes.

Esses dados coletados não são definidos ainda como irregulares, mas sim

10 <https://lec.com.br/blog/revista-lec-inteligencia-artificial-a-servico-do-compliance/>

11 <https://sei.cgu.gov.br> – código verificador 1487586 e código CRC 20CEC486. 18/05/2020

considerados indícios que apontam para os auditores olharem o edital de maneira mais detalhada. Fazendo isso, o ALICE já ajudou auditores a frear contratações públicas irregulares pelo país, é o que afirma o titular em 2017 da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU, Marcelo Rodrigo Braz:

O maior ganho que a gente tem é que os órgãos retiram, anulam ou cancelam os editais e fazem outro da forma correta.

Os alertas enviados pela ferramenta ALICE são utilizados como:<sup>12</sup>

- a) Informações diárias de licitações. Além das informações sobre as licitações de cada unidade que opera no Comprasnet, a ferramenta ALICE se utiliza de algoritmos de aprendizagem de máquina para classificar os editais de acordo com temas específicos, tais como tecnologia da informação e aquisições de medicamento, por exemplo. Essa funcionalidade permite a implementação de trilhas mais específicas.
- b) Insumos para uma atuação preventiva. Com o envio diário das licitações publicadas e em conjunto com uma análise textual automatizada, a ferramenta fornece elementos para subsidiar atuações preventivas a serem realizadas pelas equipes de auditoria, antes da realização do certame licitatório, servindo como importante instrumento de prevenção à corrupção.
- c) Elementos para a seleção e priorização. A base de alertas e a massa de editais é importante fonte de informação sobre itens que estão sendo licitados e servem para subsidiar aplicações de aprendizado de máquina e de identificação de riscos, bem como investigações e auditorias realizadas posteriormente.

Vale insistir que a análise automatizada da ferramenta ocorre logo quando o edital e seus anexos são publicados no sistema Comprasnet. Isto é, antes da data do certame, para permitir uma atuação preventiva dos órgãos de controle.

Diariamente cerca de 250 editais são publicados no site de compras do Governo Federal - Comprasnet ([www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br)). Ter conhecimento dessa gama de publicações de forma tempestiva é tarefa humanamente impossível.

Esse tipo de trabalho poderia ser feito por humanos, mas seria muito custoso porque são, em média, 200 editais por dia", diz Wesley Vaz Silva, diretor da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU.<sup>13</sup>

A partir dessa impossibilidade que o ALICE foi implementada para auxiliar o auditor na busca, categorização e análise automatizada de artefatos textuais (não estruturado), tais como editais, termos de referência e demais artefatos publicados no Comprasnet.

Essa ferramenta acessa diariamente o site do Comprasnet, efetua download dos editais e anexos, faz uma classificação, triagem separando e classificando por temas e realiza análise textual com base em trilhas de auditoria predefinidas, construídas a partir do conhecimento do auditor adquirido em trabalhos anteriores.

12 <https://sei.cgu.gov.br> – código verificador 1487586 e código CRC 20CEC486. 18/05/2020

13 <https://ibpcursos.com.br/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes/>

Após a análise, a ferramenta encaminha e-mails com alertas às Unidades de Auditoria cadastradas, contendo as licitações do dia, sobre determinadas Unidades ou temas, e os resultados das análises. Atualmente, além dos e-mails, a ferramenta se comunica com o sistema de auditoria da CGU (e-aud) e gera automaticamente tarefas com os alertas para análise dos auditores.

O ALICE faz uso de algoritmos implementados na linguagem Python 3.6 e bibliotecas de aprendizado de máquina, e se comunica com o sistema e-aud da CGU por meio de API (Application Programming Interface).

Após todo exposto sobre a protagonista que passou a auxiliar os auditores, nos questionamos quem é o responsável por alimentar todo sistema da ALICE, por armazenar dados e manter o sigilo que a situação exige.

### **3.2 Responsável pela Alimentação dos dados no Robô Alice**

A ferramenta ALICE é implementada e mantida por servidores públicos da CGU, lotados na Secretaria Federal de Controle Interno, mais especificamente na Coordenação-Geral de Auditoria de Tecnologia da Informação e por servidores lotados na Diretoria de Tecnologia da Informação e na Diretoria de Informações Estratégicas. Ao todo cerca de oito servidores efetivos dedicam parte do seu tempo na implementação de trilhas de auditoria e algoritmos para aperfeiçoar e manter a ferramenta.

Todas as pessoas que trabalham na ferramenta ALICE são servidores públicos efetivos, os quais devem manter sigilo da atividade nos termos do parágrafo 3º, do art. 26 da Lei 10.180/2001, como segue:

*§ 3º O servidor deverá guardar sigilo sobre dados e informações pertinentes aos assuntos a que tiver acesso em decorrência do exercício de suas funções, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à autoridade competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

Chamamos atenção que a análise automatizada da ferramenta ALICE não é aplicada a todo o processo de contratação, mas apenas aos artefatos publicados no Comprasnet tais como editais, termos de referências e atas de realização de certames.

No início do capítulo citamos que todo esse processo automatizado exige total transparência e com a mínima margem de erro, e aqui explicamos o porquê:

Por se tratar de uma ferramenta automatizada, tanto no processo de acesso aos editais, como classificação e análise, são passíveis de erros e falsos positivos. Entretanto, ainda não se desenvolveu aplicações para quantificar a margem de erro dos algoritmos. E para mitigar esses erros sempre é necessário contar com o fator humano, no caso os auditores, para verificar os alertas encaminhados. Por isso os alertas gerados pela ferramenta ALICE não podem ser tratados de imediato como problemas, sem a análise acurada de um auditor.

E é nesse momento que o *Compliance* mais uma vez atua, fazendo valer a ética, integridade e moral, onde os auditores são os responsáveis pela minuciosa análise final.

Por óbvio, o *Compliance* é atuante no início de toda tecnologia do ALICE, uma vez que a alimentação, manutenção e desenvolvimento evolutivo da ferramenta são realizados por seres humanos, os quais como já mencionados seguem normativas de sigilo e confiabilidade.

No momento, o ALICE é somente para órgãos de controle. O TCU tem disponibilizado um serviço do ALICE deles para os Tribunais de Contas. Lembrando que o robô foi criado pela CGU e disponibilizado para o TCU.

*“Ainda não será disponibilizado para Secretarias, Autarquias, Estatais, mas a CGU está em tratativas para compor um módulo no Comprasnet para análise automática lá dentro. Os alertas hoje são disponibilizados para auditorias internas desses órgãos, não para os gestores”*, como nos esclarece André Luiz Monteiro da Rocha, Coordenador Geral de Auditoria de Tecnologia da informação, da CGU.

## 4 | CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que, a política de *Compliance* é um fator essencial para evitar a corrupção na Administração Pública, com o condão de fortalecer a transparência da administração, e ao mesmo tempo transferir integridade ao sistema, a qual só será efetiva se houver um comprometimento de todos que a integram.

Tendo em vista a grande massa de processos licitatórios publicados diariamente, para que o *Compliance* seja ainda mais efetivo nesse sentido, a Inteligência Artificial deve ser a ele atrelada, uma vez que a precisão da ferramenta e otimização de tempo e resultados contribuem ainda mais para a prevenção de irregularidades, assim como vem sendo feito com o trabalho desempenhado pelo robô ALICE.

Com isso, observamos que, se faz necessário sempre fomentar ações que contemplem a integridade, ética e bons costumes, atos esses que deveriam ser incorporados na vida de cada um. E quando falamos da Administração Pública, esse fomento deve ser muito mais amplo, pois se lida com a coletividade, sendo os Administradores responsáveis por decisões que afetarão milhões de pessoas, e como toda ação que foge da conformidade, o ônus tem um preço bem alto, o qual pode ser evitado, com a aplicação conjunta dos métodos explicitados nesse artigo.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É na hora da licitação que os maiores riscos de fraudes e desvios se materializam. Compras desnecessárias, favorecimentos, fraudes, falta de zelo, desvio de finalidade, licitação imotivada, sobrepreço, superestimativa, superfaturamento. É na hora da licitação que erros grosseiros e fraudes podem custar caro.

Observa-se que toda a problemática de um processo licitatório, como os citados acima se firmam cada vez mais nos radares da Administração Pública, especificamente da Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União e Tribunais de Contas Estaduais. Esses, por sua vez, trabalham no combate de qualquer ação que desabone o certame, como também a idoneidade dos servidores responsáveis.

A média de 200/250 editais publicados por dia no site de compras do Governo Federal - Comprasnet ([www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br)) passou a preocupar auditores em relação a tempestividade dessas análises, fazendo nascer então, o Sistema de Análise de Licitações e Editais, batizado como robô Alice.

Por óbvio que como toda máquina, o Alice é mantido e alimentado pelo fator humano, o qual nos questionamos sempre por serem os responsáveis por fraudes e atos de corrupção. Pois bem, aí que o *Compliance* passa a atuar, juntamente com o parágrafo 3º, do art. 26 da Lei 10.180/2001, na idoneidade, na ética, na responsabilidade e integridades de cada envolvido em toda análise do certame.

Fato é que Estados Brasileiros apresentaram projetos de lei para que houvesse a exigência da implementação do referido programa *Compliance* nas instituições que se relacionam com o poder público. Como exemplo, o Distrito Federal, por meio da Lei Distrital 6.112/2018, o Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual 7.753/2017, o estado de Mato grosso, por meio da Lei Estadual 10.744/2018, Rio Grande do Sul, com a Lei Estadual 15.228/2018, bem como Amazonas, com a Lei 4.730/2018.

Ganhando forças com a aplicação da Lei Anticorrupção, Lei Federal nº 12.846/2013, e seu Decreto Regulamentador nº 8.420/2015.

Este artigo explicou que existe uma sequência até que a informação chegue aos auditores. Vale lembrar: *Scraper*, que realiza o download automático dos editais, o *Analytics*, responsável pela execução da análise textual, o *Web* que faz a apresentação gráfica e o *Alerts*, que envia e-mails aos auditores.

Mas como atuar frente aos alertas (alerts)?

Simples, basta somar os auditores capacitados, a tecnologia da ferramenta ALICE e o Método de Auditoria preventiva, esta última se faz a partir dos alertas, tendo as respostas rápidas, apoiando a gestão, apresentando os riscos e os possíveis impactos.

“*Essa Auditoria Preventiva com base na ferramenta ALICE, é o controle antecipado ao gestor de possíveis problemas futuros*”, como explanou André Luiz Monteiro da Rocha, Coordenador Geral de Auditoria de Tecnologia da informação, da CGU, em sua apresentação no Fórum “O Controle no Combate à Corrupção” que aconteceu em dezembro de 2019, em Brasília.

No Fórum, foi apresentado um resultado de R\$ 4,1 bilhões, analisados em Auditorias Preventivas no período de dezembro/2018 à novembro/2019, referente a pregões revogados, pregões suspensos, editais ajustados, ou sem constatação e em análise.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/43580/11/Apresentacao\\_Alice\\_Forum\\_Combate\\_a\\_Corrupcao\\_V2\\_2019.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/43580/11/Apresentacao_Alice_Forum_Combate_a_Corrupcao_V2_2019.pdf).

Atualmente, alguns Tribunais de Contas Estaduais já utilizam da tecnologia ALICE, temos como exemplo o TCE-GO e o TCE-SP, porém, outros Tribunais se beneficiam também da Inteligência Artificial nos processos licitatórios, como RJ (robô de monitoramento), PR (robô TCE), PA (robô Argus), AM (robô Jarvis), sempre visando a busca de irregularidades em licitações.

Se fossemos definir essa junção da Inteligência Artificial (IA) e o *Compliance*, seria com:

*A inovação não acontece apenas quando adotamos novas ferramentas, mas sim quando adotamos novos comportamentos.*" (André Luiz Monteiro da Rocha)

A Inteligência Artificial, como a solução sustentável e o *Compliance*, como a manutenção e garantia dessa sustentabilidade.

Inovação, derivada do tempo latino “*innovatio*”, e se refere a uma ideia, método ou objeto que é criado e que pouco se parece com padrões anteriores. É a exploração de novas ideias com sucesso e que podem muito bem ser úteis na Administração Pública. Mas esse, deixamos para um próximo artigo.

## REFERÊNCIAS

1. GIOVANINI, Wagner. *Compliance – A excelência na Prática*. 1ª edição. Sem editora, São paulo, 2014
2. PIRONTI, Rodrigo. PACHECO, Francine Silva. *Compliance e Gestão de Riscos nas Empresas estatais*. 3ª edição. Ed. Forum, 2019.
3. PIRONTI, Rodrigo. ZILIOOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas – Exigências e Critérios Normativos*. Ed. Forum, 2019.
4. REIS, Luciano Elias. *Licitações e Contratos: Cases e orientações objetivas*. 1ª edição. Ed. Negócios Públicos, 2017.
5. Revista Consultor Jurídico, 27 de setembro de 2018 – Com Rodrigo Pironti.
6. Guia de Implementação de Programas de Integridade em Empresas Estatais – Orientações para Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais (CGU – Dezembro de 2015).
7. Site: Transparéncia Internacional Brasil.
8. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 31000/2018. Gestão de Riscos – Princípios e Diretrizes*. Rio de Janeiro: NBR, 2018.
9. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 19.600: Sistemas de gestão e compliance: Diretrizes*. Rio de Janeiro: NBR, 2014.

pdf

10. Effecti Experience 2019 (Setembro - 2019).
11. Diário Oficial da União. Portaria nº 57, de 11 de julho de 2019. Artigo 1º.
12. Veja.abril.com.br – Brasil é o líder mundial em lavagem de dinheiro – Por Lucas Cunha .
13. Acórdão TCU 1845/19.
14. Lei 10.180/2001 - Art. 26, parágrafo 3º.
15. Solicitação formal a CGU (Controladoria Geral da União): <https://sei.cgu.gov.br> – código verificador 1487586 e código CRC 20CEC486. 18/05/2020.
16. REVISTA LEC - Inteligência Artificial a Serviço do Compliance – 28 de novembro de 2017.
17. Fórum “O Controle no Combate à Corrupção” 3 a 5 de dezembro de 2019. Brasília.

# CAPÍTULO 9

## O VALOR PROBANTE DOS DEPOIMENTOS DE POLICIAIS ANTE PRINCÍPIOS E TENDÊNCIAS DO PROCESSO PENAL

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 07/04/2021

**Roberta de Lima e Silva**

Mestranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e em Raciocínio Probatório pela Universitat de Girona (UdG).  
São Paulo – SP  
<http://lattes.cnpq.br/6935852760094787>

**RESUMO:** O depoimento de agentes policiais em juízo é frequentemente considerado como prova e, mesmo na ausência de outros elementos de convicção, representa fundamento para a condenação do réu. O artigo 155 do Código de Processo Penal, porém, somente admite condenações com base em prova produzida em juízo, chamando de elementos de informação aqueles dados obtidos na fase de investigação. Desta maneira, a aceitação de depoimentos de policiais, prestados judicialmente, mas sem apoio em qualquer outra prova produzida em juízo, significando simples reprodução daqueles elementos informativos, descumpre essa determinação legal e representa ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, além de significar descompasso com o modelo acusatório, adotado pelo processo penal brasileiro.

**PALAVRAS - CHAVE:** depoimentos de policiais, Processo Penal, suficiência probatória.

THE PROBANT VALUE OF THE TESTIMONIES OF POLICE OFFICERS IN FRONT OF THE PRINCIPLES AND TRENDS OF THE CRIMINAL PROCESS

**ABSTRACT:** The testimony of police officers in court is often considered to be evidence and, even in the absence of other elements of conviction, it represents a basis for the defendant's conviction. Article 155 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, however, only admits convictions based on evidence produced in court, calling information obtained in the investigation phase elements of information. In this way, the acceptance of police depositions, provided in court, but without support in any other evidence produced, meaning simple reproduction of those informational elements, fails to comply with this legal determination and represents an offense to the principles of broad defense, adversarial and due process law, in addition to being out of step with the accusatory model adopted by the Brazilian criminal process.

**KEYWORDS:** police depositions, criminal proceedings, evidential sufficiency.

### 11 INTRODUÇÃO

O trabalho procura investigar o problema da validade, como prova para a condenação criminal, de elementos trazidos a juízo por agentes do Estado que, nessa qualidade, tenham atuado na colheita de informações durante a fase pré-processual.

Como é sabido, é frequente o comparecimento de policiais à instrução judicial,

arrolados como testemunhas da acusação, e o resultado disso costuma ser o relato das diligências realizadas no inquérito, que deram sustentação à propositura da ação penal. Também, com frequência, o teor dos depoimentos dessas testemunhas é utilizado pelo juízo como prova da configuração do crime e da determinação de sua autoria, levando à condenação do réu.

Em vista dessa prática, é comum que, em razões de apelação, o condenado insurge-se contra tal modalidade de prova, o que leva a instância superior do Judiciário a tomar posição sobre o tema. Atualmente, é majoritário o entendimento de que se trata, sim, de elementos válidos como prova para condenação, havendo, contudo, alguns julgamentos no sentido inverso. Chama à atenção que a postura jurisprudencial de aceitação dessa “prova” recorrentemente utilize o argumento de que “policiais não estão impedidos de depor”; convém ainda atentar para o fato de que a postura de recusa desses depoimentos como “prova” fique centrada na suposição de que, por terem participado das providências investigatórias, essas testemunhas não possuem total isenção.

Parece haver algo mais a considerar além desses fundamentos; o primeiro, a repetir o que é óbvio, o segundo, assentado numa simples presunção, objetivamente indemonstrável. A questão, na verdade, tangencia alguns princípios processuais e pelo modelo do processo penal adotado pela nossa ordem jurídica, encontra o ponto de convergência desses referenciais no dispositivo inscrito no artigo 155 do Código de Processo Penal, proibindo a utilização exclusiva de informações do inquérito como prova para uma condenação.

Assim, o que parece relevante verificar é em que medida a valoração dos depoimentos de policiais em juízo sofre injunções da principiologia jurídico-processual, do modelo processual e da proibição – agora normativamente expressa – de condenar com base apenas nos elementos do inquérito, com a finalidade de determinar-se se é lícito ao juízo classificá-los como prova e com base nela, proferir decisão condenatória.

## 2 | OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL EM QUESTÃO

A atividade humana move-se organizada por uma rede de injunções que transitam do mais amplo para o mais específico. O código de condutas que o direito pretende impor, ou reforçar, não foge a essa lógica. Assim é que, numa sequência de valores, princípios e normas, a atuação dos agentes de uma dada situação com efeitos jurídicos é direcionada primeiro pela avaliação que o sujeito faz da situação, que o leva a optar por uma ação determinada, depois pelas linhas gerais que lhe definem o rumo segundo o qual conduzirá seu comportamento e, finalmente, pelas regras específicas do seu procedimento naquele caso. Os princípios representam, nessa ordem de idéias, as linhas gerais que traçam a direção da conduta, o que significa a exclusão de outras atividades situadas em direções opostas.

O processo criminal é um conjunto de atos direcionados a determinadas finalidades,

conforme explica Aury Lopes Jr.:

"Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena." (Crítica, 2007, p. 371)

Então o processo, como acervo de condutas destinadas a um fim, contém ações balizadas e limitadas por princípios específicos que estruturam os alicerces básicos da atividade processual. Um deles é o da ampla defesa, previsto constitucionalmente (art. 5º, LV) e mencionado por diversas normas infraconstitucionais. Significa que ao acusado deve estar assegurado, nos limites da licitude, do exercício de todos os meios de defesa possíveis. Consequências desse princípio são, por exemplo, que a todo réu o juiz nomeará advogado, caso um não tenha sido constituído, que toda espécie de prova é admitida, até mesmo, em determinados casos, aquela obtida por meios ilícitos e, ainda, que é dever do juiz, se disso houver indícios, buscar elementos capazes de inocentar o acusado, numa conduta investigativa que não lhe cabe quando se tratar de produzir prova em favor da acusação. Sobre a possibilidade de atuação do juiz na busca de prova defensiva, mas não acusatória, veja-se anotação de Gentil:

"[...] a discussão sobre o limite dos eventuais poderes instrutórios do juiz tem se avolumado, havendo já quem sustente que, em razão do perfil acusatório do nosso processo penal, que os artigos 209, *caput*, e § 1º, 234 e 242, do CPP, não foram recepcionados pela Constituição. Subscrevendo esses limites da atuação judicial na busca da prova acusatória, mas não de defesa, está a opinião abalizada de Geraldo Prado." (2008, p. 150)

Outro princípio processual penal é o do contraditório, ao qual também refere-se o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Trata-se, na verdade, de corolário do princípio da ampla defesa, na medida em que significa a garantia do exercício concreto da defesa, feita por profissional capacitado, a quem deve ser dado conhecimento e possibilidade de manifestação relativamente a todos os elementos vindos aos autos, assegurado o direito de falar sempre depois do órgão da acusação, de contradizer e, se possível, produzir prova em sentido contrário. Como lembrado por Luís G. Grandinetti C. de Carvalho, reportando-se a J. C. Mendes de Almeida e a Carnelutti, o princípio do contraditório envolve: "*a faculdade de alegar, a faculdade de demonstrar e o direito de ser cientificado dos atos processuais.*" (Processo Penal, 2006, p. 142).

Existe, igualmente relacionado ao tema do trabalho, o princípio do devido processo legal, também previsto na Constituição (art. 5º, LIV), a significar que não é possível condenação válida sem que tenha havido processo – e processo para o qual foram estritamente observados os procedimentos previstos em lei para aquele caso. Em suma, que não há julgamento sem processo e que não há processo válido sem obediência aos ritos previstos nas normas vigentes.

Ainda, é válido ressaltar, o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente contido em nossa ordem constitucional, em seu artigo 1º, inciso III. O referido princípio, consiste em uma das bases fundamentais do Estado Democrático de Direito, apresentando-se como elemento que deve nortear tanto a aplicação, quanto a interpretação das normas jurídicas. Assim, qualquer violação que implique uma relativização ou supressão da dignidade da pessoa humana, como no caso de uma condenação fundamentada de forma aquém dos requisitos legais, consequentemente ocasionando a privação de liberdade do indivíduo, acarretaria em nítida violação, não só do princípio em tela, mas de toda estruturação de um ordenamento pautado nos ditames democráticos.

De fato, a primeira leitura do enunciado normativo supramencionado, pode acarretar a falsa impressão de que o princípio da dignidade da pessoa humana é desprovido de qualquer eficácia prática em matéria processual, servindo apenas de argumento àqueles que pensam, equivocadamente, que se cuida de regra programática e que esta não possui eficácia, conforme pensava-se em tempos remotos. Contudo, sua relevância para o Direito Processual é de imprescindível, pois este está intimamente relacionado ao sistema acusatório - que será pormenorizado adiante – e com a concepção do processo como relação jurídica, possibilitando que esteja assegurado, constitucionalmente, perpassando o princípio da dignidade da pessoa humana, um Direito Penal que confira ao acusado o direito de ser julgado de forma legal e justa, assim como um direito a provar, contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla. Com isso, resta claro que a dignidade da pessoa humana, o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal caminham como instrumentos de efetivação do que restou consagrado na Constituição Federal de 1988, isto é, as bases de um Estado democrático e não inquisitorial.

### **3 I SISTEMA PENAL INQUISITIVO E SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO**

O processo representa a concretização do direito de ação, que existe porque, para assegurar um direito material violado ou ameaçado, é necessário ir a juízo e pedir ao Estado-juíz que faça aplicar a lei ao caso real. Assim, se a todo direito (material) corresponde uma ação que o assegura, a toda ação corresponde um processo, que é a rede de atividades e relações que viabiliza o exercício da ação. Em sede criminal, o processo contém a lide penal, resultado do exercício da ação penal por parte do ofendido e/ou do titular do direito de punir, sendo este último o próprio Estado.

Para exercer o direito de ação, em matéria penal, conhecem-se, nos Estados de extato ocidental, modelos de processos, caracterizados por elementos fundamentais que os identificam e distinguem. É possível aqui citarem-se dois desses modelos: o inquisitivo e o acusatório.

O primeiro é aquele em que o Estado que julga – e possivelmente condena e executa a pena – é o mesmo agente que colhe ou produz a prova justificadora dessa condenação.

Com a tripartição dos poderes do Estado, em Executivo, Legislativo e Judiciário, segundo a conhecida fórmula de Montesquieu - bem-sucedida em dar legitimidade ao modelo burguês de direito, assentado na suposta neutralidade da lei e do juízo -, a função de julgar passa a um dos poderes do Estado, o Judiciário. Então, no tipo inquisitivo de processo, é o mesmo Estado-juiz quem busca a prova para condenar e, afinal, condena. Num processo com tal feição, dá-se que o mesmo poder estatal é produtor de prova, ao colher elementos de convencimento, e fonte de prova, já que é a pessoa do juiz, ou de seus prepostos, que convencem o mesmo juiz, a partir de seus relatos. Reúnem-se, no modelo processual inquisitivo, numa mesma esfera de poder o começo e o fim do processo, a medida em que, tanto a investigação - que dá início à persecução do eventual criminoso - quanto o julgamento do investigado, são funções do mesmo agente. É a modalidade de processo que, por exemplo, praticou-se, durante séculos, nos juízos do Santo Ofício, em que se buscava a apuração dos chamados delitos contra a fé. Como afirma Vicente Greco Filho, “é fácil verificar como o sistema inquisitivo não convém à distribuição da justiça, em virtude do comprometimento do magistrado com a acusação que ele mesmo formulou.” (Manual, 1999, p. 72)

O outro modelo é o do processo acusatório. Fruto do aperfeiçoamento das práticas processuais e, indiretamente, da consolidação da já falada tripartição de poderes do Estado, ele se assenta no pressuposto de que a desejável imparcialidade de quem julga não é compatível com o empenho que deve ter aquele que procura os elementos tendentes a comprovar o crime e sua autoria. Seu principal efeito prático e direto é que o Estado-acusador não pode ser o mesmo Estado-juiz, daí resultando que há um órgão estatal específico incumbido da acusação, diferente do poder que julga. É importante lembrar que o Ministério Público surge, primeiramente, na figura de procurador do rei, papel do qual vai aos poucos desvinculando-se, até ganhar a independência que hoje o caracteriza. Faz-se pertinente, ainda, recordar que, até pouco tempo, essa instituição situava-se, organicamente, dentro do Poder Executivo, estando, no Brasil, as nomeações, promoções e pagamentos de vencimentos de seus membros vinculados às Secretárias de Justiça dos Estados, no caso dos órgãos ministeriais estatais.

Portanto, é o Ministério Público quem produz prova em juízo, podendo ainda requisitar diligências da polícia na fase do inquérito, e até depois dele, quando pertinentes à elucidação do crime. Esses elementos, colhidos ou produzidos pelo agente acusador, serão levados ao Estado-juiz, o qual é isento, porque não envolvido com a colheita de provas, apreciá-las-á, desinteressadamente, e decidirá a lide. Ressalte-se que o Ministério Público é produtor, mas nunca fonte de prova, apresentando-se impossível a figura do promotor que oferece denúncia e, logo mais, vai depor em audiência para confirmar o conteúdo da acusação nela contida.

## 4 I DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

A título metodológico e elucidativo, cumpre o alongamento no tema das provas e, necessariamente, do processo de instrução probatória.

A instrução probatória no processo penal compõe-se por todos os meios ou recursos pelos quais pode-se levar ao conhecimento do Estado-juiz fatos relevantes na construção da tipificação de um delito ou sua desconstituição. O objetivo fulcral dos elementos probatórios é, em tese, a construção dos fatos em torno da verdade real. Assim, no nosso ordenamento jurídico, são apenas concebidas e conhecidas de juridicidade as chamadas “provas lícitas”. Nesse contexto e universo, todo aquele fato juridicamente relevante obtido pelo crivo do contraditório, quer seja através do depoimento testemunhal ou depoimento pessoal do acusado, documentos, fotografias, filmagens, conteúdo de correios eletrônicos, relatórios, laudos técnicos ou de apreensões ou registros, pode e deve ser utilizado como meio de convencimento.

Portanto, de plano ficam excluídos todos os elementos probatórios obtidos de forma ilícita, entendendo-se como franca violação do direito, ou atentatórios à moral, dignidade ou liberdade da pessoa humana.

Para melhor definição e avaliação das chamadas “provas lícitas”, é pertinente a análise do conteúdo disposto no artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo o qual ilícitas seriam aquelas obtidas em expressa ilegalidade ou mediante violação às normas constitucionais. Ainda sobre o tema, cabe lembrar que a prova obtida inescrupulosamente em relação à norma processual, não deve ser considerada como ilícita, mas na verdade como passível de nulidade.

Importantíssima questão desdobra-se no âmbito da instrução penal que é, justamente, a necessidade intrínseca da obtenção da prova por meios lícitos, pois, do contrário, estaríamos colocando em segundo plano, ou até mesmo judicializando a violação de princípios basilares como o da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da legalidade, entre outros.

No contexto e âmbito do processo penal não basta, portanto, que se tenha alcançado o conhecimento de fato ou circunstância por meio de depoimento, documento, ou conclusão de laudo técnico; é absolutamente imprescindível que o princípio da legalidade e da ampla defesa sejam preservados e absolutamente observados, sob pena de sua invalidação e impossibilidade de formar qualquer base de convicção.

Também é importante destacar-se a importância da chamada “prova emprestada”, que é aquela obtida e realizada em outro processo, e que por analogia ou contingência com o objeto da instrução processual penal pode ser utilizada pelo Juiz. Porém, é também absolutamente necessária que sua eficácia seja avaliada, notadamente no âmbito da legalidade, pois se havida em violação ao contraditório ou ao princípio da ampla defesa, mesmo que importada de outro processo, não terá qualquer aplicabilidade.

Como já lembrado, a prova no âmbito do processo penal tem como finalidade o convencimento ou formação de convicção do julgador acerca de um fato litigioso. Assim sendo, o processo penal é o meio pelo qual será alcançada a “verdade processual”, resultante da ação sistemática das partes integrantes da lide instalada, valendo lembrar que o fato juridicamente relevante é todo aquele que pode ser provado, sendo ou não correspondência da realidade.

Obviamente que estamos reportando-nos aos fatos cujos conteúdos não sejam notórios, e que dependem de comprovação ou até mesmo demonstração, já que os fatos de conhecimento público ou notórios, já são livremente utilizados pelo magistrado.

Com isso, ainda, em relação ao objeto da prova, este diz respeito aos fatos intrínsecos às partes e pelos quais elas pretendem realizar a defesa de seus direitos no âmbito do trâmite processual.

Tendo em vista que a prova é direcionada à convicção do Estado-juiz, deve ser lícita e compatível com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, bem como ter como finalidade a busca da verdade processual e o respeito aos princípios, tanto constitucionais quanto processuais envolvidos e outrora mencionados.

É válido, também, destacar que essa questão afeta ao ônus da prova. Na instrução processual, a parte, na consecução e busca da tutela jurisdicional, tem o ônus probante, que é misto de oportunidade e possibilidade, ou seja, a parte não está obrigada a realizar esta ou aquela modalidade probatória, porém se não a fizer sucumirá na realização ou construção da “verdade processual” e verá seu direito ou pretensão de direito, esvair-se.

Decorrente daí, portanto, a importância e relevância da instrução probante, ou colheita da prova sob critérios legais, oportunos e imparciais.

Tais questões e noções acerca da instrução probatória, possuem especial relevância na esfera penal, pois o processo propriamente dito tem como predecessor a fase inquisitorial ou investigativa. Nessa fase preliminar, muito embora há quem sustente estar ausente o princípio do contraditório, a mesma poderá existir sem que estejam presentes os princípios da legalidade e da ampla defesa.

Na fase inquisitorial, ocorre a colheita dos chamados elementos investigativos. Este momento pré-processual é a base de formação de uma possível ação penal e é justamente nesta fase que a colheita dos referidos elementos deve ser mais criteriosa e objetiva possível, inclusive para possibilitar maior critério ao membro do *parquet* no momento de oferecimento ou não de denúncia criminal, ponto finalístico do procedimento de inquérito policial.

Como fase precedente do processo, os elementos serão reavaliados pelo crivo do contraditório, visto que até mesmo conclusões técnicas de laudos e perícias não se mostram absolutos e pode até, muitas vezes, serem desprezados ou refeitos, comprovando-se a importância e relevância que nosso sistema jurisdicional penal revela ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Portanto, seja a prova testemunhal, pericial, testemunhal, obtida por meio eletrônico, emprestada, havida na fase investigativa ou inquisitorial, gravada de sigilo ou não, sua valia e eficácia estarão absolutamente vinculadas à sua licitude e legalidade, assim como à sua valoração, tendo em mente o momento e as circunstâncias nas quais restaram produzidas.

## 5 I OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DAS PROVAS

Acerca do sistema de valoração das provas, existem três teorias que merecem a devida elucidação: (a) teoria da íntima convicção, (b) teoria das provas legais e (c) teoria do livre convencimento.

A primeira, caracteriza-se pela permissão ao magistrado de decidir conforme sua absoluta convicção, sem qualquer exigência de promover a correspondente fundamentação para embasar suas razões de decidir. Já a segunda, consiste em um processo aritmético, pelo qual passou-se à atribuição de valores concretos a determinadas provas, minimizando a sentença a verdadeiro processo matemático que analisava os valores “pré-catalogados” das provas apresentadas. Assim, como cada prova detinha um valor específico, somavam-se as provas apresentadas pela defesa, bem como as apresentadas pela acusação, para chegar-se a um número vencedor, por uma das partes.

O último sistema, inquestionavelmente o mais adequado a um Estado Democrático de Direito, é marcado pela liberdade de solução da lide pelo julgador, porém com a devida exigência de uma fundamentação pertinente, demonstrando o caminho mental realizado em suas razões de decidir.

Sobre os sistemas apresentados, vale uma última explanação.

O sistema do íntimo convencimento, de certo, permitia o cometimento de arbítrios por parte do magistrado, uma vez que não havia a exigência do mesmo demonstrar o caminho mental empreendido, bem como os pontos motivadores de sua decisão, ante a valoração das provas apresentadas em juízo e o proferimento de sua decisão. Com isso, evolui-se ao sistema de provas legais, buscando, ao menos, atenuar tais vereditos baseados única e exclusivamente em elementos subjetivos e secretos do julgador.

Por seu turno, o sistema de provas legais, naturalmente, também restou abandonado, quando se deduziu pela impossibilidade de promover uma verdadeira catalogação de valores das provas, pois a valoração dos elementos probantes apresentados em juízo, deveria ser tarefa incumbida ao juiz, de forma a permitir a análise probatória a partir das conclusões emanadas das percepções humanas.

Com a passagem para o “livre convencimento”, superou-se a atribuição de valores em dados concretos para cada prova, para que as mesmas viessem a ser analisadas, novamente, pelo discernimento humano, mas com a devida necessidade de fundamentação.

Sobre o princípio da livre convicção, decorrente do sistema adotado, ensina Paulo Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

"Todas as provas são relativas: nenhuma delas terá *ex vi legis* o valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que outra. Além disso, se... é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar; através delas, a verdade material'. Trata-se, na verdade, de uma conjugação dos dois sistemas anteriores. Devolve-se ao juiz o livre arbítrio, a ampla liberdade para a apreciação de provas, valorando-as conforme sua consciência. Contudo, ele fica com o encargo de motivar sua decisão (...) sob pena de proferir decisão absolutamente nula." (Forense, 2009, pp. 311-312)

Nesse sentido, por fim, o Professor José Frederico Marques explica que "*se violada for alguma regra limitativa da pesquisa da verdade real, não pode o juiz formar a sua convicção com essa fonte de prova indevidamente colhida*" (1997, p. 276), tendo em vista que a prova está limitada pela restrição de sua produção com ofensa ao direito processual e ao direito material, delineado as barreiras presentes ao livre convencimento do julgador.

## 6 I A PROVA TESTEMUNHAL E O LIVRE CONVENCIMENTO, RACIONAL E LIMITADO DO JUIZ

Preliminarmente, é fato que todas as pessoas podem servir de testemunhas, sempre que tenham, direta ou indiretamente, conhecimento de fatos ou de circunstâncias que interessem à apuração do crime ou acerca da identidade do seu autor.

Nessa linha de raciocínio, lembramos que até mesmo as crianças e alguns incapazes podem e devem depor a respeito de fatos relacionados com a lide.

A exceção são as hipóteses de proibição de depor, reservadas, nos casos expressos em lei, a situações em que o dever de colaborar com a atividade judicial colide com normas ou princípios mais elevados e, por essa razão, cedem vez a estes. Os policiais, tenham ou não participado das diligências realizadas no interesse de determinado caso, podem prestar depoimento acerca disso, justamente porque não estão contemplados naquelas proibições legais, que representam a exceção, não a regra. Isso, por si só, não lhes assegura, entretanto, que a valoração de seus depoimentos não deva sofrer limitações.

Mas é possível aceitar um tipo de produção de prova e, ao mesmo tempo, fazê-la restrita, principalmente considerando que vige, em tema de provas, o princípio do livre convencimento do juiz, atingido após clara evolução histórica? Sim, é possível, e isso efetivamente acontece nos casos em que a lei, restringindo o poder do juiz de convencer-se livremente, limita a interpretação judicial do quanto foi apresentado ao intérprete – que é o juiz. O exemplo mais eloquente e atual é o decorrente do direito ao silêncio, deferido constitucionalmente ao acusado, e, desde a vigência da Lei n. 10.792/03, não podendo, se exercido, ser interpretado em desfavor do réu, por mais que o juiz, no seu íntimo, pense o contrário.

Em que consiste, então, de fato, o princípio do livre convencimento do juiz e por que ele não é inteiramente livre? Trata-se de princípio processual, referente às provas, que

surge, conforme anteriormente exposto, em oposição ao sistema das prova legais, isto é, aquele em que o valor de determinado elemento era pré-fixado legalmente. Nesse sistema, o julgador torna-se intérprete da norma, não da prova, já que esta adquire um grau tabelado pelo legislador, que, por exemplo, poderia estabelecer que um certo número de indícios valiam uma prova, que eram necessários dois testemunhos para provar determinado crime. Pode-se lembrar a Santa Inquisição, para a qual somente a confissão constituía prova de heresia atribuída ao acusado, daí serem admitidas todas as formas para obtê-la, inclusive a tortura.

Assim é que, em oposição a tal estatuto de provas, vem o do chamado livre convencimento, remetendo ao juiz a apreciação dos elementos de convicção, que, a partir daí se formaria, livre de determinações legais, na mente do julgador. Usa-se dizer, como razão de decidir, em sentenças que, por exemplo, admitem a confissão feita na polícia como elemento probante, que “a prova vale em virtude de seu poder de convencimento, não do lugar em que tenha sido produzida”.

Mesmo com a liberdade de valorar os elementos informativos postos diante de si, o juiz está vinculado, nesse sistema, ao limite imposto pela racionalidade, o que significa dever convencer-se de acordo com premissas objetivamente perceptíveis, excluídos fatores que, embora capazes de convencê-lo, não possuam sustentação científica. Surge até um limite à liberdade do julgador na interpretação da prova e este limite não é o único: outros há, decorrentes da própria lei, entre os quais o já mencionado direito do acusado de ficar silente e não ter esse fato valorado contra si, além, por exemplo: a proibição da prova da verdade do fato objeto da difamação, exceto se o ofendido for funcionário público e a ofensa diz respeito ao exercício das suas funções (art. 139, parágrafo único, do CP), a vedação à prova obtida ilicitamente (CF, art. 5º, LVI), a desconsideração de elementos juntados aos autos sem a devida antecedência e ciência da parte contrária, em processos submetidos ao plenário do júri.

Isso mostra que, mesmo em relação a elementos objetivos, é comum a existência de limites legais à valoração da prova pelo juiz. Quer dizer que, por motivos variados, muitas vezes o que se apresenta ao julgador como “prova” não deve ser considerado como tal, o que significa que, enfim, a formação do convencimento judicial é não só racional, como também limitada, disso não decorrendo razão alguma para sobressaltos.

Cumpre apontar, brevemente, o envolvimento do juiz em sede de fase pré processual. A fase de investigação, promovida pela Polícia Judiciária, tem natureza administrativa, sendo efetuada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Logo, trata-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado à formação do *opinio delicti* do órgão ministerial. Portanto, nas palavras de Eugênio Pacelli, “*o juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional,*

*quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.”* (Atlas, 2012, pp. 53-54).

## 7 | O ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.690/08

Com a chamada reforma do processo criminal, iniciada em 2008, a partir de um conjunto de leis que alteraram o Código de Processo Penal, o artigo 155 desse diploma ganhou nova redação, que, de um lado absorvendo o teor dos anteriores artigos 155 e 157, do mesmo diploma legal, e reafirmando o princípio de que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, como já dispunha a antiga redação do artigo 157, acrescentou-lhe texto proclamando que a prova a ser apreciada é aquela “produzida em contraditório judicial” e, mais ainda, que o juiz não pode “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”, com as naturais ressalvas feitas a provas cautelarmente obtidas, nisto incluídas, quer parecer, as ditas não repetíveis e antecipadas.

Dessa maneira, o novo artigo 155 consagra alguns postulados cuja relevância não pode passar despercebida: em primeiro lugar, reafirma o princípio do contraditório; além disso, determina que a prova a ser considerada é a que for produzida *em juízo*, decorrente da expressão “em contraditório judicial”; ademais e, em consequência disso, que só os elementos produzidos *perante o juiz* devem ser tidos por *prova*; ainda mais, que a decisão judicial não pode fundamentar-se exclusivamente nos dados colhidos durante a fase de inquérito, aqui identificado com o termo “investigação”; e, por último, que tais dados devem ser entendidos como “elementos informativos”, o que reforça que não são *prova*.

Esse dispositivo significa a extinção de velhas polêmicas relacionadas à valoração dos elementos de convicção vindos aos autos, muitas vezes admitidos para fundamentar condenações justamente com o já mencionado argumento de que “a prova vale mais pelo seu poder de convencimento”. Se os adeptos dessa tese podiam usá-la diante da ausência de norma legal que os impedissem, agora existe claríssimo texto de lei a impor limites à definição do que é prova e à interpretação dos elementos apresentados ao juiz. Significa dizer que, ainda que intimamente convencido de que existe outra possibilidade, se esse convencimento verte da interpretação de dados que, por vedação legal, não devem ser considerados prova, o julgador está impedido de proferir condenação devido a eles, estando obrigado a ignorá-los e afinal decidir como se nunca tivessem existido. De novo não há motivo para espanto, visto que, de longa data, a legislação penal e processual penal veda a aceitação de certos elementos como utilizáveis na formação da convicção judicial, limitando a liberdade de convencimento do juiz. E, como só o que for *prova* – e não apenas *elemento informativo* –, é capaz de autorizar uma condenação<sup>1</sup>, fica evidente que o artigo 155 do CPP proibiu, de uma vez por todas, decisão condenatória *sem base em prova*, que

<sup>1</sup> A propósito, tenha-se presente a lição de Espínola Filho, de que “a condenação do acusado será o resultado da apuração, no processo, de que ficou *provada* a existência da infração penal [...], para ela tendo [...] responsável [...], sem haver causas excludentes [...].” (1965, IV v., p. 132). Grifo nosso.

é aquilo que tenha sido produzido *em juízo*.

## 8 I DEPOIMENTOS DE POLICIAIS EM JUÍZO CONSTITUEM PROVA?

A resposta a esta pergunta requer, primeiramente, uma análise da natureza e do valor probante dos dados obtidos na fase de investigação. É que, muito embora o artigo 155 do CPP, como se viu, chame-os de elementos informativos, existe corrente de pensamento jurisprudencial que os utiliza com certa frequência, como fundamento de decisões condenatórias, ainda privilegiando o entendimento de que “a prova vale mais por seu poder de convencimento do que pelo lugar onde foi produzida”.

Mas trata-se de questão controversa, a respeito da qual também são vistos julgados que reconhecem nas informações indiciárias um papel específico, pré-processual e de elementos que não devem ser valorizados pelo julgador. Veja-se:

“Com efeito, elementos colhidos durante a fase policial, meramente investigatória, inquisitorial portanto, desenvolvida sem as garantias constitucionais do controle judicial, do contraditório e da ampla defesa, são absolutamente imprestáveis para a formação do convencimento jurisdicional.

No processo penal democrático, que deve desenvolver-se sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa, como lembra Aury Lopes Júnior, “os atos praticados na instrução preliminar esgotam sua eficácia probatória com a admissão da acusação, isto é, servem para justificar medidas cautelares e outras restrições adotadas no curso da fase pré-processual e para justificar o processo ou o não processo”, mas “**não podem ser valorados na sentença**”.<sup>2</sup>

Com efeito, substancialmente distintos dos atos de prova, os atos de investigação, praticados durante a fase inquisitorial, meramente investigativa (instrução preliminar), têm as seguintes características:

a) **não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;**

b) **estão a serviço da investigação preliminar**, isto é, da fase pré-processual e para o conhecimento de seus objetivos;

c) **servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;**

d) **não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação**, pois podem ser restringidas;

e) **servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;**

<sup>2</sup> JURIS, Lumen. Sistema de investigação preliminar no processo penal., 2006, p. 137.

f) não estão destinadas à sentença, mas a demonstrar a probabilidade *do fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou não-processo (arquivamento);

g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional"<sup>3</sup>.

Portanto, diante dessas características, é inadmissível que as atividades inquisitoriais realizadas sem função endoprocedimental, durante as investigações policiais, possam substituir a instrução processual para servir de fundamento ao convencimento do juiz.

Decididamente, "a única verdade admissível é a processual, produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contradição e defesa"<sup>4</sup>.

Aliás, as lições de Carnelutti demonstram que a validade das "provas" produzidas durante o inquérito policial devem limitar-se aos fins investigativos, podem servir para a formação da convicção do Ministério Público no momento da eleição da hipótese fundamentadora da acusação e até mesmo podem embasar o recebimento da acusação, **mas jamais poderão servir para a convicção do juiz no curso do processo penal**<sup>5</sup>.

E a Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos artigos 14.1 e 14.3, instrumentos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e incorporados ao sistema jurídico brasileiro com natureza constitucional, e com caráter vinculante no plano interno, também afastam a validade probatória dos atos praticados durante as investigações policiais, de forma inquisitoria, sem a observância plena dos princípios democráticos da publicidade, da oralidade, da imediação, do contraditório e da ampla defesa.

É por isso que "é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença"<sup>6</sup>.

Decididamente, como ensina Vargas Torres, "as diligências levadas a cabo na instrução preliminar (atos investigativos) não podem servir como fonte de convencimento do órgão jurisdicional no momento da sentença"<sup>7</sup>. (TJSP, 6ª Câmara, Rel. José Henrique Rodrigues Torres – Ap. n. 993.07.128144-1 – Com. de Itapetininga – v.u., j. 09/fev./2009).

---

3 LOPES Jr, Aury., op. cit., p. 138.

4 **Idem**, p. 138.

5 **Derecho procesal civil y penal**, p. 340.

6 \_\_\_\_\_. Op. cit., p. 139.

7 **Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal**, p. 116.

Dante de tais considerações, empregadas como razão de decidir, bem se vê que há, em oposição ao entendimento que despreza *o lugar* em que a “prova” foi produzida, um outro, que considera os elementos obtidos no *lugar policial*, ou seja, na delegacia ou, mais precisamente, na fase do inquérito, imprestáveis para auxiliar na formação do convencimento do juiz. Pode parecer tratar-se de posicionamento tão radical quanto o seu oposto, mas, deixando-se de lado essa discussão específica, vale observar que a lei processual em vigor, que sem dúvida limita o poder do juiz na valoração das provas, não chega a tanto. Como se viu, o que o artigo 155 do CPP impede é que as razões de decidir estejam fundadas *exclusivamente* nos elementos informativos obtidos na investigação, mas não que estes elementos não possam servir como “fonte de convencimento” do juiz. Verte de uma leitura atenta do citado artigo 155 que podem servir como fonte de convencimento, desde que não sejam *a única* fonte desse convencimento. Isso quer dizer, que podem ser considerados e utilizados como razão de condenar – embora não sejam prova no sentido legal do termo, de acordo com o artigo 155 do CPP – desde que em combinação com *prova* “produzida em contraditório judicial” que se harmonize com eles.

Então, se as *informações* produzidas em sede policial podem influir na convicção do julgador quando em combinação com a *prova* produzida em juízo, o que dizer dos depoimentos prestados judicialmente por agentes da investigação? Sobre eles há o mesmo volume de controvérsias jurisprudenciais. Veja-se um exemplo do entendimento que despreza tais depoimentos como prova, em contraposição ao argumento, sempre utilizável, de que “a prova vale mais por seu poder de convencimento”, ou ainda ao de que “policiais não estão impedidos de depor”:

As teorizações jurídicas processuais de âmbito criminal não podem levar a ignorar a realidade fática. O policial é o agente operacional da repressão, incorpora a própria repressão e não depõe com a imparcialidade das demais testemunhas, ainda que inconscientemente. Sua visão sobre os fatos, o seu entendimento sobre as circunstâncias que apurou, é do próprio sistema repressor, de que o garantismo constitucional do devido processo legal objetiva proteger. Não se trata de desprestígio do policial, porque na instrução criminal não se carece da prestação de suas contas como agente que o próprio Estado cooptou e treinou para o exercício da atividade repressora, mas sim prova, cujo enfoque, desnecessário seria dizer, é diverso daquela. Dar ao depoimento do policial valor probatório em sede de processo criminal é, na realidade subtrair do acusado qualquer possibilidade de defesa e elevar-se a repressão à condição de absoluta, estabelecendo-se verdadeiro Estado Policial, em contradição com o Estado de Direito, ainda que passe a persecução penal pelo Judiciário, que simplesmente coonestará a ação repressora. (TJSP - 7ª Câm. - Ap Crim. n. 826.669.3/6 – Com. de Ribeirão Preto - j. 24/4/2008 - v.u.)

E ainda:

As palavras dos policiais merecem credibilidade, mas não basta o título (exercício da função de policial). Há necessidade de que estas tenham apoio em evidências circunstanciais e testemunhais, sob pena de exaltar-se um registro indiciário como absoluto, infalível e inquestionável. (TJSP - 7<sup>a</sup> Câm. - Ap. Cr. n. 1.465.651/6 – Com. de Campinas – j. 19/5/2005 - v.u.)

Uma condenação criminal, com todos os seus gravames e consequências, só pode resultar de prova cabal e livre de dúvidas. [...] Por isso, consoante anotou o d. Procurador de Justiça oficiante, Dr. Plínio Antônio Britto Gentil, no judicioso parecer de fls. 140-143, que fica adotado como razão de decidir, [...]

"Não é que se entenda estejam tais testemunhas impedidas de depor ou que as provas obtidas por meio de seus depoimentos não sejam válidas. A inviabilidade está na exclusividade de seus relatos como elemento de prova para embasar uma condenação [...]".

(TJSP – 15<sup>a</sup> Câm. – Ap. Crim. n. 993.08.030764-4 – Com. de Sorocaba – Rel. Roberto Mortari – j. 09/dez./2008 – v.u.)

Vê-se que o fundamento das absolvições motivadas pelos argumentos utilizados por esses acórdãos ora é a suposta *parcialidade inconsciente* de quem atuou na investigação, ora a *exclusividade* de seus depoimentos como prova para condenar. E parece estar associada a este último fundamento a razão mais consistente para não se aceitarem tais depoimentos, mesmo prestados em juízo, como aptos a justificar uma condenação, quando ausentes outras provas também judicialmente obtidas.

Diversamente do que tem servido de argumento para a tese contrária a dos citados acórdãos, não se trata de considerar se policiais estão ou não estão impedidos de depor. Claro que não estão e isso é perfeitamente sabido. Podem e devem prestar depoimento toda vez que tenham conhecimento de fatos atinentes ao processo em questão. Mas estar autorizado a depor, como qualquer pessoa está, não resolve o problema. Também não se trata de afirmar que seus depoimentos, em princípio, merecem crédito. É claro que merecem crédito, de novo como o de qualquer outra pessoa. Nem mesmo é preciso cogitar de um impulso inconsciente que levaria os depoentes a serem parciais.

O que verdadeiramente importa observar é que a fonte dessa prova – a polícia – impede, isto sim, que tais depoimentos sejam, por si sós, sem mais nada, utilizados para formar a convicção do juízo em direção a uma decisão condenatória. E por quê? Porque à polícia que cabe, segundo atribuição constitucional de competência, a atividade de persecução penal na sua primeira fase, aquela em que se vai à busca dos elementos que, mais adiante, justificarão a instauração do processo criminal. Então, se temos

depoimentos de policiais como prova, o que temos não é propriamente prova judicial, mas uma referência àquela atividade cujo papel é legitimar o início da ação penal e nada mais. Por terem participado dela, os policiais estão forçosamente “amarrados” ao conhecimento que têm em razão desse fato. Seus depoimentos sempre serão, portanto, a reprodução dos atos praticados na atividade de persecução inicial, nunca prova judicial.

Esses depoimentos valem? Valem. Duvida-se, *a priori*, deles? Não. Os policiais estão autorizados a depor? Claro que sim. Mas nada disso muda esse quadro: ao prestarem depoimento, seja onde for, os funcionários que atuaram nas diligências da fase de inquérito simplesmente reportam-se a essas diligências, o que significa falar sobre algo que já cumpriu o seu papel de fundamentar a perspectiva de uma possível ação penal, e que sempre constituirá elemento de informação, nunca de prova.

Esse quadro deve ser visto especialmente à luz do que dispõe a nova redação do art. 155 do CPP, no sentido de ser inadmissível condenação unicamente apoiada em elementos do inquérito. Significa dizer: se a sentença condenatória reclama prova, por prova somente deve ser considerado aquilo produzido em juízo, pois, do contrário, seria possível condenar com base nos elementos do inquérito – e não é.

Seriam provas os depoimentos prestados em juízo por policiais relativamente ao que fizeram na colheita de elementos do inquérito? Não, porque o conteúdo desses depoimentos é o relato dos atos praticados na atividade específica. O seu conteúdo é o mesmo de um relatório de investigação ou de um depoimento colhido, por exemplo, num auto de prisão em flagrante. Mesmo que prestados em juízo, esse conteúdo não muda. Então seria uma burla à exigência do art. 155 do CPP aceitar tais depoimentos como prova, só porque se localizam, fisicamente, nos autos na fase judicial. Onde quer que estejam, eles sempre serão elementos do inquérito.

O depoimento do policial, ou de quem tenha trabalhado na colheita de informações na fase do inquérito, nunca será prova, no sentido exigível pelo art. 155 do CPP? Não, se for relacionado à atividade que executou, no âmbito do supostamente atinente à sua atribuição funcional. Será, ao contrário, prova, se referir-se a fatos situados fora dos limites de sua competência funcional e se o depoente não tiver participado da colheita de informações a respeito deles.

Isso quer dizer que é a origem dos depoimentos que impede que sejam aceitos por prova, a fonte de onde provêm. Essa fonte é uma instituição que tem a atribuição de, justamente, colher elementos para possibilitar o início do processo. Se isso é considerado prova, já não é necessário o processo: a sentença condenatória viria, sem maiores delongas, logo em seguida aos relatórios dos investigadores. Estaria, portanto, restaurado o modelo do processo inquisitivo, banido o processo acusatório. Neste último, apenas para lembrar, a acusação provém de um órgão, a decisão de outro, ao qual não cabe a produção de provas, mas apenas esperar que ela seja produzida por quem acusa e julgar diante do que à sua frente foi produzido. Parece ser nessa direção que tem caminhado o processo penal

no direito brasileiro, inclusive com fundamento na sua matriz constitucional. A propósito disso, é bom ter presente que a exigência da identidade física do juiz, agora exigida a partir da reforma processual de 2008, só faz reforçar a percepção de uma índole acusatória do processo penal e de que prova é tão somente aquilo que se produz diante da pessoa do juiz de uma possível futura condenação.

Consequentemente, se a prova tem que ser produzida diante do juiz da condenação – para que tal condenação seja válida -, aquilo que foi produzido na fase do inquérito não pode constituir prova, mesmo que em juízo apresentem-se, como testemunhas, os agentes da produção dessas informações e confirmem-nas, pois estarão, apenas e nada mais que isso, *reproduzindo*, como uma máquina fotocopiadora, *as informações* que já fazem parte dos autos, neles incluídas numa outra fase, e com uma finalidade específica que foi devidamente cumprida.

## **9 I REPRODUÇÃO DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS EM JUÍZO E SEU RECONHECIMENTO COMO PROVA: OFENSA A PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL**

No caso de aceitação como prova dos depoimentos de policiais que participaram da investigação, sem mais elementos produzidos em juízo no mesmo sentido, uma decisão condenatória significaria, por um lado, dar total credibilidade à palavra dos policiais, torná-la absoluta, inquestionável e suficiente para embasar qualquer condenação, e, por outro, retirar do acusado qualquer possibilidade de defesa. É como decidiu a sétima câmara do TJSP, num dos acórdãos acima, ao consignar que “dar ao depoimento do policial valor probatório em sede de processo criminal é, na realidade *subtrair do acusado qualquer possibilidade de defesa [...]*”<sup>8</sup>.

Mostra-se clara a ofensa ao princípio da ampla defesa, se houver mesmo a subtração da possibilidade de defender-se. E é o que parece acontecer, visto que nada poderá fazer o acusado diante de relatos a respeito de diligências e informações que já foram aceitas para justificar o oferecimento da denúncia ou da queixa. Essas diligências e informações já são um fato, valorado no seu devido tempo, e a sua simples reprodução em juízo em nada o modifica e nada lhe acrescenta. A aceitação como prova de narrativas descrevendo esse fato inviabiliza qualquer tentativa de contestá-las, uma vez que tais relatos servem apenas para dar roupagem de prova àquilo que a lei diz expressamente não o ser.

Por idêntico motivo será também violado o princípio do contraditório. Por mais que faça o defensor do réu, a missão de responder à acusação, aí representada pela reprodução de informações da fase investigativa, está previamente fadada ao insucesso, à medida em que o juízo, como método de trabalho, já valorou como prova os elementos que funcionaram para viabilizar a petição inicial do processo. Nesse caso, o direito de contradizer a imputação será apenas formalmente exercido, não podendo ter nenhum

---

<sup>8</sup> Grifos nossos.

efeito prático. Oportuna, a propósito dessas considerações, a opinião inquietante de Aury Lopes Jr., como se vê:

É importante destacar que atualmente o grande problema do processo penal está nos seus dois extremos: no inquérito policial e na execução da pena. Ambos administrativos e inquisitivos, deixando o sujeito passivo em completo abandono, sendo tratado como objeto e sem as mínimas garantias. (Crítica, 2007, p. 372)

A preocupação é, então, não deixar que a atividade administrativa do inquérito, que tem uma finalidade específica – a de justificar a propositura da ação penal – converta-se em ato próprio da fase judicial, apenas porque os agentes administrativos confirmaram, perante um juiz, a realidade daquela atividade já praticada. Conforme trecho do já mencionado acórdão da sétima Câmara do TJSP,

Dar ao depoimento do policial valor probatório em sede de processo criminal é [...] elevar-se a repressão à condição de absoluta, estabelecendo-se verdadeiro Estado Policial, em contradição com o Estado de Direito, ainda que passe a persecução penal pelo Judiciário, que simplesmente coonestará a ação repressora.

Na esteira desse pensamento, encontra-se agora evidenciada a violação ao princípio do devido processo legal, visto que uma decisão condenatória, em tal hipótese, equivaleria a condenar sem processo, uma vez que essa condenação estaria fundamentada somente com base nos elementos informativos da investigação, ou na sua reprodução, travestida de prova judicial. O Judiciário, nesse caso, apenas “coonestará a ação repressora”, o que, em outras palavras, significa dizer que ele estaria, nesse caso, atestando a falta de necessidade da sua própria atuação.

Por fim, visualiza-se ainda um descompasso com o sistema acusatório do processo penal, pois, embora o poder que julga não se confunda com o órgão que acusa, tomar como prova exclusivamente o relatório das providências realizadas na fase investigativa representa elevar os agentes do Estado à categoria de *fonte* de prova, ao invés de *produtor* de prova. Ora, se o Estado que pode condenar é também aquele que pode, com exclusividade, constituir-se na fonte da prova para tal condenação, por via transversa estar-se-á negando vigência aos postulados do modelo acusatório, adotado pelo sistema processual brasileiro. Guardadas as devidas proporções, seria como se admitir que o promotor que acusa pudesse também depor como testemunha de sua própria convicção e assim fornecer, com dispensa de qualquer outra, a prova autorizadora da condenação.

## 10 I CONCLUSÃO

Após a extensa fundamentação apresentada, em substancial conclusão, resta claro que toda condenação criminal tem de estar alicerçada em prova. Nesse sentido, prova é considerada como tal, quando consistente em elementos produzidos em contraditório

judicial, conforme exige o artigo 155, do Código de Processo Penal.

Tudo quanto resulta da atividade policial na investigação dos fatos e circunstâncias relacionados à infração penal configura elementos informativos e estes não podem, sem apoio em prova judicial, ensejar uma sentença penal condenatória.

Podem, por outro lado, somarem-se a elementos produzidos em juízo, para concorrer na formação da convicção judicial. Entretanto, o seu papel, na persecução penal, é o de viabilizar a propositura da ação, por parte de seu titular, o Ministério Público, ou, em certos casos, o ofendido.

Os depoimentos de agentes da polícia, que atuaram na investigação, mesmo se prestados em juízo, não podem ter natureza de prova, podendo, quando muito, reforçar uma prova já existente e obtida conforme o padrão fixado pelo citado artigo 155. Não é que se duvide da sinceridade das testemunhas policiais, nem que policiais estejam impedidos de depor. Nem tampouco que se imagine que eles depõem influenciados pelas diligências de que participaram antes. É que esses depoimentos, inevitavelmente, representarão uma reprodução, em sede judicial, de fatos que já cumpriram a sua finalidade com o oferecimento da denúncia ou da queixa. Eles já não podem ser valorados como prova, e sim como elementos informativos que são, pois são oferecidos ao juiz pelos próprios protagonistas da ação administrativa estatal de fornecer dados para o titular da ação penal. Não importa que sejam repetidos em juízo, porquanto o lugar, ou a fase procedural em que isso se dá, não retira a sua qualidade de dados informativos.

Sua aceitação, exclusivamente, como prova apta a condenar, violenta os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, do livre convencimento do juiz e, consequentemente, da dignidade da pessoa humana nos casos de condenações indevidas que levam o acusado ao sistema penitenciário, além de revelar um desajuste com o sistema acusatório que o processo penal brasileiro adota. Sua recusa, ao contrário, não representa ofensa ao livre convencimento do magistrado, vendo-se que há variadas hipóteses em que a própria lei estabelece parâmetros e limites para a formação de tal convencimento.

Sem dúvida, é desejável uma eficaz e rigorosa ação policial, um empenho na produção adequada dos elementos de informação, acerca da materialidade e autoria do fato supostamente criminoso, mas esse empenho não se concretiza na prestação de depoimentos em juízo, relatando as providências tomadas, no exercício da função policial. É necessária, isto sim, a adoção, pelos agentes envolvidos na apuração de crimes, de medidas acessórias, como o chamamento de testemunhas alheias aos quadros da polícia para acompanhar diligências, testemunhar apreensões e outras atividades, prática que se mostra viável, sobretudo em se tratando de local com razoável tráfego de pessoas, e de inestimável valor. De toda sorte, a eventual – e compreensível – dificuldade com que se deparam os agentes do Estado na obtenção de elementos de convicção judicial não pode jamais significar a aceitação como prova daquilo que não tenha esta natureza jurídica.

Ante todo o exposto, indubitavelmente há inúmeras dificuldades na concretização de princípios basilares, não somente no tocante ao ordenamento jurídico positivado, mas também na consolidação de estruturas firmes e concretas que promovam um real Estado Democrático de Direito. Essa busca constante pelo ideal principiológico e eficaz, perpassa a processualística penal, assim como a necessidade constante de sua democratização, não somente do próprio Direito Processual Penal em si, mas igualmente do Direito Penal. Com isso, cristaliza-se a ideia de que somente a adoção cada vez mais profunda e diária dos princípios elencados na Constituição e no próprio ordenamento jurídico-penal, meios garantidores de direitos fundamentais, é que pode levar-nos a uma saída satisfatória do quadro existente atualmente, apontado ao longo do presente trabalho.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal**. Curitiba: Juruá, 2006. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. NOTA TÉCNICA Nº 08/2015/CONAMP. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/images/notas-tecnicas/NT%2008%20-%20PEC%2089.pdf>>. Acessado em: 4 de ago. de 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. **Processo penal e Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1965.
- GENTIL, Plínio Antônio Britto. O tribunal do júri na reforma do processo penal. **Revista Jurídica**. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2008.
- GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO, Vicente Filho. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- LOPES JR., Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a valoração das Provas Penais**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997.

NOVAES, Felipe. ARTIGOS PROCESSO PENAL: Sistemas de Investigação Preliminar: A (Im) Possibilidade dos Juizados de Instrução. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>. Acessado em: 4 de ago. de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processos criminais.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

# CAPÍTULO 10

## SOLUÇÕES BASEADAS EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADAS AO DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 22/02/2021

**Ézio Oliveira Júnior**

Universidade do Sul de Santa Catarina -  
UNISUL

Tubarão – SC

<http://lattes.cnpq.br/4326552826889350>

**Vilson Leonel**

Universidade do Sul de Santa Catarina -  
UNISUL

Tubarão – SC

<http://lattes.cnpq.br/3311363211665081>

sistemas, requerendo algum esforço para serem superados. Tem-se, então, estabelecido, no meio jurídico, um ambiente em alta frequência de movimentação, fruto do que traz a transformação digital, em termos de possibilidade de se proporcionar melhores condições de acesso à justiça, através de uma prestação jurisdicional mais assertiva, rápida e barata. A superação dos limites deve ser apenas uma questão de tempo, uma vez que as condições para tal parecem estar estabelecidas.

**PALAVRAS - CHAVE:** Inteligência Artificial (IA); Direito; Brasil.

### SOLUTIONS BASED ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLIED TO LAW: LIMITS AND POSSIBILITIES

**RESUMO:** O artigo objetiva analisar os limites e as possibilidades da aplicação de soluções baseadas em Inteligência Artificial ao direito. A metodologia utilizada, foi a pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa. Em relação à coleta de dados, este trabalho classifica-se como bibliográfico e documental, valendo-se de publicações em livros, leis, artigos científicos, teses, dissertações, matérias de jornal etc. A partir da análise dos dados foi identificada a existência de relevantes possibilidades nos setores público e privado, tais como a análise preditiva de decisões e a sugestão automática de minuta de sentenças, tudo no sentido de aumentar celeridade, a assertividade e a produtividade, na prestação jurisdicional. Mas são identificados também limites de caráter Ético-filosóficos, como o risco de viés do algoritmo, e outros de perfil técnico, como a dificuldade de auditoria dos

**ABSTRACT:** The article aims to analyze the limits and possibilities of applying solutions based on Artificial Intelligence to law. The methodology used was exploratory research, with a qualitative approach. In relation to data collection, this work is classified as bibliographic and documentary, making use of publications in books, laws, scientific articles, theses, dissertations, newspaper articles, etc. Based on the data analysis, the existence of relevant possibilities in the public and private sectors was identified, such as the predictive analysis of decisions and the automatic suggestion of draft sentences, all in the sense of increasing speed, assertiveness and productivity, in the provision jurisdictional. However, ethical and philosophical limits are also identified, such as the risk of bias in the algorithm, and others with a technical profile, such as the difficulty of auditing systems, requiring some

effort to be overcome. Therefore, in the legal environment, a high frequency of movement has been established, the result of what brings about the digital transformation, in terms of the possibility of providing better conditions of access to justice, through a more assertive judicial provision, fast and cheap. Overcoming the limits should only be a matter of time, since the conditions for that seem to be established

**KEYWORDS:** Artificial Intelligence (AI); Law; Brazil.

## 1 | INTRODUÇÃO

Na obra *Como os advogados salvaram o mundo*, Neves (2018) apresenta, a partir de uma perspectiva histórica, a relevância do papel dos advogados em fatos e momentos decisivos da evolução da sociedade, nos mais variados contextos sociais, econômicos e tecnológicos. No movimento iluminista e na revolução francesa, por exemplo, a participação de advogados foi decisiva. Evidencia-se a influência da atividade jurídica na construção e na organização da dinâmica social. Juntamente com a evolução da sociedade, está também a da tecnologia: ela veio do bloco monolítico em que se inscreveu o código de Hamurabi à tramitação eletrônica dos processos jurídicos.

Mais recentes, verificam-se importantes avanços, no meio jurídico, ao adotar a tecnologia da informação incluindo também o uso de aplicações baseadas em inteligência artificial. Via de regra, o interesse e a justificativa para essas iniciativas estão na necessidade de aumentar a celeridade e o grau de assertividade, nos processos, diante de uma demanda e complexidade judiciais que só crescem.

Apesar das conquistas e legitimidade, pelo menos aparente, dos interesses e justificativas que amparam a adoção das tecnologias digitais, no âmbito jurídico, o avanço parece não ocorrer na mesma velocidade que os entusiastas demonstram desejar. Um breve olhar sobre a literatura mais recente disponível revela entraves de ordem ideológica, bem como outros de caráter técnico e até social.

Estudos recentes avaliam possibilidades e consequências do avanço tecnológico no campo do Direito. Todos, de um modo geral, avaliam contribuições que especialmente, a inteligência artificial pode proporcionar, para melhorar o processo jurídico, em celeridade e capacidade de processamento de um universo de informações que só cresce. Mas há um assunto ainda bastante controverso nessa seara, que diz respeito à adoção de soluções baseadas em inteligência artificial, indo além das fronteiras da automatização de rotinas e chegando à possibilidade de adoção, para tomada de decisões, inclusive em sentenças.

Nesse sentido, torna-se relevante o que se propõe neste estudo, quanto à compreensão e ao entendimento de forma organizada e concatenada, relativamente ao que está posto e proposto, de modo a permitir e a facilitar os desenvolvimentos possíveis e necessários, uma vez que, historicamente, o avanço tecnológico mostra-se inexorável. Por conseguinte, no que se refere ao uso da Inteligência Artificial, no ambiente jurídico, há que se considerar todo esse conjunto de possibilidades, limitações e pesquisas. Há

defensores entusiasmados e detratores renitentes. Existem avanços relevantes e entraves desafiadores.

Este estudo, dessa forma, busca trazer uma compreensão do cenário presente, considerando seus limites e possibilidades, aqui entendidos como parâmetros definidores das possíveis fronteiras do automatizável, o que deverá ser relevante, para a adequada preparação e atuação dos operadores do Direito e que lhes permita continuarem a exercer papel decisivo, na evolução social, conforme já mencionado.

Nesse sentido, a contribuição aqui pretendida é identificar o que está estabelecido em termos da aplicação de inteligência artificial ao Direito, seus limites e suas possibilidades. Para tal objetivo, o tipo de pesquisa adotado foi a exploratória de abordagem qualitativa e com coleta de dados do tipo bibliográfica e documental, tendo sido utilizadas, inclusive, bases de dados, como o Portal Capes e V/Lex Brasil, necessárias e relevantes ao disponibilizar artigos, teses e dissertações que viabilizam a compreensão da realidade contemporânea.

Conteúdos doutrinários consolidados foram relevantes, para o suporte de aspectos fundantes da compreensão da dinâmica tecnológica que atualmente envolve o mundo jurídico. Neste sentido a partir desta introdução, este artigo primeiramente examina as motivações para aplicação das soluções baseadas em inteligência artificial ao direito e as possibilidades para tal que já se apresentam. A seguir examinam-se os entraves e as limitações existentes, para, ao final, já nas conclusões, cotejar limites e possibilidades e tecer considerações que se mostram relevantes para o tema.

## 2 I INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADO AO DIREITO - POSSIBILIDADES

Não há evidências de que o desenvolvimento das ferramentas e da tecnologia de inteligência artificial (IA) tenha ocorrido a partir de demandas geradas dentro do ambiente jurídico. Na verdade, a Teoria Tridimensional do Direito (REALE, 1994) demonstra um caráter de reatividade, na epistemologia jurídica: em uma redução bastante simplista pode-se entender que primeiro vem o fato que, interpretado em conformidade com os valores vigentes, faz com que se estabeleça o padrão normativo. Souza (2020, p. 3) é explícito ao tratar desse assunto:

Enquanto o mundo não para de acelerar, o Direito tenta acompanhar o ritmo social. A história nos mostra, aliás, que o tempo do Direito nunca acompanhou o tempo social, que está sempre em constante mutação. Ambos correm (e sempre correram) em velocidades diferentes. O Direito acaba sempre chegando atrasado. Mas, definitivamente, seus operadores não precisam seguir o mesmo ritmo.

Assim, a relação entre inteligência artificial (IA) e Direito se dá, muito mais por aplicação ou adoção de soluções desenvolvidas alhures. Logo, torna-se relevante examinar

brevemente a evolução de desenvolvimento e aplicações de IA, independentemente de sua correlação com o Direito.

Para Oliveira (2019, p. 18), “[...] o interesse em IA cresceu, como mostra um estudo de Hao, avaliando 16.625 artigos da seção ‘Artificial Intelligence’ da arXiv, [...]. Considerando os padrões a que se está habituado, em termos de desenvolvimento da ciência, houve uma explosão na produção científica volta a esta temática, especialmente nos últimos cinco anos, um comportamento exponencial. Na verdade, o padrão mudou. Nas palavras de Gabriel (2018, p. 129, grifo da autora).

Uma das primeiras pessoas a perceber que a velocidade de mudança no mundo estava acelerando foi o brilhante arquiteto visionário Buckminster Fuller nos anos 1980. Em seu livro “Caminho Crítico”, ele descreve a curva de crescimento do conhecimento da humanidade a partir do ano 1dC. Para o conhecimento dobrar pela primeira vez, foram necessários 1500 anos. A segunda vez que o conhecimento dobrou foi em 1750, levando, portanto, 250 anos para isso (seis vezes menos tempo do que na primeira vez). O ritmo foi acelerando de forma que em 1900, o conhecimento humano dobrava aproximadamente a cada 100 anos e no final da 2<sup>a</sup> Guerra Mundial passou a dobrar já a cada 25 anos. Hoje, estima-se que o conhecimento humano sobre a cada ano com previsões de **que até 2020, esse ritmo seja a cada 12 horas!**

Atualmente, as aplicações de IA estão presentes em uma grande variedade de produtos, serviços e processos, tais como: veículos autônomos (como *drones* e carros autônomos), diagnóstico médico, prova de teoremas matemáticos, jogos (como xadrez ou Go), mecanismos de pesquisa (como Google), assistentes virtuais (como Siri e Alexia), reconhecimento de imagem em fotografias, filtragem de *spam*, previsão de decisões judiciais e anúncios *online* direcionados. (GABRIEL, 2018).

No campo do Direito, Brandão (2019, p. 3) informa que, ainda na primeira metade do século XX, já havia a preocupação quanto à necessidade de tratamento estruturado de dados, no meio jurídico, de modo a facilitar a prestação jurisdicional. Afirma, ainda, esse autor que foi já a partir dos estudos de Lee Loewinger (1963, *apud* BRANDÃO, 2019, pg. 03) que se desenvolveram os primeiros estudos na área de informática jurídica.

As pesquisas avançam, Oliveira (2019, p. 18) assevera que, atualmente,

[...] assuntos entre Direito e IA têm se tornado populares na comunidade jurídica e até para o grande público: fala-se sobre *legaltechs* e como estão mudando o mercado jurídico; dilemas éticos envolvendo carros autônomos; redes sociais que implementam algoritmos que capturam dados pessoais; questões jurídicas sobre a propriedade, privacidade e segurança de dados digitais; *fake news* promovidas por *bots* em mídias sociais; jurimetria para analisar e prever o comportamento de juízes; discriminação algorítmica em linhas de crédito e em seleções de emprego, acentuando a desigualdade social; automação de documentos, inclusive de petições; análise automatizada de contratos; ameaça de substituição de advogados e juízes; e outros temas em alta.

Nos anos mais recentes, verificam-se importantes avanços, em adoção no meio jurídico, de soluções fundadas em tecnologia da informação, as quais se referem predominantemente à automatização e digitalização de processos e que incluem o uso de ferramentas de inteligência artificial.

De fato, é possível compreender que o Direito é mesmo, ao menos potencialmente, uma das áreas do conhecimento e da atividade humana com maior suscetibilidade a impactos causados pelas possibilidades que as tecnologias atuais oferecem. Silveira (2019, p. 1), esclarece o porquê:

Primeiro, porque está baseado em informações. Contratos e processos carregam em si um gigantesco conjunto de dados, portanto, há matéria-prima. E segundo, porque os benefícios dessa tecnologia, como aumento de produtividade, economia e predição, atingem todos os agentes do segmento, com ênfase para os tribunais e os advogados.

Se existe a possibilidade, há de haver também motivação. Por que motivos a aplicação de IA ao Direito seria bem-vinda? Que fundamentos são utilizados pelos defensores (alguns, pode-se dizer, entusiastas) do tema? As respostas são apresentadas e contemplam todo o contínuo da atividade de prestação jurisdicional, desde o acesso até a decisão, passando pelo processo. Para todas essas etapas, estão identificadas oportunidades, apresentadas como melhorias em assertividade e produtividade.

Os avanços já alcançados parecem confirmar e comprovar essa possibilidade, inclusive indo além da digitalização e automatização das rotinas analógicas e propondo a adoção de processos automáticos de decisão através da aplicação de soluções de IA. (BRANDÃO, 2019; ANDRADE *et al.*, 2020).

No que se refere ao acesso, uma das questões trazidas diz respeito ao uso excessivo, no meio jurídico, de jargões e termos técnicos (juridiquês) que acabam dificultando, quando não impedindo, que a parte interessada possa lidar com a compreensão de questões jurídicas sem a intervenção de um advogado ou outro operador do Direito. Oliveira (2019, p. 13) ajuda a esclarecer:

Embora o Direito moderno e o próprio fenômeno da codificação das leis tenham como ideais a publicidade e a transparência do direito, para que os cidadãos possam conhecer, respeitar e discutir as leis, o juridiquês acaba criando um fosso entre o leigo e o conhecimento do direito, reservado a uma comunidade restrita (os juristas).

Nesse segmento, a contribuição da tecnologia baseada em IA, vem a partir de soluções que dispensam conhecimento técnico específico, para acesso aos serviços da justiça, em razão de que os atos, as ações e as provocações iniciais que interrompem a inércia judicial apresentam alto grau de padronização. Mundo afora, essas soluções e recursos para superação da dificuldade já estão presentes:

Nos Estados Unidos e na Europa, especialmente no Reino Unido, já estão disseminados aplicativos e softwares de redação de peças processuais. Esses mecanismos funcionam como um formulário padrão para cada tipo de causa em que o usuário apenas insere nos campos os dados do pedido e, ao final, o próprio aplicativo gera a petição a partir das informações recebidas e protocola no sistema judicial online. As interfaces dos softwares tendem a ser amigáveis e prescindem da linguagem técnica para o usuário. (FEFERBAUN; SILVA, 2019, p. 37).

Outra faceta relacionada ao acesso à justiça, agora sob a perspectiva da efetiva prestação jurisdicional, diz respeito ao tempo de tramitação dos processos, considerado excessivo. Informações do Conselho Nacional de Justiça, revelam que, em 2018, o tempo médio de tramitação de um processo, na esfera estadual, até a decisão final, na execução, foi de mais de oito anos. (OLIVEIRA, 2019, p. 14).

A literatura não revela situação diferente, em nível internacional. Sem entrar no mérito dessa questão em si, as promessas das soluções tecnológicas vão no sentido de grande e efetivo ganho de celeridade processual, com encurtamento do prazo desde a petição inicial até a decisão final.

Chaves Jr. (2016, *apud* ROVER, 2018, p. 6) resume bem a situação do ponto de vista conceitual:

Agora, a conexão digital mais do que acelerar, aproxima tudo em tempo real, simultânea e instantaneamente. Troca-se a compartmentalização dos atos pela instantaneidade. A mediação de pessoas é reduzida, a parte procede à juntada das peças e provas diretamente nos autos. Não há pedido de vista, não há necessariamente conclusão para o juiz, pois processo, juiz e partes se conectam de forma imediata e em tempo real 24 horas por dia. Se antes o contraditório e os prazos eram usados para procrastinação processual, uma desculpa para esconder a verdade, agora os eventos processuais passam a ter uma perspectiva mais dinâmica, verossímil e autêntica dentro dos fluxos de conexões entre juiz e partes.

Do ponto de vista prático, há já inúmeros exemplos de aplicações baseadas em IA, utilizadas para ganho de celeridade processual, revelando cumprimento de promessa dos entusiastas da aplicação de IA ao Direito.

A ferramenta *Intelligent Trial* 1.0 ajuda juízes a filtrar materiais e informações dos processos, acessando de forma mais rápida aquilo que é de real interesse no momento; o COMPAS, uma ferramenta baseada em algoritmo de avaliação de risco ajuda juízes americanos a decidirem pela prisão ou não de condenados; o robô XIAOFA, instalado em tribunais na China, responde a questionamentos do público em geral, transpondo as dificuldades do juridiquês e liberando tempo para os funcionários do judiciário dedicarem-se a outras tarefas (GUEDES, 2019). No Brasil encontramos o Processo Judicial Eletrônico (PJe), um sistema eletrônico de tramitação de processos judiciais e o portal e-SAJ, uma solução de troca de informações que agiliza o trâmite processual por meio de diversos

serviços na internet<sup>1</sup>.

Também é indicativo das possibilidades de obtenção de celeridade, a crescente aplicação de soluções baseadas em IA, nos escritórios particulares. Marques (2020, p. 8) aponta que, já em 2016, 48% dos escritórios de advocacia do Reino Unido utilizavam aplicações de IA, em suas rotinas e outros 42% planejavam a adoção para os meses seguintes. Conforme exemplo trazido por Sperandio. (2018, p. 64):

Um exemplo de companhia que foca nesse nicho de mercado é a Netlex<sup>187</sup>. De acordo com seu site, a empresa possui sistemas voltados para corporações e escritórios de advocacia, para “criar e gerir contratos, peças processuais, propostas procurações e atos societários”. Com o auxílio de questionários dinâmicos que são integrados ao banco de dados da empresa, o software cria e organiza documentos diminuindo a possibilidade de erros. Conta com clientes como Localiza, Mendes Junior, Confederação Brasileira de Vôlei, Eletropaulo e Tozzini Freire.

Um terceiro aspecto, que interfere no acesso à justiça, como atividade, e no acesso à prestação jurisdicional, como resultado, está relacionado ao custo da atividade jurídica. Essa circunstância verifica-se, já no início do processo, que normalmente dá-se mediante um advogado. Ele vai necessitar compreender a demanda trazida, para poder ofertar a melhor solução. Embora simples de descrever, essa etapa já envolve custos que podem ser expressivos, em consonância com a dimensão e a complexidade do problema que se materializam e se monetizam por meio de demandas de tempo de análise, de pesquisa e de estudo que podem representar até dias de trabalho. Esse tempo tem um custo. Logo, soluções voltadas à redução desse tempo, potencialmente reduzem o custo da atividade o que pode ser um facilitador do acesso.

Nesse diapasão, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, afirma que “[...] o robô Ross analisará passagens relevantes de casos ou leis para que os advogados não tenham que gastar mais tempo que o necessário encontrando a legislação aplicável e jurisprudência sobre o assunto”. (FUX, 2018, p. 3).

Os esforços para aplicação das soluções de IA, para otimização de custos, nessa chamada fase inicial de acesso à justiça, já congrega expressivo número de empresas, o que pode traduzir-se em igual número de oportunidades.

Em 2017, esse processo pode ser notado com a criação da Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (ab2l), uma entidade voltada ao diálogo interinstitucional entre startups do setor, escritórios de advocacia, departamentos jurídicos empresariais, órgãos governamentais e demais instituições relacionadas ao campo. O sucesso da entidade em obter a adesão de um número relativamente grande de empresas, de perfis diversos, em um curto período de tempo e também indicativo do atual estado de florescimento do setor (FEFERBAUM; SILVA, 2019, p. 33).

---

<sup>1</sup> Processo Judicial Eletrônico (PJe) e o portal e-SAJ serão tratados posteriormente.

Importante aqui um breve esclarecimento relativamente aos termos *lawtechs* e *Legaltechs*.

Usamos o termo lawtech para nomear startups que criam produtos e serviços de base tecnológica para melhorar o setor jurídico. No entanto, quando falamos em uma definição mais completa, lawtech ou legaltech **são empresas que desenvolvem soluções que facilitam a rotina dos advogados.** (QUAL É A..., 2019, grifo nosso)

Após os custos da etapa, no escritório de advocacia, o enfrentamento passa a ser em relação aos custos de ingresso e tramitação no sistema judiciário. Há aqui, também, em concordância com os argumentos que sustentam a aplicação de IA ao Direito, oportunidades que têm reflexos no custo da justiça, tanto sob uma ótica absoluta quanto sob uma perspectiva relativa.

Do ponto de vista relativo, os ganhos são aqueles relacionados à melhoria de produtividade, decorrente da maior celeridade. Já do ponto de vista absoluto, o impacto em custo dá-se porque, as automações, inclusive as baseadas em IA, permitem a redução de pessoal ao transferir atividades manuais, para sistemas computacionais. No judiciário brasileiro, por exemplo, “[...]. As despesas totais somaram mais de 90 bilhões de reais em 2017, sendo que 90,5% desse valor são endereçados para recursos humanos, incluindo previdência e pensões [...] equivalem a 1,4% do PIB do país”. (OLIVEIRA, 2019, p. 33).

O próprio CNJ estabelece que a implantação de um sistema judicial, baseado em IA, deve “[...] receber um caso concreto e, a partir do conhecimento do direito, proferir uma decisão judicial apropriadamente fundamentada. Deve ser acessível o bastante para permitir leigos e profissionais acionarem a Justiça através dele, a **baixo custo**”. (OLIVEIRA, 2019, p. 40, grifo nosso).

Em conformidade ainda com Oliveira (2019, p. 32), que conclui “[...] que esse alto custo não se restringe apenas ao Acesso à Justiça, mas também à manutenção do Sistema de Justiça pelos cofres públicos [...]” e que “[...] a automação de parte da atividade jurisdicional pode otimizar a relação custo-resultado no poder judiciário [...]. (OLIVEIRA, 2019, p. 34).

Mais transparência, melhor acesso, mais celeridade e menor custo compõem, então, o conjunto de motivações e benefícios que decorrem da aplicação de IA aos procedimentos de acesso e de desenvolvimento processual. Mas as possibilidades trazidas pelo desenvolvimento da Inteligência Artificial vão além: alcançam também a tomada de decisão, o julgamento.

A automatização de decisões judiciais com utilização de IA situa-se em um campo ainda mais amplo e intenso de debate por conta, especialmente, do fato de que uma máquina que contemple total e plenamente as habilidades apontadas, como sendo as que compõe a inteligência humana, ainda não foi desenvolvida.

As possibilidades, apresentadas de forma fundamentada na literatura pesquisada,

consideram a aplicação de IA, em julgamentos, especialmente em situações de demandas repetitivas. As justificativas baseiam-se em experiências já realizadas e no aspecto conceitual relacionado à circunstância de serem entendimentos consolidados.

[...] por exemplo, a ferramenta RADAR que julgou 280 processos em uma sessão da 8<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Conforme consta no sítio eletrônico da referida instituição, a aludida IA separa os recursos similares e elabora um padrão de voto que contemple decisões proferidas nas instâncias superiores ou soluções oriundas do Índice de Resolução de Demandas repetitivas. (ANDRADE *et al*, 2020 p. 319).

Para Valentini (2017, p. 78), “[...] o sistema especialista baseado em técnicas de IA pode vir a apresentar decisões mais justas do que as tomadas por magistrados e legisladores”. Ainda afirma que já está demonstrada a capacidade de que algoritmos, construídos em base de aprendizagem, são aptos a desempenhar tarefas que até então são realizadas por homens, tais como a seleção de normas e jurisprudência, para análise do caso concreto e a posterior formação de raciocínio jurídico, combinando os elementos fáticos com os normativos aplicáveis, para chegar às conclusões de procedência ou improcedência do pedido (VALENTINI, 2017). Para ele,

O atual estado da arte da evolução tecnológica já permite o desenvolvimento de um sistema computacional programado para elaborar, sem intervenção humana, uma minuta de sentença judicial válida e adequadamente fundamentada conforme os parâmetros estabelecidos no art. 489 do Código de Processo Civil Brasileiro a partir de um determinado caso concreto, não sendo necessário o desenvolvimento de uma Inteligência Artificial forte para a realização desta tarefa, bastando à utilização de técnicas informáticas e de gestão de conhecimento já existentes e acessíveis. (VALENTINI, 2017, p. 137).

Nos Estados Unidos da América, já são mais de 30 Estados, de um total de 50, que adotam soluções de IA, para elaboração de sentenças e fianças. (PEDRINA, 2019, p. 1594).

Entretanto, como ressalta Pereira (2012, p. 10), existem duas noções básicas a serem compreendidas, quando se debate a automatização aplicada ao Direito, aí incluída a implementação e uso de IA:

(i) a ideia de que há - e haverá sempre -, atos processuais não automatizáveis, conforme a previsão wieneriana<sup>2</sup>. Mas o comando de otimização para o processo eletrônico deve ser no sentido de se alcançar, um dia, as fronteiras do “não automatizável”, entregando às tecnologias digitais tudo aquilo que for passível de automação (automação máxima). Precisa-se desmontar os “espaços sagrados” e destravar a inventividade dos técnicos e (ii) a

2 “O pensamento de Wiener ressalta a compreensão de que nenhuma ciência pode pretender evoluir, defendendo a existência de princípios indiscutíveis, verdades absolutas e preceitos totalmente seguros. [...]A pretensão de Wiener não é a de atribuir ao direito às certezas encontradas nas ciências matemáticas e de transpor para o conhecimento jurídico uma exatidão, motivo pelo qual verifica esta impossibilidade e incompatibilidade com a evolução do conhecimento científico”. (FREITAS, 2011, p. 33-34).

implicação óbvia da revisão dos procedimentos pois, segundo uma velha verdade da análise de sistemas, toda automação dever vir acompanhada da correspondente subotimização. (PEREIRA, 2012, p. 10).

Vistas as possibilidades de aplicação de IA ao direito, muitas delas já convertidas em realidade prática e aproveitando a afirmação wieneriana contida na citação acima, passa-se a examinar os seus limites.

### 3 I RESTRIÇÕES ÀS APLICAÇÕES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AO DIREITO

Não se identificam questionamentos ou fremente oposição às iniciativas de automatização das rotinas de escritórios ou mesmo dos trâmites processuais, no âmbito do judiciário. Há sim, nesses casos, alguma preocupação relativamente à situação dos empregos e a adequação e formação de mão de obra capaz de atuar, de modo satisfatório, nesse ambiente digital. Arbix *et al.* apresentam a preocupação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que revela essa faceta do problema:

[...] a OCDE destaca o potencial dos processos de inovação para o crescimento sustentável e o bem-estar das sociedades. Mas deixa seu alerta para a instabilidade que pode ser gerada por esse movimento disruptivo, que atinge a estrutura “das organizações e dos mercados, que fazem aflorar questões importantes relacionadas ao emprego, qualificação, privacidade e segurança, ou seja, ao modo como essas mudanças tecnológicas podem beneficiar as sociedades como um todo” (ARBIX *et al.*, 2017, p. 11).

Feferbaum e Silva (2019, p. 37) trazem uma afirmação mais dura, ao avaliar a questão da automatização das rotinas jurídicas, quando mencionam que “[...] nesses casos, o advogado se torna redundante e não é necessário nem para a redação da peça e tampouco para explicar a linguagem ao cliente”.

Não obstante o tom principal do debate, nesse campo da discussão, que vai no sentido não de eliminar a necessidade de advogados ou de outros operadores do direito, e sim no de que as atividades por eles desempenhadas deixem de ser aquelas repetitivas e padronizadas, passando às atividades restritas apenas a seres humanos. Os mesmos autores entendem ainda que:

O limite dos benefícios e dos desafios relacionados especificamente a essa transformação são, contudo, incertos e devem mobilizar muitas reflexões. Para além de questões de eficiência e produtividade, é fundamental ponderar dimensões éticas, oportunidades de trabalho, perfil dos profissionais, o futuro das profissões jurídicas como um todo. (FEFERBAUN; SILVA, 2019, p. 37).

Se nos avanços relacionados à automatização de fluxos e de rotinas, há discussão e preocupação muito mais no sentido de uma melhor adaptação às novas circunstâncias que se impõem, o mesmo não ocorre, quando o debate avança sobre entregar à IA a tarefa de

tomar decisões e realizar julgamentos. Nesse campo, a resistência é grande e a oposição às possibilidades vistas na seção anterior é intensa.

Sob esse ponto de vista, França Júnior, Santos e Nascimento (2020, p. 217) apontam o entendimento ou a preocupação de que, mesmo sendo inevitáveis esses avanços tecnológicos, há que se ter o cuidado de “[...] reconhecer limites em suas utilizações, sobretudo quando estivermos diante de interferências junto à dignidade humana”.

Foram identificadas, dispersas pela base bibliográfica utilizada nesta pesquisa, questões de fundo: argumentos de viés ideológico; outros de natureza mais prática. Talvez pela atualidade do tema, eles se imbricam, nas diferentes abordagens dos diversos autores pesquisados, razão pela qual, faz-se a seguir uma tentativa de segmentar e agrupar essas diferentes argumentações, de modo a propiciar uma melhor visão da dimensão atual das posições que procuram estabelecer limites ao avanço da adoção de IA sobre a prática do Direito.

Essa não é uma classificação proposta na literatura, mas tão somente uma maneira de facilitar a compreensão através de um aparente possível agrupamento de ideias.

### **3.1 Limitações de ordem conceitual, ideológica e de enviesamento**

Uma das limitações trazida por inúmeros autores, refere-se ao entendimento de que a neutralidade do algoritmo de IA é um mito. Por mais que se tente defender a imparcialidade de uma decisão ou sentença proferida por mecanismo baseado em IA, é impossível desconsiderar o fato de que o algoritmo foi desenvolvido por ser(es) humano(s) e, portanto, carregam o viés ideológico de seus desenvolvedores.

Rosa (2019, p. 9) pondera que “[...] longe de ser um instrumento neutro, o uso da inteligência artificial atende aos anseios teóricos e ideológicos de quem programa e estabelece seus limites responsivos”. Em Guimarães (2019, p. 1573) há uma ampliação dessa visão tratada em consonância com o viés da prática:

Se o entimema é formado uma premissa maior dada como certa, é preciso entender que esta, por sua vez, pode estar se originando de um preconceito, o qual pode ser até mesmo indemonstrável, quiçá originário do inconsciente, e pode estar presente, seja no perito por ocasião da orientação ao engenheiro que ensinará a máquina, seja no juiz cujas decisões anteriores serão analisadas pela inteligência artificial para elaborar a predição.

O ministro Luiz Fux (2018) adiciona ao debate preocupações relacionadas à responsabilidade civil, direitos autorais, direito à privacidade e questões relativas ao devido processo legal, ampliando os cuidados com os aspectos ideológicos que podem representar limites ao processo de adoção de IA pelo ecossistema jurídico, quando considera que são

[...] quatro áreas que têm levantado questionamentos de natureza ética-jurídica: (i) a responsabilidade civil por atos autônomos de máquinas; (ii) a proteção de Direitos Autorais e a produção de obras por máquinas; (iii) a noção de devido processo legal e de isonomia perante possíveis vieses

algorítmicos; (iv) o direito à privacidade e a utilização de dados pessoais por sistemas de Inteligência Artificial.

As preocupações com o enviesamento de algoritmos utilizados, para julgamentos, parecem ter algum fundamento, em virtude de experimentos já realizados. São exemplos dessa possibilidade o achado de pesquisadores que identificaram a prolação de sentenças mais duras, para pessoas com nomes associados à ascendência africana, quando comparadas com sentenças prolatadas pelo mesmo algoritmo, para pessoas com nome de origem europeia. (PEDRINA, 2019).

Situação semelhante é apontada como ocorrida com o COMPAS, de apoio aos juízes de Estados norte-americanos. Também, nesse caso, houve a suspeita de maior rigor em recomendações de sentença para pessoas com indicativo de afro descendência. (MARQUES; NUNES, 2019).

A possibilidade de enviesamento ideológico, contaminado por decisões afetadas por preconceitos, traz à tona desdobramentos políticos deletérios, conforme o que foi manifestado por Martinez e Scherch (2020), ao apontarem risco de Estado de Exceção. Talvez devido a esta visão, o parlamento francês aprovou em março de 2019, alteração no Código de Justiça Administrativa, proibindo e criminalizando “[...] a conduta de quem “divulga os dados de identidade dos magistrados e membros do registro” [...] com a finalidade ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever suas práticas profissionais reais ou alegadas”. (GUIMARÃES, 2019, p. 1577). A proibição está relacionada com análise preditiva da probabilidade da linha de decisão dos magistrados.

### **3.2 Limitação técnica**

Do ponto de vista técnico, principalmente dois aspectos são apontados como limitantes para a adoção de IA, na tarefa de realizar julgamentos. Ambos relacionados à qualidade da decisão, porém, a partir de diferentes perspectivas. Um deles, de caráter prático, está relacionado à obtenção de dados, em quantidade e qualidade suficientes, para alimentar os sistemas, de modo a gerar resultados assertivos. Sobre isso Valentini (2017, p. 114) faz um alerta a respeito da necessidade de ser feita a categorização dos fatos de forma correta:

[...] necessidade de categorizar corretamente os fatos relevantes do processo por meio do sistema de metadados<sup>3</sup> em todos os processos judiciais, de modo que o algoritmo, uma vez alimentado com os inputs corretos em relação à matéria de fato, poderá apresentar decisões incompletas ou parciais, por não conseguir ter acesso real a base de dados. (CARPINO, 2006, *apud* VALENTINI, 2017, p. 114/115).

---

3 [...]. No novo contexto, metadado refere-se a alguma estrutura descritiva da informação sobre outra informação ou conhecimento, auxiliando na identificação, descrição, localização e gerenciamento desse recurso, ou seja, é o dicionário dos dados, que descreve seu significado, sua gênese, e seu formato. O dicionário de dados deve conter as informações necessárias para que se saiba se um conjunto de dados é adequado para uma determinada aplicação” (CARPINO, 2006, *apud* VALENTINI, 2017, p. 114/115).

A disponibilidade e a qualidade dos dados têm direta relação com a qualidade dos resultados que o sistema de IA irá apresentar. O desafio ou a limitação está na existência das informações suficientes, em meio eletrônico e, ainda, no adequado tratamento dos dados e metadados. Isso se refere a questões relacionadas à padronização de marcações e categorização dos dados gerados, em diferentes origens, de modo a permitir a criação do próprio banco de dados, bem como para facilitar a pesquisa e aumentar a qualidade dos retornos. (VALENTINI, 2017).

O outro aspecto, relacionado à limitação técnica, é intrínseco à tecnologia e diz respeito àquela capacidade de IA efetivamente igualar-se à inteligência humana. O desenvolvimento de IA, ainda, não atingiu o estágio capaz de emprestar às máquinas, exatamente a mesma capacidade de inteligência humana. Há, conforme a literatura pesquisada, características presentes apenas nos seres humanos e que são indispensáveis, para um adequado processo de julgamento. Uma delas é a capacidade de compreensão e contextualização.

Em decorrência de estarem baseados tão somente em um repositório de dados relativos a fatos pretéritos, os sistemas de IA não alcançam o contexto e, portanto, não compreendem as circunstâncias sobre o caso concreto, em exame. Mozetic (2017, *apud* VALENTINI, 2017, p. 104, grifo nosso) ajuda a entender esta limitação:

[...] de acordo com a antiga tradição hermenêutica, a **compreensão** teve três momentos: *subtilitas intelligendi, explicandi e applicandi*. “Compreender é sempre interpretar”; a interpretação é a forma explícita de compreensão. Mas “compreender é sempre também aplicar”. Em suma, para o Direito, é um processo unitário entre a compreensão, interpretação e aplicação. Por essa razão, é oportuno salientar a afronta gadameriana frente aos desafios de uma mentalidade tecnológica relacionada ao Direito. Um sistema jurídico inteligente não pode integrar todos esses elementos, que são essenciais para se chegar a uma decisão. [...]. Por isso é que o resultado das decisões continua fortemente influenciado pelos valores, crenças e convicções.

Martinez e Sherch (2020, p. 8) também trazem o entendimento de que a compreensão, no formato necessário para o Direito ainda, é reserva humana. Para os autores, “[...] na prática, na história, o Direito é uma luta que enfrenta perguntas sem respostas prontas”. Esses são fatores ainda não contemplados pelos sistemas de automatização disponíveis.

Essa questão de contextualização e, portanto, de hermenêutica, fundamenta também o alerta, para esta limitação que fazem Marques e Nunes (2019, p. 49):

Ademais, não se pode, ao menos desde Gadamer, acreditar na intuição positivista (científica) de que a verdade somente pode ser descoberta (ou desvelada) a partir de uma perspectiva controlada por uma experiência científica garantida por um método que possa ser falseado, com a pretensão de se afirmar que a verdade seja uma construção universal (única e imutável) metodologicamente controlável. No campo do processo são incontáveis as hipóteses em que o procedimento judicial legitimou pelo método a barbárie, [...].

Da limitação para a compreensão decorre a limitação hermenêutica ou a limitação da capacidade de aplicação adequada da norma às especificidades e circunstâncias de cada caso concreto. Considera-se que “[...] cada conflito carrega consigo um drama em particular, um cenário cujas características são únicas e, portanto, irrepetíveis”. (FRANÇA JR; SANTOS; NASCIMENTO, 2020, p. 236).

Brandão (2019) defende que a superação dessa limitação se daria pelo desenvolvimento de uma ontologia jurídica apropriada, o que, nota-se,

[...] é uma tarefa distinta e mais complexa do que promover uma simples catalogação taxonômica de dados jurídicos, mas consiste em desenvolver um mecanismo apto a fornecer elementos para uma compreensão de ideias e teses que entram em conflito diuturnamente, seja por meio dos embates de ordem jurídica ou pela própria evolução dos fatos sociais. (BRANDÃO, 2019, p. 5).

Apesar disso, o autor reconhece que o sistema se prestaria apenas ao apoio à tomada de decisões, embora, atualizado em termos da jurisprudência.

### 3.3 Auditabilidade

Essa limitação é relativa à dificuldade ou impossibilidade de se auditar o processo de iteração que ocorre nos sistemas de Inteligência Artificial. É uma limitação intrínseca a esses sistemas. Não é possível saber com exatidão que caminhos o mecanismo utilizou para chegar à resposta que apresenta.

Se por um lado o desenvolvimento para aproximar IA da inteligência humana implica fazer com que ela possa ser cada vez mais profunda, por outro a [...] falta de transparéncia nos processos de decisão em redes neurais profundas ainda é um obstáculo significativo para a sua ampla adoção [...]. (ELIAS, 2017, p. 5). Isso está relacionado a essa impossibilidade de auditar o processo.

Para Barcarollo (2019, p. 261, grifo nosso), “[...] [os sistemas de IA] devem respeitar a dignidade humana, os direitos, liberdades e garantias individuais, sendo proibida a prática de qualquer conduta discriminatória. **Devem ser auditáveis** em todo o seu percurso. [...]”.

A questão da impossibilidade de auditoria como fator limitante, para a delegação do julgamento à Inteligência Artificial, é abordada também por Marques e Nunes, no artigo “Algoritmo: o risco da decisão das máquinas”:

[...] o deslocamento da função decisória para as máquinas é perigoso e dificilmente atenderá aos imperativos de *accountability*<sup>4</sup> típicos do devido processo e a necessidade de um controle comparticipativo da formação decisória, principalmente tendo em vista a falta de transparéncia dos algoritmos que norteiam a inteligência artificial. (MARQUES; NUNES, 2019, p. 48).

4 Accountability é um termo da língua inglesa que pode ser traduzido para o português como responsabilidade com ética e remete à obrigação, à transparéncia, de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>. Acesso em: 18 jun. 2020.

Os autores que defendem esta posição de auditabilidade fundamentam seu argumento em princípios do processo jurídico, relacionados à transparência, que é condição necessária para o devido processo legal. A questão colocada é que não é possível contradizer uma decisão da qual não se conhece as questões hermenêuticas que a determinaram. Esse é o ponto em que a limitação da auditabilidade se liga à limitação técnica, dado que a IA ainda não tem alcançado por completo os processos que caracterizam a inteligência humana.

### **3.4 Conhecimento de Direito e de Tecnologia da Informação**

O tópico desta seção, conhecimento de Direito e de TI, ao mesmo tempo, é apontado como fator limitante e, também, solução, para as limitações técnica e de auditabilidade, consoante limites apresentados acima. Está relacionado ao fato de que a construção de algoritmos de IA requer conhecimentos tanto de Direito como de Tecnologia da Informação. No Direito, nem sempre a decisão mais justa é a mais lógica ou correta, do ponto de vista matemático. O exame da jurisprudência revela a existência de casos análogos e com decisões opostas. O desafio (ou limitação) está, então, na capacidade de desenvolvimento de um algoritmo capaz de mimetizar o raciocínio jurídico. (VALENTINI, 2017, p. 83).

Isso requer domínio profundo em ambos os campos do conhecimento, pois, em relação à IA, são requeridos sistemas cada vez mais complexos, dado que complexos são os processos decisórios e, em relação ao Direito, são requeridos conhecimentos que vão além da jurisprudência e da norma positivada, alcançando técnicas de hermenêutica e ontologia.

Profissionais e equipes capacitadas, para superação dessa limitação, precisam ser formadas. Aqui reside a dificuldade. Rosa (2019, p. 10) traz luz à questão ao afirmar que:

A capacidade de diálogo entre os campos do Direito e da inteligência artificial pressupõe a existência de profissionais das duas áreas capazes de compreender-se minimamente e dialogar em face das especificidades, a saber, não se trata exclusivamente de lógica binária 0 e 1, nem de complexas formas de decisão judicial. Será necessário construir um estatuto compartilhado de aprendizagem recíproca capaz de ampliar a incidência colaborativa de ambos os saberes.

O viés desse fator limitante indica que os projetos de desenvolvimento de aplicações de IA ao Direito, especialmente no campo das decisões e julgamentos, devem considerar a necessidade de formação de corpo técnico capacitado.

### **3.5 Positivismo eletrônico x dinâmica jurídico-social**

As questões trazidas pelo antagonismo entre o positivismo eletrônico<sup>5</sup> e a dinâmica jurídico-social estão relacionadas àquela limitação técnica da IA, ao não contemplar as técnicas hermenêuticas e ontológicas, especialmente na construção dos processos de decisão e julgamento.

<sup>5</sup> Positivismo eletrônico é expressão utilizada por Valentini (2017), para designar a adoção do positivismo jurídico ou juspositivismo pelos algoritmos de IA.

Souza (2020, p. 3) aponta a existência de descompasso entre as velocidades do Direito e da dinâmica social, o que se confirma através da Teoria Tridimensional do Direito (REALE, 1994). Esses entendimentos têm como base o argumento de que ao atuar, a partir de dados existentes, portanto relativos a situações dadas e estabelecidas (ótica do positivismo eletrônico), os algoritmos não podem levar em conta, nas suas decisões, os novos contextos e seus aspectos axiológicos que, normalmente, impactam aspectos normativos, no mesmo momento e no seguinte. Valentini (2017, p. 122) reconhece essa limitação, quando afirma que:

Caberá ao jurista averiguar se uma determinada decisão e as premissas adotadas até então pelo conjunto da inteligência coletiva da jurisprudência foi adequada ao caso examinado ou se há necessidade de intervenção humana dada a mudança das premissas ante a inovação legislativa, evolução da sociedade ou particularidade do caso concreto.

A despeito disso, entende que a revisão humana será ação de exceção e necessária apenas eventualmente. Essa intervenção deverá, em conformidade com o autor, ser exaustivamente fundamentada no sentido de efetivamente demonstrar que a solução humana, dadas as questões hermenêuticas e de inovação de contexto, é mais correta que a da máquina que “[...] se baseou na busca de inúmeros casos análogos da jurisprudência”. (VALENTINI, 2017).

Ao entendimento da limitação de que o positivismo eletrônico é fator limitante do julgamento por algoritmos, opõe-se, também, o argumento de que uma máquina não consegue processar, de maneira adequada, a complexidade das relações humanas, especialmente em situações de conflito. Essa perspectiva é trazida por França Júnior, Santos e Nascimento (2020, p. 236, grifo dos autores), quando mencionam que “[...] o que está em jogo: a preservação da **dignidade humana**, porque esta é o valor nuclear inegociável de uma nação que se apresenta como **democracia**”.

Há argumentos ainda mais contundentes, no sentido não de combater a aplicação de IA, mas de valorizar o papel do juiz. Alves e Correa (2019, p. 19), citando Pereira (2017), trazem:

Criatividade e juízo são categorias diferentes. Não é por conseguir criar soluções que a máquina “ganha juízo”. [...] **O juízo, enquanto capacidade de distinguir o bem e o mal e de valorar a situação em conformidade, exige compromisso e responsabilização do autor.** O juízo exige, por outras palavras, um juiz, alguém que se comprometa com decisão e que por ela se responsabilize, tendo em conta o papel da judicatura enquanto “viva vox iuris”. Sem questionar o princípio constitucional da não responsabilidade dos juízes pelas suas decisões (art. 216.º, 2), parece-nos que substituir o juiz pela máquina seria confiar a justiça à irresponsabilidade e à arbitrariedade de uma lógica eventualmente «fuzzy». (PEREIRA, 2017, p. 26 *apud* ALVES; CORREA, 2019, p. 19).

O termo que talvez possa resumir o posicionamento daqueles contrários a delegar à Inteligência Artificial a tarefa de julgar é contextualização. A ideia de que sentenças baseadas apenas no positivismo eletrônico carregam grande potencial de injustiça, permeia os textos dessa corrente.

Até aqui foi possível um entendimento desses novos conceitos e institutos que adentram, há pouco tempo, o mundo jurídico, com interesse especialmente nas aplicações de Inteligência Artificial. Também foram apresentadas as possibilidades e as limitações que estão postas diante dessa transformação digital jurídica em curso.

## 4 | CONCLUSÃO

O objetivo desta pesquisa foi o de trazer luz no sentido da compreensão do estado da arte da aplicação de Inteligência Artificial ao Direito, seus limites e possibilidades.

Aquela perspectiva histórica trazida por Neves (2018) e apresentada na introdução deste artigo, revela que o progresso e os avanços acabam, de uma forma ou de outra, sempre ocorrendo, traduzindo-se na resultante da soma dos diversos vetores trazidos pelos variados agentes que interagem na dinâmica social. Nenhuma força freou a superação moral trazida pelo budismo, pelo islamismo e pelo cristianismo; nenhuma força foi capaz de impedir as transformações decorrentes do progresso intelectual e do consequente progresso material, trazidos pelas revoluções industriais, tecnológicas e do conhecimento. É o que se verifica no Direito relativamente à transformação digital. O progresso se revela inexorável.

Enquanto alguns consideram a impossibilidade de uso generalizado de IA, nas decisões, porque máquinas não entendem de questões de dignidade e ética, outros acompanham Pereira (2012), que diz que “[...] as tecnologias da informação podem colocar-se ao lado do juiz para facilitar-lhes o exercício da função num nível de excelência superior”. Por outro lado, considera-se a impossibilidade de responsabilização dos algoritmos pelas decisões que tomarem. É uma discussão ainda em aberto.

Há um certo consenso em torno da dificuldade de delegar inteiramente às máquinas a responsabilidade pelas decisões e sentenças, exceto nas decisões, envolvendo resolução de demandas repetitivas, circunstância em que há um grau de adesão maior, mas ainda não sendo posição claramente majoritária.

A leitura do cenário atual indica que, além da superação das questões de caráter ético-filosófico, há também questões técnicas que carregam alguma controvérsia, em razão de que permanecem em aberto e reclamam superação. Essas questões técnicas são especialmente relativas aos aspectos relativos à governança, rastreabilidade do sistema e auditabilidade. Muito embora sejam considerados, em virtude dos reflexos ético-políticos, no ambiente jurídico, esses são fatores relacionados à construção dos algoritmos e dizem respeito às tecnologias aplicadas quanto à possibilidade ou viabilidade de serem

compartilhadas e de seu funcionamento ser claramente compreendido. É possível que esse debate seja influenciado por questões de limitação puramente técnica e, ao mesmo tempo, por questões de interesse econômico.

Tem-se, então, estabelecido, no meio jurídico, um ambiente em alta frequência de movimentação, fruto do que traz a transformação digital, em termos de possibilidade de se proporcionar às pessoas, considerada uma abordagem sociológica, melhores condições de acesso à justiça, através de uma prestação jurisdicional mais assertiva, rápida e barata. Deve ser apenas uma questão de tempo, uma vez que as condições para tal parecem estar estabelecidas. Entretanto, não parece ser possível esquecer a recomendação de Feferbaun e Silva (2019, p. 39):

As faculdades de direito precisam se adequar a esse novo ambiente se quiserem continuar a formar profissionais que tenham colocação no mercado. Passa a ser insuficiente oferecer apenas disciplinas que foquem nos raciocínios teóricos se elas não procurarem aperfeiçoar as novas habilidades que fazem parte do novo perfil do profissional do direito. Isso requer tanto uma readequação metodológica para introduzir em sala de aula novos instrumentos e novos modelos de ensino quanto uma readequação do projeto pedagógico do curso.

A efetiva implementação da tecnologia de inteligência artificial, mesmo e, inclusive, além das fronteiras do direito, enseja para o sistema jurídico o surgimento de um conjunto fático inteiramente novo, bem como uma possível revisão axiológica do que já está estabelecido.

A partir do que demonstram Neves (2018), sob a perspectiva histórica, e Reale (1994) sob a perspectiva sócio filosófica, claro fica que o que não se pode perder de vista, é o bem-estar e a felicidade do homem. Logo, a responsabilidade do estudante, do professor e dos operadores do Direito passa pela busca de entendimento e compreensão do momento em que vive essa ciência, para que possam adequar suas capacitações e sua atuação e, com isso, contribuírem para que ela continue a desempenhar seu relevante papel na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALGORITMO. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. [em linha], 2008. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/algoritmo>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ACCOUNTABILITY. In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>. [2010] Acesso em: 18 jun. 2020.

ALVES, Fernando B; CORREA, Elídia Aparecida A. Interfaces artificiais e interpretação judicial: o problema do uso da inteligência artificial e da metodologia fuzzy na aplicação do direito. **Revista de Direito Brasileiro**. Florianópolis, v. 23, n. 9, p.5-27, maio.-ago. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3966/0>. Acesso em: 31 maio 2020.

ANDRADE, Mariana D.; PINTO, Eduardo R. G. C.; LIMA, Isabela B.; GALVÃO, Alex Renan S. Inteligência Artificial para o rastreamento de ações com repercussão geral: o projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 14, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42717>. Acesso em: 18 jun. 2020

ARBIX, Glauco; SALERNO, Mario Sérgio; AMARAL, Guilherme; LINS, Leonardo M. Avanços, equívocos e instabilidade das políticas de inovação no brasil. **Novos estud. CEBRAP**, [S. I.], v. 36, n.3, p.9-27. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002017000300009&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002017000300009&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 02 ago. 2020.

BARCAROLLO, Felipe. **Inteligência artificial e a gramática ético-jurídica da sociedade (pós-humanos)**. Orientador: Wilson Engelmann. 308 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS, São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/1647>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. Potencialidades do sistema PJE para o desenvolvimento de ontologias jurídicas e ferramentas de inteligência artificial aplicáveis ao direito. **Vlex**, [S.I.], 2019. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/potencialidades-do-sistema-pje-701462801> Acesso (restrito) em: 18 jun. 2020.

FEFERBAUM, Marina; SILVA, Alexandre P. da. O direito frente aos desafios tecnológicos. **Revista Bonijuris**, Curitiba. v. 31. n. 4. p. 32-43. 2019. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/direito-frente-aos-desafios-820007533>. Acesso (restrito) em 11 jun. 2020.

FRANÇA Jr, Francisco de Assis; SANTOS, Bruno C. L.; NASCIMENTO, Felipe C. L. Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 211-246, jan.-abr. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/340267618\\_Aspectos\\_criticos\\_da\\_expansao\\_das\\_posibilidades\\_de\\_recursos\\_tecnologicos\\_na\\_investigacao\\_criminal\\_a\\_inteligencia\\_artificial\\_no\\_ambito\\_do\\_sistema\\_de\\_controle\\_e\\_de\\_punicao](https://www.researchgate.net/publication/340267618_Aspectos_criticos_da_expansao_das_posibilidades_de_recursos_tecnologicos_na_investigacao_criminal_a_inteligencia_artificial_no_ambito_do_sistema_de_controle_e_de_punicao). Acesso em: 11 jun. 2020.

FREITAS, Rodrigo R. **Direito cibernetico**: as contribuições epistemológicas da teoria cibernetica de Norbert Wiener. Orientador: Fernando Herren Fernandes Aguillar. 86 f. Dissertação – Mestrado em Filosofia. Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, 2011. Disponível em: [https://www.usjt.br/biblioteca/mono\\_disser/mono\\_diss/2012/196.pdf](https://www.usjt.br/biblioteca/mono_disser/mono_diss/2012/196.pdf). Acesso em: 26 ago. 2020.

FUX mostra benefícios e questionamentos da inteligência artificial no Direito. **JUSBRASIL**, [S. I.], 2018. Disponível em: <https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/68543315/fux-mostra-beneficios-e-questionamentos-da-inteligencia-artificial-no-direito>. Acesso em: 11 jun. 2020.

GABRIEL, Martha. **Você, eu e os robôs**. São Paulo: Atlas, 2018.

GUEDES, Aline. Inteligência artificial no tribunal: da análise de dados ao algoritmo juiz. **Uoltab**, [S. I.], 21 nov. 2019. Disponível em: <https://anielgueedes.blogosfera.uol.com.br/2019/11/21/inteligencia-artificial-no-tribunal-da-analise-de-dados-ao-algoritmo-juiz/?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 02 set. 2020.

GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1555-1588, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/260>. Acesso em: 31 mai. 2020.

MARQUES, Daniel (2020), **O cenário Atual e as Mudanças trazidas pelas Lawtechs e Legaltechs** In: StartSe Lawtech Conference 2020. Conferência on line, 11 e 12 ago. 2020. PPT. Disponível em: <https://eventos.startse.com.br/lawtech/#home> Acesso (restrito) em 13 ago. 2020.

MARTINEZ, Vinícius C.; SCHERCH, Vinícius A. Relações entre direito e tecnologia no século XXI. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 01. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/9047>. Acesso em 31 maio 2020.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza P. C. Algoritmo: o risco da decisão das máquinas. **Revista Bonijuris**. Curitiba, ano 31, n. 659, p. 44-58 ago./set. 2019. Disponível em: [https://www.academia.edu/40593161/TECNOLOGIA\\_X\\_DIREITO\\_Algoritmo\\_o\\_risco\\_da\\_decis%C3%A3o\\_por\\_m%C3%A1quinas](https://www.academia.edu/40593161/TECNOLOGIA_X_DIREITO_Algoritmo_o_risco_da_decis%C3%A3o_por_m%C3%A1quinas). Acesso em: 17 jun. 2020.

OLIVEIRA, Ítalo José da Silva. **Direito, lógica e inteligência artificial: por quê, como e em que medida automatizar a solução judicial de conflitos no Brasil**. Orientador: Torquato da Silva Castro Júnior. 108 f. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35348>. Acesso em: 19 abr. 2020.

PEDRINA, Gustavo M. L. Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1589-1606, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/265>. Acesso em: 31 mai. 2020.

PEREIRA, Sebastião T. Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso. **eGov UFSC**. 2012.

Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/processo-eletr%C3%B4nico-m%C3%A1xima-automa%C3%A7%C3%A3o-extraoperabilidade-imaginiza%C3%A7%C3%A3o-m%C3%A1ximo-apoio>. Acesso em 20 jun. 2020.

QUAL É A diferença legaltech ou lawtech? **Jornal LexPrime**, [S. I], 24 nov. 2019. Disponível em: <https://lexprime.com.br/2019/11/qual-e-a-diferenca-entre-lawtech-e-legaltech/#:~:text=Usamos%20o%20termo%20lawtech%20para,facilitam%20a%20rotina%20dos%20advogados>. Acesso em: 08 set. 2020.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Alexandre M. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. **Revista de direito da faculdade Guanambi**. Guanambi, v. 6, n. 02, p. e259, 26 set. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadadicreito/article/view/259> Acesso em: 18 jun. 2020.

SILVEIRA, Ricardo F. Dez motivos para conectar o Direito à inteligência artificial. **Conjur**. [S. I], 13 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-13/ricardo-silveira-dez-motivos-conectar-direito-ia> Acesso em: 11 jun. 2020.

SOUZA, Bernardo A. Advocacia 4.0: o advogado deve mudar o que faz, mas primeiro deve mudar a forma de pensar. **Jusbrasil**, [S. I.], 2020. Disponível em: Disponível em: <https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/759775537/advocacia-40-o-advogado-deve-mudar-o-que-faz-mas-primeiro-deve-mudar-a-forma-de-pensar>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. **Desafios da Inteligência Artificial para a profissão jurídica**. Orientadora: Mônica Steffen Guise Rosina. 108 f. Dissertação (Mestrado profissional) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23977>. Acesso em: 15 mar. 2020.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores?** As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 152 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Programa de pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B5DPSA>. Acesso em: 19 abr. 2020

# CAPÍTULO 11

## COMPLIANCE NA GOVERNANÇA CORPORATIVA PARA TRANSPARÊNCIA E PROTEÇÃO FISCAL DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS ENQUANTO FOMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Data de aceite: 01/06/2021

**Marlene de Fátima Campos Souza**

Doutora em Contabilidade  
Pró-Reitora do Centro Universitário Eurípides  
de Marília (UNIVEM)

**Eric Matheus Cescon Smaniotto Alves**

Graduando em Direito do Centro Universitário  
Eurípides de Marília (UNIVEM)

**RESUMO:** Analisando a gestão de empresas privadas ou público-privadas com o foco voltado ao instituto da governança corporativa, este texto propõe contextualizar a importância da ferramenta compliance na evolução de mecanismos anticorrupção e na administração das organizações empresariais, possibilitando a concretização do acesso à justiça. Para tanto, a análise está formulada no método hipotético-dedutivo, juntamente com a pesquisa bibliográfica, pontuando o processo histórico de parcerias em que o setor privado encontra-se engendrado, bem como nos procedimentos corporativos e nas políticas administrativas, reportando, assim, aos escândalos de corrupção que impactam economicamente na sociedade brasileira, restando prejuízo na confiabilidade e na transparência das grandes corporações empresariais. Na evolução da governança corporativa, foram aderidas ferramentas de gestão empresarial para auxiliar o resgate da confiabilidade e transparência das empresas, motivando a restruturação da credibilidade

do setor privado. E quando as empresas desenvolvem as boas práticas na gestão e administração das corporações, permitem o acesso pleno da sociedade à justiça, nos mais diferentes procedimentos e serviços prestados pelo setor empresarial.

**PALAVRAS - CHAVE:** Governança Corporativa; Compliance; Transparência; Acesso à Justiça.

**ABSTRACT:** Analyzing the management of private or public-private companies with a focus on the corporate governance institute, this text proposes to contextualize the importance of the compliance tool in the evolution of anti-corruption mechanisms and in the management of business organizations, enabling the realization of access to justice . For this, the analysis is formulated in the hypothetical-deductive method, together with the bibliographic research, punctuating the historical process of partnerships in which the private sector is engendered, as well as in the corporate procedures and administrative policies, thus reporting to the corruption scandals that economically impact Brazilian society, leaving a loss in the reliability and transparency of large corporate corporations. In the evolution of corporate governance, business management tools were used to help restore the reliability and transparency of companies, motivating the restructuring of the credibility of the private sector. And when companies develop good practices in the management and administration of corporations, they allow society full access to justice, in the most different procedures and services provided by the business sector.

**KEYWORDS:** Corporate governance;

## 1 | INTRODUÇÃO

A concepção histórica brasileira manifesta, desde o descobrimento das terras de Vera Cruz<sup>1</sup>, o subterfúgio da corrupção engendrada seja nas bases dos poderes políticos, seja na gestão das grandes corporações empresariais, potencializando a desconfiança social nas organizações idôneas, desacreditando investidores, além de acarreta na desestruturação da prestação de serviços essenciais.

Ante tal contexto desolador, e no intuito de reaver a confiabilidade dispersa com a divulgação de escândalos corruptivos em âmbito nacional e internacional, sobretudo a gestão de empresas de grande porte vem se utilizando de ferramentas que favoreçam a prestação de contas, bem como a demonstração da transparência e credibilidade do setor privado.

Para tanto, o instituto da governança corporativa vem evoluindo e planejando modalidades de administração adequadas às exigências sociais, requisitos esses que se concentram na prestação de contas e na probidade dos procedimentos organizacionais, a fim de evitar reincidências nos desvios de recursos públicos fundamentais tão essenciais ao desenvolvimento socioeconômico do país.

É assim que, na expectativa de comunicar a transparência das ações gestoras, as corporações, no uso da ferramenta compliance, prestam contas preventivamente, demonstrando sua seriedade e a conformidade com as leis regulamentadoras das obrigações fiscais, administrativas e sociais da empresa. Igualmente, viabilizam o acesso à justiça da sociedade no que concerne à prestabilidade de serviços adequados com as leis vigentes, de forma não prejudicial ao equilíbrio social.

O compliance, portanto, na governança corporativa, promove normatizações, treinamentos e a exigência de aplicabilidade e conformidade das normas vigentes, estando dentre os seus principais objetivos a exigência de conformidade com o princípio da ética empresarial.

Dessa forma, na medida em que o setor privado cumpre seu papel em conformidade com as ferramentas de gestão como o compliance, propõe-se à equiparação em um nível diferenciado de confiabilidade na prestação de serviços, ao mesmo tempo em que consolida a plena adequação empresarial aos princípios sociais.

---

<sup>1</sup> "Primeiramente um grande monte, muito alto e redondo; depois outras serras mais baixas, da parte sul em relação ao monte e, mais, terra chã. Com grandes arvoredos. Ao monte alto o Capitão deu o nome de Monte Pascoal; e à terra, Terra de Vera Cruz [...]" (CASTRO, 2013, p. 87).

## 2 | COMPLIANCE E A ESTRUTURA CORRUPTIVA

### 2.1 Corrupção estrutural nos organismos sociais

A história evidencia que a prática da corrupção nos múltiplos organismos sociais se confirma há muito; no caso específico do Brasil, remonta à colonização<sup>2</sup>, quando, já nos processos de implantação do novo território, a corrupção se tornou sistematizada, restando vinculada às práticas oligárquicas de manejo administrativo, mediante vantagens indevidas e injustos favorecimentos.

Após, foi intensificando-se na base da estruturação política e econômica do novo país; então, os passos largos da corrupção foram sendo aprimorados gradualmente, apresentando, no presente, uma atuação bastante refinada dentro de instituições públicas e privadas. Ressalte-se que a corrupção<sup>3</sup> caracteriza-se pelo exercício indevido da autoridade pública, propondo-se ao ganho privado, sendo exequível a existência da corrupção privada.

O aprimoramento dos agentes públicos corruptos nos grandes esquemas de desvio de verbas públicas, assim como na institucionalização dos grandes esquemas de corrupção em empresas privadas e público-privadas, conduziu à tona a necessidade de legislações anticorrupção. Tamanha premência notabiliza o quanto a corrupção pode ser definida como um mal gravíssimo<sup>4</sup>, prejudicial às bases que sustentam a sociedade, estimulando o descrédito das instituições organizacionais de um país democrático.

Entrementes, importante resgatar que o avanço de uma sociedade se figura completamente restrito quando alicerçado por políticas públicas impregnadas pela corrupção. Um sistema corrompido<sup>5</sup> decorre de inúmeras formas, muitas delas que se ocultam, uma vez que suas raízes se insinuem no “cerne da alma humana”, arvoradas nas fraquezas morais. Ademais, na democracia moderna, a corrupção se tornou uma ameaça ainda mais grave em comparação a outros regimes de governo.

O conceito de corrupção, antes se de revelar vinculado à forma ilibada de governança na administração pública ou privada, estava relacionado à concorrência desleal fomentada pelas empresas. A partir da década de 90<sup>6</sup>, porém, seu enfoque passou a estar voltado à proteção dos direitos humanos internacionais, centralizando-se na boa governabilidade, objetivando o benefício da coletividade.

Por essas vertentes, enseja-se na corrupção o dimensionamento de um fenômeno social<sup>7</sup>, profundamente prejudicial a toda entidade estatal, pois subverte a implementação de políticas públicas, estrangulando as possibilidades de competitividade saudável das 2 MOREIRA, E. B.; CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Lei anticorrupção brasileira. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.

3 ABADE, D. N. Direito Internacional Anticorrupção no Brasil. In: **Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 07, 2019.

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 213-218, out./dez. 2001.

5 ABADE, op. cit.

6 MOREIRA, E. B.; CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Lei anticorrupção brasileira. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 339-368.

empresas privadas, além de inibir os investimentos, comprometendo, enfim, a boa gestão e gerando ampla instabilidade jurídica e social.

## 2.2 Legislação brasileira anticorrupção

Analizando a proteção jurídica brasileira em combate ao desdobramento da corrupção, a base de proteção social – contrária a este artifício maléfico para a administração pública – é estabelecida com a fundamentação de princípios constitucionais<sup>7</sup>; nomeadamente, sejam eles: o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da eficiência e da publicidade.

Assim, embasa-se toda a estrutura legislativa infraconstitucional em fundamentos de proteção social, concretizados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se, também, que a estruturação social contra os crimes de corrupção não tem como finalidade apenas a proteção do patrimônio desviado, ou mesmo a lesão à administração pública, mas, sim, a observância no indivíduo prejudicado ao final de uma cadeia de interesses, às voltas com serviços estatais em péssimas condições ou, mesmo, sem acesso ao serviço público de que necessita.

Por conseguinte, os princípios fundamentados na Constituição que protegem a sociedade contra a corrupção alcançam tanto a relação entre Estado e pessoas privadas, quanto as relações existentes nas relações “interorgânicas”, dentro da própria administração pública, e, ainda, a relação entre as pessoas privadas.

Verifica-se, desse modo, que, apesar de a Constituição Federal firmar a defesa da administração pública contra a corrupção, tal procedimento apenas se tornou possível com a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que facultou a responsabilização do agente público por ato de enriquecimento ilícito no cargo, emprego ou função de administração pública, de forma direta.

Anteriormente a isso, a responsabilização do agente público era realizada indiretamente, como, por exemplo, na Lei 8.027, de 12 de abril de 1990, que regulamenta uma normativa de condutas do Funcionalismo Público, não especificando a atuação criminosa do agente público.

Substancialmente, na Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção<sup>8</sup>, foi identificado, expressamente, o objetivo de proteção dos procedimentos e dos contratos vinculados à administração pública; com a normativa, introduziu-se a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas quando da prática de atos de terceiros em interesse ou benefício próprio.

Reitere-se que a Lei Anticorrupção<sup>9</sup> dispôs sobre a responsabilização administrativa

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> PINHEIRO, T. J.; LORCA, P. P.; ARAÚJO, V. H. A. Due Diligence: Anticorrupção para a contratação de prestadores de serviços e para fusões e aquisições. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). Manual de Compliance. 1. ed. São Paulo: Forense, 2019.

<sup>9</sup> MOREIRA, E. B.; CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Lei anticorrupção brasileira. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). Manual de Compliance. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.

e civil das pessoas jurídicas por práticas de atos corruptos cometidos contra a administração pública, em âmbito nacional ou internacional, para favorecimento próprio.

Concernente à inovação proposta pela nova lei anticorrupção, desponta a possibilidade de aplicação da ferramenta compliance<sup>10</sup>, permitindo o monitoramento preventivo das ações institucionais de entidades públicas e privadas, ações que estejam adequadas aos princípios e procedimentos éticos e às normas jurídicas vigentes.

Consequentemente, proporcionou a utilização de “programas de integridade (compliance)”<sup>11</sup>, manuseados por pessoas jurídicas públicas ou privadas, com o propósito de diminuição de riscos e possíveis penalidades quando da prática de atos de corrupção. Tais programas de integridade serão analisados pelas autoridades governamentais para a devida punibilidade e aplicação de sanções aos atos corruptos, que prejudiquem de alguma maneira a administração pública.

### 3 I GOVERNANÇA CORPORATIVA E A ESTRUTURAÇÃO DA FERRAMENTA COMPLIANCE

#### 3.1 Identidade da governança corporativa na administração empresarial

A implementação da governança corporativa no sistema administrativo empresarial possibilita uma “abordagem multidisciplinar”<sup>12</sup>, abrangendo diferentes áreas no interior do organismo empresarial; tais como: a ética empresarial, a gestão, a licença, a psicologia social, o direito, a economia, as finanças e a contabilidade, entre outras áreas de atuação.

Apesar das divergências em torno da concepção de governança corporativa<sup>13</sup>, sua base conceitual está relacionada ao modo pelos quais as entidades empresariais são geridas. Esse pilar se concretiza em valores<sup>14</sup> que lhe dão sustentação, conectando concepções, práticas e processos da alta gestão.

A discussão sobre o *modus operandi* na gestão empresarial, foi dissertado, pioneiramente, em 1932, com a publicação do artigo “The modern corporation and private property”, de autoria de Gardiner Mean e Adolf Berle, que sustentaram a necessidade de maior transparência na prestação de contas na administração empresarial.

Nesse encadeamento, a governança<sup>15</sup> corporativa apresenta seu alicerce principiológico em fundamentos éticos e legais, como a equidade, a prestação de contas, a transparência de informações e, por fim, o cumprimento de normas legais regulamentadoras.

10 Para Saavedra (2019), “O Termo Compliance tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês to comply, que significa, do ponto de vista meramente linguístico, estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto”.

11 PINHEIRO; LORCA; ARAÚJO, op. cit.

12 MOREIRA, E. B.; CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Lei anticorrupção brasileira. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.

13 Ibidem.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 213-218, out./dez. 2001.

15 ANDRADE, A; ROSSETI, J. P. **Governança Corporativa**. São Paulo: Atlas, 2012.

O setor de gestão empresarial responsável por tomar decisões importantes nas entidades empresariais anunciou suas primeiras manifestações na antiguidade. Porém, o termo “corporate governance” foi firmado na década de 1980, diferentemente do Brasil, cujas primeiras contextualizações sobre o tema resultaram ao final da década de 1990<sup>16</sup>.

A década de 1990, aliás, simboliza um marco muito importante no desenvolvimento da governança corporativa; a princípio no que concerne à definição dos conselhos de administração e, também, por conta da determinação da função da auditoria externa desempenhada nas entidades empresárias, definindo os moldes da governança corporativa mantidos até o presente momento.

Apesar disso, no Brasil<sup>17</sup>, este mecanismo de gestão empresarial encontra-se em nível de aperfeiçoamento e desenvolvimento de suas práticas no setor empresarial, ainda sem atingir o ápice de seu alcance. O desenrolar de suas atividades passa pela criação de diversos nivelamentos de governança corporativa, inclusive o Novo Mercado.

Ainda no Brasil, em 1995, na capital paulista, foi fundado o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), organização sem fins lucrativos, referência nacional e internacional, que contribui, de forma sustentável, para a geração de conhecimento nas práticas de governança corporativa, promovendo, em âmbito nacional, programas de capacitação e certificação de profissionais vinculados à governança corporativa.

### **3.2 Compliance e seus fundamentos legais**

A implementação da ferramenta compliance proporcionou a empregabilidade de princípios como a ética, a responsabilidade social, a transparência na atuação das empresas. De forma preventiva e programática, estabelece um plano de atuação para o setor privado, de modo a proteger toda a governança empresarial contra ações corruptas ou suspeitas, firmando um pacto de limpidez em toda estrutura organizacional, elevando o nível de confiança nas entidades empresariais.

O surgimento do compliance<sup>18</sup> se deu com a implementação de leis como a “Prudential Securities”, em 1950, e com a regulamentação da “Securities and Exchange Commission”, em 1960, nos Estados Unidos da América, manifestando a necessidade de institucionalização de um instrumento semelhante na criação de procedimentos de monitorização de serviços e operações empresariais.

Propriamente sobre o termo compliance<sup>19</sup>, este deriva do inglês “to comply”, significando agir em sintonia com as regras, instruções, normas, diretrizes ou, simplificadamente analisando, observar um comando. Divergente da essência peculiar à

16 SILVA, E. C. da. **Governança corporativa nas empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

17 MATRAGRANO, D. D.; BERNARDES, Patrícia; GONÇALVES, C. A. Governança Corporativa e os Determinantes da Estrutura de Capital em Empresas Brasileiras. In: **Revista Economia & Gestão**, v. 15, n. 41, p. 286-320, out./dez. 2015.

18 GABARDO, E.; CASTELLA, G. M. e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

19 ANTONIK, L. R. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial**. 1. ed. São Paulo: Alta Books, 2016.

ética – que, por sua vez, é legitimada de forma espontânea –, o compliance se relaciona à responsabilidade legal. Ou seja, quando ético, o indivíduo age voluntariamente, adequando-se aos princípios morais da sociedade. Já no que tange ao compliance, o cumprimento às regras e ao regulamento está na atuação ou operacionalização no âmbito da lei.

Com isso, o compliance, no Brasil, apresentou raízes com a promulgação da Lei 12.846/2013, que versa sobre as responsabilidades administrativas e civis das pessoas jurídicas, quando da prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Referida lei implantou, na ordem anticorrupção brasileira<sup>20</sup>, um destaque especial quanto à prevenção a práticas ilícitas. Além disso, também regulamentou a ferramenta compliance, enquanto atenuante de eventuais sanções na apuração de crimes contra administração pública.

Nessa marcha, em 09 de dezembro de 2014, dia de combate à corrupção, reafirmando a utilização da ferramenta compliance na prevenção anticorrupção nas entidades privadas brasileiras, foi fundado o Instituto Compliance Brasil<sup>21</sup>, organização sem fins lucrativos, esteada nos princípios da excelência, ética, transparência, integridade, desenvolvimento intelectual, parceria e capacitação.

Em sendo o compliance um conjunto de normas que asseguram o cumprimento de regras em um determinado setor<sup>22</sup>, seu objetivo está em prever possíveis infrações, bem como acompanhar o não cumprimento de normas legais ou, mesmo, atos de corrupção.

A implementação do compliance facilita a resolução de problemas estruturais impregnados na rotina da sociedade brasileira há muito tempo(!); certamente, desde quando o Brasil ainda figurava como colônia de Portugal. Mais ainda: possivelmente, dos problemas arrostados pelos poderes de uma nação – executivo, legislativo e judiciário –, a corrupção seja o maior deles, porquanto seja capaz de arruinar toda e qualquer possibilidade de desenvolvimento de uma nação.

Assim, a frequência com que o poder público corrompe a maioria dos contratos, licitações, doações, entre outros procedimentos firmados com setor privado, toma proporções, por vezes, exorbitantes, chega a passar de crime à prática característica da administração pública, quase uma rotina.

À vista disso, o compliance se traduz num dispositivo para a prevenção de crimes estruturados entre o poder público e as empresas privadas (ou público-privadas), dado que estabelece uma normatização preventiva, além da gestão e diminuição de possíveis riscos. Em outras palavras: o compliance oportuniza um parâmetro de segurança na administração das empresas, afirmando que a governança corporativa, estabiliza um nível de segurança elevado diante de factíveis infrações.

---

20 ABOUD, G.; MENEZES, P. R. B. T. de. Programas de Compliance e a Proteção do Mercado: o combate à corrupção e à deslealdade concorrencial. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1007, 2019, p. 37-64.

21 INSTITUTO COMPLIANCE BRASIL. Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

22 SAAVEDRA, G. A. Panorama do Compliance no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (coords.). **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

## 4 | COMPLIANCE E ACESSO À JUSTIÇA

### 4.1 Acesso à justiça na implementação da ferramenta compliance

A implementação da ferramenta compliance na gestão e administração de empresas privadas propicia maior transparência na prestação de contas por parte das corporações, uma vez que as instituições que a aderem não medem esforços para demonstrar a excelência dos processos de fabricação de produtos ou da prestação de serviços, como também a ausência de ligações com fraudes ou esquemas de corrupção; enfim, atuam com fidúcia e responsabilidade fiscal, estando, pois, adequadas às leis vigentes.

Já por outro lado, essas mesmas organizações acabam, ainda, beneficiando a sociedade ao redor, fomentando o acesso à justiça social, isso porque, quando adequadas às suas obrigações fiscais, no pagamento de tributos, assegurando vagas de emprego, por exemplo, contribuem para a melhoria da qualidade de vida da população ao redor. Do mesmo modo, e com grande impacto, cooperam, inclusive, para que a coletividade desfrute da justiça de não estar sendo lesada pelo desvio de verbas públicas, pela sonegação de impostos, entre outros danos.

Assim, à luz da Constituição Federal<sup>23</sup>, o acesso à justiça não se apresenta apenas na forma de direito de proposição de uma ação judicial. O acesso à justiça está inserido como princípio constitucional, como direitos fundamentais, e tais garantias são subdivididas em “garantias” jurídicas, políticas e sociais<sup>24</sup>, sendo concretizadas na instauração da democracia, no exercício da cidadania, na geração e distribuição de renda, no cumprimento das obrigações fiscais e tributárias, entre outras prerrogativas.

Contudo, é mais do que evidente o fato de que a realidade brasileira ainda se encontra incompatível com o acesso à justiça, por efeito das situações de miséria, pelo aumento do desemprego, pela violência e criminalidade, entre outros óbices que comprometem a efetividade dos direitos fundamentais<sup>25</sup>.

Daí, quando as empresas privadas estão inseridas nas normatizações, nos regulamentos e treinamentos do compliance protegem a gestão empresarial, a administração e, também, os colaboradores. Em contrapartida, quando do envolvimento dessas em esquemas de corrupção e no desvio de verbas públicas, sonegação de impostos, restam prejuízos, dado que impedem e/ou diminuem investimentos, acham as vagas de emprego e, sobretudo, apartam o acesso à justiça de inúmeros indivíduos aos serviços essências de saúde, educação, assistência social e outros mais.

Portanto, em face da concepção de justiça como equidade social<sup>26</sup>, vincula-se a

23 ALVES, C. C.; ROCHA, J. R. O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa? In: **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 06, 2011, p. 133-161.

24 BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

25 FARIA, J. E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. In: **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

26 RAWLS, J. “Justice as Fairness: political not metaphysical”. In: **Philosophy and Public Affairs**, vol. 14, 1985. Tradução Regis de Castro Andrade

concepção política da justiça para a concretização da democracia constitucional. Como asseverado anteriormente, o acesso à justiça está na aplicação da política, no sentido de possibilitar o acesso à igualdade e equidade social, ampliando o acesso à justiça à abrangência dos princípios constitucionais democráticos.

Pode-se, então, analisar a ferramenta compliance enquanto um instrumento de gestão administrativa empresarial que assegura à sociedade em loco ser beneficiada, posto que o acesso à justiça social protege as bases constitucionais regulamentadas na sociedade democrática de direito.

O direito de acesso à justiça deve ser tutelado por todos os mecanismos à disposição; logo, deve ser previsto o direito de adequação<sup>27</sup> entre a ordem jurídica social e o contexto de vulnerabilidade socioeconômica do país. Nessa conduta, decorre o emprego de ferramentas como o compliance, estruturado na proposição de deveres éticos para a administração e gestão de grandes corporações empresariais, diapasão no qual as garantias constitucionais restam longe de ser postergadas.

## 4.2 Governança corporativa e compliance na efetivação do acesso à justiça

O desenvolvimento da governança corporativa motivou o aperfeiçoamento no desempenho da gestão no setor empresarial, abrindo espaço para a estruturação organizacional do compliance, cuja função está em determinar que o setor privado se mantenha em conformidade com as políticas internas, normas e diretrizes, nas exigências da ética empresarial<sup>28</sup>.

A aplicabilidade de um programa de compliance na estruturação da governança corporativa transcende os parâmetros de confiabilidade até então aceitáveis. Este recurso preventivo e normalizador das ações corporativas, empregado por meio de treinamentos corporativos, dedica-se a resgatar os valores e a idoneidade de muitas empresas envolvidas em escândalos de corrupção, além de favorecer a demonstração da transparência de empresas confiáveis.

É deste modo que o compliance, estruturado na governança corporativa, busca preservar o interesse de todos. É sabido que a prevenção de falhas na gestão e a implantação de treinamentos corporativos diminuem os prejuízos econômicos, sociais e ambientais, impactando na economia geral da empresa, na credibilidade junto aos investidores, na comunidade envolvida e em toda cadeia produtiva<sup>29</sup>.

Compliance é ideologia e, dessa maneira, deve ser incorporada ao comportamento de todos dentro da empresa. E para o seu estabelecimento, os treinamentos corporativos<sup>30</sup>

---

27 WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Anais do Encontro sobre Participação e Processo*, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado-Centro de Estudos, 1987.

28 ALMEIDA, L. E. Governança corporativa. In: CARVALHO, A. C.; ALVIM, T. C.; BERTOCCELLI, R. P.; VENTURINI, O. (coords.). *Manual de Compliance*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

29 Ibidem.

30 CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). *Manual de Compliance*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2019.

são parte da estratégia de consolidação e adaptação da ferramenta; sua implementação promove o comprometimento de todos os colaboradores naquilo que é relevante para o sistema empresarial.

Mais ainda: o compliance é entendido como uma exigência institucional<sup>31</sup> no cumprimento das normatizações propostas, compactuando com a ética empresarial e com as políticas de governança corporativa, porque, apenas assim, se torna profundamente uma decisão por uma gestão adequada às novas propostas de transparéncia empresarial.

Tamanha transparéncia nos processos de governança corporativa passou a ser necessária, especialmente, devido ao longo histórico de corrupção pelo qual a nação atravessa há décadas. De modo igual, restou em necessidade para as empresas ajustadas ao novo mercado<sup>32</sup>, por conta da divulgação de copiosos escândalos de corrupção com impactos sociais e financeiros.

O compliance é uma evolução<sup>33</sup> na transformação empresarial, introduzindo uma cultura de integridade no setor empresarial, tendo o potencial de conciliar as parcerias firmadas entre os setores público e privado, implantando atos normativos progressivos no sentido de sua disseminação, inclusive no estabelecimento de novas parcerias com determinados entes federativos.

Indiscutivelmente, o emprego da ferramenta compliance na governança corporativa é imprescindível ao restabelecimento de empresas que estiveram envolvidas em casos de corrupção. Conforme analisado, enfatiza-se que, para os indivíduos dependentes – direta ou indiretamente – dessas corporações empresárias, a retomada dos serviços prestados pela empresa e o resgate da confiabilidade no mercado são portas de acesso à justiça social da comunidade em evidência.

No acesso à justiça, encontra-se a possibilidade de manutenção de postos de empregos, a subsistência das empresas terceirizadas, a conservação do comércio local, enfim, o acesso de inúmeras garantias sociais para o mínimo existencial. Não há dúvidas do papel do acesso à justiça<sup>34</sup> na qualidade de um direito fundamental, que permite a garantia de outros direitos, estando regulamentado no art. 5º da Constituição Federal como princípio constitucional.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história brasileira, inúmeros fatos são dignos de reflexão quanto aos caminhos tortuosos pelos quais se verteram a política e a economia nacional, na maior parte dos casos devido aos inúmeros e inconsequentes escândalos de corrupção. Dentre os remédios para minorar os efeitos nocivos desses falsos passos, ferramentas como o

31 Ibidem.

32 NOHARA, I. P. Lei Anticorrupção Empresarial e Compliance: Programa de Compliance Efetivo e Cultura de Integridade. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (coords.). *Governança, Compliance e Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 21-34.

33 Ibidem.

34 ALVES, C. C.; ROCHA, J. R. O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa? In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 06, 2011, p. 133-161.

compliance foram desenvolvidas para readequar as bases administrativas no rumo do equilíbrio social, possibilitando a todos o acesso a serviços básicos de qualidade.

Para que haja harmonia e as ações entrem nos trilhos, os setores público e privado devem estabelecer uma administração fundamentada nas garantias e obrigações constitucionais, viabilizando à sociedade amplo acesso à justiça social, à política e à economia.

Assim, o compliance emerge como uma evolução administrativa – diga-se de passagem, sem precedentes – das empresas privadas, para sua adequação por meio de normas e regulamentos institucionais. Com uma gestão organizacional firmada nos princípios fundamentais, foi possível a implantação da governança administrativa edificada na ética e resguardada de possíveis violações.

O principal objetivo do compliance se concentra em proteger as instituições privadas de um dos crimes mais nocivos na sociedade atual, a corrupção. Um crime que se tornou tão lesivo devido ao fato de seus agentes serem, geralmente, políticos e empresários, pessoas muito bem estruturadas financeiramente, implantando o esquema criminoso na cúpula de governos e corporações.

A introdução da ferramenta compliance na melhoria da governança corporativa resultou na utilização da transparência na prestação das obrigações legais; e as empresas privadas que a ela aderem tornam-se referência em confiabilidade e profissionalismo.

Além disso, as corporações que institucionalizam o compliance implementaram a justiça social na prática, cumprindo com suas obrigações fiscais e tributárias, o desenvolvimento da sociedade dependente de suas atividades, a disponibilização de postos de empregos, entre outros benefícios. Neste interím, possibilita o acesso à justiça de forma objetiva.

Outra maneira do compliance auxiliar as instituições privadas está relacionada com a recuperação de empresas que estiveram envolvidas em crimes de corrupção. Nesse caso, permite a recuperação da credibilidade e restauração da governança corporativa da empresa, implantando uma gestão também baseada na prestação de contas e na transparência de suas políticas e de seus procedimentos administrativos.

## REFERÊNCIAS

ABADE, D. N. Direito Internacional Anticorrupção no Brasil. In: **Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 07, 2019, p. 254-273.

ABBOUD, G.; MENEZES, P. R. B. T. de. Programas de Compliance e a Proteção do Mercado: o combate à corrupção e à deslealdade concorrencial. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 1007, 2019, p. 37-64.

ALMEIDA, L. E. Governança corporativa. In: CARVALHO, A. C.; ALVIM, T. C.; BERTOCCELLI, R. P.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALVES, C. C.; ROCHA, J. R. O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa? In: **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 06, 2011, p. 133-161.

ANDRADE, A; ROSSETI, J. P. **Governança Corporativa**. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTONIK, L. R. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial**. 1. ed. São Paulo: Alta Books, 2016.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERNARDES, P.; CASTRO, J. M. Incertezas na decisão de investir em energia elétrica em Minas Gerais: proposição de uma escala de avaliação. In: **Anais ENANPAD 2003**.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.027, de 12 de abril de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8027.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8027.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2019.

CASTRO, S. **A carta de Pero Vaz de Caminha**: o descobrimento do Brasil. Porto Alegre: L&PM, 2013.

FARIA, J. E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. In: **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 213-218, out./dez. 2001.

GABARDO, E.; CASTELLA, G. M. e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

INSTITUTO COMPLIANCE BRASIL. Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MATRAGRANO, D. D.; BERNARDES, Patrícia; GONÇALVES, C. A. Governança Corporativa e os Determinantes da Estrutura de Capital em Empresas Brasileiras. In: **Revista Economia & Gestão**, v. 15, n. 41, p. 286-320, out./dez. 2015.

MOREIRA, E. B.; CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Lei anticorrupção brasileira. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 339-368.

NOHARA, I. P. Lei Anticorrupção Empresarial e Compliance: Programa de Compliance Efetivo e Cultura de Integridade. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (coords.). **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 21-34.

PINHEIRO, T. J.; LORCA, P. P.; ARAÚJO, V. H. A. Due Diligence: Anticorrupção para a contratação de prestadores de serviços e para fusões e aquisições. In: CARVALHO, A. C.; BERTOCCELLI, R. de P.; ALVIM, T. C.; VENTURINI, O. (coords.). **Manual de Compliance**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2019.

RAWLS, J. "Justice as Fairness: political not metaphysical". In: **Philosophy and Public Affairs**, vol. 14, 1985. Tradução Regis de Castro Andrade.

SAAVEDRA, G. A. Panorama do Compliance no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, I. P.; PEREIRA, F. de L. B. (coords.). **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, E. C. da. **Governança corporativa nas empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Anais do Encontro sobre Participação e Processo**, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado-Centro de Estudos, 1987.

# CAPÍTULO 12

## PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

Data de aceite: 01/06/2021

**Daiane Silvia Santana Brandi**

<http://lattes.cnpq.br/8685493260053083>

**Leopoldo Rocha Soares**

<http://lattes.cnpq.br/9801912754427023>

**RESUMO:** As transformações político-econômicas que ocorreram no Brasil no início da década de 1990 influenciaram diretamente a maneira de se entender a Administração Pública. A crise econômico-financeira do Estado se mostrou determinante para a criação das agências reguladoras no País. As privatizações e desestatizações de determinados serviços públicos foram a causa da necessidade de se estabelecer órgãos públicos com a capacidade de garantir ao Estado a manutenção dos poderes de regular e fiscalizar tais atividades originalmente de cunho público. Uma das características inerentes aos órgãos administrativos consiste na prerrogativa de elaborar atos normativos. No entanto, a amplitude do poder regulamentar exercido pelas agências reguladoras é amplamente controvérsia e questionada por diversos doutrinadores, sobretudo no que se refere aos limites de sua função regulatória e a vinculação do particular. Isso se deve ao impasse existente entre esta atribuição e o teor do princípio da legalidade estabelecido pela Constituição Federal. Nota-se que certas agências reguladoras são, por vezes, dotadas de poder para instituir normas com forças

equiparadas à lei. Questiona-se se estas normas estão, de fato, de acordo com as limitações impostas pelo princípio da legalidade e, além disso, quais são estes limites. Conclui-se que é vedado a qualquer órgão da Administração Pública a elaboração de atos normativos, de qualquer espécie, que seja capaz de inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações.

**PALAVRAS - CHAVE:** Agências reguladoras. Poder regulamentar. Legalidade.

**ABSTRACT:** The political-economic transformations that happened in Brazil in the early 1990s directly influenced the way of understanding Public Administration. The government's economic and financial crisis proved to be a determining factor for the creation of regulatory agencies in the country. The privatizations and denationalization of certain public services were the cause of the need to create public departments with the capacity to assure to State the maintenance of the powers to regulate and supervise such activities originally of a public nature. One of the characteristics inherent to administrative departments is the prerogative to prepare normative acts. However, the extent of the regulatory power exercised by the regulatory agencies is widely controversial and questioned by several indoctrinators, especially with regard to the limits of their regulatory function and the binding of the individual. This is due to the dilemma existing between this attribution and the tenor of the principle of legality established by the Federal Constitution. It is noted that certain regulatory agencies are sometimes empowered to institute standards with forces equivalent to the

law. It is questioned if these rules are, in fact, in accordance with the limitations imposed by the principle of legality and, moreover, what are these limits. It is concluded that it is forbidden to any organ of the Public Administration to elaborate normative acts, of any kind, that are capable of innovating in the legal order, creating rights and obligations.

**KEYWORDS:** Regulatory agencies. Regulatory power. Legality.

## 1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como escopo a análise de determinados aspectos e características relativos a uma espécie de ente da Administração Pública, que tem se mostrado de relevância ímpar no desenvolvimento e execução das atividades estatais, no exercício da função administrativa.

Trata-se das Agências Reguladoras, pessoas jurídicas de direito público interno de natureza autárquica, vinculadas aos setores em que atuam no exercício das atividades tipicamente estatais. Integram a administração pública indireta, apensadas como autarquias especiais diferenciando-se das demais autarquias por possuírem maiores e mais específicas prerrogativas, em função do exercício das atividades de fiscalização e controle dos serviços públicos prestados pelos particulares em razão da desestatização iniciada no final do século XX.

A função exercida pelas agências reguladoras na atualidade outrora foi exercida, em sua maioria, pelo próprio Estado. Uma vez que, em decorrência da delegação de determinados serviços e atividades públicas, grandes empresas direcionaram suas atividades ao serviço público, tornando necessária a criação de entidades públicas que pudesse representar o Estado no que se refere ao gerenciamento de informações relativas ao mercado criado diante dessas circunstâncias.

Não obstante, não se encontra no direito brasileiro legislação específica que discipline a atuação das agências reguladoras, necessariamente criadas por lei em razão do texto do artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. Assim, são essas leis que estabelecem o funcionamento, limitações e peculiaridades de cada agência reguladora.

Destarte, se faz necessária a reflexão acerca dos limites impostos ao poder regulamentar das agências para que, em suas respectivas atuações, estejam transpondo a competência legislativa. Isto posto, torna-se imprescindível a análise sobre a relação existente entre o poder regulamentar conferido às agências reguladoras frente aos limites constitucionais determinados pelo princípio da legalidade.

Para este fim, será realizado, por meio de uma revisão bibliográfica, um comparativo entre as atividades normativas exercidas pelas agências reguladoras e o teor constante no princípio da legalidade, essencialmente disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, visando a possibilidade de vinculação dessas atividades ao particular.

## **2 I DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

O Estado exerce de duas maneiras os serviços públicos, por meio de centralização (administração direta) ou descentralização (administração indireta) da execução do serviço. A opção entre uma e outra se dá de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade, sempre que a lei expressamente autorizar a delegação. Tem se tornado cada vez mais comum a prática do trespasso da titularidade e da execução de serviços públicos de competência da Administração pública a terceiros (GASPARINI, 2011).

A descentralização consiste na transferência de competências de um ente para outro. Quando a competência atribuída aos entes descentralizados se resume ao valor jurídico determinado pelo ente central e não da constituição, denomina-se descentralização administrativa (DI PIETRO, 2011).

Di Pietro (2011) classifica a descentralização administrativa em basicamente três modalidades: a) descentralização territorial ou geográfica; b) descentralização por serviços, funcional ou técnica e c) descentralização por colaboração. A descentralização por serviços, funcional ou técnica pode ser identificada quando uma pessoa jurídica de direito público ou privado é criada pelo poder público para ser titular ou executar determinado serviço público.

No Brasil essa prática somente é admitida por meio de lei e pode ser observada no fenômeno de criação de autarquias, fundações e até mesmo de empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades e serviços públicos. Neste caso, os privilégios e as prerrogativas atribuídos são de certa forma menores, tendo em vista que tais entidades apenas podem usufruir dos poderes expressamente conferidos pela lei instituidora (DI PIETRO, 2011).

Embora o ente descentralizado passe a ser titular da execução do serviço público e inclusive tenha a prerrogativa de exercício com independência em relação à pessoa da qual se originou, essas atividades somente são admitidas dentro dos limites estabelecidos em lei, com a finalidade de impedir que ocorra o desvio dos objetivos para os quais se instituiu (DI PIETRO, 2011).

## **3 I REGULAÇÃO E OBJETIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

As agências reguladoras foram criadas com a intenção de intervenção do Estado no domínio econômico. Isso porque no período em que foram instituídas, da maneira pela qual as identificamos hoje, o Estado passava por um processo econômico financeiro de desestatização e privatização de serviços públicos, que originalmente competiam ao Estado. (DUARTE, 2015)

O papel das agências reguladoras está firmado na implementação de um sistema regulatório eficaz, que possua atuação autônoma, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e inclusive do bem comum em um ambiente livre de influências

políticas (DUARTE, 2015).

Na Constituição Federal de 1988 a regulação estatal é tratada no artigo 174, que deixa clara a intervenção do Estado na economia de forma indireta:

**Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse contexto, durante a década de 1990, instituiu-se no Brasil o Plano Nacional de desestatização (PND) resultando no fenômeno de privatização em massa de empresas estatais e na desestatização de serviços públicos. Este fato culminou na atribuição de diversos serviços públicos ao particular, tais como, os serviços de telefonia, fornecimento de energia elétrica, água, etc. (SANTOS, 2012).

Neste período marcado pelas privatizações e desestatizações dos serviços públicos, ocorreu a extinção de monopólios em diversos setores da economia, tais como, telecomunicações, geração e distribuição de energia, exploração de petróleo, entre outros, fez-se necessário a criação de um modelo de regulação, por meio das Agências (DUARTE, 2015).

Devido à necessidade crescente de acompanhamento do avanço tecnológico e o desafogamento da administração pública, o Plano Nacional de Desestatização foi criado com a finalidade central de transferir aos particulares atividades e serviços públicos, conferindo ao Estado a característica de interventor subsidiário perante a prestação do serviço público e atendimento da sociedade (FRANÇA, 2010).

Se anteriormente, o exercício desses serviços públicos era atribuição do próprio Estado, nessa nova realidade este, por meio de autorizações, concessões e permissões passou a delegar o exercício de tais atividades, entretanto permanecendo com o dever de controle. Para isso, criou entes reguladores que efetuassem a fiscalização e regulação dessas atividades que agora envolviam o setor privado (DURTE, 2015).

Embora o Estado tivesse a prerrogativa de delegar estas atividades aos particulares, por motivo de interesse público, caso se apartasse totalmente destes setores poderia resultar em riscos para a coletividade, por se tratar de serviços tão peculiares por sua essencialidade (SANTOS, 2012).

A análise da atuação das agências reguladoras justifica-se em virtude da melhor compreensão da sua importância para a situação econômica atual do Estado. Isso porque as normas editadas pelas agências reguladoras e os próprios contratos de concessão constituem os aparatos regulatórios aptos a traçar o quadro normativo conveniente à satisfação dos interesses públicos e à entrada de novos recursos financeiros e tecnológicos indispensáveis à sustentação da infraestrutura nacional (FRANÇA, 2010, p. 165).

Desse modo, se fez necessária a criação de entes que pudessem de algum modo deixar a cargo do Estado as funções de regulamentação, controle e fiscalização. Esses entes foram denominados de agências reguladoras, instituídas como autarquias sob regime especial. De modo que, possuem privilégios específicos que a lei concede, considerando suas especificidades, que são certa autoridade e autonomia administrativa (MEIRELLES et al., 2011).

Na intenção de conter os abusos derivados desta abertura proporcionada à iniciativa privada é que foram pensadas e instituídas as agências reguladoras por meio de leis cuja iniciativa é exclusiva do Poder Executivo. Entretanto, não há legislação específica capaz de precisar a atuação e a configuração das agências reguladoras criadas, sendo este feito encontrado apenas nas leis que as originam. Em virtude disso, as características não se mostram homogêneas em todas as autarquias especiais regulatórias (FRANÇA, 2010).

Inspirado no modelo norte-americano, o termo agência é relativamente recente no Direito brasileiro. Nos Estados Unidos agência representa toda e qualquer autoridade da Administração com exceção dos três poderes do Estado, ou seja, toda a organização administrativa é composta por agências, já no Brasil, também inspirado no modelo europeu-continental a Administração Pública possui uma estrutura complexa (DI PIETRO, 2011).

O fato é que o direito norte-americano vem servindo de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de “agencificação”, que corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a Administração Indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no direito brasileiro; ele vem se difundindo pelo mundo, dentro do já referido movimento da globalização, ainda que no direito brasileiro não haja grandes justificativas para a adoção dessa terminologia (DI PIETRO, 2011, p. 476).

França (2010) ressalta que as leis que concebem as agências reguladoras federais apontam para algumas características consideradas essenciais para distinguir as agências reguladoras, quais sejam: independência, estabilidade de seus diretores, capacidade normativa técnica e capacidade sancionatória. Assim, define a independência como sendo a principal característica por se tratar de elemento primordial para o alcance de seus objetivos no mercado em que atuam, garantindo o afastamento político e possíveis influências por determinados grupos e o atendimento de interesses díspares dos indicados pelas políticas públicas originárias.

Quanto à estabilidade de seus diretores, pressupõe que seus administradores possuem tratamento diferenciado, no intuito de afastar a possibilidade de pressões políticas, assegurando a independência em sua atuação. Já a capacidade normativa técnica se refere à regulação do setor em que atuam, além de delimitar e controlar as atividades por parte dos concessionários dos serviços públicos que regulam. Por sua vez, a capacidade sancionatória parte do pressuposto de que possuem poder de determinar deveres e obrigações, assim como punições administrativas aos infratores.

Não se encontra na lei definição de regime especial, entretanto, constata-se que as agências reguladoras possuem determinado grau de autonomia que excede ao das demais autarquias já que possuem poder normativo próprios ou específicos para emitir atos normativos direcionados às pessoas reguladas, autonomia administrativa, atividade fiscalizadora, atividade sancionatória, atividade julgadora, além de autonomia financeira (DUARTE, 2015).

A atuação das agências reguladoras consiste em regulamentar, sancionar, fiscalizar, dirigir, mediar, arbitrar, coordenar e controlar. Tais atividades devem estar fundamentadas com a devida previsão em lei específica, estabelecendo claramente suas delimitações, submetendo-se assim aos mesmos limites que os demais partícipes do setor administrativo (FRANÇA, 2010).

Embora não se encontre legislação específica, nota-se que a criação dessas agências tem ocorrido em respeito de um determinado padrão. Estão sendo criadas nos moldes de autarquia de regime especial. Assim, como autarquias que são, estão subordinadas às normas referentes à essas entidades. Além disso, instituídas em regime especial possuem maior autonomia em relação à Administração Pública Direta:

As atribuições das agências reguladoras no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto de delegação, realizar o procedimento licitatório para a escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização (DI PIETRO, 2011, pág. 483).

Logo, ao criar uma agência reguladora, entende-se que a lei está transferindo para as agências as atribuições que competem ao Poder Executivo. Dentre essas funções concedidas às agências reguladoras, a que possui maiores questionamentos a respeito de sua abrangência é a função reguladora. Para Di Pietro (2011) esta atribuição tem se assemelhado à conferida às agências reguladoras do direito norte-americano, ou seja, prerrogativa de ditar normas com força de lei.

Ainda segundo Di Pietro (2011), este questionamento se deve ao fato de que a prerrogativa de função normativa conferida atualmente às agências reguladoras vem sendo executado por suas leis instituidoras e não provém diretamente da Constituição, visto que as únicas agências que possuem previsão constitucional são: a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo) contido nos artigos 21, XI e 177, §2º, III.

Como as demais não possuem previsão constitucional, caso a função normativa que exercem se mostre superior a executada por qualquer outro órgão componente da Administração Indireta, estaria incorrendo em constitucionalidade. Sendo assim, o poder normativo conferido às agências reguladoras deve se resumir à regulação de sua própria atividade, com normas que possuam efeitos apenas internamente e ainda conceitual, ou interpretar conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, mas de modo algum poderá inovar no ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2011).

Embora independentes e autônomas, as agências reguladoras estão sujeitas a limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e devem observar os princípios constitucionais limitadores de sua atuação (DUARTE, 2015).

## 4 I A FUNÇÃO DO ENTE REGULADOR

Posteriormente à efetivação do plano de desestatização de determinados serviços e atividades públicas, as agências reguladoras se mostraram imprescindíveis na composição da Administração Pública, exercendo papel fundamental delimitando a atividade das empresas privadas concessionárias de serviços ou atividades públicas e até mesmo de empresas públicas que atuam no respectivo mercado regulado (FRANÇA, 2010).

É inegável que o modelo norte-americano tem servido de inspiração para as agências reguladoras no Brasil, sobretudo na utilização do vocábulo “agência” para designar esta instituição. No entanto, sabe-se que o modelo a ser reproduzido já se encontra ultrapassado, tendo sido superado, inclusive, em seu país de origem (DI PIETRO, 2017).

Embora a denominação agência reguladora seja considerada relativamente nova no direito brasileiro, é possível notar que já há muito tempo existiam entidades que exerciam tal função de regulação do comércio, como por exemplo, o Comissariado de Alimentação Pública, criado em 1918; o Instituto do Açúcar e do Álcool, criado em 1933, ou ainda o Instituto Nacional do Sal, de 1940, entre outros. Na realidade a função normativa sempre esteve presente e foi exercida por diversos órgãos (DI PIETRO, 2011).

Afirma França (2010) que agências reguladoras são autarquias sob regime especial, criadas com o fim de disciplinar e controlar determinadas atividades, tais como: serviços públicos propriamente ditos, Agência Nacional de energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); atividade de fomento e fiscalização da atividade privada, Agência Nacional do Cinema (Ancine); atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e fiscalização das atividades econômicas referentes à indústria de petróleo, Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); atividades facultadas ao particular, mas que o Estado também pode promover, como por exemplo os serviços de saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); regulação do uso de bens públicos, Agência Nacional das Águas (ANA).

Para França (2010), uma das principais razões para a criação das agências

reguladoras federais consiste na desburocratização e o desafogamento político da Administração pública. Vale destacar que segundo este autor, as atividades exercidas pelas agências reguladoras jamais poderão possuir força absoluta, já que seu desempenho está subordinado aos demais entes da federação.

De acordo com Di Pietro (2017) umas das particularidades mais controversas a respeito das agências reguladoras no Brasil é a chamada função normativa. Esta função, de poder impor normas com força de lei, tem sido concedida a agências como ANEEL, Anatel e ANP. Em função disso, a indagação é concernente aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa a tais agências.

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 21, XI, e 177, §2º, III a criação das agências Anatel e ANP conferindo-lhes a denominação de “órgão regulador”. Quanto às demais, essa mesma previsão não existe, de modo que “a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta” (DI PIETRO, 2017, p. 244).

## 5 I AGÊNCIAS REGULADORAS: REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

No direito brasileiro os termos regulação e regulamentação possuem conceitos distintos, por este motivo faz-se necessário distingui-los. Inclusive, como ambos descrevem fixação de normas de conduta, frequentemente são utilizados como sinônimos. De acordo com Di Pietro (2017), regulação pode ser considerado um termo ambíguo, já que possui sentidos diversos. Amplamente aplicado em outros domínios do conhecimento, na esfera jurídica seu uso é relativamente recente e tem se tornado cada vez mais frequente com o advento das agências reguladoras.

De outra banda, parece afastar-se também da aplicação de uma noção clássica de poder regulamentar. Em verdade, o poder regulamentar implica a capacidade de produção de norma geral e abstrata que tem, por sua vez, o condão de facilitar a execução de outra norma geral e abstrata denominada lei. Não é bem isso o que ocorre com o poder normativo propriamente dito, com as normas típicas atinentes ao desempenho de atividade regulatória. A regulamentação é estática, enquanto a regulação é dinâmica (MORAES, et al., 2005, p. 159).

Di Pietro (2017) afirma que regular consiste em formular regras, não importando quem o faz, podendo ser por meio do Poder Legislativo ou até mesmo do Poder executivo, ainda que mediante os órgãos da Administração direta ou indireta. Portanto, pode-se dizer que a regulação é o gênero do qual regulamentação é espécie. No Brasil não há especificado um procedimento que seja de fato obrigatório para que as agências reguladoras possam formular normas que contem com a participação do cidadão. Sendo assim, a regulação corresponde ao resultado das atividades exercidas pelas agências reguladoras e que

representa direito posto unilateralmente elas mesmas.

Etimologicamente, o vocábulo regulação representa a elaboração de normas, regras. Além disso, caracteriza a abstração de conservação do equilíbrio de um sistema. A regulação econômica está, portanto, relacionada ao “conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado” (DI PIETRO, 2017, p. 237).

Regulamentar consiste em uma competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal. Por meio da regulamentação o Chefe do Poder Executivo dita regras jurídicas. Além disso, trata-se de competência indelegável (DI PIETRO, 2017).

Pode-se dizer que as autoridades administrativas possuem como prerrogativa poderes que são inerentes à administração pública, tendo em vista que tais poderes viabilizam a justaposição da vontade da lei ao arbítrio individual, isto é, do interesse público sobre o interesse privado (DI PIETRO, 2011).

Este poder atribuído às autoridades administrativas não pode ser considerado como sendo uma faculdade da Administração. Por ser irrenunciável e só poder ser exercido dentro dos limites legais, na realidade trata-se de um poder-dever. Di Pietro destaca como poderes inerentes à Administração o poder normativo, o disciplinar os decorrentes de hierarquia e ainda o poder de polícia, dentre os quais iremos analisar o poder normativo ou também denominado poder regulamentar (DI PIETRO, 2011).

A capacidade de expedir normas pelas agências reguladoras baseia-se na elaboração de instruções normativas e portarias que objetivam a regulamentação. Cabe às agências reguladoras a imposição de regras técnicas no respectivo mercado regulado, prerrogativa essa amplamente questionada quanto a sua constitucionalidade (FRANÇA, 2010).

Di Pietro (2011) entende o poder regulamentar como sendo um dos desdobramentos do poder normativo do Poder Executivo. Assim o poder regulamentar poderia ser definido como uma das funções que compete ao Chefe do Poder Executivo ao realizar a edição de normas que complementam a lei possibilitando sua execução.

O poder normativo das agências reguladoras é o ponto de maior inquietude entre os doutrinadores no que tange a sua abrangência e seus limites. A constitucionalidade das normas administrativas regulatórias, bem como sua capacidade de exigir ou proibir determinadas atitudes dos regulados, ainda é tema de variáveis posições entre autores que se dedicam a estudá-la (FRANÇA, 2010, pág. 166).

França (2010) entende que o poder normativo conferido às agências reguladoras é limitado por sua lei instituidora, por serem atos emanados pela Administração Pública, não podem divergir do estabelecido por lei.

De acordo com o entendimento doutrinário são admitidos dois tipos de regulamentos:

o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. Entende-se que o regulamento executivo seja destinado a complementação da lei para, segundo o art. 84, IV, da CF/88, proporcionar a fiel execução da lei. O regulamento executivo não é capaz de constituir normas *contra legem* ou *ultra legem*, não sendo possível, dessa forma, inovar na ordem jurídica. Assim, este poder-dever fica contido aos limites estabelecidos pela lei não se admitindo a criação de direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas em virtude do princípio da legalidade (DI PIETRO, 2011).

Já o regulamento autônomo consiste naquele capaz de inovar na ordem jurídica, isso porque sua finalidade não está em complementar ou desenvolver uma lei previamente constituída, mas sim o estabelecimento de normas com temáticas não disciplinadas em lei (DI PIETRO, 2011).

O direito brasileiro não admitiu o exercício dos regulamentos autônomos, de modo que, na Constituição Federal de 1988, estabeleceu limites consideráveis em relação ao poder regulamentar, com exceção do disposto no seu artigo 84, inciso VI, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 32, e que outorga ao Presidente da República a competência de extinguir cargos ou funções públicas quando estes estiverem vagos e, por meio de decreto, ordenar a respeito da organização e do funcionamento da administração federal nos casos em que não envolver aumento de despesas nem mesmo a conceber ou extinguir órgãos públicos (DI PIETTRO, 2011).

Ressalte-se, ainda, que os atos administrativos oriundos do poder normativo do Estado devem produzir efeitos gerais e abstratos, assim como a lei, no entanto, diferentemente desta, não lhe é permitido inovar na ordem jurídica (MORAES, et al., 2005).

Sendo assim, as agências reguladoras concebem normas de caráter geral e abstrato – entre outros provimentos – que são naturalmente relacionadas ao poder regulamentar, ou seja, “[...] a competência administrativa concernente à produção de atos de mera execução da lei a fim de facilitar a aplicação dessa vontade legislativa” (MORAES, et al., 2005, p. 158).

Para Di Pietro (2017), as normas produzidas por essas agências somente podem gerar efeitos internos, dirigidos à própria agência, devem estar sempre fundados em leis e regulamentos prévios. Quanto à Anatel e à ANP, não restam dúvidas de sua previsão constitucional como órgãos reguladores. A indagação que eclode é se essa ideia expressa pela Constituição exprime que os órgãos reguladores possuem a prerrogativa de estabelecer normas com a mesma força de lei. Ou ainda se estão aptos a exercer o poder regulamentar análogo ao que é exercido pelo chefe do Poder Executivo.

Assim, é plausível assinalar que o exercício da função organizadora das relações sociais e econômicas no contexto das agências regulatórias, originário, portanto, do poder normativo estatal, prescinde, dessa perspectiva, da noção de auto-regulação (MORAES, et al., 2005, p. 159).

Ocorre que o regulamento, enquanto ato estatal que possibilita o fiel cumprimento da lei consiste em competência privativa do Chefe do Poder Executivo, sendo indelegável, exceto pela hipótese do art. 84, inciso VI, “a”, da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, mesmo para as agências que possuem fundamento constitucional, sua competência encontra-se limitada aos regulamentos administrativos ou de organização, de modo que, apenas dizem respeito “às relações entre particulares que estão em situação de sujeição especial do Estado” (DI PIETRO, 2017, p. 247).

Para França (2010) a atividade dessas entidades autárquicas provém da emissão de regulamentos técnicos. Regulamentos são considerados atos administrativos normativos infralegais, com o encargo de atribuir aplicabilidade plena a uma norma antecedente. Regulam o próprio funcionamento do Poder executivo e de seus agentes, representam atos não de legislação, mas de execução.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando os direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Este óbice constitui no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios sem previsão de lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constituiu a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de direito (DI PIETRO, 2017, p. 168).

Doutrinadores defendem que para que haja a efetiva atuação das agências de acordo com o propósito para o qual foram instituídas – normatizadoras de um determinado mercado é necessário que tal entidade tenha certa margem para assim o fazer, ainda que de modo técnico específico. O questionamento doutrinário parte da constitucionalidade da produção de normas e se tal condição é capaz de invadir o campo de atuação exclusiva do Poder Legislativo (FRANÇA, 2010).

Ainda segundo França (2010), tal atividade exercida pelas agências reguladoras, devem obrigatoriamente estar em conformidade com os princípios fundamentais, porém deve-se intentar a ponderação racional dos valores envolvidos, analisando-se cada caso concreto, para então definir se a atividade regulatória, que visa a garantia de proteção do cidadão, pode extrapolar os limites da legalidade estrita.

## **6 I PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

Fundamentando-se nos pensamentos originários de Estado como entidade, baseado nas ideias de Hobbes em sua obra Leviatã, entende-se que os membros que compõem uma determinada coletividade renunciam de parte de sua liberdade e prol de uma autoridade disciplinadora que irá proporcionar sua defesa, segurança e progresso (ARAUJO, 2010,).

Essa autoridade busca atender aos interesses gerais, e por razão desse interesse tem a prerrogativa de ditar regras gerais de comportamento que viabilizam a vida em comunidade (ARAUJO, 2010).

A essa ideia está ligada o princípio da supremacia do interesse público. O primado do interesse público representa a matriz basilar de todos os demais princípios que expressam o Direito Administrativo. Entende-se que a vontade geral é expressa, em sentido amplo, pela lei, sendo assim, estando o Estado sujeito ao interesse público, consequentemente sujeita-se ao princípio da legalidade (ARAUJO, 2010).

A grande conquista da democracia, decorrente das revoluções liberais, foi o Estado também submeter-se ao império da lei, deixando de ser o Estado policialesco dos regimes absolutistas. O Estado e suas autoridades não podem e não devem desobedecer à lei, dogma democrático (“suporta a lei que fizeste”) que visa combater o arbítrio, pois em tese só lei pode criar obrigações para o indivíduo, como expressão da vontade geral, submetendo-se os regulamentos à lei e criando-se mecanismos de controle da legalidade pelos cidadãos, decorrendo ainda desse dogma os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, segundo os quais ninguém pode ser condenado ou punido sem ser ouvido, ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal que a lei prescreve, no qual se assegurem a ampla defesa, o contraditório e os meios e recursos a ele inerentes (ARAUJO, 2010, p. 73).

De acordo com o art. 5º, II, da CF/88, o princípio da legalidade, que se direciona aos particulares, determina que se pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, sendo que somente a lei é capaz de obrigá-los a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Analizando o Art. 5º, II da Constituição Federal, vê-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Destarte, ao especificar com os termos “em virtude de lei”, o legislador constituinte deixou claro que a obrigação de fazer ou não fazer se refere a dispositivo legal. Caso contrário estaria redigido de forma diversa, como “em virtude de lei, decreto, regulamento, resolução, etc.” Assim, não caberia à Administração seja proibir seja determinar conduta de terceiros, a menos que previamente autorizado por lei (MELO, 2011).

Enquanto o art. 37 da mesma Carta, direcionada ao Poder Público, por sua vez determina que o agente público, as autoridades, a Administração, somente poderão fazer aquilo que lei expressamente estipula ou permite, devendo suas ações estar em

conformidade com a lei e o interesse público, de modo que os interesses individuais não prevaleçam.

O princípio da legalidade, diretamente conectado à ideia de separação de poderes em sua forma original, diz respeito à proibição ou obrigação de se praticar algo a menos que haja prévia determinação legal. Esta afirmativa não é de exclusiva aplicação à Administração pública, que embasada no art. 37 da CF, deve praticar aquilo que é expressamente determinado pela lei (ALMEIDA, 2008).

Parte-se do pressuposto que as leis administrativas são de ordem pública, são compostas por “poderes-deveres”, as quais não podem os agentes públicos descumprir. Esta vertente do princípio da legalidade é também conhecida como princípio da legalidade estrita, ou ainda como princípio da restritividade (ARAUJO, 2010).

Em resumo, a legalidade, como princípio da Administração Pública [...], significa que o gestor público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e sujeitar-se às sanções administrativas, cíveis e penais previstas no ordenamento jurídico. (COUTO, 2015, pg.145)

Segundo a ideia de princípio da legalidade estrita é definitivamente vedado à Administração inovar na ordem jurídica por meio de simples atos administrativos. Dessa forma, não pode conceder direitos, criar obrigações, instituir proibições ou impor comportamentos sem que haja o respaldo, determinação ou autorização legal (ARAUJO, 2010).

Vale destacar que não se pode afirmar que o princípio da legalidade estrita resume-se apenas aos agentes públicos, visto que o dispositivo constitucional dirige-se à Administração em si, à atividade administrativa como um todo. O princípio da legalidade apresenta-se como uma espécie de subordinação de todo o funcionamento da administração, em sentido amplo, à lei (ARAUJO, 2010).

Dessa forma, o princípio da legalidade encontra-se, de algum modo, incorporado às agências reguladoras à medida que os poderes lhes são concedidos de modo a reprimir possíveis abusos e desvios de finalidade por parte de seus agentes (ALMEIDA, 2008).

A importância do princípio da legalidade pode ser observada na relevância que se confere aos requisitos de validade, bem como o aparato oferecido pelo ordenamento jurídico como prevenção a desobediência a tal princípio (ARAUJO, 2010).

Tanto o princípio da legalidade na esfera privada, quanto o princípio da legalidade na Administração Pública decorrem do Estado de Direito. Assim, discorre que na prática de atos da administração pública, o gestor público está sujeito aos mandamentos e exigências legais (COUTO, 2015).

## **7 I O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

Para Di Pietro (2011), os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público são essenciais para a construção de todos os outros. O princípio da legalidade teve sua origem com o Estado de Direito e representa uma das garantias fundamentais de observância dos direitos individuais.

Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade (DI PIETRO, 2011, p. 64).

À Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza, de acordo com o princípio da legalidade. Já na esfera das relações existentes entre os particulares, o princípio sobressalente é o da autonomia da vontade, por meio do qual lhes é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Essa ideia foi expressa no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei” (DI PIETRO, 2011, p. 65).

Generalizou-se o entendimento de que o termo “lei” como parâmetro de validade, da qual trata o princípio da legalidade e que submete a Administração Pública, refere-se à lei em sentido formal, excluindo assim a possibilidade e existência do chamado “regulamento autônomo” (BRANDÃO et al., 2009).

Entende-se por lei em sentido formal não apenas as leis ordinárias, mas inclui-se as demais espécies normativas dotadas de *status legal* mencionadas nos incisos II a VII do art. 59 da Constituição (leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) (BRANDÃO et al., 2009).

Assim como em constituições anteriores, a Constituição vigente, nos arts. 5º, inciso II, e 37, define que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Nesta afirmativa consiste o conceito basilar do princípio da legalidade. Por conseguinte, em tese, não é permitido à Administração Pública a concessão de direitos, sejam eles de quaisquer espécies, a criação ou até mesmo imposição de vedações aos seus administrados por meio de simples atos administrativos (DI PIETRO, 2011).

## **8 I CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, em virtude da análise ora realizada, verifica-se que o conceito de agências reguladoras tomou caminhos próprios, desenvolvendo suas próprias características no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, diferenciando-se das instituições norte-americanas que lhes serviram de inspiração. Parte-se do pressuposto

que, no direito brasileiro, comprehende-se por agências reguladoras os órgãos que compõem a Administração Pública e que possuem a função de regular as atividades de interesse público dispondo sobre matéria específica de sua competência.

Essa regulação consiste na estruturação das atividades que serão realizadas por terceiros, e que estão no seu âmbito de expertise, bem como no controle das entidades que atuam nesse domínio. Não obstante, atinamos que não se encontra, no direito brasileiro, legislação específica que discipline a atuação das agências reguladoras, de modo que as leis que as criam são as que estabelecem sua organização, competências específicas e limitações.

Sabe-se que o poder normativo conferido à Administração Pública pode ser exercido por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, que inclusive podem ser elaboradas por autoridades diversas do Chefe do Poder Executivo, sendo que as Agências Reguladoras exercem as suas atividades de controle e fiscalização por meio de tais instrumentos normativos. No entanto, infere-se que, ao menos à princípio, os efeitos de todos estes atos encontram-se limitados à esfera de atuação do órgão que os elaborou, de modo que, não apresentam a mesma abrangência dos regulamentos editados pelo Chefe do Executivo, considerando os termos do princípio constitucional da legalidade.

Com efeito, levando em consideração todo o exposto na presente pesquisa, o ato normativo deve se mostrar subordinado à lei, não podendo contrariá-la, nem mesmo criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades sem a devida previsão legal, caso contrário configuraria ofensa ao princípio da legalidade. O princípio da legalidade na esfera privada, assim como o princípio da legalidade concernente à Administração Pública, decorre do Estado de Direito e se mostram imprescindíveis para o regime jurídico administrativo, haja vista estar a Administração Pública em situação de completa submissão à Lei. Em virtude disso, cumpre reiterar que atos infralegais são terminantemente vedados de inovar inicialmente no ordenamento jurídico.

Por conseguinte, enfatiza-se que compete às agências reguladoras, como entes da Administração Pública que são, apenas a atuação *secundum legem*, estando, até mesmo, impedidas de exercerem atuações *contra legem* ou *praeter legem*, de modo que o estabelecimento das regras gerais de regulação devem ser objeto de lei, cabendo às agências apenas especificar o modo de controle e fiscalização das atividades exercidas pelo particular.

Em suma, cabe ao Poder Legislativo a elaboração do marco regulatório de qualquer atividade de interesse público que seja objeto de realização pelo particular, em sede de delegação, de modo que os regulamentos, de maneira alguma, podem inovar, por meio da criação de direitos e obrigações, direcionados ao particular, a menos que previamente balizados por lei e nos limites dela, sob pena de estarmos todos sujeitos à arbítrios indesejados no âmbito do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O Controle da Atuação das Agências Reguladoras Federais Brasileiras.** 2008. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1214>> Acesso em: 20 jan. 2020
- ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANDÃO, Cláudio et al (org.). **Princípio da Legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5600-4/cfi/51/4/4@0.00:17.9>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília.
- COUTO, Reinaldo. **Direito Administrativo.** 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622791/cfi/145!/4/4@0.00:57.2>> Acesso em: 07 fev. 2020
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública,** 11<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017
- DUARTE, Ana Paula Cordeiro. **Dos Limites das Atribuições da ANEEL.** 2015. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Político Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1144>> Acesso em 08 Jan. 2020.
- FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle da Administração Pública:** Tutela Jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento.. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MORAES, Alexandre de et al (org.). **Agências Reguladoras.** São Paulo: Atlas S.A., 2002. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522474417/cfi/0/4/2@100:0.00>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4303-5/cfi/0/4/2@100:0.00>> Acesso em 11 dez. 2019.

# CAPÍTULO 13

## ANÁLISE DO SERVIÇO ELETRÔNICO DE TRANSPORTE PRIVADO URBANO POR MEIO DE APlicativos e SEUS IMPACTOS JURÍDICOS E CONCORRENCIAIS – ASPECTOS REGULATÓRIOS

Data de aceite: 01/06/2021

**Beatriz Martins Maciel**

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

**Gustavo Ramos Carneiro Leão**

Professor da Universidade Católica de Pernambuco, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Procurador-Chefe da Universidade Federal Rural de Pernambuco (AGU)

**RESUMO:** O sistema econômico dominante, qual seja o capitalismo, baseia-se na livre iniciativa, expressada através de iniciativas disruptivas, sendo o caso da empresa Uber e serviço por ela prestado à sociedade. Ao passo em que a popularidade desta empresa cresce, nota-se imperiosa a regulamentação do Estado sobre tal matéria, vez que a própria comunidade atingida por tais serviços (tanto os consumidores como os motoristas) passa a reclamar sobre a então ausência de leis. Deste modo, o aspecto regulatório desta pesquisa busca analisar os impactos urbanos causados pelo serviço prestado pela empresa Uber e como a normatização pode diminuir, ou não, eventuais externalidades, usando, para isto, o método de estudo comparativo, no qual foram analisadas as leis de regulamentação do Táxi e do Uber presentes no ordenamento jurídico nacional, concluindo-se que o serviço da Uber, por possuir características diferentes àquelas do Táxi, não

fere, pois, o monopólio legal deste último, bem como a forte tendência pela desregulamentação deste serviço em vista dessa ausência de concorrência.

**PALAVRAS - CHAVE:** UBER. TÁXI. REGULAMENTAÇÃO. BRASIL. LEGISLAÇÃO.

**ANALYSIS OF THE ELECTRONIC URBAN PRIVATE TRANSPORTATION SERVICE THROUGH APPLICATIONS AND ITS LEGAL AND COMPETITIVE IMPACTS - REGULATORY ASPECTS**

**ABSTRACT:** The dominant economic system, namely capitalism, is based on free enterprise, expressed through disruptive initiatives, as is the case of Uber and the service it provides to society. As the popularity of this company increase, it is imperative that the State regulate this matter, since the community affected by such services (both consumers and drivers) start complaining about the lack of laws. Thus, the regulatory aspect of this research seeks to analyze the urban impacts caused by the service provided by Uber and how regulation can reduce, or not, eventual externalities, using the method of comparative study, in which the laws regulating Taxi and Uber present in the national legal system were analyzed, concluding that Uber's service, by having different characteristics to those of Taxi, does not hurt the legal monopoly of the latter, as well as the strong tendency for deregulation of this service in view of this lack of competition.

**KEYWORDS:** UBER. TAXI. REGULATION. BRAZIL. LAWS.

## **1 | INTRODUÇÃO**

O capitalismo tem como um de seus alicerces a livre iniciativa. O surgimento de aplicativos de transporte privado nada mais é do que uma representação deste princípio. Juntamente com essas inovações tecnológicas, a necessidade do Estado de regulamentar tais atividades se torna mais eminente e, algumas vezes, a própria população reclama por isso, como é o caso da empresa Uber e sua atividade no território nacional. O aspecto regulatório desta pesquisa busca analisar os impactos urbanos causados por este serviço e como a normatização pode diminuir, ou não, as eventuais externalidades.

Recentemente, foi aprovada a Lei de nº 13.640 de 2018 que tem como proposta a regulamentação desses serviços. Além disso, no âmbito do Município do Recife, existe a Lei nº 18.176 de 2015 que dispõe sobre a operação, administração ou uso de software aplicativo destinado à oferta, contratação ou intermediação de serviço individual de transporte de passageiro, e o Decreto nº 29.558 de 2016 que regulamenta essa lei. Cabe análise, também, das normas que tratam do serviço do Táxi, as Leis Municipais nº 17.537 de 2009 e nº 12.914 de 1977 e da Lei da Mobilidade Urbana Nacional (Lei nº 12.587 de 2012) para eventuais comparações a fim de pontuar as diferenças que existem em ambos os serviços.

Ademais, o estudo do relatório do CADE (001/2018, 2018) foi relevante para apontar soluções ao conflito *particular versus público* e seu impacto urbano, sendo o estudo comparado entre as leis de regulação do Táxi e do Uber o meio pelo qual foi verificada a natureza de ambos os serviços, destacando-se o aspecto intertemporal das leis, tendo em vista que uma das leis que regulamenta o serviço do Táxi é de 1977.

## **2 | RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### **2.1 Da Natureza dos Serviços**

O problema da pesquisa consiste em determinar a natureza do serviço do UBER e do Táxi para assim saber se é possível ocorrer uma confusão entre ambos e se há possibilidade de quebra do monopólio dos taxistas, legalmente constituído em razão do tipo de atividade por eles exercida.

Antes de adentrar no mérito da pesquisa, é necessário deixar claro que haverá alguns cortes epistemológicos. O conceito de serviço que será adotado aqui é o que diz respeito ao direito tributário. Segundo o autor Felipe Silvestre Lacerda Bastos (2017, p.171-173), “o conceito de serviço para fins de ISS deveria ser buscado na noção de obrigação de fazer do Direito Civil”.

Quanto ao cerne da pesquisa, para podermos determinar a natureza de qualquer serviço, precisamos analisar as normas que tratam deste assunto. A Lei de nº 17.537/2009 juntamente com a Lei de nº 12.914/1977, ambas da cidade do Recife, tratam sobre a

exploração do sistema municipal de Táxi. Elas foram a base teórico-jurídica utilizada para definir o significado do labor dos taxistas para a Administração Pública.

A primeira lei citada define, em seu artigo primeiro, o serviço do Táxi como “transporte de passageiros em veículos automotores, provido de caráter de utilidade pública [...]”. A lei de 1977 estabelece que se entende por táxi “o veículo automotor destinado ao transporte de passageiros, com retribuição aferida por meio de taxímetro possuidor de bandeira rotativa [...]” no § 1º do seu artigo 1º. Ou seja, os taxistas prestam serviço público, por ser atividade de titularidade do Poder Público e só podem atuar se este o permitir, de transporte particular, pois atendem uma demanda por vez e coletivo, pois circulam nas ruas a procura de passageiros.

Para delimitar a natureza do serviço do Uber (e afins), foram observadas a Lei nº 13.640/2018 (de âmbito nacional), recentemente aprovada pelo Poder Legislativo, e a Lei nº 18.176/2015, em companhia com o seu Decreto regulamentador de nº 29.558/2016 (de âmbito municipal do Recife).

Quanto à Lei 13.640/2018, importante destacar pequenos trechos que embasam a hipótese dessa pesquisa, como em seu artigo 2º, que altera o artigo 4º da Lei de Mobilidade Urbana - Lei nº 12.587/2012 - passando a ter tal redação “X – transporte remunerado privado individual de passageiros: [...] não aberto ao público [...]”, como também a faculdade em regular dada aos Municípios e ao Distrito Federal no artigo 3º, que modifica o artigo 11-B da Lei 12587/2012, “o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros [...] nos municípios que optarem pela sua regulamentação [...]”.

A legislação municipal do Recife não delimita com precisão o que entende por “software destinado à oferta, contratação ou intermediação de serviço individual de transporte de passageiros”, mas levanta condições para esse tipo de serviço que merecem ser apreciadas. O artigo 1º, § 1º do Decreto nº 29.558/2016, determina que “o serviço individual de transporte remunerado de passageiro somente poderá ser prestado por pessoas físicas ou jurídicas que [...] integram o Serviço Municipal de Táxi do Recife - SMTX/ Recife” além de ter, necessariamente, cadastro (renovado anualmente) na Companhia de Trânsito e Transporte Urbano do Recife – CTTU. Cabe ressaltar que as normas municipais que estão sendo estudadas aqui são anteriores a proposta de lei aprovada no ano de 2018, o que, provavelmente, lhes ocasionará mudanças.

A análise de mercado feita pelo Economista-Chefe do CADE, Luiz Alberto Esteves, (2015, p.15) afirma que o Uber não concorre com os espaços dedicados aos pontos de taxi (*rank hiring*) e nem circula pelas vias públicas em busca de passageiros (*hailing*), operando somente no segmento de transporte porta a porta (*pre-booking*), o que significa dizer que, apesar de concorrerem em apenas um segmento, o serviço do Uber não quebra o monopólio estatal do Táxi. Luiz Alberto Esteves também levanta um estudo feito por Juan Francisco Saldaña (ESTEVES, 2015, p.25-26) no qual conclui que o Táxi não concorre com o transporte público, mas o complementa a medida em que tal serviço era tomado

pelos consumidores com o intuito de chegar ao metrô, ao aeroporto ou para quem não tem carro. Tal pesquisa foi feita em Nova Iorque, no ano de 2012.

A conclusão dessa análise de mercado retrata a falta de necessidade em regulamentar os serviços de transporte individual de passageiros e a conveniência da desregulamentação do serviço do Táxi, pois o motivo pelo qual viu-se inevitável a sua regulação foi a assimetria de informações que faz parte de tal atividade, como, por exemplo, o não conhecimento prévio do motorista, o desconhecimento da avaliação feita por outros usuários do serviço prestado por ele e das condições do carro, enquanto o aplicativo Uber por si só já reduz estas precariedades.

O último texto que foi utilizado para fundamentar a hipótese dessa pesquisa (AZEVEDO *et al*, 2017) afirma que o motivo pelo qual os taxis foram regulamentados, a assimetria de informações, inexiste na atividade prestada pelo Uber, pois a própria plataforma supre tal defeito (AZEVEDO *et al*, 2017, p. 4-5). E que tal atividade privada não se confunde com o serviço público, pois aquele não aceita passageiros na rua por um sinal por gesto e, tampouco, tem privilégios tributários como os taxistas, sendo assim, o Uber não se caracteriza como transporte público a medida em que não é “aberto ao público em geral”, sendo assim a sua atuação em um mercado até então inexistente, surgindo com a viabilidade oferecida pelos *smartphones* com GPS e a plataforma que aproxima a demanda da oferta (AZEVEDO *et al*, 2017, p. 9).

Diante todo o exposto, cabe a construção de tal tabela:

Quanto a natureza do serviço	
UBER	TÁXI
Serviço privado	Serviço público
Individual: não está aberto ao público em geral, pois roda pela cidade a procura de passageiros (é solicitado o seu serviço através da plataforma digital) e não possuem prerrogativas públicas;	Coletivo: está aberto ao público em geral, pois circula nas ruas a procura de passageiros e possuem prerrogativas públicas;
Particular: aceita uma demanda por vez.	Particular: aceita uma demanda por vez.

## 2.2 Do Impacto na Mobilidade Urbana

A mobilidade urbana consiste na facilidade de deslocamento das pessoas e bens no espaço urbano e a interação resultante dessa facilidade (BARROS, 2016). Portanto, vai além do transporte, mas este tem fundamental papel nos moldes de uma cidade.

Um dos motivos para a necessidade de se regular o serviço de Táxi foi a produção das chamadas externalidades negativas que são inerentes a esse tipo de atividade. Tais externalidades são: o congestionamento do tráfego, a poluição atmosférica e a demanda

negativa (Kang, 1988 e OFT, 2003 *apud* Dias, 2007). Por ser notável o impacto danoso na mobilidade urbana causado por tal serviço, viu-se ser necessário que o Estado estivesse controle sobre tal situação fática, apesar da regulamentação torna-lo mais caro e mais rígido.

No caso do Uber, percebe-se que a legislação recentemente aprovada modifica, justamente, a Lei Nacional de Mobilidade Urbana e por isso é facultativo aos municípios regular tal atividade, pois cabe ao poder público municipal analisar se há externalidades negativas que impactam a edilidade à qual é competente para administrar.

Até o presente momento, segundo novo estudo do CADE (2018, p.22-23), 26 municípios brasileiros regulamentaram o Uber, sendo 23 destas depois do ano de 2017. O município de Recife mantém-se inerte quanto a este assunto. Por conseguinte, o presente estudo fez analogia entre municípios com realidades de mobilidade urbana semelhantes.

O critério escolhido para comparação foi a pesquisa feita pelo Índice 99 de Tempo e Viagem (JORNAL DO COMMERCIO, 2018) que elencou os piores trânsitos do Brasil. Nesta pesquisa, Recife encontra-se em primeiro lugar, seguido de Porto Alegre, que possui regulamentação própria sobre o Uber (CADE, 2018, tabela A3), a Lei de n. 12.162/2016 e o Decreto n. 19.700/2017.

Na análise da exposição de motivos desta lei, o prefeito, que teve a iniciativa legislativa, diz que a regulamentação se faz necessária pois todo tipo de transporte urbano é de interesse público, até mesmo aqueles que são eminentemente privados (Exposição de Motivos PLE 14, 2016), e fundamenta tal argumento na própria lei nacional de mobilidade urbana, nos artigos 4º, incs. I, II, VIII e X, 18 e 22, incs. I e VII1. Logo, por ser, então, de interesse público, o município tem o dever de fiscalizar e tributar tal serviço, com o objetivo de garantir segurança ao usuário. Foi constatada na motivação da PLE que a natureza do serviço do UBER não se confunde com a do serviço do Táxi, portanto não se justifica a regulamentação pela confusão. Entretanto, é notável que o principal motivo é a designação

que o poder público municipal fez ao interpretar que a faculdade que é estabelecida pela Lei 1 Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II - mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;

(...)

VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas;

(...)

X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares;

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I - planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano;

Art. 22. Consideram-se atribuições mínimas dos órgãos gestores dos entes federativos incumbidos respectivamente do planejamento e gestão do sistema de mobilidade urbana:

I - planejar e coordenar os diferentes modos e serviços, observados os princípios e diretrizes desta Lei;

(...)

VII - combater o transporte ilegal de passageiros.

Nacional de Mobilidade Urbana “vincula” e, consequentemente, obriga a regulamentação desse serviço pelo simples fato deste ser uma espécie da categoria “transporte motorizado privado”. No Parecer conjunto nº 16/16 da CCJ/CEFOR/CUTHAB/CEDECONDH/COSMAM (Exposição de Motivos PLE 14, 2016) as comissões reforçam o que foi afirmado pelo prefeito do município de Porto Alegre.

Em 2017 foi criado um novo Projeto de Lei Municipal com iniciativa também do Poder Executivo de Porto Alegre, para alterar a tal lei regulamentadora citada acima. Esse PLE de nº 16/17 tem como um de seus objetivos, de acordo com a Exposição de Motivos (2017, p.1), preencher “lacunas e entendimentos imprecisos que dificultavam a sua regulamentação, inviabilizando o cadastramento de empresas interessadas em prestar a atividade”, sendo este o único motivo que interessa para esta pesquisa. Esta falha normativa se deu justamente pelo critério de caracterização de serviço de interesse público escolhido pelo município. O prefeito alega no relatório que houve dificuldade em regulamentar tais serviços pois a denominação “transporte motorizado privado e remunerado de passageiros”, prevista no art. 4º, inc. X, da Lei nº 12.587/2012 (Lei Nacional da Mobilidade Urbana), abrange serviços que vão além daqueles que são objetos da lei em questão, e sugere que para sanar tal defeito deve-se ser acrescentada a expressão “categoria Aplicações de Internet” nos respectivos artigos que tal projeto pretende alterar.

Torna-se claro que a motivação teve cunho estritamente político, não havendo a catalogação das externalidades negativas que ocorreram (ou não) no município de Porto Alegre após a entrada do aplicativo Uber em tal localidade para assim demonstrar a necessidade da interferência estatal em tal serviço. Por essa razão, torna-se praticamente impossível determinar qual a interferência do Uber na cidade analisada e a possível causa de uma futura regulamentação no município de Recife, pois a política não é um fator certo e repetitivo.

Seguindo a lista de municípios aqui utilizada para fazer um comparativo com a cidade recifense, em terceiro lugar encontra-se o município de Salvador, que não possui legislação referente ao Uber.

Em quarto lugar está posicionado o município que mais legislou sobre tal matéria, São Paulo. No dia 13 de maio de 2018 foi solicitado à câmara municipal paulista a exposição de motivos do Decreto nº 56.981/2016, que regulamenta este serviço. No dia 18 de maio de 2018 a ouvidoria deste município comunicou que a solicitação havia sido encaminhada para Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes e para a Prefeitura de São Paulo. Até o presente momento não houve respostas de nenhum desses dois últimos órgãos públicos.

Restou a análise no âmbito nacional, de acordo com o estudo do CADE (2018), em um espaço territorial de 5570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios, no qual o Uber atua em 100 (cem) desses (UBER, 2018), 26 (vinte e seis) regulamentaram tal serviço. Dessas 26 (vinte e seis) cidades, somente 3 (três) o fizeram após a vigência da lei nacional

que facilita tal fiscalização do Poder Público. Ou seja, em porcentagens, antes de 2018 (ano que começa a vigência da Lei do Uber), 23% dos municípios que possuem a atuação do serviço do Uber haviam regulamentado tal serviço e, com o advento da lei nacional, este número cresce para 26%, caracterizando, deste modo, um crescimento extremamente lento quanto à intervenção estatal nesta matéria.



Fonte: do próprio autor.

### 3 | CONCLUSÕES

A hipótese inicial desta pesquisa era que o Uber se configuraria como serviço de carona paga enquanto o Táxi seria um serviço público, portanto não haveria a possibilidade de ferir o monopólio legalmente designado aos taxistas.

Após análise de estudos que tratam sobre este assunto e, principalmente, da leitura das leis regulamentadoras, percebe-se que o serviço do Uber não se trata de uma carona paga, como se acreditava, mas sim de um transporte individual particular. A diferença entre as classificações consiste em que o serviço de carona paga pressupõe que o motorista não está à disposição do cliente, entretanto ele está indo para o mesmo local e por tanto pode oferecer o seu carro para leva-lo, o que não condiz com o labor prestado pelos motoristas do aplicativo Uber, pois estes aceitam trajetos predestinados pelo próprio cliente.

Como visto no tópico anterior, o serviço de aplicativos softwares destinados a oferta, contratação ou intermediação de serviço individual de transporte de passageiros pode ser definido como privado, individual e particular. Como sua natureza difere daquela do serviço do táxi, não seria correta uma regulamentação justificada por este aspecto. Assim entendeu o Congresso Nacional, quando aprovou a Lei nº 13.640/2018 que modifica a Lei de Mobilidade Urbana e facilita a regulamentação do serviço do Uber.

Ao passo em que o texto da Lei nº 13.640/2018 afirma que ela modifica a redação da Lei nº 12.587, a Lei da Mobilidade Urbana, implica afirmar que a regulamentação de tal serviço se dá pelas eventuais externalidades que ele possa provocar, como aumento do

trafego urbano, expansão ou diminuição do tamanho da cidade (conhecido como *sprawl* urbano), entre outros. Portanto, não há no que se falar na natureza do serviço e nem da possível concorrência com o serviço de Táxi municipal. Além disso, quando a proposta facilita aos legisladores municipais a regulamentação ou não de aplicativos que oferecem tal meio de transporte, fortifica ainda mais a tese de que a natureza dessa atividade não colide com o ordenamento jurídico específico do Táxi, pois se assim o fosse, deveria ser obrigatória a intervenção estatal, uma vez que o serviço municipal prestado pelos taxistas possui exclusividade dada à eles por força de lei.

Portanto, a hipótese inicial se manteve parcialmente, alterando apenas a ideia que se tinha sobre o âmago do serviço aqui estudado, mas mantendo-se o entendimento de que não ocorre a quebra do monopólio.

Deste modo, ao analisar o gráfico e as porcentagens, apesar da faculdade aberta aos municípios para a regulamentação do Uber, é possível afirmar que não existe uma forte tendência de intervenção estatal neste serviço. Logo, induz-se que a desregulamentação se encontra mais forte no âmbito nacional do que a regulamentação, fenômeno este não tão comum no Brasil, que possui um grande histórico de intervenções nas atividades privadas. Tal fato acontece pela capacidade do mercado ao qual o Uber está inserido (economia compartilhada), que viabiliza a supressão das falhas que o poder legislativo municipal deveria assim o fazer por meio de normas regulamentadoras.

Como bem sugere o CADE (2018, p.45), a desregulamentação gradativa do serviço do Táxi é matéria a ser pensada após estar comprovado que os motivos pelo qual tal atividade econômica sofreu interferência não existem nos aplicativos de transporte privado, pois a própria plataforma os supre (CADE, 2018, p.23). Tal análise econômica (CADE, 2018, p.45) conclui que aliviar a regulamentação dos chamados radiotáxis (Táxis que participam de plataformas de software semelhantes ao do Uber) poderia trazer benefícios para o consumidor “em termos de serviços mais inovadores, com melhor qualidade e segurança, menores preços e mais opções de escolha” além de incentivar a concorrência dessa categoria de aplicativos que fazem a intermediação entre os motoristas e os potenciais clientes.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Furquim et al. **Uber**: o dilema de crescer com uma inovação disruptiva. Site. Disponível na internet: <https://www.insper.edu.br/casos/colecao-ae/uber-o-dilema-de-crescer-com-uma-inovacao-disruptiva/>. Acesso em: 04 de outubro. 2017.

BARROS, Judith Jeine França. **Democracia Participativa e Direito à Cidade**: uma análise do direito fundamental à mobilidade urbana e ao transporte a partir da experiência recifense. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2016.

BASTOS, Felipe Silvestre Lacerda. **ISS: Construindo um conceito constitucional de serviço**. 1.ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. 304p.

BRASIL. **Lei nº 12.587/2012**: Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Site. Disponível na internet: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm). Acesso em: 04 de outubro. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.640/2018**: Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Site. Disponível na internet: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13640.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13640.htm). Acesso em: 26 de abril. 2018.

CADE (001/2018). **Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil**: a entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?. Site. Disponível na internet: [www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf/view). Acesso: 24 de abril. 2018.

DIAS, F. A. O. (2007). **Serviço de Táxi**: Elementos para um Novo Modelo Regulatório. Dissertação de Mestrado, Publicação T.DM-010A/2007, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília p. 98.

ESTEVES, Luiz Alberto (2015). **O Mercado de Transporte Individual de Passageiros**: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Documento de Trabalho do Cade, 001/2015 (a ser publicado em Revista de Direito Administrativo).

JORNAL DO COMMERCIOS (2018). **Recife, a capital com o trânsito mais lento do País – de novo**. Site. Disponível na internet: <http://jc.ne10.uol.com.br/blogs/deolhonotransito/2018/03/27/recife-capital-com-o-transito-mais-lento-do-pais-de-novo/>. Acesso: 26 de abril. 2018.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 19.700/2017**: Regulamenta a Lei Municipal nº 12.162, de 9 de dezembro de 2016, que dispõe sobre o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros. Site. Disponível na internet: <http://leismunicipa.is/qfbvc>. Acesso: 26 de abril. 2018.

PORTO ALEGRE. **Exposição de Motivos PLE 14/16**. Site. Disponível na internet: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/128599>. Acesso: 02 de maio. 2018.

PORTO ALEGRE. **Lei nº 12.162/2016**: Dispõe sobre o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros [...]. Site. Disponível na internet: <http://leismunicipa.is/keoav>. Acesso: 26 de abril. 2018.

PORTO ALEGRE. **Projeto de Lei do Executivo nº 16/2017**: Altera o *caput* do art. 21 da Lei n. 8.133, de 12 de janeiro de 1998; a ementa; o art. 1º; o *caput* do art. 2º; o *caput*, o parágrafo único, renumerando-o para §1º, e seus incs. do art. 3º; o *caput* e o §4º do art. 4º; o inc. II do *caput* e o inc. II do §1º do art. 5º; o *caput* do art. 7º; o art. 8º; o *caput* do art. 9º; a al. d do inc. I e a al. d do inc. II do art. 11; os incs. II, III e IV do art. 21 e o parágrafo único do art. 37, inclui o §2º no art. 3º; os §§ 6º e 7º no art. 4º e o art. 21-A, e revoga o inc. VIII do *caput* e o inc. I do § 1º do art. 5º e o art. 13, todos na Lei nº 12.162, de 9 de dezembro de 2016, que dispõe sobre o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros. Site. Disponível na internet: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/132357>. Acesso: 2 de maio. 2018.

**RECIFE. Decreto nº 29.558/2016:** Regulamenta a Lei nº 18.176, de 28 de outubro de 2015, que dispõe sobre a operação, administração ou uso de software destinado à oferta, contratação ou intermediação de serviço individual de transporte de passageiros no Município do Recife. Site. Disponível na internet: <http://leismunicipa.is/ubqnt>. Acesso em: 20 de setembro. 2017.

**RECIFE. Lei nº 12.914/1977:** Fixa normas para a exploração de serviços de Táxis e adota outras providências – versão consolidada (19/11/1985). Site. Disponível na internet: <http://leismunicipa.is/sojhb>. Acesso em: 20 de setembro. 2017.

**RECIFE. Lei nº 17.537/2009:** fixa normas para a exploração do sistema municipal de táxi no Município do Recife. Site. Disponível na internet: <http://leismunicipa.is/okdsh>. Acesso em: 20 de setembro. 2017.

**RECIFE. Lei nº 18.176/2015 (Regulamentada pelo Decreto nº 29.558/2016):** dispõe sobre a operação, administração ou uso de software aplicativo destinado à oferta, contratação ou intermediação de serviço individual de transporte de passageiro no município do Recife. Site. Disponível na internet: <http://leismunicipa.is/knfqu>. Acesso em: 31 de agosto. 2017.

**UBER. Descubra quais cidades do Brasil têm Uber.** Site. Disponível na internet: <https://www.uber.com/pt-BR/blog/em-quais-cidades-a-uber-esta-no-brasil/>. Acesso em: 29 de junho. 2018.

# CAPÍTULO 14

## TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO DE BENS E SERVIÇOS: VANTAGENS, DESVANTAGENS E A ALTERNATIVA SUBSTITUTIVA DE TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 08/03/2021

**Paulo Matheus do Carmo Costa**

Universidade Católica de Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/6012234442739359>

**Hélio Silvio Ourém Campos**

Universidade Católica de Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/1508584545879443>

**RESUMO:** O presente trabalho trata da tributação sobre o consumo, que é a principal marca da tributação brasileira, sendo responsável por uma arrecadação equivalente a 15,71% do PIB em 2017. A tributação sobre o consumo faz parte do paradigma de tributação atual no Brasil e representa mais da metade da carga tributária total, correspondendo a 48,44% da arrecadação total. O paradigma tributário atual, no Brasil, faz com que o produto arrecadado com tributos sobre o patrimônio e sobre a renda seja muito aquém daquele quantum tributado por países considerados como desenvolvidos. A captação de impostos sobre consumo na arrecadação tributária do Estado Brasileiro é de cerca de 48,44% do total, enquanto a média mundial gira em torno de 33%, segundo a OCDE, o que talvez signifique que o Brasil caminha na contramão do desenvolvimento. O assunto necessita de uma atenção especial e um ponto importante expressa esta necessidade: a tributação sobre a renda (19,22% da arrecadação) e sobre o patrimônio no Brasil (4,58% da arrecadação) é

bastante baixa quando comparada ao ‘quantum’ incidente sobre o consumo e à carga tributária por base de incidência em países desenvolvidos. No que concerne à metodologia foram utilizados, quanto à abordagem do problema, a metodologia qualitativa e quantitativa. A coleta de dados teve como propósito analisar as características, fatores e variáveis que se relacionam com o fenômeno da tributação sobre a renda, sobre o consumo e sobre o patrimônio no Brasil.

O trabalho foi desenvolvido com o propósito de analisar os aspectos jurídicos e econômicos referentes ao modelo de tributação atual no Brasil, perscrutando com mais afinco, especificamente, a tributação incidente sobre o consumo, abordando os vários aspectos que a envolvem, suas vantagens e desvantagens e a concretude jurídica e econômica de sua substituição por uma majoritária tributação sobre a renda.

**PALAVRAS - CHAVE:** 1- Tributação sobre o consumo 2- Tributação sobre a renda 3-Regressividade e progressividade.

**TAXATION ON THE CONSUMPTION OF GOODS AND SERVICES:  
ADVANTAGES, DISADVANTAGES AND THE SUBSTITUTIVE ALTERNATIVE OF TAXATION ON INCOME**

**ABSTRACT:** This paper deals with consumption taxation, which is the main mark of Brazilian taxation, being responsible for a collection equivalent to 15.71% of GDP in 2017. Taxation on consumption is part of the current taxation paradigm in Brazil and represents more than half of the total tax burden, corresponding to 48.44% of the total tax collection. The current

tax paradigm, in Brazil, makes the product collected with taxes on the patrimony and on the income to be far below that quantum taxed by countries considered as developed. The capture of consumption taxes in the tax collection of the Brazilian State is about 48.44% of the total, while the world average revolves around 33%, according to the OECD, which perhaps means that Brazil is going against the development. The subject needs special attention and an important point expresses this need: the taxation on income (19.22% of the collection) and on the patrimony in Brazil (4.58% of the collection) is quite low when compared to the ‘quantum’ ‘incident on consumption and tax burden based on incidence in developed countries. Regarding the methodology, the qualitative and quantitative methodology were used to approach the problem. The purpose of data collection was to analyze the characteristics, factors and variables that relate to the phenomenon of taxation on income, consumption and wealth in Brazil. The work was developed with the purpose of analyzing the legal and economic aspects related to the current taxation model in Brazil, looking more closely, specifically, the taxation on consumption, addressing the various aspects that involve it, its advantages and disadvantages and the legal and economic concreteness of its replacement by a majority tax on income.

**KEYWORDS:** 1- Taxation on consumption 2- Taxation on income 3-Regressivity and progressivity.

## 1 | INTRODUÇÃO

A tributação sobre o consumo é a principal marca do paradigma de tributação brasileiro, sendo responsável por uma parcela da carga tributária equivalente a 15,71% do produto interno bruto de 2017, segundo estudos feitos pela Receita Federal em 2018 (RECEITA FEDERAL, 2018). A tributação sobre o consumo faz parte do paradigma de tributação atual no Brasil e representa mais da metade da carga tributária total, correspondendo a 48,44% da arrecadação total (RECEITA FEDERAL, 2018).

A tributação sobre o consumo, no Brasil, é composta, à priori, por três impostos: o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) e o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Segundo Gassen, Sales D'Araújo e F. Paulino (2013) essa espécie tributária tem como uma de suas principais características a repercussão econômica na cadeia de consumo, fazendo com que a transferência do ônus tributário seja imposta ao consumidor final (contribuinte de fato) através de uma inserção do tributo no preço do bem ou serviço, como um custo adicional inerente ao bem de consumo.

A estrutura de incidência dos tributos no Brasil deixa os tributos sobre o patrimônio e sobre a renda muito aquém daquele quantum arrecadado ou tributado por países considerados como desenvolvidos. A captação de impostos sobre consumo na arrecadação tributária no Brasil é de cerca de 48,44% do total (RECEITA FEDERAL, 2018), enquanto a média mundial gira em torno de 33% (OCDE, 2018), o que talvez signifique que o Brasil caminha na contramão do desenvolvimento.

O assunto necessita de uma atenção especial e dois pontos importantes expressam esta necessidade: a tributação sobre a renda (19,22% da arrecadação) e sobre o patrimônio no Brasil (4,58% da arrecadação) são bastante baixas quando comparadas ao ‘quantum’ tributário incidente sobre o consumo, e também comparado à carga tributária por base de incidência em países desenvolvidos. A captação de impostos através de uma majoritária tributação sobre o consumo se revela propulsionadora da má distribuição de renda e desigualdade social.

Com base nos dados estatísticos fornecidos pela Receita Federal (2018) é possível atribuir-se a razão de ser da atual e dispendiosa carga tributária sobre o consumo no Brasil (15,71% do PIB) à baixa carga tributária sobre a renda (6,23% do PIB) e sobre a propriedade (1,49% do PIB). O estudo da Receita Federal (2018) informa a composição da carga tributária de vários países, dentre os quais se destaca: os EUA 12,7% Renda, 2,7% Propriedade; a Suíça 13% renda, 1,9 % propriedade, 6% consumo; o Canadá 15% renda, 3,8% propriedade, 7,4% consumo; o Reino Unido 11,9% renda, 4,2% propriedade, 10,7% consumo; Alemanha 12% renda, 1,1%propriedade, 10,2% consumo; Espanha 9,4% renda, 2,6 propriedade, 9,8% consumo. Estes dados trazem o questionável fato de que se os percentuais da carga tributária por base de incidência, no Brasil, migrassem para o mesmo nível dos países desenvolvidos, talvez o percentual de participação dos impostos sobre o consumo revelariam-se em vertiginosa queda.

O presente estudo pretende avaliar os aspectos jurídicos e econômicos referentes ao paradigma de majoritária tributação sobre o consumo vigente no Brasil, abordando os vários aspectos que a envolvem, suas vantagens e desvantagens, principais assimetrias e distorções e a concretude jurídica e econômica de sua substituição por uma majoritária tributação sobre a renda.

## 2 I A CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO

Segundo Luchiesi Jr, De Jesus Maria (org.) (2010), a noção de carga tributária se expressa através da relação entre o volume de recursos que o Estado extrai da sociedade sob a forma de impostos, taxas e tarifas a pretexto de sustentar atividades estabelecidas como sendo de sua responsabilidade.

A tributação sobre o consumo, por sua vez, compõe a carga tributária geral acima explicitada - sendo responsável pela parte mais significativa dela - e se caracteriza por onerar as relações de consumo de bens e serviços. A referida é formada pelos seguintes tributos: ICMS, IPI, ISS, PIS/COFINS, IOF.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é um tributo de competência estadual, sendo o tributo mais relevante no que toca ao *quantum* arrecadado no Brasil - atualmente responsável por 20,73% de toda a arrecadação (RECEITA FEDERAL, 2017) - sendo o tributo responsável por onerar o consumo de bens e os serviços de transporte

interestadual e intermunicipal e de comunicação. As principais características do ICMS são: a incidência indireta, a não cumulatividade, a possibilidade de ser seletivo de acordo com a essencialidade da matéria tributada e a fixação das alíquotas considerando a natureza da operação, se interna ou interestadual (GASSEN; SALES D'ARAÚJO; F. PAULINO, 2013). Este tributo tem papel fundamental na arrecadação, sendo, dentre todos os outros que oneram o consumo, o tributo com maior capacidade arrecadatória, tendo nos últimos dez anos uma arrecadação que equivale a aproximadamente 7% do produto interno bruto brasileiro (SASCHIDA, 2017) e 20% da arrecadação total (RECEITA FEDERAL, 2018).

O Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) é um tributo de competência da União - responsável por 2,21% da arrecadação (RECEITA FEDERAL, 2018) – classificado como tributo indireto e tem por fato gerador a industrialização de determinado bem. O seu cálculo é feito com base na Tabela de Incidência de IPI e as suas principais caracterísitcas são: seletividade com relação à essencialidade do bem; não-cumulatividade e incidência apenas sobre o consumo (BRASIL, 1988).

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é um tributo cuja competência foi reservada aos municípios e ao Distrito Federal, é um tributo de natureza residual, pois incide sobre serviços que não sejam objeto de ICMS. Os serviços enquadrados pelo ISS estão especificados na (LC) 116/2003. O seu cálculo é feito com base no preço do serviço, suas alíquotas variam de 2% a 5% e o arrecadado com este imposto representa 2,65% do total (RECEITA FEDERAL, 2018).

O Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro (IOF) é um imposto federal, ou seja, de competência da União. Os objetivos da aplicação desse imposto são o acompanhamento e a regulação das operações financeiras, assim como estimular ou coibir as operações de crédito. As alíquotas do IOF variam de 0,38% a 6,38% a depender do tipo de operação financeira e a arrecadação deste tributo representa 1,63% do total (RECEITA FEDERAL, 2018).

O Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – (PIS/PASEP) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), são dois tributos previstos pela Constituição Federal (1988) nos artigos 195 e 239. O PIS e a COFINS incidem sobre a receita bruta das empresas (pessoas jurídicas), exceto os microempreendedores e empresas de pequeno porte. O PIS e a COFINS possuem dois sistemas de tributação: regimes: cumulativo e não cumulativo e a partir dessa divisão as alíquotas variam. O PIS representa 2,76% do total arrecadado, enquanto a COFINS representa 10,42% (RECEITA FEDERAL, 2018).

### **3 | CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE O PATRIMÔNIO**

A carga tributária brasileira é composta por diversas espécies tributárias, dentre elas estão os tributos que incidem sobre o patrimônio e os tributos sobre encargos sociais. A

carga tributária sobre o patrimônio representa, segundo estudos feitos pela Receita Federal (2017), 4,58% da arrecadação total e corresponde a 1,49% do PIB (RECEITA FEDERAL, 2018). Os principais impostos que incidem sobre o patrimônio são o ITR, o IPTU, o IGF e O IPVA.

O Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) é um tributo que incide sobre a propriedade territorial rural que tem previsão no art 153, inciso VI da nossa Magna Carta (CF/88) e regulamentação prevista no Código Tributário Nacional, artigos 29 – 31 (LUCHIESI JR, DE JESUS MARIA, 2010). É contribuinte o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. Este tributo representa 0,06% do total arrecadado (RECEITA FEDERAL, 2018).

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é um imposto que incide sobre a propriedade urbana, competindo ao município onde está localizado a propriedade arrecadá-lo. Desde a emenda constitucional 29/2000 o IPTU pode ter alíquotas progressivas em razão do valor, localização e uso do imóvel. Segundo a Receita Federal (2018), este tributo representa 1,8% do total arrecadado.

O Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF) possui previsão constitucional que estabelece a competência à união federal, que deverá instituí-lo por lei complementar. Porém este tributo até hoje não foi instituído

O Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) incide sobre a propriedade de veículos automotores ao qual seja exigido emplacamento, há de ser pago anualmente pelo proprietário e a competência de arrecadação é estadual/distrital, pertencendo sua arrecadação integralmente à unidade federativa onde o veículo está matriculado. Este tributo, por sua vez, representa 1,9% do total arrecadado (RECEITA FEDERAL, 2018).

## 4 | CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE A RENDA

A tributação sobre a renda, segundo estudos feitos pela Receita Federal (2017), corresponde a 18,22% da arrecadação total e 5,91% do PIB, sendo o Imposto de Renda Retido na Fonte (sistematica de arrecadação do IRPF com base nos proventos pagos por pessoa jurídica) responsável por 11,44% do total arrecadado (RECEITA FEDERAL, 2018).

A carga tributária sobre a renda é composta, no Brasil, pelo Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) e o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) que são impostos diretos.

O IRPF ou Imposto de Renda de Pessoa Física previsto pela Constituição Federal, artigo 153, inciso III e regulamentado pelo Código Tributário Nacional, artigos 43 a 45, é um imposto de competência federal que incide sobre a renda ou proventos que adentrem faixa de renda passível de tributação. Este tributo é responsável por a 12,8% do total arrecadado (RECEITA FEDERAL, 2018). Possuindo como marcas a aplicação direta e a

progressividade, pois a alíquota varia proporcionalmente à renda tributada. As alíquotas são aplicadas de acordo com as seguintes faixas de renda:

- De R\$ 1.903,99 até R\$ 2.826,65 =7,5%;
- De R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05 =15%;
- De R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68 = 22,5% e
- Acima de 4.664,68 =27,5%.

O IRPJ ou Imposto de Renda Sobre o Ganhos de Capital está previsto na Constituição Federal, artigo 153, inciso III e regulamentado pelo Código Tributário Nacional, artigos 43 a 45, tendo incidência sobre o lucro real ou presumido do contribuinte (Pessoa Jurídica ou empresário individual) em determinado período. A alíquota do IRPJ é fixa e corresponde a 15%, sendo o IRPJ responsável por um total de 5,3% do total arrecadado (RECEITA FEDERAL, 2018).

## 5 | ALGUMAS DAS PRINCIPAIS DISTORÇÕES DO PARADIGMA VIGENTE

O nosso modelo de tributação se apresenta como um modelo que prioriza a arrecadação através de uma majoritária incidência sobre o consumo e, em razão disso, uma série de implicações que são inerentes ao modelo adotado vigem no sistema atual.

As distorções mais significativas são: a regressividade, a cobrança e aplicação indireta, o cálculo por dentro e a incidência de tributo sobre tributo e, por consequência, a manutenção e acentuação da desigualdade social, que poderia ser atenuada se o modelo vigente fosse diferente.

A regressividade tributária é a aplicação de tributos sem levar em conta a capacidade econômica do contribuinte e, portanto, o contribuinte que não tenha boas condições financeiras acaba pagando proporcionalmente mais. O IPI, O ISS e O ICMS são exemplos de tributos regressivos. Tal característica macula o nosso sistema tributário, e diverge princípio da capacidade contributiva estatuído no art 145, inciso III da CF/88, princípio este que está diretamente relacionado ao mínimo existencial (GASSEN; SALES D'ARAÚJO; F. PAULINO, 2013).

Nosso sistema tem algumas distorções que são responsáveis por acentuar ainda mais essa onerosidade, uma delas é o cálculo por dentro, que insere o imposto na sua própria base de cálculo - criando uma distorção entre a alíquota nominal do imposto e a sua alíquota real - fazendo com que o tributo efetivamente pago seja maior do que o previsto.

Outra distorção é a incidência de tributo sobre tributo, nesta distorção cada um dos tributos recai sobre si mesmo e sobre os demais, gerando um efeito cascata, aumentando o ônus tributário e causando a disruptão da transparência.

Uma consequência prática da regressividade tributária foi constatada através do

estudo do IPEA, que mediou os diferentes ônus tributários que pesam sobre as famílias brasileiras de faixas de renda diferentes. Foi constatado que as famílias, com renda mensal de até 2 salários mínimos tinham 53,9% de sua renda total consumida por impostos indiretos; enquanto famílias com renda mensal acima de 30 salários mínimos arcaram com um ônus tributário de 29% de sua renda total (IPEA, 2009).

Outro exemplo de distorção provocada pelo sistema atual foi revelado no módulo ‘Rendimento de todas as fontes’ da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, que mostrou que, em 2017, o total estimado de rendimento domiciliar per capita do país foi de 263,1 bilhões (IBGE, 2018).

Do total de 207,1 milhões de pessoas residentes no Brasil, 124,6 milhões (60,2%) possuíam algum tipo de rendimento, se dividindo em:

- Proveniente de trabalho (41,9% das pessoas)
- Outras fontes (24,1% das pessoas) - como aposentadoria, aluguel e programas de transferência de renda.

Desse total de rendimento domiciliar per capita (263,1 bilhões), 43,3% ficaram concentrados nos 10% da população brasileira com os maiores rendimentos, percentual consideravelmente superior à dos 80% com os menores rendimentos (IBGE, 2018).

Em 2017, uma minoria mais rica formada por 10% dos brasileiros detinha 43,3% da renda total do país. Em contraponto, os 10% mais pobres detinham apenas 0,7% da renda total (IBGE, 2018).

São números que evidenciam a realidade de uma contínua e ‘acachapante’ disparidade de renda que solapam a ideia de migração da matriz tributária, na atual realidade brasileira, para um sistema tributário amparado majoritariamente em impostos incidentes sobre a renda.

## 6 I GARANTIAS SOCIAIS LIGADAS À TRIBUTAÇÃO

A lei maior brasileira - CF/88, no âmbito social, adotou o compromisso com a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III da Constituição) através de um instrumento que Aliomar Baleeiro chamava de “política fiscal modificadora das estruturas” ou “tributação como arma de reforma social” (BALEEIRO, 2010). A nossa constituição desenvolve os atributos de Estado Social Fiscal, promovendo uma maior atuação do estado na ordem econômica e social, com a finalidade de alcançar aquilo que Ronald Dworkin (2006) chamou de “igualdade de recursos” e que John Rawls (1997) chamou “igualdade equitativa de oportunidades”.

Tais atributos foram estabelecidos em enunciados diversos da constituição: no art. 145, § 1º a Constituição Federal (1988) alça o princípio da capacidade contributiva e da personalização dos impostos como princípios gerais do sistema tributário nacional; alça também a obrigatoriedade da progressividade do imposto sobre a renda no art. 153, § 2º, I;

a obrigatoriedade da progressividade do imposto territorial rural no 153, § 4º; nos arts. 159, I, c e 161, II, estabelece a prioridade das regiões menos desenvolvidas no recebimento de transferência de recursos tributários federais, com o objetivo de “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios; no art. 165, § 7º a obrigatoriedade de que o orçamento fiscal e de seguridade social tenham, dentre suas funções, a de reduzir desigualdades inter-regionais; também determina a vinculação de percentuais da arrecadação de impostos de todos os entes da federação para o financiamento de políticas públicas fundamentais no combate desigualdade social: saúde (art. 198, § 2º) e educação (art. 212, caput); dentre outros vários institutos.

É sabido que, para alcançar os referidos objetivos fundamentais, a constituição prevê a garantia de direitos sociais, culturais e econômicos, que abrangem setores prioritários e diretamente vinculados à redução das desigualdades sociais como saúde, educação e seguridade social. Para este último a Constituição deu atenção especial dando origem a um âmbito de fiscalidade próprio para o setor, obrigando à elaboração de um orçamento próprio (art. 165, § 5º, III), prevendo diversas fontes de financiamento (contribuições sociais previstas nos incisos do art. 195), autorizando ao legislador a criação de fontes adicionais de financiamento (art. 195, § 4º) e elegendo a *equidade* como critério básico para a forma de participação no custeio do sistema (art. 194, parágrafo único, V).

É evidente que para desempenhar suas atividades, cumprir com os objetivos estabelecidos e conformar os princípios constitucionais basilares, é vital importância que o Estado obtenha os recursos econômicos e orçamentários necessários para dar concretude a todo esse plexo de “poderes-deveres” atribuídos ao estado brasileiro (BANDEIRA DE MELLO, 2013). A tributação, portanto, se insere num contexto de extrema relevância, pois é o principal instrumento para que o Estado possua ‘cacife’ para atingir as finalidades às quais se propõe.

## 7 | ARRECADAÇÃO E DESPESAS NO CONTEXTO DO PARADIGMA VIGENTE

Em 2017, ano base do estudo publicado pela Receita Federal, foi registrada uma arrecadação total de pouco mais de dois trilhões (2.127.369,88 R\$), sendo esta arrecadação total dividida por base de incidência da seguinte forma:

- Renda - 408.941,58 R\$ - 6,23% PIB - 19,22% da arrecadação;
- Propriedade - 97.512,32 R\$ - 1,49% PIB - 4,58% da arrecadação;
- Bens e Serviços - 1.030.411,76 R\$ - 15,71% PIB - 48,44% da arrecadação;
- Trans. Financeiras - 34.683,11 R\$ - 0,53% PIB - 1,63% da arrecadação;
- Folha de Salários - 555.582,33 R\$ - 8,47% PIB - 26,12% da arrecadação;

- Outros - 238,79 R\$- 0,00% PIB - 0,01% da arrecadação (RECEITA FEDERAL, 2018).

Da leitura do quadro acima, reafirma-se uma constatação: a carga tributária brasileira total reproduz um padrão de forte dependência dos tributos sobre o consumo (tributos indiretos) e um alto grau de injustiça tributária.

Por fim, o total de despesas referentes ao exercício orçamentário da União, no ano de 2017, foi de 1.383.082 milhões + 228.475 milhões de transferências por repartição de receita (TESOURO NACIONAL, 2018), enquanto a receita total da União foi de 1.447.106,36 milhões, fazendo a com que a União fechasse o ano com um déficit de 124.401 milhões (TESOURO NACIONAL, 2018).

Da leitura objetiva dos dados depreende-se que a arrecadação mostra sintomas de recuperação, estando o problema fiscal do Brasil claramente ligado à despesa.

## **8 I ALTERNATIVAS AO PARADIGMA DE TRIBUTAÇÃO VIGENTE NO BRASIL**

A substituição do paradigma tributário vigente é uma alternativa; no entanto, há que se ressaltar que apostar numa saída em que haveria a imposição conjunta de elevação das alíquotas dos tributos sobre a renda e o patrimônio, enquanto a carga tributária sobre o consumo não for desonerada, pode vir a oprimir o indivíduo, sufocar a atividade econômica e desincentivar o crescimento (CALIENDO, 2017).

Outra possível alternativa seria o aumento da tributação sobre a renda e uma redução substancial da tributação sobre o consumo, porém há de ser levado em conta que o Brasil é um país desigual, que a população, em geral, é assalariada e que, haja vista as faixas de renda que gozam de isenção, uma mudança neste sentido seria muito arriscada pois a cobrança dos tributos sobre a renda acontecem de forma direta o que poria em risco o recolhimento dos tributos face à sonegação.

## **9 I CONCLUSÕES**

O Estado Brasileiro hoje se apresenta, no que tange à tributação, como um estado que possui majoritariamente o interesse em captar as suas receitas a partir de uma matriz tributária que onere sobre o consumo, matriz tributária essa que é essencialmente regressiva e que tem um “modus operandi” que funciona à base de tributos indiretos, ou seja, funciona repassando o ônus fiscal ao consumidor (contribuinte de fato) no preço final de bens e serviços. Fica claro que a majoritária tributação sobre o consumo carrega e aprofunda um intenso grau de injustiça tributária na realidade brasileira.

Esse modelo de tributação possui efeitos deletérios que repercutem constantemente na vida da população, sobretudo na população de baixa renda que é quem tem seu poder de compra constantemente corroído e, por consequência, seu direito ao mínimo existencial mitigado.

A partir de uma análise mais apurada da complexidade do paradigma de tributação atual, fica evidente que não há antagonismo entre a tributação sobre o consumo e sobre a renda, as duas espécies são complementares e fundamentais para a promoção de uma tributação mais equânime.

No modelo brasileiro – estado social fiscal –, a tributação se propõe a impactar vigorosamente na redução da desigualdade social, porém, na prática, se revela ambígua: por um lado, a alta da carga tributária sobre o consumo fornece uma base segura de recursos disponíveis para a expansão dos gastos sociais; mas, em contrapartida, a promoção concreta de direitos sociais é paradoxal quando leva-se em conta a regressividade que o sistema tributário promove por se fundamentar na tributação do consumo de bens e serviços.

A disparidade de renda no Brasil aliada à pesada, problemática e cada vez mais expansiva política de despesas torna inviável a possibilidade de um sistema amparado majoritariamente em impostos sobre a renda e sobre o patrimônio; afora que aperfeiçoar o sistema, com os instrumentos dispostos, já é difícil e reformulá-lo aparenta ser tão arriscado quanto dispendioso.

Portanto, em razão da complexidade do problema fiscal do Brasil e todas as suas implicações - juros da dívida e seu respectivo arrolamento, inconfiabilidade por parte do sistema financeiro – é insustentável que uma possível substituição do modelo atual de tributação no brasil venha a funcionar nos moldes da tributação sobre a renda atual, pois, pelas regras vigentes, tributa-se pouco a renda, sobretudo a do capital.

Tendo em vista a otimização e mudança de paradigma de tributação, o ideal é que as várias fontes de renda, quer seja do trabalho ou do capital, sejam tributadas por alíquotas assemelhadas para pessoas da mesma faixa de renda. No entanto, a legislação ordinária estabeleceu uma completa isenção sobre lucros e dividendos pertencentes à sociedades e seus sócios (art. 10 da Lei 9.249/95), fazendo com que a maior parte da arrecadação do IRPF se constitua da arrecadação incidente sobre fonte dos rendimentos do trabalho.

Em suma, qualquer alternativa de mudança substancial do sistema tributário deve passar por uma depurada análise, pois é provável que interfira diretamente no custeio de direitos sociais e no mantimento do aparato do Estado Brasileiro, não sendo aconselhável que se interfira no IRPF(PJ) isoladamente, pois é possível que incidam danos colaterais que mitiguem ainda mais o grau de equidade, resultando em distorções desconhecidas e até mesmo maiores que as já existentes.

## **REFERÊNCIAS**

- BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CALIENDO, Paulo. **A Tributação Progressiva Da Renda E A Redistribuição Da Renda: O Caso Do Brasil.** Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 20, n. 40, p. 190-214, 2017.
- DO BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: 1988.
- DWORKIN, Ronald et al. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate.** Princeton University Press, 2006.
- FEDERAL, Receita. **Carga Tributária no Brasil–2017: Análise por Tributo e Bases de Incidência.** Brasília: Secretaria da Receita Federal, v. 47, 2018.
- GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; DA PAULINO, Sandra Regina. **Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos.** Seqüência: estudos jurídicos e políticos, v. 34, n. 66, p. 213-234, 2013.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: 2016-2017.** Rio de Janeiro: 2018.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Receita pública: Quem paga e como se gasta no Brasil.** Comunicado do Ipea nº 22. Brasília: 2009.
- MARIA, Elizabeth de Jesus; LUCHIEZI JR, Álvaro. **Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal.** Brasília: **Sindifisco Nacional**, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo. rev. e atual.** São Paulo: Malheiros, 2012.
- OECD. **Tax on goods and services.** Disponível em: <<https://data.oecd.org/tax/tax-on-goods-and-services.htm>>. Acesso em 12 de março de 2019.
- RAWLS, John. **A theory of justice.** Cambridge: Harvard University, 1997.
- TESOURO NACIONAL. **Resultado do Tesouro Nacional: dezembro 2017.** Brasília: 2018.

# CAPÍTULO 15

## OS REFUGIADOS NO BRASIL E AS CONDIÇÕES ANÁLOGAS A ESCRAVO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 26/03/2021

**Letícia Bührer Samra**

Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Departamento de Direito  
Ponta Grossa - Paraná

**Silvana de Souza Netto Mandalozzo**

Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Departamento de Direito  
Ponta Grossa - Paraná

**Lucas Bührer Samra**

Advogado  
Ponta Grossa - Paraná

seja, a legislação, e a real situação vivida por esses, bem como buscou-se ONG's e cartilhas informativas visando a orientação dos refugiados que buscam uma qualidade de vida melhor.

**PALAVRAS - CHAVE:** refugiado; direitos; mão de obra escrava; crime; condições precárias; cartilhas informativas; ONG's.

### THE REFUGEES IN BRAZIL AND THE SLAVE-LIKE REDUCTION CONDITIONS INSIDE THE WORKPLACE

**ABSTRACT:** To be considered a refugee, some have to dread the return to your native country fearing persecution based on your race, religion, nationality, political opinion or on serious threat to the human rights some had to leave their country and find refugee somewhere else. In Brazil, numbers of immigrants find refugee because of the easy access, as well as the promise to a better life. This present work aimed to analyze the working conditions in which these refugees are in, as well as the slave-like reduction condition they are receiving from their employers, comparing with the Brazilian law 9.494/1997. It will be analyzed, also, the rights and duties these immigrants have within the law, comparing them to the concrete case in which they are living. It will be searched, as well, NGO's and informative booklets created to guide them in to a better way of leaving.

**KEYWORDS:** refugee; rights, slavery; crime; poor conditions; informative booklets; NGO's.

**RESUMO:** A caracterização de refugiado se dá pelo temor de regresso do seu país por perseguição, pela sua raça, religião, nacionalidade ou opinião política, ou que pela grave ameaça a direitos humanos, teve de deixar seu país e procurar refúgio em outro país. No Brasil, inúmeros imigrantes buscam refúgio pela facilidade tanto de ingressão ao país, como pela promessa de condições de vida melhores. O objetivo central do trabalho é analisar as condições de trabalho dos refugiados vindos ao Brasil, e os crimes de redução à condição análoga a escravo que são submetidos, a luz da Lei 4.974/1997. Propõe-se, assim, analisar os direitos e deveres garantidos à esses estrangeiros, bem como analisar o caso concreto, pelo âmbito trabalhista. Observou-se, por fim, o abismo entre teoria, ou

## 1 | INTRODUÇÃO

A palavra refugiado retoma àqueles que se deslocam do seu país de origem por motivos de guerra ou perseguição, buscando encontrar melhores condições de vida e sobrevivência. De acordo com o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), no Brasil, somente em 2020, foram solicitados mais de 100 mil processos de refúgio, os quais, aproximadamente, 48 mil foram concedidos. 70% são homens e 30% mulheres. Dentre eles, encontram-se Sírios, Congoleses, Cubanos, Angolanos, Colombianos, Venezuelanos com a maior parte, dentre outros.

Com a alta de imigrantes buscando refúgio no Brasil, em maio de 2017, foi criada a Lei Migração, marco da proteção dos refugiados, a fim de reger os direitos destes indivíduos. A principal pauta deste ordenamento jurídico é a que todos os imigrantes legais, refugiados ou solicitantes de refúgio no Brasil possuem os mesmos direitos que os brasileiros natos, inclusive nas questões trabalhistas, bem como se iniciarem seus próprios negócios.

Porém, o que aconteceu de fato foi que, ao chegarem no país, a onda de desemprego foi massacrante, visto a situação precária no mercado de trabalho em que o país sempre se encontrou. Acredita-se, à época posterior a criação da lei, que 38% dos refugiados não possuíam emprego. Com isso, a fim de garantir o seu sustento, esses indivíduos buscaram meios desumanos de trabalho, com condições extremamente desfavoráveis, sem quaisquer condições básicas de segurança, saúde, higiene. Acresentam-se neste contexto horas exaustivas por um salário muito mais baixo do que o previsto em lei, não sendo eles, ainda, registrados em sua carteira de trabalho.

A Lei 13.445/2017, além de proteger esses indivíduos juridicamente, garante direitos como o previsto no artigo 6º, o qual confere:

Art. 6º: O refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem.

Portanto, esse dispositivo garante ao refugiado um documento de trabalho para sua mão de obra ser regulamentada juridicamente, a fim de se adequar aos direitos trabalhistas de forma segura e equivalente a um cidadão brasileiro.

Além desse dispositivo normativo, foram criadas cartilhas que orientam esses imigrantes a como solicitar seu Registro Nacional Migratório (RNM), documento esse que garante seu “status” de refugiado no Brasil. As cartilhas orientam ainda como solicitar seu documento de trabalho, atualizar seu diploma e seu currículo, procurar um emprego e até mesmo como se portar em uma entrevista de trabalho.

Concomitante, foram criadas algumas Organizações Não Governamentais (ONG's), como a MIGRAFLIX, para guiar esses indivíduos e ajudá-los, afim de assegurar a esses seus plenos direitos, já adquiridos em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, o objetivo desse trabalho é analisar a situação atual dos refugiados vindos ao Brasil e suas condições de trabalho, comparando com os direitos já adquiridos a esses em tese, à luz da Lei 13.445/2017, fazendo um comparativo à real condição de vida que esses indivíduos se encontram. Isto se fará trazendo fatos reais vividos por esses, além de informações acerca de cartilhas e ONG's que visam ajudar nas condições precárias e informais a quais esses imigrantes se encontram atualmente.

Em relação aos objetivos específicos, buscar-se-á: definir a situação de refugiado, analisar as situações em que estes se encontram, discutir as reais situações comparando-as com a atual lei enquadrada aos refugiados, estudar a situação de emprego dos refugiados, constatar cartilhas e outros métodos de apoio aos refugiados.

Para isso, utilizar-se-á a metodologia de pesquisa bibliográfica exploratória, afim de se aprofundar no direito dos refugiados e as situações vivenciadas por eles, na realidade. Enfocou-se mais precisamente o direito trabalhista, analisando dados de forma qualitativa, sendo utilizadas preferencialmente fontes secundárias, e instrumentos como: livros, legislação pátria e mundial, pesquisas de campo, artigos científicos, reportagens, entre outros.

## 2 | REFUGIADOS

### 2.1 Definição de Refugiado

A definição de Refugiado foi bastante desenvolvida com o passar do tempo, de acordo com a evolução da legislação que trata de direito internacional. Por se tratar de um constructo cultural, deve-se analisar historicamente a construção do termo “Refugiado”.

Criada pela agência da Organização das Nações Unidas (ONU), a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), a Convenção de Genebra de 1951, na qual o Brasil foi parte contratante, mais precisamente em seu Estatuto dos Refugiados, foi o marco inicial se tratando de definir e assegurar direitos aos refugiados, definindo-os, em seu artigo 1º, como:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência e tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” (ACNUR, 1951).

Já em 1997, sob a influência da Convenção de 1951, o Brasil cria a primeira lei que constitui o Estatuto do Refugiado no Brasil, a Lei 9.474, sendo marco na história brasileira em relação aos refugiados. Neste dispositivo, em seu artigo 1º, a definição de Refugiado é levemente modificada, qual sendo:

Art.1º: Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:  
I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;  
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;  
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A principal mudança se dá que, a expressão “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951” é abolida, ou seja, expressão refugiado é ampliada e passa a se enquadrar para qualquer situação em qualquer data. Isso se dá devido a consolidação de problemas em relação aos refugiados, contrariando a ideia errônea de que o refúgio seria uma situação de caráter temporário na sociedade.

Em suma, percebe-se o caráter atemporal da definição de refúgio. Em outras palavras, a ideia de refugiado está intimamente ligada com a emergência de necessidade de deslocamento do país de origem do indivíduo em razão de ameaça ou violação de seus direitos fundamentais, bem como a vulnerabilidade do indivíduo buscando refúgio, ou seja, pessoas em situação de risco buscando alguma condição de vida.

## 2.2 Estatuto dos Refugiados – LEI. 9.474/1997

Com a consolidação dos problemas provenientes dos refugiados à época da Segunda Guerra mundial, necessitou ser criada uma legislação visando normatizar e proteger essa nova modalidade de imigrantes em massa vindos ao Brasil.

Criada em 22 de julho de 1997, o Estatuto dos Refugiados, previsto na Lei 9.474/1997, garantiu diversos direitos fundamentais a esses imigrantes em situação de risco, tendo como principal intuito incluí-los na sociedade como indivíduos de plenos direitos.

Além de definir o termo “refugiado”, como supracitado, o artigo 2º da referida lei estende aos cônjuges, ascendentes, descendentes e familiares economicamente dependentes do refugiado os efeitos da condição de imigrante que adquiriu o refúgio, desde que estejam em território nacional, qual sendo:

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Ademais, o artigo 7º e seguintes determinam o processo de pedido de refúgio ao ingressar no país, bem como proíbem as autoridades de efetuar deportação do indivíduo que tenha sua vida ou liberdade ameaçada ao país de origem. Ainda, permite o indivíduo solicitar refúgio mesmo tendo entrada irregular no país.

Além disso, a Lei 9.474/1997 criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE),

em seu artigo 11, órgão mais importante se tratando desses indivíduos em refúgio no país, qual sendo: “*Art. 11: Fica criado o Comitê Nacional dos Refugiados – CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça.*”

Esse grupo tem a competência para analisar o pedido de refúgio, bem como julgar, em primeira instância, a concessão ou não do pedido, além de orientar e coordenar as ações de assistência e proteção do imigrante. O CONARE, por sua vez, é formado por membros designados pelo Presidente da República, como prevê o artigo 14 da referida lei, e é órgão não remunerado.

O Estatuto do Refugiado, ainda, trata do processo e procedimento do refúgio a partir do artigo 17. No artigo 18, por sua vez, destaca-se a união entre essa lei interna brasileira com o ACNUR, órgão da ONU encarregado de assistir os refugiados, para, se possível, facilitar o andamento do pedido, o qual segue:

Art. 18. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos.

Parágrafo único. A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Ademais, a respeito do procedimento, é importante ressaltar que o pedido é gratuito e de caráter urgente. Após realizado o pedido de refúgio, a Polícia Federal é encarregada de emitir protocolo permitindo a estada temporária do imigrante e seus familiares no país até decisão final do processo. Ainda, é permitido a expedição de carteira de trabalho provisória a fim de facilitar a remuneração do estrangeiro.

Por seguite, a autoridade competente realizará o relatório que será encaminhado ao secretário do CONARE, a fim de ser incluso na pauta da próxima reunião. Após a análise, é proferida a decisão, a qual deve ser devidamente fundamentada e notificado o refugiado e o Departamento de Polícia Federal, a fim de serem realizadas as medidas cabíveis.

De acordo com o artigo 32, caso a decisão seja negativa, desta caberá recurso ao Ministro de Estado, o qual promulgará a decisão final, não passível de recurso. Vale ressaltar que o refugiado e seus familiares possuirão estadia provisória no país, mesmo com decisão negativa, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade.

A respeito da cessação e perda da condição de refugiado, as quais encontram-se no artigo 38 e 39 do Estatuto, a cessação se dá por iniciativa do refugiado, em casos deste voltar a valer-se da proteção do país de origem, recuperar a nacionalidade antes perdida, adquirir nova nacionalidade ou estabelecer-se novamente no país que abandonou, contanto que de maneira voluntária.

Já a perda, prevista no artigo 39, se dá por renúncia do indivíduo, se provado falsos

os fundamentos anteriormente fornecidos para a condição de refugiado, se cometidas atividades contrárias à segurança nacional e ordem pública ou saída do território nacional sem prévia autorização. Importante destacar que de ambas as situações, o recurso é cabível e a competência é do CONARE em primeira instância, e do Ministro da Justiça em segunda instância.

### **2.3 Lei da Migração – LEI 13.445/2017**

Em se tratando de direitos fundamentais, bem como trabalhistas, a orientação mais atualizada se dá pela Lei 13.445, criada em 24 de maio de 2017. Denominada “Lei de Migração”, esta diz respeito tanto aos emigrantes fora do país quanto aos imigrantes vindos ao Brasil. Vale ressaltar, é refugiado.

Para os fins dessa tese, ou seja, a respeito dos refugiados, destarte nota-se a busca por inclusão destes indivíduos garantindo-lhes direitos fundamentais como, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Vale ressaltar que esses benefícios são garantidos em igualdade com os cidadãos brasileiros.

No artigo 4º da Lei 13.445, ainda, é assegurado ao imigrante, e portanto, ao refugiado, inúmeros outros benefícios, como o direito a livre circulação no território nacional, medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes, o direito a transferência de economias a outro país, direito de reunião, desde que para fins pacíficos, direito de associação, desde que para fins lícitos, além do acesso a serviços de saúde, assistência social, previdência social, a justiça, inclusive a gratuita, a educação pública, todas vedadas a discriminação em razão de sua nacionalidade, nos mesmos moldes de um cidadão brasileiro, entre outros.

Importante a esta tese, e também prevista no mesmo artigo 4º supracitado, além dos elencados acima, destaca-se a garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas, além da aplicação de normas de proteção ao trabalhador, vedada a discriminação do imigrante em razão a sua origem, bem como permitido o direito de abertura de uma conta bancária.

Ainda, é concedida autorização de residência do imigrante, mais especificamente do refugiado, previsto no artigo 30, II, e, o qual dispõe:

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

(...)

II - a pessoa:

(...)

e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida;

Além disso, esse benefício é estendido ao cônjuge ou companheiro do imigrante, bem como aos seus filhos, ascendentes e descendentes até o 2º grau de parentesco, garantido pelo artigo 37 da referida lei, garantindo a reunião familiar do refugiado.

É importante destacar, por fim, que o disposto nessa lei não deve prejudicar direitos e obrigações já estabelecidos ao imigrante proveniente de outras leis e tratados que sejam mais benéficos a estes. Esse ordenamento jurídico, portanto, é essencial para impor o repúdio à xenofobia ou qualquer discriminação em relação aos imigrantes, garantindo a esses uma vida digna no país, sem diferenciação aos demais cidadãos brasileiros.

## 2.4 Princípios e Garantias Norteadoras aos Refugiados

Como todo conteúdo jurídico, o direito ao refúgio é guiado por certos princípios e garantias, os quais devem seguir de base para a aplicação das regras na prática. Esses princípios estão presentes desde a convenção de Genebra de 1951, e se encontram também na Lei 13.445/2017, legislação já mencionada no subtítulo anterior.

O princípio mais importante em relação aos refugiados, chamado de princípio de “non-refoulement”, mais conhecido como o princípio da não devolução, retoma desde a convenção de Genebra. Previsto nos artigos 32, 1 e 33 da mesma, e ratificado pelo Estatuto dos Refugiados, o “non- refoulement” garante aos refugiados a proibição de sua expulsão do Estado Contratante, se aquele se encontrar em situação regular, a não ser por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

Ainda, dentre os motivos que excluem essa proibição, haverá ainda todo um processo anterior à extradição, a qual o refugiado poderá apresentar provas com o intuito de se justificar, além de proferir recurso em caso de exclusão.

A Convenção de 1951 ainda prevê o Princípio da Não Discriminação, no seu artigo 3º, garantindo aos refugiados tratamento igualitário em relação aos cidadãos do país em que residem.

Em relação ao Princípio da Cooperação Internacional, também descrito na Convenção de 1951 e de acordo com o jurista José Antônio Peres Godoy, este princípio é utilizado para que o país de origem e o país em que o imigrante se alojou trabalhem conjuntamente trocando informações, a fim de facilitar a inclusão do refugiado no país. Ainda, se obrigam a cooperar com os órgãos internacionais, como o ACNUR. (GEDIEL; GODOY, 2016, p. 76)

Lado a lado com o princípio anterior, para Godoy, tem-se o princípio da Solidariedade Internacional, o qual destaca que o mundo é interligado, e não dividido em Estados, portanto deve-se ter cooperação pois o que ocorre em um local se desloca e flui a diversos outros. (GEDIEL; GODOY, 2016, p. 78)

Ademais, outros princípios e garantias são previstos no artigo 3º da Lei 13.445/2017, enumerados pelos incisos I ao XXII. Dentre eles, encontram-se: o princípio da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; o repúdio à xenofobia; a não

criminalização da migração; a discriminação em razão dos motivos pela qual a pessoa foi admitida no território; a promoção da entrada regular; acolhida humanitária, garantia a união familiar, a igualdade de tratamento e oportunidade aos refugiados; a inclusão social, laboral e produtiva do imigrante; o acesso igualitário e livre aos programas sociais, a educação, segurança social; a promoção de direitos e obrigações do imigrante; o diálogo social; a integração dos povos da América Latina; a cooperação internacional com os Estados de origem; a proteção integral ao imigrante criança e adolescente e a promoção do reconhecimento acadêmico.

### **3 I OS REFUGIADOS E O EMPREGO**

#### **3.1 Solicitação do Documento de Microempreendedor Individual e/ou Carteira de Trabalho**

O processo para a solicitação do microempreendedor individual (MEI), se tratando de um refugiado é, em teoria, bastante simples. A Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia, em 2019, simplificou o processo e também reduziu as exigências para os estrangeiros.

Ao invés de solicitar o MEI com as mesmas regras para cidadãos brasileiros, basta informar o país de origem o número de sua Carteira de Registro Nacional Migratório, anteriormente apelidada de RNE, o qual é fornecido pela Polícia Federal, dentro dos 30 dias seguintes à entrada no Brasil. Este documento é uma espécie de Identidade para o imigrante, constando a sua condição de residência, isto é, se temporária ou permanente e o prazo da estadia. Caso ainda não possua o Registro, poderá ser considerado o protocolo de solicitação de Refúgio. (MÁXIMO, 2019)

Além da Carteira de Registro Migratório, também é necessário um endereço, seja ele residencial ou comercial. Anteriormente, ainda, era necessário apresentar, também, recibo da transmissão da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física ou título de eleitor. Porém, sem título de eleitor, a declaração de renda não poderia ser emitida no mesmo ano em que recebeu seu documento de identidade, portanto o MEI desde imigrante seria postergado somente para um ano após sua chegada, o que fez com que essa regra fosse abolida.

Em relação à Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), esta pode ser solicitada por qualquer pessoa maior de 14 anos, nacional ou estrangeira, com residência regular no Brasil e detentora de um Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). Atualmente, a CTPS é digital, bastando baixar o aplicativo “Carteira de Trabalho Digital” e solicitar o número.

Vale lembrar ainda, que, de acordo com o Estatuto dos Refugiados, as regras trabalhistas são as mesmas para contratação de brasileiros, ou seja, com férias, 13º salário, horas extras, jornada de trabalho definida, períodos de descanso, entre outros.

Com a simplificação da solicitação dos documentos básicos aos refugiados, a demanda em possuir uma CTPS cresceu abundantemente. Em 2018, o país concedeu 36.384 CTPS's a imigrantes que solicitaram refúgio. De acordo com o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais, publicado em agosto de 2019, 68,4% das solicitações foram para venezuelanos, 19% para haitianos e 4,8% para cubanos. (RODRIGUES, 2018)

Ainda, segundo o coordenador-geral da pesquisa, o Sul e o Estado de São Paulo são as regiões que mais atraem os imigrantes vindos em busca de emprego, mais precisamente nos setores de indústria e comércio, que são as áreas que mais contratam.

### 3.2 A Real Condição de Trabalho dos Refugiados

Mesmo com a simplificação da solicitação de documentos e com as políticas públicas e assistência aos imigrantes, muitos deles ainda se encontram em caráter extremamente precário. Por conta disso, o que os resta é buscar um trabalho informal, com condições desumanas e salários baixíssimos, apenas para sobreviver, e não correr o risco de ter que voltar para o país de onde veio em busca de condições melhores.

De acordo com um estudo feito pelo “*The Global Slavery Index*”, no Brasil, em 2018, a indústria têxtil foi uma das áreas onde a escravidão mais cresceu, além das áreas de indústria. Com o consumo desenfreado da moda, tanto de grifes como de varejistas, a demanda cada vez mais aumenta por trabalho, e o desespero desses imigrantes buscando melhores condições de vida os faz aceitar as condições extremamente precárias de trabalho. Além disso, um problema enfrentado é o número de imigrantes com documentação falsa, o que facilita ainda mais a inserção no mercado de trabalho escravo.

Ainda sobre o setor têxtil, a ONG “Repórter Brasil”, em 2016, realizou um levantamento sobre as marcas que foram flagradas usando o trabalho escravo, criando até mesmo um aplicativo chamado “Moda Livre” para combater o trabalho escravo. No estudo apresentado pelo Jornal GGN, constatou-se diversas marcas que usaram do trabalho escravo, dentre elas:

1. Zara: flagrada com estrangeiros contratados ilegalmente, trabalho infantil, condições escassas, jornadas excessivas (16h), proibição de deixar o local de trabalho, entre outros.
2. Renner: imigrantes bolivianos vivendo em alojamentos em condições degradantes, com jornadas extremamente longas, a maioria cumprindo servidão por dívida.
3. Marisa: flagrada com imigrantes bolivianos, e peruanos, inclusive menores de idade, nenhum com sua CTPS assinada, cobrando ilegalmente passagens da Bolívia para o Brasil, além de outras despesas.
4. Pernambucanas: flagrada com imigrantes bolivianos explorados, incluindo adolescentes, em ambientes degradantes, jornadas exaustivas e servidão por dívida. Foi constatado que o salário desses refugiados era de R\$400,00 mensais.

5. M. Officer: também bolivianos, inclusive com filhos, todos morando no local, com nenhuma condição de higiene, sem nem uma mesa para se alimentar, com uma cama para quatro pessoas. Eram obrigados a trabalhar para pagarem as despesas da “casa”.

6. Le Lis Blanc e Bô Bô: adultos e adolescentes bolivianos, incluindo escravizados por dívidas foram resgatados em trabalho escravo, ganhando entre R\$:2.50 e R\$:7.00 por unidade costurada.

7. Gregory: também bolivianos, foram flagrados em situação de escravidão, em servidão por dívida, com jornadas exaustivas, além de tráfico de pessoas.

8. Cori, Emme E Luigi Bertolli: assim como o anterior, bolivianos foram flagrados em condições degradantes, com jornadas exaustivas e servidão por dívida.

9. Unique Chic: Peruanos foram resgatados da oficina, incluindo um adolescente, além de tráfico de pessoas.

10. 775: também bolivianos, foram prometidos salários favoráveis, e vieram ao Brasil custeados pela empresa. Aqui foram obrigados a pagar essa dívida por meio da escravidão, com condições degradantes, além de assédios e ameaças.

11. Talita Kume: bolivianos, incluindo um adolescente foram resgatados em condições horríveis, jornadas exaustivas e servidão por dívida. Também eram proibidos de sair do local.

12. As Marias: haitianos foram flagrados em condições análogas às de escravos, não recebiam salário e passavam fome.

13. Seiki: bolivianos, dentre eles uma adolescente grávida, foram submetidos a trabalho escravo, tiveram inclusive seus documentos retidos, além de jornadas exaustivas.

14. Atmosfera: foi flagrada tentando vender dois trabalhadores imigrantes como escravos no Brás, em São Paulo

15. Fenomenal: bolivianos foram resgatados em situações degradantes na oficina, a qual também era a moradia e refeitório destes, incluindo bebês e crianças. Jornadas exaustivas e condições de saúde e segurança inexistente.

16. Animali: bolivianos trabalhavam mais de 12 horas por dia, ganhando aproximadamente R\$: 5,00 por peça.

17. Gangster: bolivianos e peruanos foram resgatados dessa oficina, sem registro na carteira e cumprindo mais de 12 horas por dia, sem intervalo.

18. Brooksfield Donna: Bolivianos foram flagrados em condições degradantes, trabalhando mais de 12 horas por dia, os quais se encontravam em situação famélica.

A “Repórter Brasil”, ONG responsável pelo levantamento acima, até 2019, constatou 45 marcas de roupas famosas flagradas envolvidas com trabalho escravo. Constata-se, através do aplicativo criado por estes, ocorrências e denúncias desses estabelecimentos,

além de marcas que possuem uma “ficha limpa” em relação ao trabalho escravo. Ainda, a mesma ONG realizou um levantamento em que 93,1% das mulheres resgatadas nessa situação, são imigrantes.

Em relação ao agronegócio, setor onde é constatado o maior número de imigrantes em situação análogas a escravo, um estudo feito pelo “Centro de Estudos Migratórios” constatou que, de acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego, entre 2010 e 2016, 35% dos indivíduos resgatados por ações de combate ao trabalho escravo eram imigrantes. Foram flagradas 188 empresas envolvidas no trabalho escravo nesse setor. (RAQUEL, 2020)

A ONG “Repórter Brasil” também constatou que, nas fazendas de café, somente em 2018, foram encontrados 210 trabalhadores em situação análoga à escravidão, com maior incidência em Minas Gerais. Dentre os trabalhadores, encontram-se migrantes de outros Estados e imigrantes. Duas dessas fazendas, inclusive, estão interligadas à empresas gigantescas como a Starbucks e a Nespresso.

A “Repórter Brasil” também é responsável por anunciar o flagrante de 121 haitianos em uma mineradora, a “Anglo American” em Minas Gerais, em 2014, em apenas 2 operações diferentes realizadas pela operação do Ministério Público. Segundo o oficial da operação, o alojamento em que os refugiados se encontravam lembrava uma senzala, com condições realmente degradantes, e ainda eram proibidos de sair do local pelo patrão. Além dos dois setores já citados, destaca-se também o da construção civil e da produção florestal.

Além disso, o “Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas” criou um site onde é possível colocar o município o qual deseja verificar e identificar se há resgates de trabalho escravo no local, chamado “*Smart Lab*”, bem como alguns dados a respeito de projetos de erradicação e prevenção do trabalho escravo.

É fato que com uma breve pesquisa na internet, se noticia inúmeros casos de flagrantes de imigrantes refugiados em condições análogas à escravidão, de várias regiões do mundo, não excluindo mulheres, crianças de adolescentes. A necessidade por políticas públicas, bem como assistência social e fiscalização destes indivíduos deve ser suprida e fornecida pelo Estado, o qual é órgão responsável pela inclusão desses em nosso mercado de trabalho de forma digna, erradicando concretamente a escravidão no país.

### **3.3 O Crime de Redução a Condição Análoga a Escravo**

O Código Penal brasileiro prevê, em seu artigo 149, o crime contra a liberdade pessoal de Redução a Condição Análoga a Escravo. Alterado pela Lei 10.803/ 2003, a nova redação do artigo dá-se:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Esse tipo penal tem um sentido de submissão completa e exploração do sujeito passivo em relação ao sujeito ativo. De acordo com o ilustre jurista Guilherme Guimarães Feliciano, a pessoa em caráter de escravidão é tratada como uma “coisa”, e não como sujeito de direitos, portanto privada de qualquer garantia. Ainda, para a configuração desse tipo penal, é necessário que atinja a liberdade de locomoção do indivíduo. (FELICIANO, 2005)

Com o julgado do Recurso Especial de número 398.041/PA de 2006 e pondo fim à discussão jurisprudencial, determinou-se que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é a organização do trabalho, sendo a competência para julgar seria da Justiça Federal. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça tem elaborado seus acórdãos em conformidade com o decidido no Recurso Especial.

De acordo com o caput do artigo 139, há quatro modalidades em que pode ocorrer a tipificação penal, sendo classificada como “*numerus clausus*”. São elas: a sujeição da vítima a trabalho forçado; a sujeição da vítima a jornada exaustiva; a sujeição a condições degradantes de trabalho; e por fim, a restrição da locomoção da vítima, por qualquer meio, em razão de dívida contraída.

Em relação à primeira modalidade, é necessário o emprego de violência, seja física ou moral, com o intuito da vítima o realizar contra sua vontade. Na segunda modalidade, a jornada de trabalho ultrapassa a legalmente permitida. Na seguinte, o ambiente de trabalho não tem os requisitos mínimos legais exigidos. A última diz respeito à servidão por dívida, quando o empregado se torna devedor e é impedido de se locomover enquanto perdurar essa dívida.

Ainda, no parágrafo primeiro do mesmo artigo, mais duas hipóteses são consideradas, por equiparação, no tipo penal, as quais:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Em relação ao inciso I, este retoma ao impedimento de locomoção da vítima, já o inciso II exige-se a vigilância com o intuito de manter o empregado no local de trabalho, bem como a retenção de documentos, a fim de conseguir a mesma finalidade.

Em relação a pena, esta é de reclusão, de dois a oito anos, cumulada com multa, não impedindo de computar a pena por violência. A pena é majorada, pela metade, se o

crime for cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito em relação a raça, cor, etnia, religião ou origem.

### **3.4 Os Refugiados e a Criminalidade**

Como citado nos capítulos anteriores, as condições de vida dos imigrantes que encontram refúgio no Brasil não são nada favoráveis. Os que adquirem um emprego, na maioria das vezes, tem condições péssimas no ambiente de trabalho, além de receberem muito menos do que o permitido legalmente. Também, há os que não conseguem nem adquirir um trabalho para pagar as contas sequer. O caso é que tanto aqueles, seja para adquirir uma quantia extra para o sustento seu e de sua família, quanto esses, buscando qualquer maneira de alimentar-se e seus dependentes, acabam tendo que se render à criminalidade.

Em Pacaraima, cidade no interior de Roraima, os casos de criminalidade aumentaram significativamente nos últimos cinco anos. O motivo é que essa cidade é fronteira com a Venezuela, e desde a crise em que o país vizinho se encontrou, muitos imigrantes buscaram refúgio no Brasil, pela proximidade e facilidade de locomoção. Dados fornecidos pela Polícia Civil da cidade, em 2018, dos 1.136 boletins de ocorrência registrados, 738 envolviam imigrantes venezuelanos, o que equivale a 65% dos casos de criminalidade. A maioria dos crimes eram de roubo e furto. O aumento caótico na criminalidade resultou em uma intervenção federal com a Força Nacional e um patrulhamento ostensivo. (NEVES, 2018)

De acordo com o CONARE, até 2020, existiam cerca de 45 mil venezuelanos refugiados no Brasil. Desse número, 33 mil residem em Roraima. Em relação a Pacaraima, um estudo feito pelo Censo observou que, de 2010 a 2020, o número de habitantes da referida cidade quadriplicou. Com o aumento da população e falta de políticas públicas e investimentos governamentais, a população cada vez mais foi se adentrando na pobreza, principalmente os imigrantes refugiados da Venezuela, os quais se voltaram ao crime como único recurso para algum tipo de sustento. (RAQUEL, 2020)

Com a pandemia do novo coronavírus vinda em 2020 ao Brasil, as condições de vida dos refugiados, que já eram precárias, pioraram muito. De acordo com a assistente social do Centro de Apoio e Pastoral do Migrante (CAMI), com a dificuldade de acesso ao auxílio emergencial relatada, o qual esses refugiados têm livre direito, além da dificuldade de conseguir um emprego, seja pela falta de vagas, seja pela xenofobia, muitos imigrantes perderam sua moradia. Ainda, os relatos de despejo e falta de moradia são frequentes ao Centro de Apoio. A maior indagação do grupo é o distanciamento entre as leis de proteção aos refugiados e outros imigrantes e a realidade. A falta de efetivas políticas públicas deixa esses indivíduos vulneráveis sem outro recurso a não ser se voltar à criminalidade para garantir algum sustento. (RAQUEL, 2020)

## **4 | AÇÕES SOCIAIS, ONGS E CARTILHAS NO COMBATE À EXPLORAÇÃO DO REFUGIADO**

### **4.1 Cartilhas Informativas**

No Brasil, com o intuito de orientar os imigrantes e refugiados, algumas entidades criaram Cartilhas Informativas, isto é, materiais informativos e de fácil compreensão, geralmente com imagens ilustrativas visando a divulgação de determinado assunto de maneira completa, mas de maior entendimento. No caso dos imigrantes, geralmente, essas cartilhas são traduzidas para outras línguas, além do português.

Na maioria das vezes, em se tratando de refugiados, a ACNUR é responsável pela elaboração das cartilhas. É o caso da “Cartilha para Solicitantes de Refúgio no Brasil”, disponível em português, inglês, espanhol e árabe. Esta dispõe de uma maneira didática a respeito do procedimento da solicitação de refúgio, bem como direitos e deveres dos refugiados, além de contatos e informações úteis a esses.

Outra cartilha de criação da ACNUR, é a “Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo”. Nela, é definido quem são os refugiados, bem como sua diferença com os imigrantes, além de soluções para a segregação social, buscando sempre a garantia de direitos desses indivíduos. Ainda, é relatado as leis referentes a sua proteção, bem como os órgãos governamentais responsáveis aos refugiados. Ao final, ainda, é informado números de telefone importantes, bem como empresas parceiras da ACNUR na busca por igualdade.

Mais recentemente, após a pandemia do novo coronavírus, a ACNUR e empresas parceiras criaram a cartilha “Como Buscar Ajuda em Tempos de Covid-19”. Nela, é garantido o direito ao auxílio emergencial fornecido pelo governo durante a pandemia para quem tem direito, bem como a maneira de recebê-lo e o calendário de recebimento. Ainda, ao final, consta números de assistência e empresas parceiras.

Em Curitiba, também nos tempos de pandemia, estudantes de relações internacionais de Unicuritiba criaram a cartilha “Direitos dos Imigrantes e Refugiados em Tempos de Covid-19”. Elaborada em seis idiomas, essa cartilha fornece informações acerca dos direitos dos refugiados, desde o auxílio emergencial, até mesmo o Minha Casa Minha Vida, bem como a utilização de creches e do Sistema Único de Saúde, entre outras políticas públicas fornecidas para cidadãos brasileiros, mas que refugiados também têm direito pleno de usufruir.

A respeito do direito do trabalho, mais especificamente, duas cartilhas devem ser citadas, ambas criadas em parceria com a ACNUR. A “Cartilha do Trabalhador Refugiado e Solicitante de Refúgio”, a qual orienta esses indivíduos na busca de emprego, desde na criação de currículo até mesmo nos direitos trabalhistas que possuem quando estiverem em trabalho.

A outra cartilha, chamada de “Contratação de Refugiados no Brasil: Dados e

Perguntas Frequentes”, fornece resposta à algumas indagações frequentes tanto de quem contrata esses imigrantes como aos próprios refugiados.

## 4.2 ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS E AÇÕES SOCIAIS

De acordo com o “MigraMundo”, site que promete dar visibilidade a migração dos refugiados e suas dificuldades, bem como trazer conhecimento ao assunto para a população, por meio de imagens, notícias, estudos, entre outros formatos, são algumas as Organizações Não Governamentais que buscam ações sociais e outras maneiras de assistência ao Refugiado.

O primeiro exemplo é a ONG “Abraço Cultural” que, visando a integração dos imigrantes na sociedade, conta com operações em São Paulo e no Rio de Janeiro e fornece emprego aos refugiados para darem aulas de línguas em seu idioma e aproveitam para promover sua cultura. Ainda, a população pode se voluntariar, através do site da organização ou pelo telefone fornecido, para ajudar no atendimento aos alunos e professores, organizar eventos sociais, entre outros serviços.

A instituição filantrópica “Missão Paz” oferece assistência jurídica, mediação de trabalho, além de oferecer serviços de saúde e acolhimento, buscando o apoio completo para com os imigrantes e refugiados. Também é localizada em São Paulo, e oferece vagas de voluntariado em varias funções. Atualmente atua com mais de 70 nacionalidades, além de possuir um espaço de abrigo para aqueles que não tem onde ficar, fornecendo alimentos e produtos de higiene pessoal, bem como aulas de português.

A organização social “Compassiva” atua na cidade de São Paulo e atende crianças, adolescentes, mulheres e refugiados, todos em situação vulnerável. Oferecem a estes indivíduos atividades socioeducativas com o intuito de integração na sociedade.

Uma das mais conhecidas, a “Cáritas” foi criada pela Conferência Nacional dos Bispos no Brasil. Atua em diversos municípios, atendendo qualquer indivíduo em situação de vulnerabilidade. Com a migração em massa, passou a dar uma atenção especial aos refugiados.

Com o apoio do ACNUR e da “Cáritas”, o “Programa de Apoio para a Recolocação dos Refugiados” (PARR) foi criado para promover a integração desses imigrantes na sociedade brasileira. O projeto foca no fornecimento de emprego para que consigam garantir seu próprio sustento. Fornece ainda, uma plataforma com dados eletrônicos para que a busca por uma atividade laboral seja mais fácil.

A “BibliASPA”, Biblioteca De Pesquisa América do Sul, Países Árabes e África, é um centro de pesquisa que desenvolve diversos cursos, como o de literatura, história, inclusive no curso da língua portuguesa. Foi criado com o intuito de divulgação da cultura das três regiões, mas ajuda refugiados de qualquer localidade. Promove, também, a cultura de mais de 40 países, atualmente.

O Instituto “Adus”, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP),

atua buscando a reintegração na sociedade de refugiados no Brasil. Ainda, como a maioria das instituições, fornece aulas de línguas portuguesa, francesa e espanhola, bem como assistência jurídica e cursos de qualificação profissional.

Também uma OSCIP, o “Cami”, Centro de Apoio e Pastoral do Imigrante, atua buscando a proteção dos direitos fundamentais dos imigrantes no Brasil e sua inserção na sociedade. Ainda, trabalha buscando erradicar o trabalho escravo desses indivíduos, bem como o tráfico de pessoas. Fornece a esses, cursos de capacitação e promove ações culturais

A organização filantrópica “Instituto Migrações e Direitos Humanos” (IDMH) é vinculada a “Congregação das Irmãs Scalabrinianas” e foi criada em parceria com o ACNUR, com o intuito de acolhida humanitária aos refugiados, apátridas e demais imigrantes, em caráter de vulnerabilidade. Fornece atendimento jurídico e de assistência social, principalmente aos venezuelanos que vem ao país, para isso criaram sede em Roraima.

A ONG “África do Coração” foi criada pelos próprios imigrantes e busca a integração do povo africano na sociedade brasileira, bem como a promoção dessa cultura erroneamente conhecida. É a responsável pela criação da Copa dos Refugiados, campeonato de futebol inaugurado visando a promoção da causa, chamando sua atenção. Ainda, essa organização promove outros eventos sociais na cidade de São Paulo.

Em relação a “RedeMir”, esta rede integra várias instituições em todas as regiões do país. Foi criada pelo IDMH, organização já citada, com o apoio do ACNUR, e visa a união para o reassentamento de refugiados e a defesa de seus direitos fundamentais, bem como sua integração na sociedade brasileira. No Paraná, está envolvida em projetos como, “Aldeias Infantis”, em Foz do Iguaçu, as “Cáritas”, com sedes em Curitiba, Cascavel, Londrina, Maringá e Umuarama, bem como na “Casa Latino-Americana”, em Curitiba, na “Casa do Migrante”, em Foz do Iguaçu e no “Centro de Atendimento ao Migrante”, também em Curitiba.

O fato é que as organizações citadas acima foram criadas com o intuito de melhorar a condição de vida do refugiado e de sua família, seja fornecendo emprego para sua autossuficiência, seja com projetos sociais buscando a qualificação profissional e cultural, ou até mesmo promovendo aulas de português, bem como fornecendo itens básicos de higiene e alimentação. Todas as instituições supracitadas possuem espaço para a contratação de voluntários, bem como doações, pois não são suficientemente sustentadas pelo governo ou outras instituições.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O seguinte trabalho buscou analisar as condições extremamente precárias de trabalho dos refugiados vindos ao Brasil em busca de uma melhor qualidade de vida. São

esses imigrantes, em sua maioria, Venezuelanos, Haitianos, Sírios, Cubanos, Congolanos, entre outros. Ao chegarem no país, entretanto, tiveram de se sujeitar a empregadores cometendo o crime de redução a condição análoga à escravo.

O tema é de grande relevância a sociedade, devido à gravidade do crime cometido em relação a indivíduos em caráter de extrema vulnerabilidade. Um crime que teoricamente foi abolido da nossa sociedade, na prática é muito comum. O Brasil, autointitulado país acolhedor, é um dos países de maior incidência de flagrantes do uso de mão de obra escrava. A grande maioria, imigrantes refugiados, que são convencidos da garantia de uma condição de vida melhor, com uma lei protecionista direcionada a estes, chegam no país e se encontram em atividade laboral extremamente precária.

Portanto, os objetivos desse trabalho foram atingidos, ao passo que, constatou-se, por meio de um projeto realizado pela Organização Não Governamental “Repórter Brasil” um rol de empresas envolvidas em denúncias de utilização de mão de obra escrava. Verificou-se, também, que o setor têxtil e o setor agropecuário são os que mais se utilizam da mão de obra escrava atualmente. No setor têxtil, grande maioria são mulheres. Já no agropecuário, a maioria dos escravizados são homens.

Analisou-se, ademais, as leis protecionistas aos imigrantes, uma das mais completas do mundo, a qual garante a estas pessoas os mesmos direitos de um cidadão brasileiro, inclusive no âmbito trabalhista. O refugiado tem direito e pode gozar de todas as políticas públicas como o Sistema Único de Saúde, escolas, ao programa “Bolsa Família”, bem como o plano emergencial de auxílio do Governo Federal à época da epidemia do *coronavirus*.

Ainda, de acordo com a legislação, ao refugiado é garantido todos os direitos trabalhistas, como férias, décimo terceiro salário, teto mínimo, descanso semanal, entre outros. Portanto, em teoria, esses direitos fundamentais deveriam de ser garantidos a estes. Como foi analisado, há um enorme abismo entre o que é garantido legalmente, e o que ocorre em prática.

No Brasil, buscando orientar os imigrantes, diversas instituições criaram cartilhas informativas, as quais fornecem um conteúdo claro em relação a seus direitos, bem como informações relevantes ao requerimento de refúgio, e números de telefone de apoio aos refugiados, disponível, inclusive, em outras línguas, como a francesa, inglesa e espanhola.

Ainda, constatou-se diversas Organizações Não Governamentais e outras instituições criadas a fim de auxiliar esses imigrantes. Nelas, são fornecidos cursos de línguas, cursos técnicos, cursos de capacitação, além de assistência jurídica e produtos de higiene pessoal e alimentos. Além disso, promovem diversas ações culturais, como meio de propagação de cultura e arrecadação de fundos. Algumas instituições, como a “Missão Paz”, fornecem ainda uma espécie de abrigo à aqueles que não possuem moradia.

Portanto, os objetivos desse trabalho foram atingidos, porém a temática não foi esgotada, ao passo que o leque de informações acerca do assunto não foi inteiramente analisado. A legislação a respeito dos migrantes ainda é relativamente nova, e com a

constante vinda de estrangeiros ao país, a tendência é que novas legislações e julgados surjam para suprir a constante demanda. Acarreta-se, portanto, a possibilidade de nova discussão futura acerca do conteúdo desta tese.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Protegendo Refugiados no Brasil e no mundo.** Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes afirmativas/imigrantesrefugiados/img\\_cartilhas/CARTILHA-ACNUR2019.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes afirmativas/imigrantesrefugiados/img_cartilhas/CARTILHA-ACNUR2019.pdf)>. Acesso em 02 de fevereiro de 2021.

ACNUR. **Contratação de refugiados e refugiadas no Brasil.** Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/11329](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/11329.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/11329)>. Acesso em 21 de janeiro de 2021.

ADUS. **Sobre o ADUS.** Disponível em: <https://adus.org.br/o-adus/sobre-o-adus/>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

BIBLIASPA. **Quem somos.** Disponível em: <<https://bibliaspa.org/quem-somos/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum.** São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMI. **Quem somos.** Disponível em: <<https://www.cami.org.br/quem-somos/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

CÁRITAS BRASILEIRAS. Disponível em: <<http://caritas.org.br>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

COMPASSIVA. **Quem somos.** Disponível em: <<https://compassiva.org.br/quem-somos/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

CONVENÇÕES DE GENEbra de 1949. **Genebra.** Comitê internacional da Cruz Vermelha,

DELFIM, Rodrigo Borges. ONG formada por imigrantes luta por uma nova imagem da África no Brasil. **MigraMundo.** Disponível em: <<https://migramundo.com/ong-formada-por-imigrantes-luta-por-uma-nova-imagem-da-africa-no-brasil/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do crime de redução a condição análoga à de escravo, na redação da Lei nº 10.803/2003.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 678, 14 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6727>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano (Org.). **Refúgio e Hospitalidade.** Curitiba: Kariós, 2016. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/livro\\_refugio\\_e\\_hospitalidade\\_distribuicao\\_web.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/livro_refugio_e_hospitalidade_distribuicao_web.pdf)>. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.

**GOVERNO DO BRASIL. Mais de mil trabalhadores em situação análoga à escravidão são resgatados em 2019.** Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2020/01/mais-de-mil-trabalhadores-em-situacao-analog-a-escravidao-sao-resgatados-em-2019>>. Acesso em 21 de janeiro de 2021.

**JORNAL GGN. Levantamento traz lista de marcas de roupas flagradas com trabalho escravo.** Disponível em: <<https://jornalgnn.com.br/direitos-humanos/levantamento-traz-lista-de-marcas-de-roupas-flagradas-com-trabalho-escravo/>>. Acesso em 21 de janeiro de 2021.

**LEI DE MIGRAÇÃO.** Decretada em 22 de julho de 1997. **Vade Mecum.** São Paulo: Saraiva, 2018.

**MÁXIMO**, Welton. Imigrantes se cadastraram como MEI com regras simplificadas. **Agência Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-10/imigrantes-se-cadastraramo-com-meis-com-regras-simplificadas>>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. ACNUR e OIM lançam cartilha informativa para migrantes e refugiados sobre como solicitar o Auxílio Emergencial.** Disponível em: <<https://direito.mppr.mp.br/2020/04/119/ACNUR-e-OIM-lancam-cartilha-informativa-para-migrantes-e-refugiados-sobre-como-solicitar-o-Auxilio-Emergencial.html>>. Acesso em 21 de janeiro de 2021.

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Cartilha para solicitantes de refúgio no Brasil.** Disponível em: <[http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes\\_afirmativas/imigrantesrefugiados/imig\\_cartilhas/Cartilha-para-Solicitantes-de-Ref%C3%BAgio-no-Brasil\\_ACNUR-2015.pdf](http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/imigrantesrefugiados/imig_cartilhas/Cartilha-para-Solicitantes-de-Ref%C3%BAgio-no-Brasil_ACNUR-2015.pdf)>. Acesso em 24 de janeiro de 2021.

**MISSÃO PAZ. Quem somos.** Disponível em <<http://www.missaonspaz.org/menu/quem-somos>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

NEVES, Márcio; JUNQUEIRA, Diego. Venezuelanos são suspeitos em 56% dos crimes em Pacaraima. **Notícias R7**, 2018. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/venezuelanos-sao-suspeitos-em-56-dos-crimes-em-pacaraima-rr-25082018>>. Acesso em 24 de janeiro de 2021.

**PROGRAMA DE APOIO PARA A RECOLOCAÇÃO DOS REFUGIADOS. Programa de Apoio para a Recolocação dos Refugiados.** Disponível em: <<https://www.refugiadosnobrasil.org>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

RAQUEL, Martha. Pobreza faz disparar a violência em região da fronteira do Brasil com a Venezuela. **Brasil de Fato**, 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/09/17/pobreza-faz-disparar-a-violencia-em-regiao-da-fronteira-do-brasil-com-a-venezuela>>. Acesso em 24 de janeiro de 2021.

**REDEMIR. Princípios.** Disponível em: <<https://www.migrante.org.br/sobre -a-redemir/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

RODRIGUES, Alex. Emissão de carteiras de trabalho a refugiados bate recorde em 2018. **Agência Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-08/emissao-de-carteiras-de-trabalho-refugiados-bate-recorde-em-2018>>. Acesso em 12 de janeiro de 2021

**UNHCR. Documentos.** Disponível em: <<https://help.unhcr.org/brazil/documentos/>> Acesso em 12 de janeiro de 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Ministério da Justiça conclui análise de 100 mil pedidos de refúgio. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-12/ministerio-da-justica-conclui-analise-de-100-mil-pedidos-de-refugio>>. Acesso em 12 de janeiro de 2021.

# CAPÍTULO 16

## CONSTRUCCIÓN DE LA TERRITORIALIDAD MAQUILADORA. EL USO DE LA VIOLENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 08/03/2021

**Victor Hugo Jara Cardozo**

Estudante de Mestrado do Programa Sociedade Cultura e Fronteiras (UNIOESTE)

Foz do Iguaçu – Paraná

<http://lattes.cnpq.br/3822031466302020>

Artículo presentado en el "9º Congresso internacional interdisciplinar em sociais e humanidades - CONINTER 2020"

**RESUMEN:** El presente trabajo es resultado de la articulación, principalmente, de las disciplinas de Geografía y Sociología del Trabajo. Específicamente, hemos utilizado conceptos de la primera y metodologías de la segunda. Abordamos la problemática de la construcción de subjetividades en el territorio-fábrica de la naciente industria de las Maquilas en Alto Paraná-Paraguay. Las maquilas aún tienen una corta vida en el territorio paraguayo, por ende, no existe aún mucha bibliografía sobre el tema. Realizamos el trabajo a partir de tres entrevistas semiestructuradas a trabajadores de maquiladoras textiles. La técnica de muestro utilizada fue bola de nieve. Concluimos que el territorio-fábrica de las maquilas, es un espacio hostil que ofrece precarias condiciones de trabajo y, por sobre todo, que su territorialidad hostil influencia en la construcción de subjetividades en los/las trabajadores/as.

**PALABRAS CLAVE:** Maquilas, territorialidad, violencia.

### CONSTRUCTION OF THE MAQUILADORA TERRITORIALITY. THE USE OF VIOLENCE IN WORK RELATIONS

**ABSTRACT:** The present work is the result of the articulation, mainly, of the disciplines of Geography and Sociology of Work. Specifically, we have used concepts from the first and methodologies from the second. We address the problem of the construction of subjectivities in the factory-territory of the nascent Maquilas industry in Alto Paraná-Paraguay. The maquilas still have a short life in Paraguayan territory, therefore, there is still not much bibliography on the subject. We carried out the work from three semi-structured interviews with workers of textile maquiladoras. The sampling technique used was snowball. We conclude that the territory-factory of the maquilas is a hostile space that offers precarious working conditions and, above all, that its hostile territoriality influences the construction of subjectivities in the workers.

**KEYWORDS:** Maquilas, territoriality, violence.

### INTRODUCCIÓN

La industria maquiladora de exportación nació a mediados de la década del 60 en la frontera entre Estados Unidos y México en el marco de un gran proceso de reestructuración de la economía mundial. Según Cuero (2018), la maquila forma parte de un "esquema de

subcontratación internacional” que “se dio en medio de una crisis del patrón de acumulación fordista y de la instauración de una nueva fase de la división internacional del trabajo.”

Básicamente, consiste en el desplazamiento de la parte de ensamblaje de la cadena de producción de una mercancía. Esta compartimentación de la línea de montaje es la versión internacional de la tercerización, donde multinacionales buscan principalmente a países con fuerza de trabajo barata y una legislación laboral flexible para, o bien, construir una filial de su empresa, o bien, contratar los servicios de una planta maquiladora (ANTUNES, 1999, p. 56).

La planta maquiladora, por regla general, tiene casi un nulo contacto con la economía del país donde se encuentra, ya que, además de las numerosas exenciones impositivas que recibe, nada de la maquinaria ni materia prima es proveída por el mercado nacional, sino que es importada de la matriz, y así mismo, una vez terminado el proceso de ensamble, toda la producción<sup>1</sup> es reexportada.

El principal discurso de las autoridades de los países que albergan a las maquilas es que esta es una oportunidad para estimular el desarrollo industrial, arguyendo que este tipo de interacción con la cadena global de producción podría generar transferencia de tecnología y una fuerza de trabajo más capacitada.

Desde la década del 60, varios países de América Latina y Asia han abierto sus puertas a las maquiladoras, y el desarrollo ha sido variado. En México, luego de más 50 años la industria maquiladora ha mostrado cierto nivel de desarrollo tecnológico (Contreras y Munguía, 2007), sin embargo, aún continúa siendo mayoritariamente una industria que utiliza fuerza de trabajo poco especializada envuelta en actividades que requieren alto componente físico.

Varios estudios en México y en países de Centroamérica, han denunciado y analizado las precarias condiciones de trabajo que ofrecen las maquiladoras (Berrueta, 2010); (CECEÑA, 1992); (OXFAM, 2015); (FIDH, 2005); (CDM y CHAAC, 2009).

Baumgratz y Cardin (2019), señalan que:

Os empregadores buscam um perfil de funcionário de pessoas submissas, dispostas a acatar qualquer ordem, sem horários definidos, com salários baixos e sem plano de saúde. Destarte, existe a conhecida e temida “lista negra”, onde os nomes dos funcionários “revoltosos” –aqueles que exigem algum direito– são compartilhados entre as empresas, para impedir a contratação de funcionários causadores de problemas.”

En Paraguay, se han abierto las puertas a las maquiladoras en el año 2000, a partir de la reglamentación de la ley N° 1.064/97. Y si bien, ya han pasado más de 20 años desde su presencia en el país, esta recién ha comenzado a ser significativa a partir del 20132.

1 En el caso paraguayo, es posible comercializar un 10% de la producción en el mercado nacional previa autorización del Consejo Nacional de la Industria Maquiladora de Exportación (CNIME).

2 Desde el 2001 hasta el 2012 se habían aprobado 44 proyectos de maquiladoras, y entre 2013 y 2018, se aprobaron un total de 136 proyectos (CNIME, 2019)

Amén de la relativa corta vida de la maquila en Paraguay, no existe mucha bibliografía sobre el tema, y de entre la que existe, ninguna se ha debruzado a analizar detenidamente la situación de la clase trabajadora.

Precisamente, son los medios de comunicación los que nos han informado de denuncias de trabajadores de maquilas en Ciudad del Este sobre precarias condiciones de trabajo y alevosos incumplimientos de la legislación laboral vigente (La clave, 2019a), (Vanguardia, 2019). A pesar de esta clase trabajadora representar más de 6.000 puestos de trabajo (CNIME, 2019), no se han visto organizaciones gremiales de ningún tipo que pudieran dar un ropaje organizado a sus denuncias.

Sin embargo, esta no es una situación propia de Paraguay, también es característica de algunos puntos importantes del territorio maquilador en México, como lo menciona Berrueta (2010) en el caso de Ciudad Juarez, México. El autor sostiene que la Maquila, en la medida del crecimiento de su dimensión espacial, ha redefinido el territorio fronterizo “llegando a determinar prácticamente en su totalidad el funcionamiento social y cultural de todo el territorio” (ibídem, 31), lo que ha generado una sociedad desestructurada como consecuencia de la violencia simbólica y estructural que supone el proyecto económico de la maquila (ibídem, 36).

El presente trabajo, reflexiona sobre las territorialidades construidas en el territorio maquilador textil y cómo estas afectan a la fuerza de trabajo. Para ello, se usarán principalmente los conceptos de “territorio”, “territorialidad” y “poder” del geógrafo Claude Raffestin para comprender las dinámicas sociales que se tejen en el territorio maquilador.

Las reflexiones son realizadas principalmente a partir de tres entrevistas realizadas a trabajadores de maquilas textiles en Alto Paraná - Paraguay. Las entrevistas fueron semiestructuradas y la técnica de muestreo aplicada fue bola de nieve. Fueron realizadas en Setiembre del año pasado (2019), en el marco de la investigación para el Trabajo de Conclusión de Curso (TCC) de la carrera de Ciencia Políticas y Sociología, en la Universidad Federal de Integración Latinoamericana. En esa ocasión, las reflexiones en torno a las entrevistas no fueron agotadas y dejaron al investigador varios aspectos pendientes que son los que serán abordados en el presente trabajo.

Es necesario mencionar que la presente propuesta no plantea una caracterización completa y acabada de la clase trabajadora de la maquila, sino más bien un acercamiento reflexivo que ayude a cimentar investigaciones sociológicas posteriores que consigan dar cuenta de una caracterización completa de la problemática, esto debido principalmente a que creemos que el tamaño de la muestra no es suficientemente representativo, lo que, sin embargo, no nos impide realizar estas aproximaciones reflexivas a la problemática planteada.

Las demás fuentes son los datos estadísticos del Ministerio de Industria y Comercio (MIC), el Consejo Nacional de la Industria Maquiladora de Exportación, artículos científicos y disertaciones de maestrías.

El objetivo general es dar cuenta de las principales características de las condiciones de trabajo de las maquilas textiles en Alto Paraná (Paraguay). Los objetivos específicos son reflexionar en torno a los conceptos de territorio, territorialidad y poder como instrumentos conceptuales que ayuden a la comprensión de la realidad de la clase trabajadora de la maquila textil.

En la primera parte del texto se abordarán los principales conceptos que se utilizarán a lo largo del texto, en un segundo capítulo se abordará al objeto de estudio, en el tercero presentaremos los principales resultados para posteriormente cerrar con las reflexiones finales.

## 1 | PRINCIPALES CONCEPTOS

El presente trabajo es fruto del encuentro, principalmente, de la Geografía y la Sociología del Trabajo. Se han recurrido a conceptos pertenecientes a la Geografía y a metodologías propias de la Sociología del Trabajo para abordar la problemática planteada.

Como mencionado en la introducción, los conceptos sobre los cuales construimos nuestra reflexión son los de “territorio”, “territorialidad” y “poder”, del geógrafo suizo Claude Raffestin, expuestos en su clásica obra “Por una Geografía del Poder”.

El concepto de territorio de Raffestin nace como crítica a la geografía política de Ratzel quién, según el autor, elaboró más bien una Geografía del Estado, que se limitaba a analizar al poder dentro de las fronteras de los conceptos de Estado-nación.

Para el geógrafo suizo, el espacio está compuesto por más que simplemente sus elementos físicos visibles y medibles (largo, acho) sino por el entramado de relaciones sociales que se tejen en él. La crítica de Raffestin superaba así a la visión neopositivista “centrada en la Geometría, la física y la estadística como disciplinas del estudio del espacio” (Prada, 2016, p. 633).

Sobre el espacio, Raffestín dice:

“Es esencial entender que el espacio está en posición de anterioridad frente al territorio. El territorio es generado desde el espacio. Es el resultado de una acción realizada por un actor que, al apropiarse del espacio, lo territorializa... El espacio por lo tanto es primero, es preexistente a toda acción. Es de alguna manera dado como una materia prima. Es lugar de posibilidades, es la realidad material preexistente a todo conocimiento y a toda práctica, de la cual será objeto desde el momento en que un actor manifieste una intencionalidad hacia él. El territorio, evidentemente, se apoya sobre el espacio pero no es el espacio. Es una producción a partir del espacio que pone en juego un sinnúmero de relaciones que se inscriben en un campo de poder. Producir una representación del espacio es ya una apropiación, una empresa, un control, aunque éste quede en los límites del conocimiento. Todo proyecto en el espacio que se expresa por una representación, revela la imagen deseada de un territorio.” Raffestin, C., Pour une géografie du pouvoir, París, litec, 1980, p. 129. (citado por Berrueta, 2010, p.28)

El territorio sería, entonces, “ocupación cultural del espacio” que

“contiene un conjunto de estructuras de significación donde interactúan símbolos interpretables a través de los cuales pueden describirse las relaciones que se establecen, la acción social que se ejecuta y el poder que a su interior se ejerce. (Berrueta, 2010, p. 28)

Guardando las debidas distancias, podría compararse a un mapa geográfico social, donde se dividen físicamente partes del territorio en función a distribuciones sociales del trabajo y comunicados a través de sistemas sociales de interconexión.

Por su vez, “territorialidad” se fine a partir de las relaciones que teje cada individuo con su entorno, en su vida cotidiana, como por ejemplo sus relaciones con el trabajo, con la iglesia, con grupos sociales, con la autoridad, etc. La territorialidad podría ser comparable con la cultura y las costumbres: el puente entre las acciones y prácticas individuales y las colectivas.

Cuando hablamos de territorialidad, estamos hablando de las construcciones simbólicas que se tejen entre los individuos en el territorio, quienes, a su vez, se encuentran navegando entre las tensiones generadas por el poder.

Para Raffestin el concepto de poder es fundamental, además de ser su gran contribución a la geografía crítica.

Explicitar o conhecimento e a prática que os homens tem das coisas é, involuntariamente, desnudar o poder o poder que esses mesmos homens se atribuem ou procuram se atribuir sobre os seres e as coisas. O poder não é nem uma categoria espacial nem uma categoria temporal, mas está presente em toda “produção” que se apoia no espaço e no tempo. O poder não é fácil de ser representado, mas é, contudo, decifrável. Falta-nos somente saber faze-lo, ou então poderíamos sempre reconhecê-lo. (Raffestin, 1993)

En su libro, utiliza la imagen de una pintura de Goya “Don Manuel Osorio Manrique de Zúñiga, niño”, para explicar el gran entramado de relaciones de poder que se tejen en el espacio, “é uma fascinante metáfora pictural de um sistema de poder”, donde el niño “é prisão e garantía”, el primero para los gatos y el segundo para los pájaros. La presencia del niño limita las acciones de los gatos, que están prestos para atacar. Incluso el color de la ropa del niño denota el impacto del poder, él toma todo el espacio, se convierte en el centro articulador de las relaciones que se tejen entre los individuos. Para Raffestin, el niño de la pintura “É, por tanto, a representação de um equilíbrio entre uma infinidade de desequilíbrios possíveis que podemos imaginar, mas não verificar.”

## 2 I LA DIMENSIÓN TERRITORIAL DEL OBJETO

La crítica de Raffestin a la Geografía Clásica, que entendía a los conceptos de territorio y territorialidad solamente en su dimensión nacional o supranacional, ha abierto las posibilidades a pensar estos conceptos en varias dimensiones espaciales de la sociedad.

Si el territorio se constituye por las divisiones físicas del espacio en función de la organización social, y la territorialidad es constituida por los *habitus* que interactúan en una red de significaciones compartidas, entonces podemos pensar a las instalaciones de la maquiladora como un territorio marcado por características bien definidas y que, en su seno, y en función de su dinámica interna y sus conexiones con la cadena global de producción, tiene una territorialidad también propia y bien definida.

A su vez, el territorio fabrica, se encuentra contenido en otra dimensión territorial más amplia que la contiene,

"El territorio se pluraliza según escalas y niveles históricamente constituidos y sedimentados que van desde lo local hasta lo supranacional, pasando por escalas intermedias como las del municipio o comuna, la región, la provincia y la nación." (Berrueta, 2010, p. 30).

Y son las interacciones entre las características de esta territorialidad y la fuerza de trabajo la que queremos llamar la atención.

Las instalaciones maquiladoras se encuentran determinadas directamente por la forma de su vinculación a la cadena global de producción. Como mencionamos en la introducción, la maquila surge en un proceso de reorganización productiva en el contexto de una crisis económica mundial.

Este nuevo régimen de acumulación, significó una mayor precarización de las condiciones de trabajo de la clase trabajadora, así como adjuntó nuevos métodos de dominación y sumisión a las órdenes del capital.

Algumas das repercussões dessas mutações no processo produtivo tem resultados imediatos no mundo do trabalho, que são eliminados cotidianamente em quase todas as partes do mundo onde há produção industrial e de serviços; aumento da fragmentação no interior da classe trabalhadora; precarização e terceirização da força humana que trabalha; destruição do sindicalismo de classe e sua conversão num sindicalismo dócil (...) (ANTUNES, 1999, p.55)

En el caso mexicano, debido a su ya más de medio siglo de existencia,

"La maquila se constituyó en un eje plagado de significados. Se activaron no sólo las formas de una nueva cultura laboral resultante de las modernas fórmulas flexibles de organización empleadas al interior de las fábricas, sino que, de manera paralela, se fueron consolidando diferentes expresiones culturales, consecuencia de los efectos que esta actividad económica tenía sobre los espacios de reproducción social." (Berrueta, 2010, p. 31)

## 2.1 El caso paraguayo

En el caso paraguayo, como la cantidad de talleres maquiladores aún no ha alcanzado las dimensiones que tiene en México, la dimensión territorial no ha superado las fronteras de sus instalaciones para convertirse en el eje articulador del territorio y las territorialidades fuera del territorio-fábrica -como sí ha ocurrido en México (Berruta, 2010).

Sin embargo, pudimos ver que el contexto general de la situación de la clase trabajadora –fuera de las maquilas- es, por lo menos igual de precario, sino más.

En efecto, según el boletín trimestral de empleo de la DGEEC, del segundo trimestre del 2019, a nivel nacional, el porcentaje de asalariados (públicos y privados) que ganan menos que salario mínimo es de 34,1 % (DGEEC, 2019, p. 17), así mismo, en el departamento de Alto Paraná, el desempleo o sub empelo, que, combinados -tasa de desempleo y sub empleo por insuficiencia de trabajo- alcanzan el 10 % de la población del departamento del Alto Paraná, un total de 40.830 personas; y además, donde la pobreza total y extrema, combinadas, afectan al 24,5 % de la población, un total de 197.528 personas (DGEEC, 2018).

A pesar de la industria maquiladora ser caracterizada por nuestros entrevistados por condiciones bastante precarias, donde a la intensidad de la labor, se le suma la precariedad de las instalaciones -llegando a representar riesgos para la salud-, horas extras no pagadas, situaciones de hostilidad emocional y psicológica, para muchos, la Maquila constituye la oportunidad de ganar un salario mínimo por primera vez.

"Portanto, mesmo conhecendo seus direitos, os funcionários aceitam os ataques dos empregadores, pois precisam daquilo para sobreviver, sabendo que há poucas alternativas de emprego além daquela." (Baumgratz y Cardin, 2019)

A esto se le debe sumar la labor totalmente incompetente del Ministerio del Trabajo en su labor de protector de los derechos laborales. Según el informe de la Codehupy (Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay), denominado "Derechos Humanos Paraguay 2018", en un artículo denominado "La tendencia a reducir los derechos laborales. Situación de los derechos de libertad sindical en Paraguay" la inoperancia del Ministerio del Trabajo y la consecuente vulnerabilidad de la clase trabajadora es una problemática institucional y no se remite exclusivamente a las maquilas, sino a la clase trabajadora como un todo.

Y esto no es un hecho fortuito, sino que es consecuencia de la correlación de fuerzas en el escenario estatal. Así como menciona Raffestin, las relaciones nunca son solamente bilaterales, el Estado se hace presente en cada elemento burocrático que hace a la vida social, como, por ejemplo, en las formas legales de un contrato laboral.

Nesse caso, o campo operatório da relação é, por tanto, delimitado não somente pelos protagonistas imediatos, diretamente envolvidos, mas ainda pelas organizações que interferem com uma série de restrições a serem observadas. (Raffestin, 1993)

Así mismo, las ausencias del Estado hablan mucho sobre las prioridades de este, o bien, de los sectores de clase que se encuentran ejerciendo mayor influencia.

É verdade que não vemos o Estado, mas é também verdade que o Estado se mostra em todas as formas de manifestações espaciais, da capital a fronteira, passando pelas malhas interiores hierarquizadas e pelas redes de circulação. (ibidem.)

De esta forma, las y los trabajadores de la maquila se encuentran en medio de un territorio laboral marcado por la precariedad institucional y la hostilidad en contra de sus posibilidades de estabilidad. Se encuentra, en suma, ante la disyuntiva del desempleo y el “privilegio de la servidumbre”<sup>3</sup>

## 3 I RESULTADOS

Uno de los principales aspectos referidos por nuestros entrevistados, tiene que ver con las elevadas exigencias de productividad, haciendo con que el trabajo sea realizado con niveles muy elevados de intensidad. Estos niveles de productividad son posibles gracias a dos mecanismos de incentivos: el económico y el amedrentamiento.

### 3.1 Incentivos

Ambas formas de incentivos, funcionan como mecanismos que estimulan, aumentan y mejoran la producción. Si bien, según los relatos, ambos mecanismos están siempre presentes, en algunos lugares uno es más importante que el otro, y viceversa.

La forma de los incentivos depende del contexto de la fábrica y de las posibilidades de aplicar una u otra forma. Por lo general, aquellas maquiladoras que utilizaban el incentivo económico eran aquellas que tenían vínculos más estrechos con las multinacionales, como el caso de la maquila de Adidas, y esto, a su vez, debido a que la multinacional exigía el cumplimiento estricto de la normativa laboral del país, enviando constantemente fiscalizadores que sancionaban si encontraban incumplimientos.

Estos incentivos (los económicos), conseguían que los trabajadores llegasen a trabajar incluso 12 horas en un día sin que los mismos reclamasen, todo lo contrario, como las horas extras eran pagas, los trabajadores veían con buenos ojos esa extensión de la jornada de trabajo.

Por otro lado, el amedrentamiento, la violencia -y el miedo como principal consecuencia- es un tipo de incentivo propio de modos de organización de trabajos más precarios, materializándose en tratos hostiles desde la patronal: gritos, amenaza constante de despido, descuentos compulsivos.

En varios talleres, si la meta no es alcanzada, los trabajadores no pueden salir de la fábrica. La jornada de trabajo, en promedio, es de 9 horas y media por día, de lunes a viernes, de 6:00 a 16:30. Si, llegado el horario, estos aún no hubieren llegado a la meta, y aún así se retiran, se les castiga con un día de suspensión y con el descuento de la jornada

<sup>3</sup> Referencia al último libro publicado por el sociólogo brasileño Ricardo Antunes, denominado “O privilégio da servidão novo proletariado de serviços na era digital”.

correspondiente. Una forma de violencia simbólica es realizada a través de reuniones entre todos los trabajadores de la fábrica con el gerente.

En las reuniones, el gerente expone sus críticas a los trabajadores frente a toda la fábrica. Ser objeto de crítica en ese espacio genera el miedo suficiente como para hacer todo lo posible para evitarlo. Refiriéndose a su experiencia en una planta maquiladora, un entrevistado manifestó que “(...) ahí manda el miedo, hasta ahora sigue mandando el miedo”.

Además del hecho de que las horas extras en este tipo de talleres no son pagadas, había casos de trabajadores de confección de sábanas se quedaban trabajando desde las 06:00 hasta las 23 hs de la noche, constituyendo así una jornada de trabajo de 17 horas.

Los principales aspectos de la territorialidad en los talleres maquiladores buscan estimular la competencia entre trabajadores, minando los sentimientos de solidaridad y fraternidad. En suma, son políticas de asilamiento, lo que suele generar, en ocasiones, ambientes laborales marcados por una profunda hostilidad entre compañeros y compañeras de trabajo.

### 3.2 Inestabilidad

Otra de las características que atraviesa a las maquilas es el de la inestabilidad. Estas plantas pueden llegar a migrar con una enorme facilidad, dejando a miles de trabajadores en la calle de la noche para la mañana. Por otro lado, si bien, como hemos apuntado, la industria maquiladora ha comenzado recién a tener importancia hace aproximadamente 10 años, este ha sido un tiempo suficiente para constatar la gran inestabilidad de los puestos de trabajo en las maquilas.

Uno de nuestros entrevistados trabajó en una de los primeros talleres textiles instalados en la región, en el 2008 –incluso antes de que el sector comenzara a tener importancia-. En 10 años de trabajo, hasta el 2018, pasó por 7 plantas maquiladoras, en 4 de ellas superó a penas el mes de trabajo.

*Circulación de un trabajador*

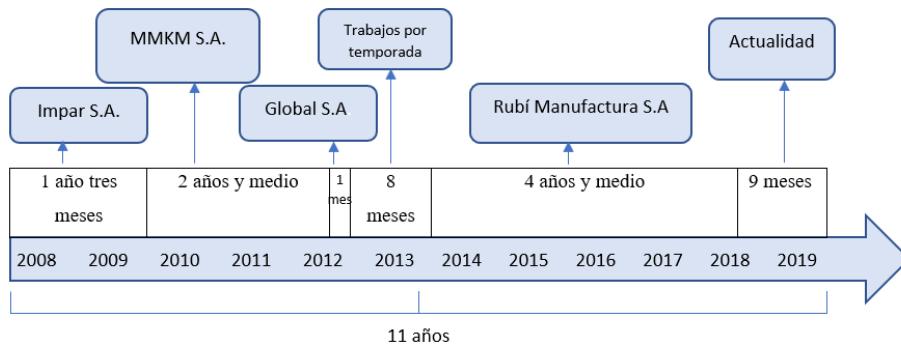


Figura 3

Fuente: elaboración propia a partir de una entrevista con un trabajador

Activ

Hemos elaborado este pequeño diagrama para mostrar con mayor claridad lo recién mencionado. En el año de 2013, estuvo 8 meses realizando trabajos por temporada en tres talleres distintos. Como la vinculación de la demanda es netamente con la matriz, las plantas maquiladoras trabajan bajo pedidos que suelen tener importantes variaciones, llegando a contratar y despedir hasta a 100 trabajadores en un lapso de 2 a 3 meses.

## 4 | CONSIDERACIONES FINALES

Todas estas circunstancias estructurales a la cual se encuentra expuesto la clase trabajadora, tienen un papel preponderante en la construcción de sentido y significado en el *habitus* de cada uno de ellos. Las plantas maquiladoras, en el marco de sus territorios y territorialidades, determina de manera directa la construcción de subjetividades de su fuerza de trabajo, coadyuvada además por un contexto de precariedad institucional del Estado que, como vimos, no es sino manifestación de poder de sectores de clase. El trabajador no tiene más opción que elegir entre la desocupación y la explotación.

La violencia es parte fundamental en este proceso, tanto la explícita como, y principalmente la implícita, porque legitima y naturaliza patrones de intensidad laboral y de condiciones de trabajo que incluso atentan contra la legislación laboral.

Como hemos mencionado en la introducción, aún no existen suficientes trabajos de investigación sobre las maquilas asentadas en Paraguay que puedan dar cuenta de una caracterización completa. El presente texto, ha pretendido ser un esfuerzo de reflexión para aportar a este ejercicio de caracterización que, si bien aún es escaso, viene siendo realizado.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- BAUMGRATZ, D.; CARDIN, E. G. O regime de maquila e suas implicações no México: perspectivas para o modelo adotado no Paraguai. Estud. int. (Santiago, en línea) vol.51 no.192 Santiago abr. 2019. versión On-line ISSN 0719-3769. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-37692019000100071&lang=es#aff1](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692019000100071&lang=es#aff1)>. Acceso en: 08 de octubre 2020, 14:20 pm
- BERRUTA, Luis Humberto Méndez. Territorio maquilador y violencia. El caso de Ciudad Juárez. El Cotidiano, núm. 164, noviembre-diciembre, 2010, pp. 27-40. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco. Distrito Federal, México. ISSN: 0186-1840. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32515894005>>. Acceso en :10 de octubre 2020, 10:35 pm
- CECEÑA, Ana Esther. MAQUILADORAS Y TLC: dos expresiones de una problemática. Ciudad de México: Revistas Unam, v. 28, n. 88, 1992. Disponible en <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/34490>>. Acceso: 01 mayo 2018. Acceso en :06 de octubre 2020, 17:35 pm

-CEMAP. CAMARA DE EMPRESAS MAQUILADORAS DEL PARAGUAY. Asunción: Cemap, 2017. Disponible en: <<http://www.maquila.org.py/?p=422>>. Acceso: 01mayo. 2018.

-CUERO, Julieta Martínez. La subcontratación como estrategia de rentabilidad para el capital transnacional: la industria maquiladora en Tijuana, 1990-2017. Anál. econ. vol.33 no.84 Ciudad de México sep./dic. 2018. versión On-line ISSN 2448-6655versión impresa ISSN 0185-3937. Disponible en: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2448-66552018000300143&lang=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-66552018000300143&lang=es)>. Acceso en :10 de octubre 2020, 10:40 pm

-CONTRERAS Ó. F.; MUNGUÍA L. F.. Evolución de las maquiladoras en México. Política industrial y aprendizaje tecnológico. Región y sociedad vol.19 spe Hermosillo ene. 2007. versión impresa ISSN 1870-3925. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-39252007000400005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-39252007000400005). Acceso en :06 de octubre 2020, 17:30 pm

-CENTRO DE DERECHOS DE MUJERS (CDM); COALICIÓN HONDUREÑA DE ACCIÓN CIUDADANA (CHAAC). Impacto del libre comercio en los derechos laborales de las obreras de la maquila textil en honduras. Dirección de estudio y elaboración de infrome: Yadira Minero Rodas. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/29031.pdf>> Acceso en: 12 Jun. 2019, 02:20

-(DGEEC) DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS, ENCUESTAS Y CENSOS. Principales resultados de Pobreza Monetaria y distribución de ingresos 2018. Asunción, 2018. Disponible en: <[https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/POBREZA-MONETARIA%20-2018/Pobreza%20Monetaria\\_Boletin.pdf](https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/POBREZA-MONETARIA%20-2018/Pobreza%20Monetaria_Boletin.pdf)> Acceso en: 24 Jun. 2019, 11:53>.

-(DGEEC) DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS, ENCUESTAS Y CENSOS. BOLETÍN TRIMESTRAL DE EMPLEO, 1er trimestre 2019. Asunción. Mayo, 2019. Disponible en: <[https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/EPHC2019/Primer%20Trimestre/Boletin%20trimestral%20de%20empleo%20EPHC\\_T1\\_2019.pdf](https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/EPHC2019/Primer%20Trimestre/Boletin%20trimestral%20de%20empleo%20EPHC_T1_2019.pdf)> Acceso en: 24 Jun. 2019, 13:29.

-FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS fidh. Misión internacional de investigación. Situación de los derechos humanos en la maquilas de america central. N° 428/3 Octubre 2005. Disponible en <<https://www.fidh.org/IMG/pdf/maq427.pdf>> Acceso en: 12 Jun. 2019, 02:11

-GIL, Felix. Circulação e superexploração do trabalho: agenda de estudos da condição proletária contemporânea. In: GUANAIS, J.; FELIX, G. (Org) *Superexploração do trabalho no século XXI: debates contemporâneos*. São Paulo: Projeto editorial PRAXIS, 2018. Páginas (127-59).

-OXFAM INTERMON. DERECHOS QUE PENDEN DE UN HILO. Zonas francas textiles frente a cooperativas de comercio justo. ABRIL 2015. Disponible en: <<https://oxfamintermon.s3.amazonaws.com/sites/default/files/documentos/files/DerechoQuePendenDeUnHilo.pdf>> Acceso en: 12 Jun. 2019, 02:16

# CAPÍTULO 17

## LIMBO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO: A SITUAÇÃO DOS EMPREGADOS, EMPREGADORES E INSS

Data de aceite: 01/06/2021

Data da submissão: 04/05/2021

### Maria Joarina Aguiar Paulino

Graduada em Bacharelado em Direito – Chistus Faculdade do Piauí (CHRISFAPI); Acadêmica da Pós-Graduação em Direito Previdenciário e

Direito do Trabalho da EADIR

Escola Aberta de Direito

<http://lattes.cnpq.br/8377092612903546>

### Hilziane Layza de Brito Pereira Lima

Mestre em Políticas Públicas – UFPI

Doutoranda em Direito Constitucional – IDP

Docente efetiva da UESPI. Advogada

<http://lattes.cnpq.br/1803841698954901>

bibliográfica e descritiva, com a análise de materiais relevantes já publicados sobre o tema, buscou-se descrever e analisar todo o contexto em que ocorre o fenômeno do limbo trabalhista previdenciário, as características das partes envolvidas e o posicionamento jurisprudencial. A conclusão do trabalho nos mostra que parte da doutrina milita no viés de responsabilização do empregador caso este não possua uma conduta ativa no sentido de auxiliar na resolução desse empasse. Além disso, é reafirmada a necessidade de uma legislação específica para sanar a insegurança jurídica enfrentada pelas partes envoltas a esse fenômeno.

**PALAVRAS - CHAVE:** Previdência. Relação de Trabalho. Empregado. Empregador. INSS.

**RESUMO:** A Constituição de 1988 positivou diversos direitos para a classe trabalhadora, como a implementação do conceito da Seguridade Social, gerenciada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que visa a proteção em casos de necessidade. Entretanto, ainda existem situações, como a do Limbo Trabalhista Previdenciário, que acaba por acarretar consequências em uma classe de contribuintes desprotegidos pelo sistema previdenciário e pela própria empresa a qual aqueles se encontram vinculados. Mesmo com grande repercussão nas relações empregatícias, esse limbo ainda não é pauta de grandes debates normativos voltados à solução e correção de forma definitiva desse fenômeno, apesar de já haver discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto. Nesse diapasão, através da pesquisa

### SOCIAL SECURITY LABOR GAP: THE SITUATION OF EMPLOYEES, EMPLOYERS AND INSS

**ABSTRACT:** The Constitution of 1988, affirmed several rights for the working class, such as the implementation of the concept of Social Security, managed by the National Institute of Social Security, which aims at protection in cases of need. However, there are still situations, such as that of the social security labor gap, which ends up causing consequences in a class of taxpayers unprotected by the social security system and by the company to which they are linked. Even with great repercussions in employment relationships, this limbo is not yet the subject of major normative debates aimed at the definitive solution and correction of this phenomenon, despite the fact that there are already doctrinal and jurisprudential

discussions on the subject. In this tuning fork, through bibliographic and descriptive research, with the analysis of relevant materials already published on the topic, we sought to describe and analyze the entire context in which the phenomenon of social security labor gap occurs, the characteristics of the parties involved and the jurisprudential positioning. The conclusion of the work shows us that part of the doctrine militates in the bias of accountability of the employer if he does not have an active conduct in order to assist in resolving this impasse. In addition, the need for specific legislation to remedy the legal uncertainty faced by the parties involved in this phenomenon is reaffirmed.

**KEYWORDS:** Social security. Work relationship. Employee. Employer. INSS.

## 1 | INTRODUÇÃO

O instituto do trabalho é tão antigo quanto o próprio homem. Desde a antiguidade os seres humanos necessitam realizar determinados esforços para a satisfação pessoal e do grupo no qual se encontra inserido. Os trabalhadores, aqueles que detém a mão de obra, sempre estiveram em uma constante luta por seus direitos e igualdade. Apesar de muitos avanços sobre os direitos dos trabalhadores, ainda existem situações nas quais estes ainda se encontram em certa desvantagem e até mesmo desamparados.

Todo ser humano necessita de determinada tutela social que vise sua resguarda frente a possíveis incertezas. Nesse sentido, Celso Barroso Leite (1972) expõe a necessidade de uma proteção social e de medidas que assegurem aos membros de determinada relação laboral a possibilidade de condições mínimas diante de ocorrências de força maior.

A atual Carta Magna positivou e instituiu diversos direitos que servem de base para as relações empregatícias, como a implementação do conceito da Seguridade Social (Saúde, Assistência e Previdência Social) mantida e gerenciada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Especificamente voltado ao trabalhador, tem-se a Previdência, uma garantia de proteção social na qual aquele participa em troca de determinadas contribuições mensais.

Nas palavras de Almeida (2006):

No sistema da Previdência Social as prestações possuem natureza jurídica de “substitutivo de salário”, ou seja, toda vez que o trabalhador se afasta do trabalho por fatores alheios à sua vontade, por ter sido acometido por infortúnio, é privado da renda que lhe garante a subsistência, razão pela qual os benefícios previdenciários substituem essa renda da qual o segurado foi privado. (ALMEIDA, 2006, p.102)

Essas contribuições se constituem em uma segurança ao trabalhador caso este seja atingido por algum evento futuro que o impossibilite de exercer suas funções de trabalhador, seja por aposentadoria, doença, entre outros. Não obstante, como consequência danosa de situações controversas relacionadas a essa previdência, existe o instituto do Limbo Jurídico Previdenciário.

Essa situação ocorre quando determinado empregado encontra-se no gozo de

sua previdência, decorrente de alguma situação que o impossibilitou temporariamente do trabalho, e recebe alta previdenciária do médico perito do INSS. Entretanto, ao ser examinado por um médico particular ou da empresa específica é constatado que aquele obreiro continua incapaz de exercer suas funções laborais, fazendo com que ocorra a situação do Limbo Previdenciário.

Nesse sentido, o afastamento advindo de enfermidade e o recebimento de Auxílio Doença é o principal foco ocasionador desse limbo previdenciário. Essa forma de auxílio encontra-se expressa no artigo 476 da CLT e no artigo 60 da Lei nº 8.213/91.

Por consequência, se constitui uma classe de contribuintes desprotegidos pelo sistema previdenciário, indivíduos estes que passam a enfrentar esse obstáculo na fruição de um benefício que lhe seria devido, gerando uma crise econômica e, por conseguinte, de emprego. Além disso, existe ainda o fator de grave afronta à proteção individual e coletiva pela falta de resguardo que essa situação acarreta.

Para realização desta investigação, esta pesquisa utilizou do método descritivo e qualitativo e desenvolveu-se através de vasta pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa documental foi realizada sobre o entendimento jurisprudencial sobre a temática, estabelecendo-se como lapso temporal da pesquisa as decisões entre os anos de 2015 e 2021.

Com base nisso, o presente trabalho objetiva a análise da composição das obrigações e das relações que acarretam esse fenômeno, bem como detalhar a situação das partes envolvidas.

## 2 | O LIMBO PREVIDENCIÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O Limbo Jurídico Previdenciário há muito vem se mostrando um problema com grandes consequências que abrem discussões com prismas divergentes e fundamentações diversas. Mesmo com grande repercussão, o tema ainda não é pauta de grandes debates normativos voltados à solução e correção de forma definitiva desse fenômeno.

A doutrina e jurisprudência já possuem visões sobre o tema em questão, mas ainda não é encontrada previsão normativa específica, sendo utilizadas medidas que consistem na análise dos casos concretos e através da utilização das vias administrativas e/ou judiciais.

Nesse sentido, para possível aprofundamento do tema dois conceitos iniciais básicos se fazem presentes, a Suspensão e a Interrupção do contrato de trabalho, tratados em conjunto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos artigos 471 e 476-A.

Nesse aspecto, a doutrina define que:

No curso do contrato de trabalho, este pode sofrer certos eventos que signifiquem a ausência de prestação de serviços, mas sem acarretar a cessação do vínculo de emprego. São as hipóteses de suspensão e

interrupção do contrato de trabalho, conforme terminologia indicada no Capítulo IV, do Título IV, da Consolidação das Leis do Trabalho. Embora os referidos termos possam receber certas críticas por parte de alguns autores na doutrina, encontram-se adotados em nosso sistema de direito positivo. Na realidade, o que fica suspenso não é o contrato de emprego em si (que permanece em vigor), mas sim os seus efeitos principais, especialmente quanto à prestação do trabalho. (GARCIA, 2012, p. 533)

Vê-se então que a principal semelhança entre esses institutos é que os tornam passível de ocorrência do limbo jurídico previdenciário, é o fato de sobrevir um afastamento temporário do trabalhador sem que haja quebra do vínculo jurídico de emprego.

## 2.1 A figura do INSS

A previdência possui um papel importante com relação aos direitos e garantias dos trabalhadores, visto que possui a qualidade de assegurador em ocasiões de necessidade. Esse papel de asseguradora corresponde aos meios imprescindíveis para o sustento do trabalhador beneficiário em casos de incapacidade laboral.

A relação do limbo jurídico e as perícias realizadas é de grande preocupação, visto que o recebimento do auxílio vigora pelo prazo estabelecido pela perícia médica, podendo ser passível de prorrogação caso a enfermidade ainda se sobrevenha. Como diz Castro e Lazzari (2016) para que seja evitado o fim desse auxílio antes que haja a recuperação efetiva do segurado, este é submetido a uma nova avaliação para comprovar a necessidade de continuação.

O Estado, por meio da autarquia federal responsável, possui a obrigação de agir com cautela frente a esses casos, entretanto, em contradição a esse dever de cautela existe o fator da Alta Programada, que veio com o objetivo de reduzir a necessidade de perícias médicas e recursos. Na Alta Programada são analisados dados fornecidos pelo segurado, mas de forma direta e objetiva sem a averiguação subjetiva do indivíduo (SILVA, 2019).

Como é observado, o INSS possui a prerrogativa de decidir e cessar o recebimento do auxílio e tal decisão prevalece em detrimento de outras que forem apresentadas.

## 2.2 A figura do Trabalhador

Quando afastado das atividades laborais para usufruir da garantia do auxílio doença administrada pelo INSS, o trabalhador fica adstrito à perícia médica deste instituto de maneira periódica com o objetivo de analisar a possibilidade ou não de retorno às atividades laborais e, por consequência, restabelecer o contrato com o empregador.

Como ratifica Martins (2013) o trabalho possui uma primordial importância na vida individual, familiar e coletiva, importância que se estende ao benefício recebido em casos de necessidade por constituir os ganhos necessários para o trabalhador. Mussi (2008) acrescenta que tais consequências maléficas ultrapassam o âmbito somente econômico-

financeiro, atingindo de forma severa até mesmo a saúde mental e emocional do trabalhador.

Como diz Godinho (2015) o obreiro possui garantia de seu retorno à atividade laboral após o recebimento da alta previdenciária motivada pelo médico pericial por meio do laudo, possuindo ainda seus direitos resguardados. Entretanto, muitas das vezes isso não ocorre e o empregado, por ser considerado o elo mais fraco da relação Empregado, Empregador e INSS, acaba por sofrer o maior dano.

Uma vez decretada pelo médico perito a possibilidade de retorno laboral, o empregado então passa a ser condicionado ao retorno à empresa no prazo máximo de 30 (trinta) dias, como dita a Súmula 32 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Nessa hipótese de alta pelo INSS, o empregador ainda deve, ao retorno do obreiro, submeter-lhe a um exame médico por nomeação da empresa.

O eventual atestado do médico do trabalhador que constate a não aptidão de retorno é o que enseja no início do processo do Limbo Jurídico. Ele então encontra-se como maior prejudicado, tendo em vista que a concessão do benefício acabou por decisão do INSS e não há possibilidade de retorno ao trabalho por conta da inaptidão averiguada pelo médico do empregador, resultando no não recebimento de seu vencimento mensal normal.

O empregado mesmo possuindo meios para contestar e realizar reclamações administrativas e judiciais, a interposição desses meios contra a decisão do INSS não possui efeito suspensivo. Desse modo, mesmo se utilizando de tais prerrogativas, sua aptidão constatada pela autarquia continua excluindo a possibilidade de dispensa do retorno laboral (SILVA, 2019).

Como citado anteriormente a despeito da impessoalidade dos laudos e seus malefícios para trabalhador, a crítica atual repousa no fato do médico ignorar detalhes e particularidades do meio laboral, possuindo como fator conclusivo somente o estado atual da doença (RODRIGUES; PANNUTI, 2016).

## 2.3 A figura do Empregador

Após atestado e cessado o benefício pelo INSS, através do laudo médico devidamente fundamentado, o empregado deve se reapresentar a postos ao empregador, que possui o dever de dar continuidade ao contrato de trabalho outrora suspenso. Nesse momento, o empregador é posto em uma posição onde ele pode realizar condutas diversas a depender de seu interesse, todas acarretando consequências ao contrato de trabalho.

Como o empregador é responsável pelo risco da atividade, como bem ressaltado pela CLT em seu artigo 2º, aquele possui o dever de receber o empregado após a alta previdenciária. O empregador tem como compromisso de dar continuidade ao contrato e se responsabilizar pela readaptação do obreiro, obrigação esta decorre do fato de que o laudo emitido pelo médico da autarquia ter a qualidade de maior relevância.

Em caso de recusa ao retorno do empregado, a postura mínima que deve ser adotada pelo empregador é a de restabelecer o pagamento salarial correspondente ao

cargo, em respeito à dignidade e à integridade necessária para sua subsistência.

Em caso de atitude contrária a essa postura, Vencato (2017) demonstra as consequências em que o empregador pode incorrer, como o pagamento dos salários, o ônus de indenizar o trabalhador pelos danos morais sofridos em consequência do desamparo, dentre outras ocorrências.

Nesse sentido, Cunha *et al.* (2019) entende que pela interpretação do disposto no artigo 476 da CLT c/c 63 da lei 8.213/91 o “[...] segurado empregado, inclusive o doméstico, em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa e pelo empregador doméstico como licenciado”. Desse modo, a licença não remunerada somente vigora durante a percepção do auxílio doença. Assim, uma vez que chegou ao fim do benefício, volta a vigência do contrato de trabalho juntamente com a obrigação de remunerar o empregado.

É esperado, então, que o empregador aja de forma ativa para que possa auxiliar o empregado durante a contestação do empregado perante o INSS, seja administrativa ou judicial, para que o mesmo não incorra nas sanções supracitadas. Apesar desse entendimento, é comum que o empregador obste ao retorno do empregado ao trabalho com base no laudo do médico indicado por este último.

## 2.4 Consequências jurídicas jurisprudenciais

Há algum tempo os tribunais tratam da situação do limbo jurídico previdenciário pelo fato deste não possuir normatização específica. Além disso, como o trabalhador consiste na parte considerada mais fraca em meio a relação Empregado x Empregador x INSS, ele possui um amparo maior dos órgãos julgadores na proteção individual. Dentro do contexto que responsabiliza a parte empregadora que obsta o pagamento salarial do obreiro após a alta previdenciária, tendo em vista o que dita o artigo 4º da CLT e a continuidade contratual do artigo 476, o Tribunal Superior do Trabalho assevera em determinada decisão que:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALTA PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO AO TRABALHO EMPREGADOR. “LIMBO PREVIDENCIÁRIO”. Hipótese em que, no presente mandamus, o Tribunal de origem concedeu a segurança para determinar a “reintegração jurídica” do trabalhador afastado para tratamento de saúde. Ocorre que a reintegração não é possível nesse caso, porquanto não houve sequer, o fim do liame empregatício. A decisão regional comporta reparo nesse particular. De outro lado, na esteira de decisões reiteradas de todas as turmas dessa Corte Superior – em situações de “limbo previdenciário” – como a retratada nos autos – deve ser garantido o pagamento da remuneração integral do empregado enquanto não revertida a decisão administrativa da Autarquia Previdenciária. Isso, porque, conforme se infere do artigo 467 da CLT, o contrato de trabalho volta a gerar seus efeitos após o encerramento do benefício previdenciário, sendo irrelevante o fato de a moléstia do empregado possuir ou não origem ocupacional. Precedentes. Na mesma senda, o judicioso voto-vista do Ministro Renato de Lacerda Paiva, para quem “não poderia o empregador simplesmente deixar de pagar os salários do reclamante e obstar a fruição do plano de saúde diante da manifestação do órgão previdenciário

de que o empregado estava apto ao serviço". Desta forma, e impetrante deve ser incluído em folha e restabelecido o plano de saúde independentemente de qualquer determinação judicial de reintegração. Recurso ordinário parcialmente provido. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário nº 2456020145050000. Relator: Maria Helena Mallmann. Subseção de Dissídios Individuais. Brasília, 22 de março de 2019.

Nesse diapasão, a referida decisão possui como base o ferimento que a recusa ao pagamento salarial e volta ao trabalho causam em princípios constitucionais basilares, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho. Além disso, possui como solução razoável a adaptação do trabalhador no ambiente de trabalho de acordo com sua nova situação e possíveis limitações adquiridas, ao passo em que a alta decretada pela autarquia é questionada pelas vias cabíveis.

Nos casos de negativa da reintegração o TST no ano de 2020 demonstrara que é risco do empregador arcar com os pagamentos do empregado em decorrência do afastamento do mesmo pela autarquia, como podemos ver:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 13.467/2017. LIMBO PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO CONSIDERADO APTO PELO INSS E INAPTO PELO EMPREGADOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A ALTA PREVIDENCIÁRIA E O RETORNO AO TRABALHO. TRANSCENDÊNCIA. Reconhecida a transcendência da causa demonstrada provável violação ao art. 487 da CLT, deve ser processado o Recurso de Revista para melhor exame da matéria. Agravo De Instrumento Provido. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/17. LIMBO PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO CONSIDERADO APTO PELO INSS E INAPTO PELO EMPREGADOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A ALTA PREVIDENCIÁRIA E O RETORNO AO TRABALHO. TRANSCENDÊNCIA. O entendimento desta c. Corte Superior é de que é responsabilidade do reclamado o pagamento de salários ao empregado impedido de retornar ao trabalho pelo empregador, que o considerou inapto, não obstante a cessação do benefício e alta previdenciária. Recurso de revista conhecido e provido. Tribunal Superior do Trabalho – Recurso de Revista nº 16756420175120059, 6ª Turma. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 13 de março de 2020.

Como forma do empregador agir positivamente em frente à situação do limbo jurídico, temos a atitude de não se afastar da responsabilidade contratual com esse empregado, voltando a pagar os vencimentos mensais do mesmo, ao passo em que se é contestada a decisão do INSS, o TRT da 12ª Região profere que:

ALTA PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO DE SALÁRIOS APÓS A CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO. Comprovado o retorno do autor ao labor após a alta previdenciária, a empresa, em não concordando com a determinação do INSS, deve recorrer a esta autarquia previdenciária questionando a decisão, ocasião em que poderá escolher entre o afastar o autor de suas atividades (com pagamento de salários) ou readaptá-lo em outras funções, mas nunca deixar de pagar os salários do período. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário nº 0003786-88.2015.5.12.0027, Primeira Turma. Relator: Desembargador Narbal Antônio de Mendonça Fileti. Santa Catarina, 14 de dezembro de 2016.

O Tribunal Superior do Trabalho possui seu entendimento fundamentado em princípios gerais, como a dignidade da pessoa humana, função social contratual e na boa-fé decorrente dessas relações, favorecendo a interpretação que sugere a readaptação do empregado às atividades laborais:

PAGAMENTO DE SALÁRIO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO – LIMBO PREVIDENCIÁRIO. Instaurando-se divergência entre o INSS e o empregador sobre a aptidão do empregado para o trabalho, prevalece o ato da autarquia previdenciária, por gozar de presunção relativa de legitimidade e veracidade. Nesse contexto, recusando-se o empregador a fornecer trabalho ao empregado, deixando de “readaptá-lo” para o exercício de funções compatíveis com as limitações verificadas pelo médico da empresa, comete ato ilícito por abuso do poder diretivo, quebrando o equilíbrio decorrente do caráter sinaligmático do contrato de trabalho, incorrendo em ofensa ao art. 187 do Código Civil. Vale lembrar que a empresa não se esgota em sua função de produção e comercialização de bens e serviços, devendo exercer a sua função social, direcionando-se pelos princípios da boa-fé, solidariedade social e dignidade da pessoa humana, vértice do ordenamento jurídico. No caso em espécie, no período de novembro de 2012 a fevereiro de 2013, a empregada não recebeu o benefício previdenciário, tampouco o seu salário. A recusa do empregador em fornecer trabalho ao reclamante o deixou por um período de quatro meses sem qualquer tipo de sustento, o que justifica a condenação. Por fim, a jurisprudência desta Corte tem entendido que a responsabilidade pelo pagamento dos salários do período de limbo previdenciário é do empregador. Precedentes. Recurso de revista não conhecido no trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 20011-74.2012.5.04.0331, Terceira Turma. Relator: Ministro Alexandre Agra Belmonte. Brasília, 25 de maio de 2018.

Nesse contexto, como diz Massoni (2012), a presente controvérsia e suas possíveis soluções necessitam de tratamentos mediante convenções coletivas de trabalho com a atuação sindical. Mostrando-se necessário o comportamento ativo de todas as partes envolvidas nesse tipo de relação.

### **3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve como objetivo a análise das circunstâncias fáticas que circulam a situação do limbo trabalhista previdenciário, suas características, definições doutrinárias e jurisprudenciais e as consequências que o mesmo acarreta. Além disso, é demonstrado um estudo de maneira específica das partes envolvidas no fenômeno do limbo previdenciário e os papéis que cada um exerce nessa relação.

Desse modo, é visto que parte da doutrina milita no viés de responsabilização do empregador em face do limbo enfrentado pelo empregado, visto que devido às obrigações decorrentes do contrato o condicionam ao pagamento salarial enquanto prevalecer o limbo. Tal raciocínio advém de conceitos inerentes à condição humana e a relação de trabalho, como a função social contratual, princípio da proteção, da dignidade da pessoa humana e

do valor social do trabalho.

Dentro desse dilema enfrentado pelo empregador e como forma de amenizar os prejuízos decorrentes dessa situação enfrentada, têm-se a recomendação de optar pela readaptação do empregado de maneiras alternativas que se adequem a atual capacidade laboral que o trabalhador apresenta.

Com base na atuação que o INSS apresenta é de suma importância que o mesmo não seja isento da responsabilidade intrínseca que ele possui em face de seus asssegurados. O instituto apresentado da alta programada apresenta uma afronta às atribuições em que a autarquia federal é responsável, a de asseguradora, em especial no que diz respeito ao princípio da eficiência por apresentar laudos, em determinadas situações, equivocados com base em dados somente objetivos.

Nesse sentido, cabe ressaltar a necessidade de uma rigorosa análise dos casos específicos em que ocorrem o limbo, com a minúcia de averiguar a responsabilidade de cada um dos sujeitos que são atingidos por essa relação. Além disso, a insegurança jurídica é um fator que contribui para a demora da discussão desses casos, o que acaba por prejudicar as partes, em especial o trabalhador.

O Poder Público responsável pela busca de meios adequados e eficazes para lidar com essas situações, de maneira assertiva e célere, tendo em vista que a situação de hipossuficiência que se encontra o trabalhador possui consequências coletivas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. V. T. Fundamentos constitucionais da previdência social. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA, Magno Luiz, DE BRITO, Cristiano Gomes. Temas Contemporâneos de Direito Empresarial do Trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BARROS, A. J. S. e LEHFELD, N. A. S. Fundamentos de metodologia: um guia para a Iniciação Científica. 2 Ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 20011**

**74.2012.5.04.0331.** Relator Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. 3ª Turma. 25 de maio de 2018b. Disponível em:<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%202001174.2012.5.04.0331&base=acordao&rowid=AAANGhAFAAABComAAJ&dataPublicacao=25/05/2018&localPublicacao=DEJT&query=20011%20and%20limbo>. Acesso em 28 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 16756420175120059.** Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. 13 de março de 2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825625683/recurso-de-revista-rr-16756420175120059?ref=serp#~:text=LEI%2013.467%2F17.-,LIMBO%20PREVIDENCI%C3%A9RIO.,INSS%20E%20INAPTO%20PELO%20EMPREGADOR.&text=Corte%20Superior%20C3%A9%20de%20que,do%20benef%C3%ADcio%20e%20alta%20previde%C3%A1ria>>. Acesso em: 03 de mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 16756420175120059**. Relator: Maria Helena Mallmann. Subseção de Dissídios Individuais. 22 de março de 2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/689030204/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2456020145050000>>. Acesso em 03 de mar. de 2021.

BRASIL. **Recurso Ordinário nº 0003786-88.2015.5.12.0027**. Relator: Des. Narbal Antônio de Mendonça Fileti. 1ª Turma. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocal=Conexao=sap2&ptip=PDF&pidDoc=332104>>. Acesso em 28 de out. 2020.

CUNHA, A. A. A. FRANCELINO, L. V. B. CAMARGO, M. C O. A responsabilidade do empregador sob a perspectiva do limbo jurídico previdenciário-trabalhista. Universidade Federal De Roraima - **Instituto De Ciências Jurídicas**. Boa Vista, Roraima, 2019.

FONTELLES, M. J.; SIMÕES, M. G.; FARIAS, S. H.; FONTELLES, R. G. S. **Metodologia da pesquisa científica: diretrizes para a elaboração de um protocolo de pesquisa**. 2009. Disponível em: <[https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo\\_C8\\_NONAME.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C8_NONAME.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2020.

GARCIA, G. F. B. Curso de Direito do Trabalho. 6ª edição, Rio de Janeiro: **Editora Forense**, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. Dano moral decorrente do contrato de trabalho. 4ª edição. São Paulo: **Atlas**. Ano 2013.

MASSONI. Túlio de Oliveira. Os desafios do trabalhador em face da (indevida) alta previdenciária. São Paulo: Revista Brasileira de Previdência: UNIFESP, Nov. 2012. Disponível em: <<http://www.prev.unifesp.br/index.php/edicoes-anteriores/vol-1-novembro-2012/14-osdesafios>>. Acesso em 28 de out. 2020.

MUSSI, Cristiane Miziara. Os efeitos jurídicos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho. São Paulo: **LTr**. Ano 2008.

RODRIGUES, L. Z. PANNUTI, P. Benefícios por incapacidade: a questão central da problemática envolvendo o laudo médico pericial. Rio Grande do Sul Ano: **Editora Plenum**, 2015.

SILVA, J. R. Limbo jurídico previdenciário. Revista: **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciaro/limbo-juridico-previdenciaro-3/#\\_ftnref29](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciaro/limbo-juridico-previdenciaro-3/#_ftnref29). Acesso em: 09 de out. 2020.

# CAPÍTULO 18

## APOSENTADORIA ESPECIAL POR ADICIONAIS DE RISCOS- DIVERGÊNCIA DE CRITÉRIOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS APÓS REFORMA PREVIDÊNCIÁRIA

Data de aceite: 01/06/2021

**João Manoel Grott**

Engenheiro de Segurança do Trabalho  
Advogado, Mestre em Direito Socio Econômico  
Professor Universidade Estadual de Ponta Grossa

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo pontuar algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral. Para tanto foram pesquisados em documentos oficiais os quesitos necessários para a concessão da aposentadoria especial, na modalidade da insalubridade e periculosidade. Sob os fundamentos da Lei 8.213/1001 artigos 57 e 58, realizou-se uma síntese da evolução legislativa da aposentadoria especial, verificando quais os requisitos exigidos aos segurados que exercem atividade em ambiente de trabalho expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e à integridade física. Também foi verificado como ocorre a sua concessão antes e após Reforma Previdenciária, detectando as controvérsias em razão da violação de alguns pontos que a Reforma Previdenciária possibilitou na legislação trabalhista. Sendo assim, mediante uma pesquisa bibliográfica e documental expõe-se neste estudo os aspectos legais, as dificuldades encontradas por contribuintes no que diz respeito à concessão do benefício

e o entendimento dos Tribunais diante do posicionamento da Previdência Social. Verificou-se grandes controvérsias e muita dificuldade para a concessão da aposentadoria especial após a Reforma Previdenciária, entendendo-se que está sendo um caminho propenso à extinção deste benefício tão necessário para proteção da saúde dos trabalhadores.

**PALAVRAS - CHAVE:** Aposentadoria Especial. Insalubridade e Periculosidade. Reforma Previdenciária.

**SPECIAL RETIREMENT FOR ADDITIONAL RISKS- DIVERGENCE OF LABOR AND SOCIAL SECURITY CRITERIA AFTER SOCIAL REFORM**

**ABSTRACT:** The present work aims to point out some contradictions that the Social Security Reform regulatory norm imposed before the labor legislation on the issue of protection of workers' health in their work environment. For this purpose, the documents necessary for the granting of special retirement, in the modality of unhealthy and dangerous conditions, were searched in official documents. Under the grounds of Law 8,213 / 1001 articles 57 and 58, a synthesis of the legislative evolution of special retirement was carried out, verifying what are the requirements for policyholders who work in the workplace exposed to harmful agents harmful to health and physical integrity . It was also verified how its concession occurs before and after the Social Security Reform, detecting the controversies due to the violation of some points that the Social Security Reform made possible in the labor legislation. Therefore, through a bibliographic and

documentary research, this study exposes the legal aspects, the difficulties encountered by taxpayers regarding the granting of the benefit and the understanding of the Courts regarding the Social Security position. There was great controversy and great difficulty in granting special retirement after the Social Security Reform, understanding that it is being a path prone to the extinction of this much-needed benefit for the protection of workers' health.

**KEYWORDS:** Special Retirement. Unhealthy and Dangerous. Social Security Reform.

## 1 | INTRODUÇÃO

A insalubridade no ambiente do labor é objeto do Direito do Trabalho, encontrando-se com proeminência na seara jurídica na questão do trabalho que traz risco à saúde do trabalhador; avaliada pela análise descritiva das normas regulamentadoras promulgadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), principalmente as que fornecem argumentos para a legitimação do adicional de insalubridade e periculosidade, e os quesitos para a aposentadoria especial, concedida sob os preâmbulos do Direito Previdenciário.

Por sua vez, o Direito Previdenciário trata como objeto essencial o trabalho insalubre, em vista da necessidade de tratamento jurídico diferenciado para aqueles segurados que, no seu ambiente de trabalho, estão expostos a agentes agressivos à sua saúde.

Como resultado da industrialização a insalubridade e periculosidade ganharam destaque na sociedade, devido aos acidentes, adoecimentos e até morte em razão de determinadas funções exercidas no ambiente de trabalho; muitos dos processos produtivos expõem o trabalhador a agentes agressivos, tal como a necessidade de trabalho em ambientes fechados, sujeitos a calor, frio, ruído intenso e outros agentes de risco. Ao passar do tempo foi paulatinamente ganhando destaque a atividade trabalho insalubre e perigoso em diversos segmentos da seara jurídica.

Desde meados do século XX este tema passou por diferentes e intensos estudos, culminando com a insalubridade e periculosidade ser disciplinada tanto pelo Direito do Trabalho quanto pelo Direito Previdenciário, dois diplomas legais próprios que analisam o tema de forma estanque, por isso haver certas discrepâncias na análise de proteção ao trabalhador.

Para que essa exposição seja diminuída ou mesmo cessada, é importante que o empregador promova ações dentro da empresa que resultem em uma maior segurança ao trabalhador seja na adoção de novas tecnologias capazes de cessar de vez o risco ou ao menos atenuá-las, seja na adoção de equipamentos de proteção coletiva e individual ou por meios de adoção de treinamentos aos trabalhadores com o objetivo de se alcançar um ambiente laboral mais seguro e saudável para todos.

Justifica-se o presente estudo considerando que o trabalho insalubre traz em seu bojo uma exposição do trabalhador ao risco a saúde, seu bem-estar e sua integridade física e psíquica. É a exposição dos trabalhadores aos agentes nocivos à saúde que faz com que os mesmos estejam sujeitos a doenças em decorrência da sua atividade laboral. Já a

periculosidade é caracterizada pelo risco eminent de morte enquanto o trabalhador realiza a atividade laboral. Em resumo, "enquanto que, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro"

Como sociedade democrática no Brasil deve prevalecer nas políticas públicas para a proteção e integridade física do trabalhador, sendo de especial relevância a concessão da aposentadoria especial, ou seja, um instrumento de proteção ao trabalhador que exerce suas funções em ambiente prejudicial à sua saúde. A verificação dos limites aceitáveis ou não para a saúde do trabalhador confronta os dispositivos do Direito do Trabalho com os do Direito Previdenciário por ocasião da concessão do benefício da aposentadoria, essencialmente após as normas regulatórias trazidas pela Reforma Previdenciária

Destaque-se que tanto o Direito do Trabalho como o Direito Previdenciário interferem sobremaneira no tratamento regulatório do trabalho insalubre e perigoso, porém devido à falta de coerência técnica e transparência na definição dos índices de agressão à saúde do trabalhador, surgem discrepâncias na interpretação do processo regulatório. Tem ocorrido com frequência nos tribunais pátrios discussões trabalhistas e previdenciárias sobre regras para a concessão e reconhecimento de proteção ao trabalhador, principalmente ao que se refere a concessão da aposentadoria especial.

Para nortear a pesquisa sobre este confronto, o presente artigo buscou apontar as causas mais frequentes dessa discussão, questionando quais as incongruências trazidas pelas alterações que Reforma Previdenciária trouxe para a aposentadoria especial, no tocante à insalubridade e periculosidade? A resposta a este questionamento estabeleceu como objetivo pontuar algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral. Para tanto foram pesquisados em documentos oficiais os quesitos necessários para a concessão da aposentadoria especial, na modalidade da insalubridade e periculosidade. E como confirmação buscou-se respaldo em jurisprudências.

Seguiu-se um caminho metodológico que se pautou na pesquisa bibliográfica e documental para a realização uma metodologia comparativa ilustrada no estudo do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário em pesquisa sobre a proteção e segurança à saúde do trabalhador. Segundo este caminho foi realizado um estudo bibliográfico, de método dedutivo e exploratório, através da pesquisa qualitativa. Trata-se também de uma pesquisa documental, que analisou, além de, livros e artigos, legislações e normas.

## 2 | A INSALUBRIDADE E A PERICULOSIDADE COMO QUESITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Saliba e Correa (2017) explicam que o termo *inslaubris* vem do latim significando aquilo que não é saudável, dando origem ao termo insalubridade que se consagrou no meio

trabalhista como um conceito da higiene ocupacional que identifica atividades nocivas à saúde do trabalhador

Sob este contexto, no Brasil, a insalubridade tornou-se um termo utilizado no meio jurídico para determinar situações que se referem àquelas atividades laborais que obrigam os trabalhadores ficarem expostos agentes prejudiciais à saúde em quantidade acima do que são permitidas por lei, sejam pela natureza destes agentes, seja pela intensidade de nocividade, seja pelo tempo de exposição a estes agentes. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe que,

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (BRASIL, 1943).

Na interpretação deste artigo observa-se que a insalubridade advém de condições ou métodos de trabalho, manifestada no contexto de uma atividade laboral. Assim, no artigo 189 da CLT determina que a insalubridade surge primeiramente das condições de trabalho. Nestes pressupostos, a legislação trabalhista trata da insalubridade para trabalhadores que laboram em ambientes sujeitos à ação nociva de agentes físicos, químicos ou biológicos (ou a conjunção entre eles).

Quando o artigo 189 menciona “métodos de trabalho” interpreta-se que a insalubridade também pode advir de trabalhos realizados por uma sequência de tarefas (trabalho prescrito) ou atividades (trabalho realizado) que determinam o trabalhador realizar o trabalho até alcançar uma finalidade, que em alguns casos, pode proporcionar ao trabalhador consequências danosas à sua saúde (exemplo de trabalho em câmaras frias, com máquinas ruidosas, e outras)

Sob o teor legislativo trabalhista, Sherique (2004, p. 64) define insalubridade como,

[...] as atividades desenvolvidas pelos empregados no exercício de todas as suas funções e/ou atividades, determinando se os mesmos estiveram expostos a agentes nocivos, com potencialidade de causar prejuízos à saúde, ou a sua integridade física, em conformidade com os parâmetros estabelecidos na legislação vigente.

A essência desta legislação é a de evitar que os agentes agressivos não possam minar e eliminar a resistência do organismo humano. Neste sentido, Grott (2003, p. 131) considera que a insalubridade se define como “aquilo que não é saudável, que tem potencial de gerar doenças ao trabalhador [relacionando-se] a ações ou atividades que oferecem risco à saúde das pessoas que as realizam”

Tal qual a insalubridade, a periculosidade também entra no rol da segurança à saúde do trabalhador pela CLT trocando o termo “exposição a agentes nocivos” por “risco acentuado” conforme exposição do seu artigo 193 *in verbis*:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador [...] (BRASIL, 1943)

Periculosidade vem do latim *periculum* e significando àquilo que se relaciona situação (ação ou condição) que possa causar dano a uma pessoa. Diferencia-se da insalubridade pelo fato de esta trazer risco à saúde do trabalhador por meio de doenças profissionais ocorridas por exposição a agentes nocivos.

De acordo com o ENIT (2020), entre a insalubridade e a periculosidade existem similaridades e diferenças marcantes, contudo são similares ao que se refere em causar danos irreparáveis ao trabalhador, pois ambas expõem o trabalhador a condições de risco. Süsskind (2009, p 32) reforça esta citação nos termos “enquanto que, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro.” Ou seja, entende-se nas palavras do eminentíssimo jurista que a insalubridade vai afetando a saúde do trabalhador com o passar dos anos em que ele vai exercendo aquela atividade laboral enquanto que a periculosidade expõe o trabalhador a um risco iminente que pode afetar a saúde do trabalhador de forma repentina ou mesmo ceifar a sua vida.

Enquanto a periculosidade ocorre pela permanência em ambiente laboral que oferece risco pelo contato direto com algo que pode oferecer risco de vida, ocorrendo acidentes do trabalho, Conforme Grott (2003, p. 133),

No tangente a periculosidade, a principal diferença entre esta e a insalubridade, está na forma de atuação de agente agressivo. Enquanto o agente insalubre atua a longo prazo, minando lentamente a saúde do trabalhador, os agentes perigosos atuam de forma instantânea, com efeitos e danos imediatos, levando o trabalhador à morte ou a incapacitação súbita.

Pela interpretação do artigo 193, da CLT, a periculosidade significa uma fonte de risco, indicando que em ambiente laboral, sempre que observada uma potencialidade para causar danos à saúde do trabalhador, ou de proporcionar um dano a uma pessoa ou coisa. No caso específico do trabalho. Observa-se na redação deste artigo a ênfase em denominar periculosidade aquilo que se observa no método de trabalho sob risco acentuado enquanto permanece no seu ambiente de trabalho.

Apesar de não haver na legislação, definição exata de “risco acentuado”, a doutrina, citando como exemplo Cozer (2013), adotam esta terminologia como para caracterizar a potencialidade de um dano que possa ocorrer sempre que um trabalhador fique exposto às suas consequências. Observa-se na redação do artigo 193 da CLT, que o risco acentuado requer que haja exposição com permanência suficiente para que o dano ocorra.

As diretrizes elencadas nos artigos da CLT sobre insalubridade e periculosidade foram regulamentadas pelas Normas Regulamentadoras.

## 2.1 Normas Regulamentadoras – NR-15 E NR-16

Após intenso debate da política regulamentária das leis trabalhistas, essencialmente na questão da segurança à saúde do trabalhador foram editadas as Normas Regulamentadoras (NRs) publicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), tendo como objetivo regulamentar diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), constantes no Capítulo V (Da Segurança e da Medicina do Trabalho). As NRs foram editadas com a finalidade de esclarecer aspectos da CLT que precisavam ser explicitamente interpretados para a aplicação prática.

São normas técnicas de caráter preventivo, indicadoras dos padrões mínimos a serem seguidos pelos empregadores para adequar o meio laboral às condições de sanidade e equilíbrio ambiental. De acordo com Grott (2003, p. 117), “apesar do conceito teórico estar bastante longe da realidade fática brasileira, as normas criam e objetivam uma maior adequação entre o “dever ser” e o “ser” vivido pelos trabalhadores brasileiros”.

São 28 normas regulamentadoras para o trabalhador urbano e 5 para o trabalhador rural, especificando em cada uma delas como devem ser conduzidos os parâmetros para um adequado ambiente laboral na questão de assegurar a saúde do trabalhador.

A Norma Regulamentadora n. 15 dividida em 13 anexos trata das atividades ou operações insalubres que se desenvolvem parâmetros: acima dos limites de tolerância previstos para os ruídos contínuo ou intermitente e ruído de impacto; para a exposição ao calor e para as radiações ionizantes; para o trabalho sob condições hiperbáricas; para agentes químico e para poeiras minerais. Também trata das atividades realizadas em trabalho sob condições hiperbáricas, trabalho com agentes químicos e biológicos e que retenha poeira mineral (BRASIL, 1978).

A NR n. 15 tem como diretrizes para as atividades insalubres comprovação por laudo de inspeção do local de trabalho. Os anexos da NR-15 tratam da exposição dos trabalhadores a ruído, calor ambiente, radiações ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos (incluindo benzeno), poeiras minerais (incluindo sílica, asbesto e manganês), além dos agentes biológicos. radiações não ionizantes; com vibrações; com frio e com umidade (BRASIL, 1978).

Os limites de tolerância considerados pela NR 15 dependem da concentração ou Intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará danos à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral (BRASIL, 1978).

O texto da NR-15 sofreu diversas alterações pontuais ao longo de mais de 40 anos de vigência, como se segue:

- Portaria SSMT nº 12, de 12 de novembro de 1979, publicada no DOU de 23/11/79 (alterações no Anexo nº 14 - Agentes Biológicos);

- Portaria SSMT nº 01, de 17 de abril de 1980, publicada no DOU de 25/04/80 (inclusão de trabalho sob vibrações em conveses de navios como atividade insalubre);
- Portaria SSMT nº 05, de 09 de fevereiro de 1983, publicada no DOU de 17/02/83 (detalhamento de trabalhos sob ar comprimido e dos trabalhos submersos);
- Portaria SSMT nº 12, de 06 de junho de 1983, publicada no DOU de 14/06/83 (revogada pela Portaria SEPRT nº 1.067, de 23 de setembro de 2019 (DOU de 24/09/19);
- Portaria SSMT nº 24, de 14 de setembro de 1983, publicada no DOU de 15/09/83 (aborda “Trabalho Sob Condições Hiperbáricas”);
- Portaria MTE nº 3.751, de 23 de novembro de 1990, publicada no DOU de 26/11/90 (introdução de alterações na NR-17, especialmente, no caso da NR-15, sobre iluminação no trabalho);
- Portaria DSST nº 01, de 28 de maio de 1991, publicada no DOU de 29/05/91 (altera o Anexo nº 12 da NR-15, que institui os “limites de tolerância para poeiras minerais” – asbestos);
- Portaria DNSST nº 08, de 05 de outubro de 1992, publicada no DOU de 08/10/92 (inclui no Anexo nº 2 da NR-15 as operações com manganês e seus compostos e revigora o item sílica livre cristalizada);
- Portaria DNSST nº 09, de 05 de outubro de 1992, publicada no DOU de 14/10/92 (inclui no Anexo nº 11 da NR-15 o agente químico Negro de Fumo, no quadro nº 1 - Tabela de Limites de Tolerância);
- Portaria SSST nº 04, de 11 de abril de 1994, publicada no DOU de 14/04/94 (altera o Anexo nº 5 sobre radiações ionizantes);
- Portaria SSST nº 22, de 26 de dezembro de 1994, publicada no DOU de 27/12/94 (altera a redação do item 12.1 do Anexo nº 12 - Limites de Tolerância para Poeiras Minerais – Asbestos);
- Portaria SSST nº 14, de 20 de dezembro de 1995, publicada no DOU de 22/12/95 (altera o item “Substâncias Cancerígenas” do Anexo nº 13 e inclui o Anexo nº 13-A – Benzeno);
- Portaria SIT nº 99, de 19 de outubro de 2004, publicada no DOU de 21/10/04 (inclui no Anexo nº 12 da NR-15 a proibição do processo de trabalho de jateamento que utilize areia seca ou úmida);
- Portaria SIT nº 43, de 11 de março de 2008, republicada no DOU de 13/03/08 (inclui no Anexo nº 12 da NR-15 previsão de que nos processos de corte e acabamento de rochas ornamentais devem ser adotados sistemas de umidificação);

- Portaria SIT nº 203, de 28 de janeiro de 2011, publicada no DOU de 01/02/11 (altera os itens 3, 4 e 5 do Anexo nº 13-A - Benzeno);
- Portaria SIT nº 291, de 08 de dezembro de 2011, publicada no DOU de 09/12/11 (altera o Anexo nº 13-A - Benzeno);
- Portaria MTE nº 1.297, de 13 de agosto de 2014, publicada no DOU de 14/08/14 (altera o Anexo nº 8 – Vibração);
- Portaria MTB nº 1.084, de 18 de dezembro de 2018, publicada no DOU de 19/12/18(altera o Anexo nº 5 - Radiações Ionizantes);
- Portaria SEPRT nº 1.359, de 09 de dezembro de 2019, publicada no DOU de 11/12/19 (altera o Anexo nº 3 - Limites de Tolerância para Exposição ao Calor) (ENIT, 2020).

A NR 16 especifica as atividades que podem ser consideradas perigosas, sendo composta por uma parte geral, contendo definições e procedimentos para pagamento do adicional de periculosidade, e a outra parte de anexos que tratam especificamente das atividades perigosas. A parte geral especifica:

- que as atividades e operações perigosas estão elencadas na parte 2 - Anexos da NR. 16.2;
- o exercício de trabalho em condições de periculosidade assegura ao trabalhador o adicional sobre o salário;
- o trabalhador pode optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido;
- responsabilidade do empregador sobre a caracterização ou a descaracterização da periculosidade, mediante laudo técnico elaborado por Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, seguindo os dispositivos do artigo 195 da CLT;
- ação fiscalizadora do MTE e a realização ex-officio da perícia;
- atividades ou operações perigosas como as executadas com explosivos sujeitos a:
  - a) degradação química ou autocatalítica;
  - b) ação de agentes exteriores, tais como, calor, umidade, faíscas, fogo, fenômenos sísmicos, choque e atritos; que são perigosas as operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, em quaisquer vasilhames e a granel, com exceção do transporte em pequenas quantidades, até o limite de 200 litros para os inflamáveis líquidos e 135 quilos para os inflamáveis gasosos liquefeitos (BRASIL, 1978).

Pela Portaria do Secretário de Segurança e Saúde no Trabalho (SSST) n. 25 de 29 de dezembro de 1994, foi inserido o item 16.8 que delimita as áreas de risco. E a Portaria da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), n. 312, de 23 de março de 2012 foi harmonizada

a definição de líquido combustível com a constante da Norma Regulamentadora n. 20 (NR-20) – Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis.

Das alterações dos Anexos da Nr-16, constam no Anexo I – Atividades e Operações Perigosas com Explosivos alteração do pela Portaria do Secretário de Segurança e Medicina do Trabalho (SSMT), n. 02, de 02 de fevereiro de 1979. O Anexo II foi alterado pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) n. 545, de 10 de julho de 2000. O Anexo III - Atividades e Operações Perigosas com Exposição a Roubos ou Outras Espécies de Violência Física nas Atividades Profissionais de Segurança Pessoal ou Patrimonial foi inserido pela Portaria MTE n. 1.885, de 02 de dezembro de 2013, o artigo 193 da CLT pela Lei nº 12.740, de 08 de dezembro de 2012. O texto do anexo foi objeto de discussão em Grupo de Trabalho Tripartite (GTT), especificamente criado para esse fim, tendo sido, posteriormente, aprovado por consenso na 75ª Reunião Ordinária da CTPP, realizada em 26 e 27 de novembro de 2013 (ENIT, 2020).

O Anexo IV – Atividades e Operações Perigosas com Energia Elétrica foi inserido pela Portaria MTE nº 1078, de 16 de julho de 2014, em decorrência da inserção da atividade no rol do artigo 193 da CLT, pela Lei nº 12.740/2012. Antes desta alteração, a periculosidade para essa atividade era tratada pela Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. O Anexo V – Atividades Perigosas em Motocicleta foi inserido pela Portaria MTE n. 1.565, de 13 de outubro de 2014, em decorrência da inserção da atividade no artigo 193 da CLT pela Lei n. 12.997, de 18 de junho de 2014.

Importante destacar que a NR-16 elenca na periculosidade diversas atividades, tais como:

- atividades E operações perigosas com explosivos;
- atividades e operações perigosas com inflamáveis;
- atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial;
- atividades e operações perigosas com energia elétrica;
- atividades perigosas em motocicleta,
- atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas (ENIT, 2020).

Contudo, segundo crítica da ENIT (2020), embora as NRs 15 e 16 estabelecerem uma lista taxativa de atividades perigosas, muitos trabalhadores que exercem profissões que não constam desta lista, mas que são igualmente perigosas são deixados à margem da proteção da lei por não serem considerada a atividade laboral perigosa em consonância com os parâmetros determinados pelas normas regulatórias. Citando como exemplo as funções de cobrador e motorista de ônibus urbano que na atualidade passa pelo perigo dos constantes assaltos que têm ocorrido, muitos deles com ladrões armados que podem tirar

a vida destes trabalhadores.

As alterações constantes nas NRs atingem expressivamente os critérios para a concessão da aposentadoria especial pelo Previdência Social, destacando-se que todas as NRs relativas à Segurança e Medicina do Trabalho formam um processo regulatório de observância obrigatória, tanto pelas empresas privadas como as públicas de administração direta e indireta, além dos órgãos dos poderes legislativos e judiciários que possuam empregados regidos pela CLT. Destaca-se ainda, que o conteúdo das NRs é aplicado naquilo que convir aos trabalhadores avulsos, às entidades ou empresas contratantes e aos sindicatos que representam as categorias profissionais.

Também se destaca que as NRs não são normas regulatórias absolutas no tocante à saúde e segurança do trabalhador, existindo outras disposições contidas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou de Municípios, e ainda as que forem acordadas em convenções e acordos coletivos de trabalho.

### **3 I LEGISLAÇÃO TRABALHISTA EM RELAÇÃO À INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

No Brasil, as relações de trabalho foram inexistentes por muito tempo, mesmo que desde seu descobrimento houvesse patrões e empregados, os trabalhadores brasileiros viviam em um regime escravocrata que não dava voz para a classe trabalhadora, mandavam os patrões no sistema de trabalho conforme sua vontade. Eram insípidas as relações de trabalho livre, não sendo de relevância para uma sociedade escravista (DELGADO, 2012).

Com a proclamação oficial da abolição da escravatura (Lei Áurea) iniciou-se a história do direito do trabalho no Brasil. De acordo com Delgado (2012) foi a partir deste evento que se passou a definir pressupostos materiais de trabalho subordinado e consequentemente nas relações trabalhistas.

Houve, a partir de então, tímidos movimentos para regularização do trabalho entre patrões e empregados. Delgado (2012) pontua que entre 1888 (promulgação da Lei Áurea) até o ano de 1930 (conhecido como a Era Vargas) houveram “manifestações dispersas ou irrelevantes, uma vez que as relações empregatícias se concentravam basicamente na agricultura cafeeiro e na emergente industrialização (DELGADO, 2012, p.32).

Nascimento (2011) explica esta morosidade para a dispersão notória de leis trabalhistas devido ao fato que os empregados, na maioria, eram da área rural empregados nos cafezais, vivendo de servidão, geralmente morando nas terras dos fazendeiros e assim mantendo-se alheio às possibilidades de seu direito de trabalhador.

A vinda de imigrantes europeus que tinham maior compreensão em relação à formação de organização operária que pudesse pressionara a classe empresarial e o Estado, trouxe as primeiras iniciativas para que o trabalho passasse a ser regido por leis que garantissem a proteção do trabalhador (NASCIMENTO, 2011).

Estas leis deram abertura para maior conscientização dos trabalhadores sobre seus direitos de manifestarem descontentamento com as condições de trabalho. Surgem as greves, os protestos, os movimentos contra o Estado que não lhes garantia melhoria nos locais de trabalho e na segurança do trabalhador. As manifestações tornavam-se cada vez mais maiores e recorrentes trabalhistas. (NASCIMENTO, 2011)

Na década de 1900 as greves e manifestações foram se tornando cada vez mais frequentes e com maior adesão de trabalhadores, fazendo com quer, em 1930 no governo de Getúlio Vargas o governo iniciasse uma legislação que interferia nas relações trabalhista, instituindo-se o Direito do Trabalho, direcionando a uma intervenção efetiva e proativa do Estado nas relações trabalhistas, o que segundo Delgado (2012), contribui para que ocorresse expansão do direito trabalhista, institucionalizando-se leis trabalhistas.

Nascimento (2011) afirma que passou a haver no Brasil, uma estruturação da ordem jurídica trabalhista. O governo Getúlio Vargas criou pelo Decreto-lei n. 5.452- de 26 de novembro de 1930 o Ministério da Indústria e Comércio e, em por meio do Decreto-lei 19.433 de 26 de novembro de 1930 (BRASIL, 1930) e mais tarde, pelo Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943 instituiu a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

A CLT que perdura até hoje como diploma legal que garante o direito dos trabalhadores, pois especifica as regras da relação de contrato entre empresa e empregado. De início, sob regime militar direcionou-se, mais especificamente para controle do setor econômico, como por exemplo, priorizar as metas dos seus dispositivos para conter a inflação, mediante um processo chamado de política salarial do governo, como exemplo o aumento de salário era discutido nas negociações coletivas e na Justiça do Trabalho e depois repassada para o governo (NASCIMENTO, 2011).

Contudo, não foi deixado à mercê a questão de proteção ao trabalhador, surgiram pelas diretrizes da CLT que permitiram criar mecanismos jurídicos que protegiam o trabalhador. Como exemplo, pode-se citar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) instituído pela Lei n. 5.107 de 13 de setembro de 1966. Também foi alterado a CLT no Capítulo V do Título II que trata da Segurança e Medicina do Trabalho, da CLT estabelecendo competência das Delegacias Regionais do Trabalho, das empresas e dos empregados no que se refere a sua responsabilidade em termos de Saúde e Segurança do Trabalho bem como os atos normativos específicos a diversas atividades laborais. Para o cumprimento desta alteração foram criadas as Normas Regulamentadoras (NR) pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MET) (NASCIMENTO, 2011)

Finda a Era Vargas e destituição do regime militar, a sociedade vai em busca de um regime democrático que culminou na edição da Carta Democrática representada pela nova Constituição Federal de 1988. Com a edição desta constituição o legislador constitucionalista buscou criar mecanismos jurídicos que garantissem a inclusão de dispositivos voltados para o direito de o trabalhador ter condições de exercer sua plena cidadania (NASCIMENTO, 2011).

Na Constituição Federal de 1988 foram introduzidas modificações no seu Capítulo II - Dos Direitos Sociais, verificando-se mais especificidade o artigo 7º que trata Dos direitos Sociais dos trabalhadores. À medida que se estendia a legislação sobre os direitos humanos, a Constituição Federal de 1988, como Carta Cidadã e Democrática ia passando por modificações seja por Emendas Constitucionais (EC) ou seja, por qualquer outro instrumento legal, para acompanhar devidamente a proteção aos direitos dos homens.

Assim, ao longo dos anos a Constituição Federal de 1988 passou por várias alterações possibilitando cada vez mais que os direitos dos trabalhadores em terem uma vida digna através do seu labor. A última delas ocorreu pela EC n.º 72 de 2013, alterou diversos dos 34 incisos elencados neste artigo, deixando a redação expressa conforme anexo<sup>1</sup>:

1 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - fundo de garantia do tempo de serviço;
- IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
- XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho,
- XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Por outro lado, em seu artigo 196, a Carta Constitucional prevê a saúde como um direito de todos e impõe ao Estado garantí-la mediante políticas sociais e econômicas, assim exposto: “Art. 196 - a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Como o tema do presente trabalho é a segurança da saúde do trabalhador destacam-se a redação dos incisos XXII; XXIII e XXIV. No inciso XXII consta a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre para menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. O legislador assegurou a integridade física e psíquica do trabalhador não permitindo que seu desenvolvimento fosse prejudicado por adentrar precocemente em trabalho que exigiria muito de maturidade.

O inciso XXIII expõe sobre o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. São mencionadas a insalubridade ou periculosidade como quesitos que carecem de leis específicas para remuneração compensatória. O inciso XXIV trata da aposentadoria, garantindo que haja aposentadoria específica ou não para todo trabalhador, concedida sob normas regulatórias.

No discurso sobre as relações de trabalho realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI, 2016, p. 7) consta que,

A legislação trabalhista brasileira estabelece que é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e que compete às empresas cumprir as normas de segurança e saúde no trabalho. É o que se extrai, por exemplo, dos artigos 7º, inciso XXII, da Constituição, 157 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e até da Convenção n. 119 da Organização Internacional do Trabalho – OIT de 1963.

Observa-se o consenso de que a legislação trabalhista brasileira buscou amparo à saúde e proteção do trabalho em diferentes diplomas legais, tendo como ideia central é a prevenção advinda da redução ou eliminação dos riscos.

As primeiras tentativas de legislação sobre esta prevenção ocorrem inicialmente entre as décadas de 1950 e 1970. O aperfeiçoamento das leis partiu em um segundo momento para “

---

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;  
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.  
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social (BRASIL, 1988).

[...] o reconhecimento da necessidade de as empresas se responsabilizarem pela prevenção dos riscos e pela mudança do ambiente de trabalho de uma perspectiva multidisciplinar que conjugou conhecimentos de medicina, de engenharia, e do que mais se mostrasse pertinente para limitar a exposição do trabalhador aos riscos (CNI, 2016, p. 3).

Como consequência, no ano de 1978 foi criado instituto do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho pela Portaria n. 3.214 de 8 de junho de 1978 que aprova prova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores. As tendências destes dispositivos ocorriam em direção à política democrática que foi fundamentada com o advento da Constituição Federal de 1988, que sobretudo revelou obediência às disposições da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n. 155 que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores ocorrida em Genebra no ano de 1981 e aprovada em plano internacional em 11 de agosto de 1983.

A Constituição Federal de 1988 também se fundamentou na Convenção n.161 de 7 de junho de 1985 ocorrida em Genebra, que dispôs sobre proteção dos trabalhadores contra as doenças, seja ou não profissionais, e contra os acidentes do trabalho.

Também sob os auspícios das determinações destas duas Convenções foi criada a Lei n. 8.213/1991 – Lei de Benefícios Previdência Social, que tem por função assegurar a manutenção dos benefícios concedidos pela Previdência Social ao segurado e de seus dependentes sempre que acontecer: incapacidade para o trabalho; desemprego involuntário; idade avançada; tempo de serviço; encargos familiares; prisão e morte. Esta lei Instituiu o Plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dedicando disposições específicas para os benefícios concedidos pela Previdência Social.

Por esta lei há a determinação que o tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais serem considerado prejudiciais à saúde ou à integridade física, que seria somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo então Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício. Determina também que o período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada como atividade profissional sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, permaneça afastado para exercer cargo de administração ou de representação sindical, ou seja, que este tempo seria contado para fins de aposentadoria especial. Menciona que o rol de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seja objeto de lei específica. A carência de 60 contribuições à Previdência Social Para os segurados que já se encontravam inscritos na Previdência Social na data da lei ficou assegurada uma tabela de transitoriedade contribuições mensais para a nova que prevê 180 contribuições.

Ao longo do tempo desde sua edição até o momento foram realizadas algumas

alterações, como segue, o Decreto n. 611, de 21 de julho de 1992 aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (RBPS) alterando o rol das atividades prejudiciais à saúde e à integridade física que dá ensejo à concessão da aposentadoria especial, instituído pela Lei n. 8.213/1991. Esta alteração foi observada pelos Anexos I e II do RBP. Foi alterado também, que as dúvidas sobre o enquadramento das atividades, seriam resolvidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho (SSST), do Ministério do Trabalho e Emprego (MET).

Outra alteração ocorreu pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995 que dispôs sobre a concessão da aposentadoria especial desde que o segurado: cumprisse a carência de 180 contribuições mensais e tivesse trabalhado sujeito a condições insalubres ou perigosas durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme dispusesse a lei; que comprovasse o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado; que comprovasse a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício, vedando-se a concessão por categoria profissional ou por exercício de atividades penosas ou perigosas.

Nas alterações da Lei n. 9.032/1995 também ficou proibida a conversão de tempo de serviço comum em especial, mas manteve a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais em comum. Pela alteração deste critério ficou vedado ao segurado que foi beneficiado com a aposentadoria especial continuar ou retornar ao exercício de 33 atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes que geraram o seu benefício.

A Lei n. 9.528 de 10 de dezembro de 1997 alterou o artigo 58 da Lei n. 8.213/1991 que dispunha que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei específica, estabelecendo que: a relação dos agentes nocivos considerados para fins de concessão da aposentadoria especial seria definida pelo Poder Executivo; que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos seria feita mediante formulário emitido pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho; o laudo técnico deveria constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva capaz de diminuir a intensidade do agente agressivo e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo; a empresa que não mantivesse laudo técnico atualizado ou que emitisse documento de comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos em desacordo com o respectivo laudo estaria sujeita à penalidade; a empresa deveria elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e, quando da rescisão do contrato, fornecer a ele cópia autêntica deste documento.

Houve alteração também pelo Decreto XVI - Decreto n. 2.172, de 5 de março de

1997, que aprovou novo Regulamento do RBPS estabelecendo a relação dos agentes nocivos considerados para fins de concessão da aposentadoria especial.

A Medida Provisória n. 1.663-0, de 28 de maio de 1998 revogou o § 5º do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991, que permitia a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais em tempo de trabalho exercido em atividade comum. Com o reforço da 13ª reedição desta Medida Provisória que ocorreu em 26 de agosto de 1998, foi estabelecida a regra de transição, possibilitando a conversão somente até a data da Medida Provisória (28 de maio de 1998). Essa Medida Provisória foi convertida na Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998.

O Decreto n. 2.782 de 14 de setembro de 1998 regulamentou o percentual de 20% do tempo necessário à obtenção de aposentadoria especial para fins de conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998.

A Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998 alterou a redação dos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, estabelecendo que: financiamento específico para os benefícios de aposentadoria especial; que o segurado terá sua aposentadoria especial cancelado caso permaneça ou retorne à mesma atividade que a gerou; necessidade de comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos por meio de formulário preenchido pela empresa com base em laudo técnico de condições do ambiente de trabalho (LTCAT) assinado por médico ou engenheiro do trabalho, elaborado nos termos da legislação trabalhista; e que o LTCAT deve conter informação sobre a utilização de tecnologia de proteção individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

A EC n. 20, de 15 de dezembro de 1998 vedou a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvando, contudo, os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física, cuja definição deve ser feita por lei complementar (§1º do artigo 201 da Constituição Federal de 1988). Dispôs, ainda no seu artigo 15, que, enquanto não for editada lei complementar sobre o assunto, permanecem em vigor os artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, na redação vigente na data de sua publicação, ou seja, em 16 de dezembro de 1998.

O Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999 aprovou o Regulamento da Previdência Social (RPS), consolidou toda matéria previdenciária em um único diploma legal. A aposentadoria especial foi tratada no artigo 64 e seguintes e a classificação dos agentes nocivos constou no Anexo IV. O RPS delegou competência ao médico perito do INSS para inspecionar o local de trabalho do segurado para confirmar as informações contidas nos formulário e laudo técnico apresentados pelo requerente da aposentadoria especial.

O Decreto n. 4.729, de 9 de junho de 2003 alterou a redação do artigo 68 do RPS para dispor que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário (PPS), documento com o histórico-laboral do trabalhador que, entre outras informações, deve

conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.

O Decreto n. 4.827 de 3 de setembro de 2003 alterou a redação do artigo 70 do RPS para dispor que a conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum aplica-se ao trabalho prestado em qualquer período, obedecendo a legislação vigente na época da prestação de serviço.

O presente artigo interessa a aposentadoria especial para quem a Lei 8.213/1991 estabeleceu, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei específica, dispondo nos artigos n. 57º e n. 58º as regras para a concessão da aposentadoria especial,

**Art. 57.** A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

**§ 1º** A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, **§ 2º** A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

**§ 3º** A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. **§ 4º** O período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada neste artigo permanecer licenciado do emprego, para exercer cargo de administração ou de representação sindical, será contado para aposentadoria especial. **§ 5º** O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

**§ 6º** O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. **§ 7º** O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

**§ 8º** Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

**Art. 58.** A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997):**§ 1º** A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista. **§ 2º** Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. **§ 3º** A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei. **§ 4º** A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento. (BRASIL, 1991)

Sob fundamentação nestes artigos a Reforma Previdenciária – EC 103 que ocorreu em 12 de novembro de 2019, pode-se apontar discrepâncias quanto da concessão da aposentadoria especial em razão das interpretações contraditórias ensejadas pela interpretação da fórmula de concessão com os dispositivos da Lei 8.213/1991 e aquilo que os dispositivos da Reforma da Previdência podem modificar.

Importante destacar que a Reforma da Previdência trouxe várias alterações na concessão dos benefícios, no tempo de contribuição, no período básico de cálculo (PBC), na pensão por morte, nas alíquotas de contribuição, na idade mínima (mesmo para quem adquire o direito à aposentadoria por tempo de contribuição), essencialmente sobre a aposentadoria especial,

## 4 I APOSENTADORIA ESPECIAL

O benefício da Previdência Social denominado Aposentadoria Especial foi introduzida na legislação trabalhista na edição da Lei n. 3.807, de 5 de setembro de 1960, definida como uma aposentadoria por tempo de contribuição, com a diferença que pode ser reduzido o tempo de contribuição com grande diferença em relação à aposentadoria comum. Foi alterada pela Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973 e pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968 e mais tarde disciplinada pelos artigos n. 57 e n. 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que traz o rol de benefícios oferecidos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que garante a alguns segurados significativas redução do tempo de contribuição necessária para obtenção da aposentadoria.

Para a aposentadoria por tempo de contribuição são necessárias 30 ou 35 anos de

contribuição (mulher ou homem), e pela Lei 8.213/1991 para aposentadoria especial em 15, 20 ou 25 anos de atividade em ambiente insalubre ou de periculosidade. Castro e Lazzari (2010, p. 637), definem a aposentadoria especial como,

[...] uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inatividade, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

O requisito básico para ter direito à aposentadoria especial o segurado tem de trabalhar habitualmente permanentemente sujeito a ações ou presença de agentes nocivos à integridade física e psíquica, ou seja, à saúde do ser humano, cumprida a carência de tempo de contribuição (15, 20 ou 25 anos). De acordo com Weintraub (2005) não têm direito à aposentadoria especial os segurados facultativos, como é o caso do empregado doméstico.

Requisito constante no Regulamento da Previdência Social para ter direito à aposentadoria especial é que o segurado seja empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (CASTRO e LAZZARO, 2010).

Martinez (2010) qualifica como segurado empregado quando o contribuinte comprova trabalhar em trabalho em empresa que o sujeita à exposição a agentes nocivos. Esta comprovação segue as regras da Lei n. 8.213/1991, no inciso I do artigo 11 e do Decreto n. 3.048/2000, no inciso I do artigo 9, que incluem também as pessoas físicas equiparadas ao empregado. O artigo 57 da Lei 8.213/1991 fornece as diretrizes do enquadramento do segurado empregado

O trabalhador avulso, conforme qualifica Sette (2004, p.168), “é a pessoa física que presta serviços de natureza urbana ou rural para a empresa tomadora de serviços, através da intermediação de um sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, sem vínculo de emprego”.

No Decreto n. 3.048/1999, inciso VI do artigo 9º- São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VI - como trabalhador avulso - aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou do sindicato da categoria, assim considerados:

- a) o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco;
- b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e

- minério;
- c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios
  - d) o amarrador de embarcação
  - e) o ensacador de café, cacau, sal e similares;
  - f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
  - g) o carregador de bagagem em porto
  - h) o prático de barra em porto
  - i) o guindasteiro
- j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos (BRASIL, 1999).

Destaca-se que os trabalhadores avulsos têm igualdade de direitos com o trabalhador com vínculo empregatício permanente, conforme disposto no artigo 7º, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988) e fará jus ao benefício, desde que, cumpridos os requisitos legais.

Martinez (2005, p. 45) informa que o trabalhador individual exerce sua profissão sem vínculo empregatício, trabalha “por conta própria”, como é o caso do odontólogo, do médico, dos engenheiros, entre outros, que se expõem aos agentes físicos, químicos e biológico. A Lei n. 8.213/1991 elenca no inciso V do artigo 11 quem são os contribuintes individuais, que também são elencados no Decreto nº 3.048/1999.

Pela Lei n. 8.213/1991, obtém-se os requisitos para o pedido da aposentadoria especial. Por exemplo no seu artigo observa-se que são admitidas duas formas para considerar o tempo de serviço como especial:

- 1) enquadramento por categoria profissional: conforme atividade desempenhada pelo segurado, presumida a lei a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas;
- 2) enquadramento por agente nocivo: independentemente da atividade ou profissão exercida, o caráter especial do trabalho decorria da exposição a agentes arrolados na legislação de regência (BRASIL, 1991).

Castro e Lazzari (2010) pontuam que a Lei n. 9.32/1995 impôs a necessidade de comprovação, pelo segurado, da exposição aos agentes agressivos, exigindo ainda que essa exposição fosse habitual e permanente. Ou seja, o fator determinante para o reconhecimento do tempo especial passou, então deve ser a comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado (quinze, vinte ou vinte e cinco anos de trabalho). Salienta-se que não pode o INSS exigir a comprovação de exposição habitual e permanente no período antecedente ao da Lei 9.032/1995, releva-se que o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente ao tempo em que é prestado. Ao

surgir uma lei nova que normatiza uma restrição à contagem do tempo de serviço de um trabalhador, ela não pode ser aplicada retroativamente.

Sob este contexto entende-se que o tempo de serviço não pode ser aplicado retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido, devendo então ser disciplinado pela lei vigente na época em que efetivamente foi prestado o serviço, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. Tal situação é acatada veementemente pelos tribunais pátrios (CASTRO e LAZZARI, 2010).

Em relação à comprovação que o segurado labora em ambiente nocivo é necessária a emissão do documento exigido pela legislação do período pleiteado, que comumente têm sido enunciado pela legislação trabalhista e previdenciária, sendo eles: a) Programa de Prevenção de Riscos ambientais (PPRA); b) Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR); c) Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção (PCMAT); d) Programa de Controle Médico Ocupacional (PCMSO); e) Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT); f) Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP); g) Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT).

O ônus da prova da autenticidade destes documentos cabe ao segurado., apesar de ser da empresa a obrigação de providenciar o preenchimento. Duarte (2008, p.250), lembra que a exigência do PPP teve alteração no §4º no artigo 58 da 8.213/1991que abrangeu as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecido pela empresa quando da rescisão do contrato de trabalho. Mas, enquanto não estabelecido modelo próprio, bastavam as informações do DIRBEN 8030.

Castro e Lazzari (2010) consideram o PPP o documento histórico-laboral do trabalhador, segundo o modelo instituído pelo INSS que, entre outras informações, deve conter registros ambientais resultados de monitoração biológica e dados administrativos. Logo o PPP, substituiu o “Formulário de Informações sobre Atividades com Exposição a Agentes Agressivos”, chamado de DIRBEN 8030. Para Martinez (2003, p. 23), o PPP tem por objetivo

[...] propiciar à perícia médica do INSS informações pormenorizadas sobre o ambiente operacional e as condições de trabalho, controle do exercício laboral, troca de informações sobre as doenças ocupacionais, supervisão da aplicação das normas regulamentadoras da saúde, medicina e segurança do trabalho. O trabalhador tem o direito de obter da empresa cópia autenticada do PPP em caso de demissão. Esse documento é suficiente para fazer prova de tempo especial, não se podendo exigir do segurado o LTCAT.

Esta situação tem encontrado veemente aprovação pelos tribunais pátrios que exalta o seguinte: I

- a) Lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente;

b) a exigência de comprovação de efetiva exposição aos agentes estabelecida no § 4º, do art. 57 e §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei n. 8.213/91 (com redação da Lei n. 9.732/1998, só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência, e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior, que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada a situações pretéritas.

c) até o advento da Lei 9.032 de 24 de abril de 1995, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta norma, a comprovação da atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória n. .523/96 (convertida para a Lei n. 9.528/1997), que passou a exigir o laudo técnico;

d) o § 5º, do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991, passou a ter a redação do artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, tornando-se proibida a conversão do tempo de serviço especial e comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da Medida Provisória n. 1.663-10, de 28 de maio de 1998, quando o referido dispositivo ainda era aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95;

e) tal qual para o agente físico ruído, havia a necessidade de apresentação de laudo técnico antes mesmo da edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, vale também para outros agentes nocivos (CASTRO e LAZZRI, 2010).

Há ainda a discussão sobre o uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) que no entendimento da legislação não destituiria os requisitos para a concessão aposentadoria especial, conforme Enunciado 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS): “o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho” (BRASIL, 1999). O Enunciado n.289 do Tribunal Superior do Trabalho: adota esta determinação assim se posicionando:

[...] o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. A empresa é responsável pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção à segurança e saúde do trabalhador sujeito aos riscos ocupacionais por ela gerados. Inclusive, os médicos peritos da previdência social terão acesso aos ambientes de trabalho e a outros locais onde se encontrem os documentos referentes ao controle médico de saúde ocupacional, e aqueles que digam respeito ao programa de prevenção de riscos ocupacionais, para verificar a eficácia das medidas adotadas pela empresa para a prevenção e

controle das doenças ocupacionais (art. 338 e §2º do Decreto nº 3.048/99). Portanto a empresa deve estar cercada de cuidados, havendo a necessidade de treinar o trabalhador; a eficiência dos equipamentos também depende de sua correta utilização (MARTINEZ 2008, p. 108).

Importante destacar que mesmo não estando específico em lei é dever da empresa oferecer treinamento para o trabalhador fazer uso correto do EPI, para o correto uso de EPI, para que efetivamente seja protegida sua saúde.

## **5 I INCONGRUENCIAS NOS CRITÉRIOS PREVIDENCIÁRIOS E CRITÉRIOS TRABALHISTAS NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL APÓS REFORMA DA PREVIDÊNCIA**

A aposentadoria especial é um benefício da Previdência bastante complexo para atender os requisitos para sua concessão, e com a Reforma da Previdência, estes critérios estão sendo absorvidos de maneira contraditória em reação às leis trabalhistas vigentes que regulam os direitos sociais dos trabalhadores. Para efeito de discussão sobre estes critérios é interessante um quadro comparativo de antes e de após a Reforma da Previdência em relação às regras para sua concessão.

Faz-se aqui um parêntese para um breve resumo sobre as alterações da Reforma Previdenciária que passaram ou vigorar na data de publicação da EC n. 103 no Diário Oficial da União, em 13 de novembro de 2019. Valendo para todos os segurados do RGPS, entre outras medidas, modificou a aposentadoria especial, iniciando pela nova redação do § 1º do artigo 201 da Constituição Federal que passou a ter a seguinte redação, ao que concerne a aposentadoria especial:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados que comprovem I – com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. Aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de

atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição dos segurados: II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. O artigo 19 § 1º da Emenda Constitucional, trouxe a principal alteração nos requisitos para a concessão estipula idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, pois prevê idade mínima, nos seguintes termos: I – aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição (BRASIL 1988)

Antes da Reforma da Previdência o critério para concessão era de 25 anos de atividade especial de risco baixo que envolvia quase todos os casos.

Esta regra vale apenas para quem começou a trabalhar depois da Reforma. É preciso cumprir uma idade mínima, além do tempo de atividade especial, para se aposentar, é preciso ter:

- 55 anos de idade + 15 anos de atividade especial, para as atividades de alto risco;
- 58 anos de idade + 20 anos de atividade especial, para as atividades de médio risco;
- 60 anos de idade + 25 anos de atividade especial, para as atividades de baixo risco.

Como as regras antes da reforma Previdenciária era possível se aposentar com 48 anos de idade, após 25 anos de atividade especial. Após a Reforma precisa ter 60 anos de idade para se aposentar, significando trabalhar por mais 12 anos, um total de 37 anos de atividade especial.

Após a reforma não é mais possível converter o tempo de atividade especial (exercido após a Reforma da Previdência) para tempo de contribuição porque a Reforma acabou com essa possibilidade.

O Quadro 1 expõe a comparação das alterações em relação ao período para a concessão:

ANTES DA REFORMA	DEPOIS DA REFORMA
Não existe idade mínima para a concessão	Existe uma idade mínima como requisito que depende do tempo para cada contribuição
25, 20 e 15 anos de contribuição variando com o grau de agressão do agente nocivo	60 anos de idade + 25 de atividade especial 58 anos de idade + 20 de atividade especial 55 anos de idade + 15 anos de atividade especial

Quadro 1 – Critério do tempo para a concessão da aposentadoria especial

Fonte: Elaboração própria

Em relação ao salário mudou totalmente a regra de cálculo da Aposentadoria Especial com a Reforma da Previdência. Após a reforma o valor do benefício dependerá dos seguintes critérios:

- será feita a média de todos os seus salários, a partir de julho de 1994 ou de quando o segurado começou a contribuir;
- desta média o valor será de 60% + 2% ao ano acima de 20 anos de atividade especial para os homens e acima de 15 anos de atividade especial para as mulheres;
- para quem trabalha em minas subterrâneas (atividades de alto risco), o acréscimo de 2% ao ano de atividade especial será acima de 15 anos de atividade especial para os homens e mulheres.

Antes da Reforma Previdenciária conta a média era de 80% dos maiores salários.

Em relação à conversão de atividade especial para atividade comum com o advento da Reforma Previdenciária foi cancelada, não é mais possível fazer esta conversão, só ficou valendo para o período de atividade especial antes da vigência da Reforma Previdenciária, assim este período pode ser convertido normalmente, sob fundamento do direito adquirido.

O direito adquirido pode ainda garantir aposentadoria especial com a regra anterior se foi cumprido o tempo de atividade especial necessário para se aposentar (25, 20 ou 15 anos).

Observa-se que, após a Reforma Previdenciária não será devida a concessão da aposentadoria especial somente pela contagem do tempo de atividade em ambiente insalubre ou perigoso, pois agora é exigido a somatória com a idade do trabalhador, somatória esta que só poderá ocorrer com a idade de 60, 58 ou 55 anos. Destaca-se que esta exigência deve ser preenchida para aqueles que se inscreverem ao RGPS após a entrada em vigor da Reforma Previdenciária.

Relembrando o conceito de aposentadoria especial que se consagrou na legislação trabalhista como “um benefício de incapacidade presumida, concedida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física

(LEMES, 2016, p. 129); e ainda como “uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física (CASTRO e LAZZARI, 2011, p.637).

Estes entendimentos, entre outros semelhantes, em relação à aposentadoria especial, fundamentam o objetivo do legislador em garantir proteção ao trabalhador, em relação à sua incapacitação para o trabalho até perda total da integridade física e mental, devido à atividade acima dos limites de tolerância permitidos pelo organismo humano. A imposição de normas regulatórias para a concessão da aposentadoria especial restringindo tempo de carência para que ocorra a concessão da aposentadoria especial, desde que o trabalhador tenha sido exposto durante 15, 20 ou 25, a condições especiais em atividades nocivas à saúde, sujeito a agentes físicos, químicos, biológicos e psíquicos é uma prevenção garantista dos direitos à dignidade humana do segurado.

Destaque-se que a aposentadoria especial passou por inúmeras mudanças desde que foi instituída. Até 28 de abril de 1995 era aplicado o enquadramento por categoria profissional do segurado, por meio dos Decretos n. 53.831, de 25 de março de 1964 e do Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979 em que bastava provar o desempenho da atividade para que fossem reconhecidas as atividades laborais como especiais. Mesmo que após 29 de abril de 1995 não mais se admitia a presunção da exposição do segurado aos agentes nocivos devido a sua profissão, foi compensado pela exigência de comprovação da efetiva exposição por meio de critérios técnicos para o reconhecimento da especialidade da atividade.

Após esse período, o limite de idade deixou de ser exigido pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968, e a carência mínima reduzida de 180 contribuições para apenas 60 meses por meio da Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973. Além do tempo de exposição de 15, 20 e 25 anos a atividade insalubre e perigosas, é exigido hoje para a percepção da aposentadoria em questão a carência de 180 contribuições, a mesma aplicada às demais aposentadorias, com exceção da por invalidez.

A legislação visa a aposentadoria especial como um benefício que garanta ao segurado do RGPS uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais, por isto a determinação de carência diferenciada das demais aposentadorias (RIBEIRO, 2009, p.24).

Considerando que requisito carência está disciplinado por meio do artigo 24 da Lei n. 8.213/1991, interpreta-se como número mínimo de contribuições mensais imprescindíveis para que se faça jus a este benefício, *in verbis*: “Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o segurado faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências” (BRASIL, 1991).

Destaca-se ainda que a natureza jurídica da aposentadoria especial é recepcionada

como um benefício de caráter preventivo, tendo como objetivo, afastar os segurados expostos a agentes nocivos a sua saúde e integridade física, antes mesmo que se consolidem os danos relativos a exposição de forma permanente que podem trazer doenças e males irreversíveis ao trabalhador (CASTRO e LAZZARI, 2011).

Sob estes fundamentos legislativos a regra previdenciária determinante para o período de carência se de 25 anos agride frontalmente ao propósito das normas regulatórias da legislação trabalhista em relação à preservação e integridade da saúde do trabalhador, ferindo assim sua dignidade humana.

Resumindo, com a Reforma Previdenciária a idade é regra essencial, destituindo o previsto até sua edição a previsão trabalhista de que os requisitos da aposentadoria especial eram de 15, 20, ou 25 anos de tempo de contribuição com exposição a agentes nocivos; ou seja a regra geral seria a concessão da aposentadoria especial aos 25 anos de tempo de contribuição, porém havia a possibilidade 20 ou 15 anos em casos de exposição a determinados agentes nocivos como exposto no Anexo IV do Decreto 3.048/99, que foi alterado com nova redação pelo Decreto n. 10.410 de 30 de junho de 2020. A idade em nada interferia na contagem de carência para a aposentadoria especial, por exemplo na regra mais usual (25 anos) um segurado que começou a trabalhar exposto a agentes nocivos aos 20 anos de idade poderia se aposentar aos 45 anos.

Em relação à conversão de atividade especial para atividade comum com o advento da Reforma Previdenciária foi cancelada, não é mais possível fazer esta conversão, só ficou valendo para o período de atividade especial antes da vigência desta reforma, porque não houve como destituir a garantia do direito adquirido, ou seja este pode garantir aposentadoria especial com a regra anterior se foi cumprido o tempo de atividade especial necessário para se aposentar (25, 20 ou 15 anos) antes da edição das regras previdenciárias em vigor.

Pela norma da Reforma Previdenciária para a concessão do benefício de aposentadoria na modalidade especial, é necessário a comprovação de que laborou de forma permanente e ininterrupta a algum tipo de agente nocivo a sua saúde e integridade física, sem atentar que nem sempre o trabalhador atinge o tempo necessário para se aposentar nessa modalidade.

Está prevista no artigo 70 do Decreto 3.048/1999 o direito de conversão do tempo especial em tempo comum, dando ensejo para interpretar a não destituição da conversão do tempo especial em tempo comum.

O Decreto n. 4.827/2003 também dispõe em seus parágrafos § 1º e § 2º:

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço:

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período (BRASIL, 2003).

O Poder Executivo independente da época da prestação do serviço, reconhece o direito a conversão do tempo comum em especial e por isso não é possível negar tal pretensão. Exemplo de decisão jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. FATOR DE CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. REGRA DO DECRETO N.3.048/1999, ART. 70. APLICAÇÃO PARA O TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA (PRECEDENTES). 1. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para fins de conversão do tempo de serviço especial em comum, deve ser aplicada a tabela contida no art. 70 do Decreto n. 3.048/1999 para o trabalho desempenhado em qualquer época. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no Ag 1358845/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011) (JUSBRASIL, 2020).

Reforça este entendimento a doutrina de Ribeiro (2019, p. 247) quando afirma,

A jurisprudência oriunda dos Tribunais Regionais Federais da 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> Região, em diversos acórdãos, abona este ponto de vista, no sentido da possibilidade de conversão de todo tempo trabalhado pelo segurado em condições especiais, inclusive após a Lei n. 9.711/98, Lei de conversão da Medida Provisória 1.663, o qual poderá ser somado ao restante do tempo sujeito à contagem comum.

Assim, percebe-se que entre as decisões baseadas na legislação trabalhista confrontam-se com a aplicação das regras previdenciárias após a Reforma Previdenciária.

Há também sério confronto entre a legislação trabalhista e a Reforma Previdenciária em relação ao definitivo afastamento da possibilidade de concessão da aposentadoria especial se constar o uso de EPI.

O EPI é definido pela NT – 6 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) como sendo: “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (BRASIL, 1978).

Tais equipamentos são responsáveis pela proteção e integridade do indivíduo com o intuito também de minimizar os riscos ambientais do ambiente de trabalho e promover a saúde, bem-estar e evitar os acidentes e doenças ocupacionais. Pelo artigo 166 da CLT,

Art. 166- A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL, 1943),

A NR 6 introduzida pela portaria 3.214/1978, conceitua EPI, como “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (BRASIL, 1978).

Pela doutrina aponta-se Martinez (2001, p.45) definindo o EPI como as “construções

erigidas pela empresa visando a defender o trabalhador de acidente de trabalho, doenças profissionais ou do trabalho e sobretudo em razão da exposição aos riscos”.

Esta interpretação advém até mesmo do próprio INSS quando reconhece que a simples utilização do EPI não afasta o risco do trabalhador, como consta suas Instruções Normativas n. 42/2001 e 78/2002, conforme a redação:

Instrução Normativa INSS no 42/2001:

Art. 19. A utilização de equipamento de proteção não descaracteriza o enquadramento da atividade.

Instrução Normativa INSS/DC No 78/2002:

Art. 159. A simples informação da existência de EPI ou de EPC, por si só, não descaracteriza o enquadramento da atividade. No caso de indicação de uso de EPI, deve ser analisada também a efetiva utilização dos mesmos durante toda a jornada de trabalho, bem como, analisadas as condições de conservação, higienização periódica e substituições a tempos regulares, na dependência da vida útil dos mesmos, cabendo a empresa explicitar essas informações no LTCAT/PPP (BRASIL, 2001 e BRASIL, 2002).

Até o advento da Reforma Previdenciária havia discussão nos tribunais pátrios se o uso do EPI pelas empresas afastaria absolutamente a aposentadoria especial, a corrente que não aprovava este discernimento era enfática, que somente o uso do EPI não era suficiente para a proteção do trabalhador em muitos casos de exposição a insalubridade e/ou periculosidade.

A partir da vigência da Reforma Previdenciária a regra é de que a empresa que faz uso de EPI independentemente de qualquer ressalva sobre os efeitos da insalubridade e da periculosidade. Contudo, tal posicionamento, os tribunais pátrios têm contestado tal situação, entendendo que a utilização do EPI, por si só, não afasta a especialidade do período em que o trabalhador labora sob riscos à sua saúde.

E o entendimento do STJ, no Enunciado n. 21, do Conselho de Recursos da Previdência Social ao enuncia que “o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho”. Da mesma forma o Parecer/CONJUR/MPS 616/2010, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23 de dezembro de 2010 aduz os segurados devem proteger-se contra agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho, sem que com isso fique automaticamente descaracterizado o seu direito a aposentadoria especial, independentemente da eficácia dos EPIs. Ao segurado cabe comprovar, que os agentes nocivos estavam efetivamente presentes no ambiente de trabalho, durante toda sua jornada, comprovado por laudo técnico informando sobre o grau de eficiência dos EPIs utilizados. Se a prova for incontestável de

que os EPIs eliminaram o risco de exposição ao agente nocivo, reduzindo-lhe a intensidade a limites de tolerância, o tempo de contribuição será contado como comum, por força do atendimento aos § 3º e 4º do artigo. 57 da Lei nº 8.213, de 1991.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 664.335) exemplifica este posicionamento, o caso da exposição a ruído que não descharacteriza o tempo de serviço especial prestado, considerando a matéria em Repercussão geral.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIográfICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RÚIDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (JUSBRASIL, 2020).

Esse também é o entendimento do TRF1, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, I E II, CPC/15. EPI. ARE 664.335. ARE 906.569. ACÓRDÃO MANTIDO. 1. O voto condutor do acórdão traça a seguinte diretriz em relação ao tema 555, relativo ao uso de EPI: "o efeito ligado à utilização de EPI é, ordinariamente, o de amenizar os danos causados pelos agentes nocivos, não os afastando por completo. Assim, pode ser constatada a exposição a determinado agente nocivo por parte do segurado em níveis acima do limite regulamentar ainda que seja efetivamente utilizado por este equipamento de proteção". 2. Tal posicionamento se coaduna com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 664335/SC: "apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas... na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descharacteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria". 3. Sobre a avaliação de critérios para configuração de atividade especial, tema 852, o STF apresentou o seguinte entendimento, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 906.569: "A avaliação judicial de critérios para a caracterização da especialidade do labor, para fins de reconhecimento de aposentadoria especial ou de conversão de tempo de serviço, conforme

previsão dos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, é controvérsia que não apresenta repercussão geral, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil.” 4. Diante da consonância entre o acórdão e o posicionamento do Superior Tribunal Federal acerca do Tema 555, cujo recurso paradigma é o ARE 664.335, somada à impossibilidade de análise judicial da especialidade pela via extraordinária (Tema 852, ARE 906.569), não há que se falar em retificação do acórdão desta Corte Regional Federal, fls. 241/248. 5. Juízo de retratação não realizado. Ratificado o acórdão de fls. 241/248.

TRF-1 - AC: 00015465920094013800, Relator: JUIZ FEDERAL UBIRAJARA TEIXEIRA, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA (JUSBRASIL, 2020).

Baseadas nestas fundamentações, em relação ao uso de EPI para afastar outros danos que não seja ruído, outras jurisprudências apresentam os mesmos argumentos.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO/ SERVIÇO. REQUISITOS. ATIVIDADE ESPECIAL. HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS. BENZENO. AGENTE RECONHECIDAMENTE CANCERÍGENO. UTILIZAÇÃO DE EPI. INEFICÁCIA RECONHECIDA. TUTELA ESPECÍFICA. 1. O reconhecimento da especialidade da atividade exercida sob condições nocivas é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador (STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.310.034). 2. Considerando que o § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 não foi revogado pela Lei n. 9.711/98, e que, por disposição constitucional (art. 15 da Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998), permanecem em vigor os arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, é possível a conversão de tempo de serviço especial em comum inclusive após 28-05-1998 (STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.151.363). 3. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído, calor e frio); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997; a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica; e, a partir de 01-01-2004, passou a ser necessária a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que substituiu os formulários SB-40, DSS 8030 e DIRBEN 8030, sendo este suficiente para a comprovação da especialidade desde que devidamente preenchido com base em laudo técnico e contendo a indicação dos responsáveis técnicos legalmente habilitados, por período, pelos registros ambientais e resultados de monitoração biológica, eximindo a parte da apresentação do laudo técnico em juízo. 4. A exposição a hidrocarbonetos aromáticos enseja o reconhecimento do tempo de serviço como especial. 5. Os hidrocarbonetos aromáticos são compostos de anéis benzênicos, ou seja, apresentam benzeno na sua composição, agente químico este que integra o Grupo 1 (agentes confirmados como cancerígenos para humanos) do Anexo da Portaria Interministerial MPS/MTE/MS nº 09-2014, encontrando-se registrado no Chemical Abstracts Service (CAS) sob o nº 71-43-2 e com previsão no código 1.0.3 do Decreto nº 3.048/99, sendo possível

de aposentadoria especial aos 25 anos. 6. Verificado que o benzeno é agente nocivo cancerígeno para humanos, a simples exposição ao agente (qualitativa) dá ensejo ao reconhecimento da atividade especial qualquer que seja o nível de concentração no ambiente de trabalho do segurado, e independentemente de existência de EPC e/ou EPI eficaz. 7. Considerando a eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 497, caput, do CPC/2015, e tendo em vista que a presente decisão não está sujeita, em princípio, a recurso com efeito suspensivo, determina-se o cumprimento imediato do acórdão no tocante à averbação dos períodos especiais reconhecidos, a ser efetivada em 45 dias.

(TRF-4 - AC: 50038005020164047207 SC 5003800-50.2016.4.04.7207, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 30/06/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC) (JUSBRASIL, 2020)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES NOCIVOS. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO. RUÍDO. PERÍODOS E NÍVEIS DE EXPOSIÇÃO. PROVA. USO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI). EFICÁCIA. DESCONSIDERAÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGENTES QUÍMICOS. ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE REQUISITO ETÁRIO PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. A lei em vigor quando da prestação dos serviços define a configuração do tempo como especial ou comum, o qual passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador, como direito adquirido. Até 28.4.1995 é admissível o reconhecimento da especialidade do trabalho por categoria profissional; a partir de 29.4.1995 é necessária a demonstração da efetiva exposição, de forma não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde, por qualquer meio de prova; a contar de 06.5.1997 a comprovação deve ser feita por formulário-padrão embasado em laudo técnico ou por perícia técnica. Considera-se como especial a atividade em que o segurado esteve exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até a data de 5.3.1997, por conta do enquadramento previsto nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Com a edição do Decreto 2.172/97, o limite passou a ser 90 decibéis, sendo reduzido para 85 decibéis, a contar de 19.11.2003, consoante previsto no Decreto 4.882/2003. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664.335, fixou o entendimento de que: 1) o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; 2) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. A exposição habitual e permanente a agentes químicos nocivos à saúde permite o reconhecimento da atividade especial. Para tanto, basta a análise qualitativa (exposição aos agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho), independentemente de análise quantitativa (concentração, intensidade, etc.). Nos termos do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o cômputo de tempo de serviço de segurado trabalhador rural, anterior à data de início de sua vigência, é admitido para concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, independentemente do

recolhimento das contribuições, exceto para efeito de carência. Para o período ulterior à Lei de Benefícios (competência de novembro de 1991, conforme disposto no artigo 192 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 357/91), o aproveitamento condiciona-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, de acordo com o artigo 39, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e Súmula 272 do Superior Tribunal de Justiça. Para a comprovação do tempo de atividade rural é preciso existir início de prova material, não sendo admitida, em regra, prova exclusivamente testemunhal. Demonstrado o preenchimento dos requisitos, o segurado tem direito à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante a conversão dos períodos de atividade especial, a partir da data do requerimento administrativo, respeitada eventual prescrição quinquenal.

(TRF-4 - AC: 50002326920164047031 PR 5000232-69.2016.4.04.7031, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 09/03/2021, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR) (JUSBRASIL, 2020);

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO AO AGENTE QUÍMICO CAULIM. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. - A aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, é modalidade de aposentadoria a que faz jus o segurado que esteve exposto a agentes penosos, insalubres ou perigosos, no desempenho da sua atividade laborativa - O benefício é devido uma vez comprovadas as condições especiais do trabalho desenvolvido ao longo de 15, 20 ou 25 anos, conforme estabelecido nos decretos regulamentadores - A Emenda Constitucional n.º 103/2019 alterou profundamente os critérios para a concessão do benefício, reintroduzindo a exigência do requisito etário e modificando a sua forma de cálculo. Estabeleceu, ainda, regra de transição a ser observada pelos segurados que tenham se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a sua data de entrada em vigor (art. 21) - Para o trabalho exercido até o advento da Lei n.º 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia ao trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos n.º 53.831/64 e n.º 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa - Com a promulgação da Lei n.º 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei - Somente a partir da publicação do Decreto n.º 2.172/97 tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB-40 ou DSS-8030. - Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias - A partir de 1/1/2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial. - O PPP que contemple períodos laborados até 31/12/2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos - A deficiência nas informações constantes do PPP, no tocante à habitualidade e permanência da exposição a agentes nocivos e à eficácia do EPI, não faz prova, por si só, em desfavor do segurado - Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista

no art. 28 da Lei n.º 9.711/98, mas observado o limite de 12/11/2019, véspera da data de entrada em vigor da EC n.º 103/2019 - Viabilidade da conversão do tempo de serviço comum em especial, prestado até 28/4/1995, quando o benefício for requerido anteriormente ao advento da Lei n.º 9.032/95 (Tema 546 do STJ) - É garantido ao segurado que exerce suas atividades em condições especiais o cômputo do período em gozo de auxílio-doença como tempo de serviço especial - O agente químico caulim, prejudicial à saúde, caracteriza a especialidade da atividade, nos termos dos itens XIII e XXVII do Anexo II e dos itens 1.0.3, 1.0.7, 1.0.17 e 1.0.19 do Anexo IV do Decreto n.º 3.048/99.

(TRF-3 - ApCiv: 50070428120184036105 SP, Relator: Desembargador Federal AUDREY GASPARINI, Data de Julgamento: 08/12/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2020) (JUSBRASIL < 2020).

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. AGENTES BIOLÓGICOS. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM E VICE-VERSA. AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO COMO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À REVISÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. - A aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, é modalidade de aposentadoria a que faz jus o segurado que esteve exposto a agentes penosos, insalubres ou perigosos, no desempenho da sua atividade laborativa - O benefício é devido uma vez comprovadas as condições especiais do trabalho desenvolvido ao longo de 15, 20 ou 25 anos, conforme estabelecido nos decretos regulamentadores - A Emenda Constitucional n.º 103/2019 alterou profundamente os critérios para a concessão do benefício, reintroduzindo a exigência do requisito etário e modificando a sua forma de cálculo. Estabeleceu, ainda, regra de transição a ser observada pelos segurados que tenham se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a sua data de entrada em vigor (art. 21) - Frente à significativa alteração que a EC n.º 20/98 promoveu no ordenamento jurídico, foram definidas normas de transição entre o regramento constitucional anterior e o atual no tocante aos requisitos necessários à obtenção da aposentadoria por tempo de serviço - A regra de transição para a aposentadoria integral restou ineficaz, na medida em que para concessão de tal benefício não se exige idade ou "pedágio" - Cumpridos os requisitos previstos no artigo 201, § 7.º, inciso I, da CF, quais sejam, trinta e cinco anos de trabalho, se homem, ou trinta anos, se mulher, além da carência prevista no artigo 142, da Lei n.º 8.213/91, antes ou depois da EC n.º 20/98 e, independentemente da idade com que conte à época, fará jus à percepção da aposentadoria por tempo de contribuição, atual denominação da aposentadoria por tempo de serviço. - A EC n.º 103/2019 alterou a redação do § 7.º do art. 201 da Constituição Federal e estabeleceu, relativamente à aposentadoria por tempo de contribuição, quatro regras de transição para os segurados que, na data de sua entrada em vigor, já se encontravam filiados ao RGPS - É assegurada a aposentadoria por tempo de contribuição, nos moldes estabelecidos pela EC n.º 20/98, ao segurado que, até a data da entrada em vigor do novo regramento, tiver vertido 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos de contribuição, se mulher - Para o trabalho exercido até o advento da Lei n.º 9.032/95, bastava o enquadramento

da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia ao trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos n.º 53.831/64 e n.º 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa - Com a promulgação da Lei n.º 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei - Somente a partir da publicação do Decreto n.º 2.172/97 tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB-40 ou DSS-8030. - Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias - A partir de 1/1/2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial. - O PPP que contemple períodos laborados até 31/12/2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos - A deficiência nas informações constantes do PPP, no tocante à habitualidade e permanência da exposição a agentes nocivos e à eficácia do EPI, não faz prova, por si só, em desfavor do segurado - A exposição aos agentes biológicos previstos nos Decretos n.º 53.381/64, n.º 83.080/79, n.º 2.172/97e n.º 3.048/99 é considerada nociva à saúde, devendo sua aferição observar o critério qualitativo e não quantitativo - Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no art. 28 da Lei n.º 9.711/98, mas observado o limite de 12/11/2019, véspera da data de entrada em vigor da EC n.º 103/2019 - Viabilidade da conversão do tempo de serviço comum em especial, prestado até 28/4/1995, quando o benefício for requerido anteriormente ao advento da Lei n.º 9.032/95 (Tema 546 do STJ) - Descabido falar-se em impossibilidade de concessão da aposentadoria especial, em virtude da ausência de prévia fonte de custeio (STF, ARE 664.335/SC, com repercussão geral) - É garantido ao segurado que exerce suas atividades em condições especiais o cômputo do período em gozo de auxílio-doença como tempo de serviço especial (Tema 998 do STJ) - Somando mais de 25 anos de tempo de serviço até a data da DER, devida a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.213/91 - As diferenças oriundas da revisão são devidas desde a data do requerimento administrativo, independentemente do fato de a comprovação que permitiu o reconhecimento da atividade como especial ter ocorrido somente em momento posterior, até mesmo em juízo, nos termos do entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça - Reconhecimento da procedência do pedido formulado.

(TRF-3 - ApCiv: 50102182820184036183 SP, Relator: Desembargador Federal AUDREY GASPARINI, Data de Julgamento: 24/11/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 27/11/2020) (JUSBRASIL, 2020)

Na leitura destas jurisprudências, essencialmente as realizadas após a Reforma Previdenciária fica clara a tendência dos tribunais pátrias em entender que a declaração da empresa de que faz uso de EPI em ambientes laborais nocivos à saúde do trabalhador não é suficiente para evitar o risco de prejudicar a sua saúde, assim a norma regulatória da Reforma Previdenciária está ferindo veementemente a legislação trabalhista.

## **6 I ENCAMINHAMENTO METODOLOGICO**

O encaminhamento metodológico desta pesquisa pautou-se inicialmente pela pesquisa bibliográfica e documental, e em seguida por uma descrição investigativa de decisões dos tribunais pátrios relacionado ao tema.

Assim, pela pesquisa bibliográfica e documental este estudo adicionou a comparação dos critérios antes e depois da Reforma Previdenciária buscando em trabalhos realizados por outros pesquisadores e publicados em trabalhos científicos. pela disponibilidade de documentos oficiais que tratam do tema, disponíveis na internet ou em livros. Realizou-se assim um encaminhamento metodológico fundamentado na pesquisa explicativa, qualitativa descritiva.

Em relação à pesquisa bibliográfica coletada em livros, e também em periódicos e artigos disponibilizados na internet seguiu-se o ensinamento de Cervo e Bervian (2012, p.65) quando afirmam que ela “procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos.” Estas referências representam um “conjunto de conhecimentos reunidos em obras” (FACHIN, 2005, p.125). Para Gil (2002), os conhecimentos publicados e disponibilizados como literatura, já foram comprovados e assim podem ser usados como verdades sobre o tema, o que induz a uma pesquisa com embasamento teórico acrescentando verdades encontradas em documentos que comprovam o fato narrado. Os livros e artigos de revistas dão tratamento específico que resultam em interpretação científica e tem como escopo apresentar contribuição relevante para a ciência (FACHIN, 2005)

O levantamento documental foi realizado visando tecer comentários e análises dos dispositivos e diretrizes das leis que a política governamental dispensou para o tema da aposentadoria especial verificando não somente a visão política social sobre o tema, como também as providências legalmente amparadas para que haja preservação deste benefício previdenciário

Segundo Marconi e Lakatos (2010, p.157), “a característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias.”

A pesquisa explicativa de acordo com Cervo e Bervian (2012) permite a consecução de um projeto investigativo, que por seu carácter explicativo tem como objetivo central embasar o estudo na ciência, e assim torna possível articular equilibradamente o trabalho teórico com o trabalho empírico.

Por sua vez, a pesquisa descritiva de acordo com Cervo e Bervian (2012) permite responder aos porquês levantados para realização do estudo mediante uma consulta empírica. Ela coloca à prova afirmações do sentido comum, ou seja, confirma aquilo que já se sabe apresentando resultados concretos. Em relação à pesquisa descritiva, Cervo e Bervian (2012, p. 66) comentam que por ela o pesquisador “observa, registra, analisa e

correlaciona fatos ou fenômenos (variáveis) sem manipulá-los. Procura descobrir, com a precisão possível, a frequência com que um fenômeno ocorre, sua relação e conexão com outros, sua natureza e características". Assim, pela pesquisa descritiva, fez-se uma análise dos diversos desafios enfrentados pelos profissionais de apoio, quando se realizou a investigação empírica do objeto do estudo, pois seguindo Marconi e Lakatos (2010, p.170), esta pesquisa "consiste em investigações de pesquisa empírica cuja principal finalidade é o delineamento ou análise das características de fatos ou fenômenos, a avaliação de programas ou o isolamento de variáveis principais ou chave."

Pela pesquisa qualitativa, conforme Cervo e Bervian (2012) é possível compreender certos fenômenos comportamentais através da coleta de **dados narrativos** e estudar cada um desses dados de forma que as informações coletadas não buscam mensurar um tema, mas sim descrevê-lo, valendo-se de impressões, pontos de vista e opiniões dos pesquisados.

A abordagem do tema pela pesquisa qualitativa foi determinada por esta ser a mais indicada para a construção de teorias e não limita o aprendizado por ser uma pesquisa menos restrita, além de proporcionar inspiração e flexibilidade. (Sutton, 1997) leciona que a relevância da pesquisa qualitativa é verificar se ela proporciona ou não novos *insights*, porém se estes serão rigorosamente comprovados é irrelevante. De acordo com Silva (2011, p. 20),

(...) a interpretação dos fenômenos e a atribuição dos significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para a coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave [...] os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente. O processo e seu significado são os focos principais de abordagem.

Sob este embasamento metodológico fundamentaram-se os comentários relacionados à inclusão da pessoa autista no contexto escolar do ensino regular, partindo do pressuposto registrado na Cartilha (2011, p. 11) de que a inclusão escolar

É uma política que busca perceber e atender às necessidades educativas especiais de todos os alunos, em salas de aulas comuns, em um sistema regular de ensino, de forma a promover a aprendizagem e o desenvolvimento pessoal de todos. Na proposta de educação inclusiva todos os alunos devem ter a possibilidade de integrar-se ao ensino regular, mesmo aqueles com deficiências ou transtornos de comportamento, de preferência sem defasagem idade-série. A escola, segundo essa proposta, deverá adaptar-se para atender às necessidades destes alunos inseridos em classes regulares. Portanto, requer mudanças significativas na estrutura e no funcionamento das escolas, na formação dos professores e nas relações família-escola

Para sistematizar os critérios para a concessão da aposentadoria especial elegeu-se como universo de pesquisa as Normas Regulamentadoras e uma retrospectiva da legislação previdenciária e da legislação trabalhista.

Quanto às questões que deram andamento ao trabalho buscou-se em teorias os aportes científicos necessários para ler a realidade e entender os argumentos práticos e políticos sobre o tema. A literatura específica na área da segurança do trabalho foi abordada, respaldando a visão dos processos corretos e sustentáveis, acrescentando que durante o desenvolvimento da pesquisa foi necessário um constante aprofundamento da literatura para que se pudesse refletir sobre as categorias teóricas e empíricas do objeto de estudo, deixando aberta a proposta metodológica para que fosse melhorada, realizando avaliações constantes.

## 7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo propiciou o entendimento de que o Brasil, mesmo dispondo de farta legislação na área de segurança e saúde do trabalhador, ainda está precisando de normas regulatórias que concretizem de fato os critérios da aposentadoria especial sem deixar dúvida interpretação.,

O advento da Reforma Previdenciária trouxe intensas e contraditórias alterações para a concessão da aposentadoria especial chegando às vias de se interpretar para o futuro a sua extinção. As mudanças da Reforma Previdenciária, tem o condão de dificultar o segurado em obter aposentadoria especial, da forma como foi idealizada, pois, as exigências dos critérios para sua concessão ficaram quase que inalcançáveis devido a imposição pelo Sistema de Previdência Social

Respondendo ao questionamento para realizar esta pesquisa pode-se apontar que várias foram as alterações realizadas pela Reforma Previdenciária, mas quer no presente trabalho foram colocadas em discussão as relacionadas ao tempo de carência para a concessão da aposentadoria especial, à conversão do tempo de contribuição especial em comum e a destituição de critério para caracterizar o direito à aposentadoria especial pela existência de EPI no ambiente labora.

Sob estes três temas, percebeu-se que precisa haver maior clareza e definição nas normas regulatórias para evitar incongruências entre a legislação trabalhista e a legislação previdenciária, conforme tem sido amplamente debatido nos tribunais pátios.

Conclui-se que os legisladores estão atentos para que haja leis suficiente para garantir a proteção, conferindo a existência de um meio ambiente laborativo, saudável e equilibrado em relação à preservação da saúde e integridade física do trabalhador. Lembrado que tal atenção está vinculada à eficácia dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 entre os quais se destacam a saúde, o trabalho, a segurança e a Previdência Social.

A aposentadoria especial para o trabalhador, trata-se de uma garantia não somente para exercer seu ofício com dignidade, mas também para gozar dos aludidos direitos. Já as empresas poderão aumentar sua produtividade com trabalhadores seguros e saudáveis.

Mais do que um mero objetivo, a consagração da saúde do trabalhador deve ser visualizada como um bem jurídico, resultado de avanços legislativos e constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL (1978) Ministério do Trabalho. **Portaria 3.214, 08 de junho de 1978. NR – 15.** Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>>. Acesso em: 20 janeiro 2021.

BRASIL (1999). **Decreto n. 3.048 de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3048-6-maio-1999-368532-publicacaoriginal-96753-pe.html>>. Acesso em 20 janeiro 2021.

BRASIL (1999). Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário Conselho de Recursos do Seguro Social-CRSS. **Enunciado n. 20.** Editado pela Resolução n. 1 de 11 de novembro de publicada no DOU de 18 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/jurisprudencia\\_administrativa/ENUNCIADOS%20DO%20CRSS%20-%20201%20A%2039%20-%20PDF.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/jurisprudencia_administrativa/ENUNCIADOS%20DO%20CRSS%20-%20201%20A%2039%20-%20PDF.pdf)>. Acesso em: 20 janeiro 2021.

Brasil (2019). Reforma Previdenciária – Emenda Constitucional de 12 de novembro de 2019. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituciao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituciao/emendas/emc/emc103.htm)>. Acesso em: 29 janeiro 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

ENIT – Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. **Norma Regulamentadora Nº 15 (NR-15).** Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-15?view=default>>. Acesso em 20 janeiro 2021.;

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. **Aposentadoria especial.** São Paulo : LTr, 2000

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho, história e teoria geral do Direito do Trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Regina Márcia Rangel de. **A Abordagem das Lesões por Esforços Repetitivos/ Distúrbios Osteomoleculares Relacionados ao Trabalho – LER/DORT.** Centro de Referência em Saúde do Trabalhador do Espírito Santo – 79 CRST/ES. (Mestrado) Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 2 ed. São Paulo; Ltr, 1999.

BRASIL (1978) **Portaria N. 3.214, de 08 de junho de 1978. Normas Regulamentadoras.** Aprova as Normas Regulamentadoras-NR-do capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ctpconsultoria.com.br/pdf/Portaria-3214-de-08-06-1978.pdf>>. Acesso em 10 dezembro 2020,

PORTELA, Felipe Mêmolo. A **inconsistência regulatória da insalubridade por exposição ao ruído ocupacional:** diagnóstico e propostas de superação. 189ff. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

SALIBA, Tuffi Messias. **Manual prático de avaliação e controle de poeira e outros particulados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SHERIQUE, Jaques. **Aprenda como fazer demonstrações ambientais**: PPRA, PCMAT, PGR, LTCAT, laudos técnicos, perfil profissiográfico previdenciário – PPP, custeio da aposentadoria especial, GFIP. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RIBEIRO, MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, em sua obra **Aposentadoria Especial**. Curitiba: Juruá, 2019.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria especial: regime geral da previdência social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Manual de direito previdenciário / Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. – 21.ed. Rio de Janeiro: Forense ,2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Albim. **Aposentadoria Especial – Regime Geral da Previdência Social**. Rio de Curitiba: Juruá, 2004. p.

GODOY, Fabiana Fernandes de. Manual Prático da advocacia previdenciária. 9. ed. Leme, SP: JH Mizuno,2020

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4981.pdf>

BRASIL (1943). Decreto-lei n. 6452 de 1 de maio de 1943. CLT. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso 2m 10 dezembro 2020

BRASIL (2001) Instrução Normativa 42 INSS, de 22 de janeiro de 2001 – DOU 24 de janeiro de 2001. **Previdência Social – aposentadoria especial normas** Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/legislacao/11805/instrucao-normativa-inss-42-2001/>>. Acesso em: 20 janeiro 2020.

BRASIL (2002). Ministério da Previdência e Assistência Social - Instituto Nacional do Seguro Social Diretoria Colegiada. Instrução Normativa n. 78, de 16 de julho de 2002. DOU de 19 de julho de 2002. Informações sobre atividades exercidas em condições especiais. Disponível em: <[ditoramagister.com/doc\\_355382\\_INSTRUCAO\\_NORMATIVA\\_N\\_78\\_DE\\_16\\_DE\\_JULHO\\_DE\\_2002.aspx](http://ditoramagister.com/doc_355382_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_78_DE_16_DE_JULHO_DE_2002.aspx)>. Acesso em: 30 janeiro 2020.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 11 dezembro 2020.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

FACHIN, Odilia. **Fundamentos de metodologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho** – prevenção a salvaguarda do trabalhador. Curitiba: Juruá, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**

# CAPÍTULO 19

## A IMPARCIALIDADE E O DEVER DE CONFIDENCIALIDADE DO JUIZ FACILITADOR DA AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 08/03/2021

**Tatiana Socoloski Perazzo Paz de Melo**

Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte  
Natal – Rio Grande do Norte  
<http://lattes.cnpq.br/3816625739651794>

**Luciano Athayde Chaves**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Natal – Rio Grande do Norte  
<http://lattes.cnpq.br/5567771993934287>

**RESUMO:** O capítulo aborda os métodos alternativos de resolução de conflitos, sua origem, principais notas históricas e princípios, estabelecendo um contraste entre os sistemas do Brasil e de Portugal, discutindo, de forma específica, os princípios da confidencialidade e da imparcialidade, para, finalmente, refletir sobre o papel do magistrado enquanto facilitador de autocomposição. Utilizando a revisão bibliográfica e documental, além do método comparado, a análise apresenta o dilema enfrentado pelo juiz como ator de procedimentos alternativos de resolução de conflitos, por conhecer a realidade exposta durante as sessões de autocomposição e ter de julgar a causa sem descumprir os princípios da confidencialidade e da imparcialidade. Conclui o estudo, diante dessa difícil harmonização de papéis, pela necessidade de reflexão sobre a inconveniência da figura do juiz facilitador na ordem jurídica não só brasileira, mas também portuguesa.

**PALAVRAS - CHAVE:** Resolução Alternativa de Conflitos, Confidencialidade, Imparcialidade, Dilemas, Desafios.

**IMPARTIALITY AND THE DUTY OF CONFIDENTIALITY OF THE FACILITATOR JUDGE ON BRAZILIAN JUDICIAL SELF-AGREEMENTS**

**ABSTRACT:** The chapter addresses the alternative methods of conflict resolution, its origin, main historical traces and principles, establishing a contrast between the systems of Brazil and Portugal, discussing, in a specific way, the principles of confidentiality and impartiality, reflecting, in addition, on the role of the judge as a facilitator on self-agreements in Brazilian judicial system. Using the bibliographic and documentary review approaches, in addition to the comparative method, the analysis presents the dilemma faced by the judge as an actor in alternative conflict resolution procedures, for knowing the reality exposed during the self-composition sessions and having to adjudicate the lawsuit without breaking the principles confidentiality and impartiality. The study concludes, given this difficult harmonization of roles, that is necessary to reflect on the inconvenience of the figure of the facilitator judge in the legal order, not only in Brazilian judicial system, but also in others legal systems, like the Portuguese one.

**KEYWORDS:** Alternative Conflict Resolution, Confidentiality, Impartiality, Dilemmas, Challenges.

## 1 | INTRODUÇÃO

A legitimidade e a reputação institucional do Poder Judiciário vêm sofrendo um processo de desgaste nos últimos anos, principalmente em razão de questões ligadas ao seu alto custo, sua resiliente complexidade formal, seu limitado ambiente para a inovação, assim como por sua baixa celeridade e efetividade.

De outro lado, outros fenômenos, como o crescimento das demandas judiciais e a captura da justiça, ou, como também é conhecida, a colonização da jurisdição, por interesses econômicos e corporativos, têm contribuído para tornar o Judiciário ainda mais lento e ineficiente (CHAVES, 2015; CHAVES, 2020).

Como exemplo, pode-se destacar a situação do Judiciário de dois países de semelhantes tradições jurídicas: Brasil e Portugal. No Brasil, cuja população, segundo informação extraída do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020), ultrapassa os 210 milhões de habitantes, seu sistema judiciário terminou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, segundo o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), ou seja, 0,37 processo/habitante. Em Portugal, com uma população aproximada de 10 milhões de habitantes, conforme consta do site do Instituto Nacional de Estatísticas (INE, 2020), o mesmo ano findou com 861.237 processos em tramitação no Judiciário, conforme informado pelo site Base de Dados Portugal Contemporâneo (PORDATA, 2020), ou seja, 0,07 processo/habitante em estoque.

Nesse cenário, têm ganhado força movimentos de empoderamento das partes em conflito, fenômeno pelo qual os próprios interessados passam a participar ativamente dos processos de resolução de suas contendas, por meio de métodos não adversariais, conhecidos por seu espírito colaborativo, fora do poder decisório dos magistrados.

No Brasil, 755.898 acordos foram homologados judicialmente no ano de 2018 pelos Juizados Especiais, de um universo de 4.277.709 de processos judiciais julgados naquele mesmo ano, segundo dados do CNJ (2019). Por sua vez, em Portugal, no mesmo período, dos 8.593 processos findos nos Juizados de Paz, 2.671 foram finalizados mediante acordo, entre mediação e conciliação, conforme consta da estatística da Justiça, disponibilizada pela Direção Geral da Política de Justiça, conforme consta do sítio Estatísticas da Justiça, da Direção-Geral da Política de Justiça (DGP, 2020).

Esses movimentos têm em comum a compreensão de que as resoluções alternativas de conflitos são um instrumento de grande valia para desafogar a máquina judiciária, já tão assoberbada de processos e tão questionada por sua lentidão, como também para diminuir a litigiosidade das partes. O signo dessas estratégias de desjudicialização se funda na ideia de que nenhuma sentença é capaz de trazer a paz social, potencialmente oferecido por um acordo que expressa a vontade dos atores sociais em contenda.

No entanto, algumas regras são de suma importância para o sucesso dessa nova vertente. Garantir o sigilo do diálogo livre das partes conflituosas durante o processo

de autocomposição é uma delas, na medida em que assegura a não divulgação das informações produzidas durante o procedimento de tentativa de acordo, favorecendo a honestidade na comunicação.

Contudo, como não há garantias de que os métodos alternativos de solução de conflitos resultem efetivamente em acordos, surgem dúvidas acerca da pertinência da participação do magistrado como facilitador da autocomposição. Primeiro, porque irá julgar um processo onde as partes já falaram abertamente sobre o objeto do litígio. Segundo, porque essas informações não podem ser utilizadas sem autorização das partes. Terceiro, porque o magistrado tem a obrigação de se manter imparcial durante todo o processo decisório.

Será possível que o magistrado mantenha o sigilo e permaneça imparcial ao julgar uma demanda judicial em que tenha atuado como conciliador ou mediador e consequentemente obtido das partes acesso privilegiado a informações que posteriormente, com o fracasso do acordo, não vieram a ser levadas para o processo? Em outras palavras, a convicção do magistrado não estará contaminada pelas informações que não estão no processo, mas foram obtidas durante o processo de autocomposição, protegido, aliás, pelo princípio da confidencialidade?

Não se trata de um movimento isento de críticas. No cenário norte-americano, que se converteu em referência dos métodos alternativos de resolução de conflitos, autores como Fiss (2004) afirmam que é discutível que a prática generalizada e ilimitada de estímulo a soluções consensuais seja preferível ao julgamento de um litígio pelo Judiciário, em especial porque nem sempre as partes estão numa relação equilibrada de poder, por exemplo. Trata-se, portanto, do mesmo problema já indicado por Cappelletti e Garth (1988), quando destacam a necessidade de observar a “paridade de armas” das partes em litígio.

Além do mais, no Brasil, diante da série histórica dos relatórios *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), não é possível afirmar que esse modelo tenha logrado, pelo menos ainda, reduzir os estoques processuais, os quais têm se mantido mais ou menos estáveis na série histórica, apesar dos níveis de investimento e de incremento de recursos humanos nos tribunais no mesmo período; o que, aliás, parece indicar como presente na realidade brasileira o diagnóstico apresentado por Nuno Garoupa quanto ao judiciário português, mais precisamente quando aponta para a ineficácia dos movimentos de expansão da estrutura judiciária, os quais, segundo destaca, são reformas que implicam aumento da carga de novos processos (CHAVES, 2020).

Por fim, o pequeno número de processos pacificados por meio de acordos demonstra que os métodos alternativos não têm sido amplamente acolhidos pela sociedade. O percentual de sentenças homologatórias na fase de conhecimento durante no ano de 2018 dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, registe-se, foi apenas 16%, enquanto em Portugal, no mesmo período, é possível verificar que o número de processos findos por julgamento foi aproximadamente 3 vezes maior que o número de processos finalizados por

acordo.

Enfim, sendo estas as principais críticas ao modelo pacificador de solução de conflitos, o presente estudo, com base na revisão bibliográfica e documental, além do método comparado, busca discutir a aplicação dos princípios da confidencialidade e da imparcialidade nos métodos alternativos de conflito, bem como o papel do magistrado, enquanto facilitador de autocomposição.

## 2 I RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS

Buscando a fonte originária de inspiração na utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, encontramos a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, da década de 1950, onde consta que os tribunais devem estar disponíveis, em qualquer momento do processo, para facilitar a resolução amigável do litígio.

No entanto, foi a partir de 1960 que os meios de solução pacífica de litígios surgiram, com os contornos que conhecemos, nos Estados Unidos da América, quando então, reconhecida a ineficiência do sistema judicial, passou-se a promover o conhecimento e a integração de “mecanismos comunitários de justiça” (Alves, 2011, p. 52).

Desse modo, a resolução alternativa de conflitos surgiu com uma dupla função: desafogar a máquina judiciária e diminuir a litigiosidade das partes, ancorada na assertiva de que nenhuma sentença seria capaz de trazer a paz social que um acordo de vontades traz.

Sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 187) sustentam que o Estado Constitucional está comprometido com a paz social, que repele a justiça pelas próprias mãos, sendo a jurisdição, enquanto “uma das possíveis formas de resolução de litígios”, a *ultima ratio*, razão pela qual, inclusive, a legislação processual civil expressamente incentiva os meios alternativos de solução de conflitos (artigo 3º, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil).

Didier (2018, p. 273), por sua vez, destaca não ser a solução negocial apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios, tratando-se, além disso, de um “[...] importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações [...]”, possuindo, assim, um “forte caráter democrático.”

Na Europa, o fenômeno é o mesmo. Nessa linha, explica Liz (2011, p. 17), “foi-se criando e desenvolvendo a ideia de uma ‘justiça de proximidade’, mais rápida, mais eficiente, menos dispendiosa, mais próxima, menos burocrática, enfim, de uma justiça mais justa”, relembrando, ainda, ter sido o Conselho da Europa o primeiro a reconhecer o direito do cidadão a um sistema de jurisdição fácil e pouco dispendioso em causas de pequeno valor, já no ano de 1973.

Especificamente sobre a realidade de Portugal, registra-se uma grande expansão destes métodos não judiciais, merecendo destaque a Constituição (1976), que trouxe em destaque, no seu preâmbulo, a garantia dos direitos fundamentais e a construção de um país mais fraterno, bem como, dentre os princípios fundamentais ali consagrados, a vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Portugal conta com os julgados de paz, criados a partir do advento da Lei n. 78 (2001), bem como com a mediação laboral, instituídos por meio de um Protocolo assinado em 2006 pelo Ministério da Justiça e diversas Confederações e Associações Sindicais. Há, ainda, os chamados sistemas de mediação, merecendo destaque os sistemas de mediação penal, autorizado pela Lei n. 21 (2007), e da expansão para mediação familiar, regulado pelo Ministério da Justiça através do Despacho n. 18778 (2007). De outro lado, diretivas em matéria civil e comercial nesse sentido foram inseridas no sistema jurídico pelo Decreto-Lei n. 29 (2009), assim como a constituição de centros de arbitragem pela da Lei n. 63 (2011) e a consolidação dos princípios da mediação em Portugal, informados pela Lei n. 29 (2013). Por fim, mas não se forma exauriente, tem-se a Lei n. 144 (2015), que transpõe para a ordem interna a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (2013/11/EU) sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelecendo o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo.

Na história recente do Brasil, percebe-se o posicionamento dessas discussões em torno dos métodos alternativos de resolução de conflitos na agenda do sistema de justiça. Inicialmente, registramos a Lei n. 7.244 (1984), que criou o Juizado de Pequenas causas. Em seguida, a Constituição (1988) trouxe no seu preâmbulo o anúncio dos objetivos, dentre eles, a construção de uma sociedade fraterna, com soluções pacíficas para as controvérsias. Depois, surge em substituição à Lei do Juizado de Pequenas Causas a Lei nº 9.099 (1995), que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; em seguida, foi criada a Lei n. 9.307 (1996), também conhecida como a Lei da Arbitragem; e aprovada a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição (1988), passando a dispor serem assegurados a todos o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, bem como o inciso I-A do art. 92, indicando o Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário, cuja finalidade, dentre outras, é “[...] desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social.”

Mais adiante, o próprio CNJ aprovou a Resolução n. 125 (2010), dispondo sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, visando, além de outros objetivos, incentivar e aperfeiçoar os mecanismos consensuais de solução de litígios, com especial destaque para a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – SEJUSCs, bem como a Resolução n. 225 (2016), que instituiu a mediação no âmbito da Justiça Penal, por intermédio da Justiça Restaurativa.

Outros dois passos importantes para a evolução dos métodos alternativos de conflitos

foram a aprovação da Lei n. 13.105 (2015), que dispõe sobre o Código de Processo Civil, em razão do seu viés colaborativo, e da Lei n. 13.140 (2015), a Lei da Mediação, ambos instrumentos importantes para a implementação das políticas públicas voltadas para a solução não contenciosa dos conflitos.

No âmbito judicial do enfrentamento de controvérsias relacionadas ao Direito de Família, por exemplo, surgiu o método consensual denominado “constelação familiar”, aplicado na solução dos conflitos familiares, tendo como amparo a humanização das relações, e como objetivo o rompimento do conflito e dos ciclos viciosos, e que se encontra em sintonia com os objetivos do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa mesma linha, observa-se o crescimento de um fenômeno mundial denominado de *Online Dispute Resolution* (ODR). No Brasil, segundo Freitas (2018), já temos as *lawtechs*, ou seja, startups desenhadas para a finalidade de negociar ou mediar conflitos extrajudicialmente, por meio de plataformas *on line*, sendo as principais as conhecidas pela denominação de Acordo Fechado, Juster, Melhor Acordo, Mediação *On Line*, Sem Processo, AcordoNet e Leegol.

Percebe-se, assim, que a ênfase na resolução não adversarial de conflitos constitui-se ponto em constante desenvolvimento na agenda global dos sistemas de justiça, sendo fenômeno em consolidação, pelo menos quanto ao tratamento regulatório, em países como Brasil e Portugal. Por essa razão, deve-se igualmente apontar essa área como campo de reflexão, diante da possibilidade de descompasso entre os avanços estruturais e o conhecimento que se tem no tocante à forma de se fazer os procedimentos nessas novas arenas de resolução de conflitos, nomeadamente quanto ao papel a ser desempenhado pelos atores legitimados e reconhecidos a ali atuar.

### 3 I PRINCÍPIOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Visando direcionar as atividades autocompositivas, foram estabelecidos certos princípios norteadores do sistema da resolução alternativa de conflitos, para garantia de torná-las, de fato, mais efetivas.

No Brasil, os princípios que regem os métodos autocompositivos de resolução de conflitos podem ser encontrados na Lei dos Juizados Especiais (artigo 2), na Lei da Mediação (artigo 2) e no Código de Processo Civil (artigo 166), sendo eles, os seguintes: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade, imparcialidade, isonomia, autonomia da vontade, consensualidade, confidencialidade e boa-fé.

Já em Portugal, os princípios que regem os métodos alternativos de conflitos podem ser encontrados na Lei dos Julgados de Paz (artigo 2) e na Lei de Mediação (alínea a do Capítulo I), constando delas os seguintes princípios: simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual, voluntariedade, confidencialidade, igualdade, imparcialidade, independência, competência, responsabilidade e executoriedade.

Dois princípios em especial são nevrálgicos para essa discussão e, por isso, merecem maior aprofundamento. São eles os da confidencialidade e imparcialidade.

### 3.1 Confidencialidade

O dever de confidencialidade, conforme já acima rapidamente mencionado, exige dos facilitadores a obrigação de manter o sigilo de tudo que for dito durante as sessões de mediação ou conciliação, protegendo assim a própria eficácia dos métodos de resolução alternativa de conflitos.

Como bem explicado por Neves (2016), esse princípio se justifica como forma de otimizar a participação das partes e com isso aumentarem-se as chances de obtenção da solução consensual, evitando a inibição em fornecer dados ou informações que possam posteriormente lhes prejudicar numa eventual decisão impositiva do conflito ou, ainda sobre questões de sua vida íntima. Desse modo, a confidencialidade deve se estender a todas as informações produzidas no curso das sessões, de forma que não sejam usadas para qualquer finalidade que não a expressamente autorizada pelas partes, impedindo assim que os conciliadores ou mediadores divulguem ou deponham sobre fatos ou elementos oriundos das reuniões que tenham participado, criando assim uma barreira para que funcionem como testemunha no processo cuja conciliação ou mediação tenha restado frustrada.

Assim, finalizadas as sessões, havendo acordo ou não, os participantes do processo de autocomposição ficam atrelados à responsabilidade de manter-se em silêncio no que se refere ao conteúdo das reuniões de conciliação e de mediação. No Brasil, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, inclusive, orienta aos Magistrados que só sejam inseridas nas atas das sessões de conciliação e mediação apenas as informações expressamente autorizadas por todas as partes.

De outro lado, os arts. 30 e 31 da Lei de Mediação Brasileira revelam os limites da confidencialidade e suas exceções, merecendo destaque a disposição que afirma que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação deve ser confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

A Lei de Mediação Portuguesa por sua vez, traz no seu artigo 5º, diretrizes sobre a confidencialidade, dispendo que o procedimento de mediação tem natureza confidencial e que o mediador de conflitos precisa manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, não podendo delas fazer uso em proveito próprio ou de outrem, nem divulgá-las sem o consentimento da parte que as produziu.

Importante sublinhar que o princípio da confidencialidade atinge não só os facilitadores da autocomposição, como também os membros da sua equipe, bem como os

demais atores como as próprias partes e advogados, tendo por objetivo criar um ambiente de confiança, segurança e sinceridade, incentivando a participação das partes conflituosas em métodos consensuais de solução de conflitos e a ampla liberdade de se conversar acerca do objeto do conflito (Costa, 2014).

Percebe-se, assim, a importância que a confidencialidade assume no panorama dos modelos não adversariais de resolução de conflitos, na medida em que se constitui como elemento construtor de um ambiente que, pelo menos em tese, protege os contendores das consequências de eventuais comentários ou afirmações realizadas nas sessões de mediação ou conciliação, na hipótese de uma posterior judicialização do conflito.

### **3.2 Imparcialidade**

A imparcialidade é uma característica que não se encontra na atuação jurisdicional, mas no agir do julgador. Diz respeito à ausência de qualquer interesse pessoal ou envolvimento emocional do julgador com o feito, uma virtude passiva da jurisdição. É a “isenção do julgador em relação à matéria e às partes envolvidas no litígio” (Reichelt, 2014, p. 105-122).

No Brasil, apesar de a Constituição da República Federativa não trazer em seu corpo qualquer disposição expressa acerca do direito a julgamentos imparciais, há dispositivos destinados à sua proteção, como o artigo 95. Marinoni *et al.* (2016, p. 190) agregam que:

Uma das mais importantes garantias constitucionais do cidadão frente à jurisdição é aquela que lhe confere um juiz natural – ou pré-definido pela Constituição e pela lei –, o qual, por sua vez, também possui garantias (art. 95, I, II e III, da CF) e impedimentos (art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V) que objetivam a sua independência e imparcialidade. Isso significa que o cidadão não apenas tem a garantia de um juiz legalmente pré-definido, como ainda garantias para ter um juiz independente (art. 95, incisos I, II e III, CF) e imparcial (art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V).

Afora isso, o Brasil também é signatário de três tratados internacionais que dispõem ser direito de toda pessoa ser ouvido por um tribunal imparcial, sendo eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10º, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conforme disposto no seu artigo 14, e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no seu artigo 8º.

O próprio CNJ, criado por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tem, dentre suas atribuições, o dever de assegurar a garantia ao direito do cidadão a um juiz imparcial, na condição de órgão de controle das atividades judicantes, mas também de defesa do estatuto da magistratura.

Também se destaca o comando contido no artigo 1º do Código de Ética da Magistratura Brasileira, onde consta que o exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos do Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação,

da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro. De igual forma, o artigo 8º do Código traz o conceito de magistrado imparcial, sendo aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Por fim, seu artigo 9º afirma ser inarredável a igualdade de tratamento às partes.

Em Portugal, o termo imparcialidade aparece no artigo 113 da Constituição da República Portuguesa, na parte que trata dos princípios gerais do Direito Eleitoral; mais a frente, no artigo 222, que informa as garantias da magistratura; e, finalmente, no artigo 266, que estabelece os princípios da administração pública. Ademais, a imparcialidade encontra-se inserida no artigo 7º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei nº 21, 1985), que rege o exercício da judicatura em Portugal.

Por fim, tanto o Código de Processo Civil Brasileiro (artigos 144 a 148), quanto Português (artigos 115 a 129), trazem um capítulo inteiro sobre as garantias da imparcialidade, elencando as regras para casos de impedimento e suspeição.

Nesse cenário, cabe ao magistrado, por estar investido no Poder de Jurisdição, tratar as partes com isonomia, oferecendo-lhes as mesmas oportunidades processuais para exercerem seus direitos de ação e/ou defesa a fim de contribuírem para a construção da dialética e a formação do seu convencimento. Sem a garantia da imparcialidade, alguns importantes valores estarão ameaçados, dentre eles, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

## **4 | A PROBLEMÁTICA DO RESPEITO À CONFIDENCIALIDADE E À IMPARCIALIDADE PELO MAGISTRADO QUE JULGA A CAUSA ONDE ATUOU PREVIAMENTE COMO TERCEIRO FACILITADOR**

Tanto no Brasil, como em Portugal não há óbice para o exercício da mediação ou conciliação pelo magistrado. O atual Código de Processo Civil Brasileiro, apesar de prever os Centros Judiciais de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs) como responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (artigo 165), estabelece, por outro lado, caber ao magistrado estimular a conciliação das partes sempre que possível (§ 3º do artigo 3º), inclusive antes de iniciar a audiência de instrução (artigo 359). Em Portugal, por sua vez, o Código de Processo Civil dispõe caber ao magistrado presidir as audiências de conciliação, devendo agir ativamente para uma solução do litígio (artigo 594).

Nesse modelo, garantir o respeito aos princípios da confidencialidade e da imparcialidade em situações assim, sem perder de vista as obrigações inerentes à

jurisdição, é um grande desafio.

É certo, e já dissemos isto aqui, que as partes envolvidas no conflito precisam de liberdade no processo de diálogo para construírem, juntas, uma solução para o problema enfrentado por ambas. E não é só. As partes também precisam ter a tranquilidade de falar o que lhes vier à mente, sem o medo de, uma vez infrutífera a tentativa negocial, virem a ser julgados pelo que disseram durante as sessões de autocomposição.

A liberdade torna o diálogo mais honesto, principalmente quando as partes estão envolvidas na busca de um final mais rápido e eficaz do que aquele que viria a ocorrer se julgado por um magistrado fosse. Dentro de um processo judicial, cabe lembrar, a relação é diferente, de litígio, razão pela qual o cenário é de confrontamento e não de cooperação, e onde as partes se mostram mais retraídas, dizendo menos do que poderiam, afinal, estrategicamente, a confissão é tudo que elas menos desejam.

Todavia, ser um facilitador induz o magistrado a enfrentar o dilema de conhecer de fatos a partir do que for eventualmente dito pelas partes durante uma sessão de conciliação ou mediação e manter-se fiel aos princípios da confidencialidade e da imparcialidade ao julgar a causa sem ferir sua principal função de distribuir justiça, no exercício da jurisdição, respeitando o compromisso de proteger os direitos subjetivos privados. É plausível reconhecer que essa clivagem não pertence – pelo menos ainda – às habilidades humanamente disponíveis ao magistrado.

Por esta razão é que, apesar de haver uma grande participação dos magistrados na condição de facilitadores dos métodos alternativos de resolução de litígios, muito se questionou acerca da sua pertinência. Nesse sentido, merecem destaque as posições de Punzi (1992 como citado em Alves, 2004, p. 968), Grinover (1985 como citado em Alves, 2004, p. 969) e Tartuce (2013 como citado em Oliveira, 2018, p. 18).

No entanto, independentemente da sua pertinência ou não, a participação ativa dos magistrados como facilitadores no Brasil e em Portugal é exigência legal e, portanto, uma realidade inafastável; e no Brasil, apesar dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, cujo modelo organizacional afasta a participação direta dos magistrados, vê-se tratar-se de um projeto ainda embrionário, quando comparamos o número de centros já instalados, com o número de unidades judiciais espalhadas pelo País.

Repensar esse modelo, que aliás, como já destacado acima, não demonstra estar contribuindo para a consecução dos seus principais objetivos, quais sejam, diminuição da litigiosidade e, consequentemente, das demandas judiciais, é uma questão que precisa ser colocada na agenda de discussões sobre a distribuição da justiça no Brasil.

## 5 | CONCLUSÃO

Movido pela curiosidade de compreender a condição de participação do magistrado na condição de facilitador da autocomposição dos conflitos, para o exercício da jurisdição,

o presente estudo examinou a origem do meios de resolução alternativa de conflitos, sua importância e principais características para, em seguida, estabelecer um contraste entre mecanismos de fomento à autocomposição no Brasil e em Portugal, onde se observou, precisamente sobre Portugal, um movimento expansionista desse modelo, destacando os julgados de paz, os sistemas de mediação penal e familiar, as diretivas em matéria civil e comercial, a constituição de centros de arbitragem, a consolidação dos princípios da mediação em Portugal e, por fim, a criação da mediação laboral.

No que se refere à evolução do fenômeno no Brasil, a tendência também se verificou, como a criação da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, precursora da Lei dos Juizados Especiais Estaduais, Federais e, mais tarde, da Fazenda Pública; a Lei da Arbitragem; a inserção do direito à razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileiro; a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, cuja finalidade, dentre outras, é planejar políticas públicas, modernizar o Poder Judiciário e ampliar o acesso à justiça; o surgimento da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, a criação dos Centros Judiciais de Solução Consensual de Conflitos; o viés colaborativo do novo Código de Processo Civil; e a Lei da Mediação.

A abordagem acerca dos princípios norteadores dos meios alternativos de resolução de conflitos, e, mais profundamente, sobre os princípios da confidencialidade e a imparcialidade, permitiu uma reflexão crítica sobre a atuação do magistrado no exercício do papel de facilitador das autocomposições e a possível desobediência ao preceito da confidencialidade e perda de imparcialidade, buscando avaliar as realidades e possíveis diferenças entre Brasil e Portugal.

Enfim, apesar de não haver muitos estudos a respeito do assunto, certo é que o dilema existe, sendo um desafio merecedor de um sério enfrentamento. O exercício da jurisdição exige do magistrado o respeito à Constituição e às leis. Mas não é só. Respeitar os princípios previstos nesta mesma Constituição e legislação infraconstitucional é uma obrigação de ofício. Por isso, tomar conhecimento de fatos que não poderão mais tarde ser julgados é um grande contrassenso que precisa ser enfrentado.

Assim, considerando que os métodos alternativos de conflitos, como se viu, não são exatamente modelo de uma ferramenta alternativa à jurisdição, porque não impede o ajuizamento de novas demandas, tratando-se, ao contrário, de modelos jurisdicionais de conflitos, dissonantes, portanto, dos pressupostos nos quais se apoiam as propostas de construção de meios alternativos de resolução de conflitos, e não estão contribuído para a diminuição da litigiosidade, sendo, por fim, um mecanismo que confronta a atividade judicante ao exigir do magistrado uma dupla função, de facilitador e julgador, criando dilemas que não podem ser desconsiderados, necessário se torna o enfrentamento do seu real significado, já que atualmente podem estar alicerçados em premissas frágeis.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, H. A Resolução Alternativa de Litígios em Portugal: retrospectiva histórico-política. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, v. 4. n. 22, p. 49-64, 2011.

ALVES, R. F. O juiz e a atividade conciliatória. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 949-977, 2004. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67652>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em <https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>. Acesso: em 05 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/09/1995&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=80>.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=24/09/1996&jornal=1&pagina=4&totalArquivos=168>.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=17/03/2015>.

BRASIL. **Lei nº 13.140/, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre mediação. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/06/2015&jornal=1&pagina=4&totalArquivos=148>.

BRASIL. **RESOLUÇÃO (CNJ) nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>.

BRASIL. **RESOLUÇÃO (CNJ) nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris editores, 1988, p. 1-59.

CHAVES, L. A. Eficácia dos direitos trabalhistas e litigiosidade na justiça do trabalho: reflexões e propostas de intervenção. In: CLAUS, Ben-Hur Siveira; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli, (coord.). **Execução trabalhista: o desafio da efetividade**. São Paulo: Editora Ltr. cap. 1, p. 21-47. 2015.

CHAVES, L. A. Quanto custa a justiça? Uma análise econômica da litigiosidade no poder judiciário brasileiro. **Revista do Conselho Nacional de Justiça**, v. 4, n. 1, p. 132-144, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/57>. Acesso: em 05 mar. 2021

CHAVES, L. A. **O arquipélago da Justiça: o modelo do governo judicial no Brasil e o controle do estatuto da magistratura.** 2019. 550 p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

COSTA, A. F. C. da. **O princípio da confidencialidade na mediação em matéria civil e comercial: caso português.** 2014. 85 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais) - Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014. Recuperado de [https://run.unl.pt/bitstream/10362/16929/1/Costa\\_2014.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/16929/1/Costa_2014.pdf).

CNJ - Conselho Nacional de Justiça (2019). Justiça em Números. **Relatório justiça em Números 2020 (ano-base 2019).** Brasília: CNJ, 2020. 267 p. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judicarias/justica-em-numeros/>. Acesso: em 05 mar. 2021.

DIDIER, F. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. 895 p.

ECHR – European Court of Human Rights. **European Convention on Human Rights.** Roma: ECHR, 1950. 34 p. Disponível em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=1>. Acesso: em 05 mar. 2021.

FISS, O. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** In: SALLES, Carlos Alberto. Tradução: Daniel P. G. da Silva; Melinda de M. Rós. [s.l.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 121-145.

FREITAS, T. 7 startups do mundo jurídico que promovem resolução de conflitos on line. **StarSe**, mai. 2018. Disponível em <https://www.startse.com/noticia/startups/lawtech/7-lawtechs-que-estao-promovendo-acordo-e-mediacao-de-conflito-online>. Acesso em 05 mar. 2021.

INE - INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Portugal**, 2019. Disponível em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_main](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_main).

LIZ, J. P. (2011). **A Resolução Alternativa de Litígios no Direito da União Europeia. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** Curitiba: Ed. BoniJuris, 4 (22), 15-48.

MARINONI, L. G., ARENHART, S. C. & MITIDIERO, D. (2016). **Novo curso de Processo Civil: teoria do Processo Civil 1** (2<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NEVES, D. A. A. (2016). **Manual de Direito Processual Civil** (8<sup>a</sup> ed.). Salvador: Editora JusPODIVM.

OLIVEIRA, J. P. F. (2018). **A atuação do magistrado nas audiências de mediação e de conciliação e o princípio da confidencialidade.** 2018. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória. Disponível em <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/363/1/Julia%20Pascoal%20Ferraz%20de%20Oliveira.pdf>.

PORDATA. **Base de Dados Portugal Contemporâneo**, 2019. Disponível em <https://www.pordata.pt/DB/Portugal/Ambiente+de+Consulta/Tabela>

PORTRUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição Federal Portuguesa. Lisboa: Diário da República. Disponível em <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso: em 06 mar. 2021.

**PORUGAL. Despacho nº 18.778, de 22 de agosto de 2007.** Gabinete do Secretário de Estado da Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Regula a atividade do sistema de mediação familiar. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/3046940/details/normal?q=18778%2F2007>. Acesso: Em 05 mar. 2021.

**PORUGAL. Lei nº 21, de 30 de julho de 1985.** Institui o Estatuto dos Magistrados Judiciais. Disponível em [https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34488375/view?p\\_p\\_state=maximized](https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34488375/view?p_p_state=maximized)

**PORUGAL. Lei nº 78, de 13 de julho de 2001.** Dispõe sobre Julgados de Paz - Organização, competência e funcionamento. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/388220/details/normal>.

**PORUGAL. Lei nº 21, de 12 de julho de 2007.** Cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/639130/details/maximized>.

**PORUGAL. Lei nº 29, de 29 de junho de 2009.** Aprova o Regime Jurídico do Processo de Inventário e altera o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código do Registo Predial e o Código do Registo Civil, no cumprimento das medidas de descongestionamento dos tribunais previstas na Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007, de 6 de Novembro, o Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas, procede à transposição da Directiva n.º 2008/52/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de Março, e altera o Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/491936/details/maximized>.

**PORUGAL. Lei nº 63, de 14 de dezembro de 2011.** Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized>.

**PORUGAL. Lei nº 29, de 19 de abril de 2013.** Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/260394>.

**PORUGAL. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=c%C3%B3digo+de+processo+civil>.

REICHELT, L. A. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. **Revista dos Tribunais OnLine (Revista de Processo)**, v. 227, p. 105-122, 2014. Disponível em [https://www.academia.edu/37460179/O\\_DIREITO\\_FUNDAMENTAL\\_DAS\\_PARTES\\_%C3%80\\_IMPARCIALIDADE\\_DO\\_JUIZ\\_NO\\_DIREITO\\_PROCESSUAL\\_CIVIL?auto=download](https://www.academia.edu/37460179/O_DIREITO_FUNDAMENTAL_DAS_PARTES_%C3%80_IMPARCIALIDADE_DO_JUIZ_NO_DIREITO_PROCESSUAL_CIVIL?auto=download)

**UNIÃO EUROPEIA. Lei nº 144, de 08 de setembro de 2015.** Transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis n. 146/99, de 04 de maio, e 60/2011, de 6 de maio. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/70215248/details/maximized>. Acesso em: 7 mar. 2021.

# CAPÍTULO 20

## DECISÃO JUDICIAL: SEUS REQUISITOS E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA

Data de aceite: 01/06/2021

**Carolina Costa**

Instituto Federal do Paraná (IFPR)  
Campus Palmas  
Graduanda em Direito

**RESUMO:** Primeiramente aborda-se as definições e conceitos da Decisão Judicial, sua função, os princípios que a norteiam e como deve ser estruturada de acordo com as normas vigentes. A Decisão Judicial possui grande relevância jurídica pois é a efetivação dos direitos das partes, por meio deste ato praticado pelo magistrado. A construção de seu corpo é sistêmica e visa a clareza do que foi decidido, pois trata-se de decisão que possui força no mundo jurídico, dessa maneira as exigências contidas neste conjunto decisional, por assim dizer, devem ser precisas. A interpretação deve ser realizada de forma primorosa a fim de extrair das fontes do direito o embasamento técnico e teórico. Além desta, o ato jurisdicional carece de argumentação adequada, e de fundamentação para unir os pontos aduzidos, trazendo a justificação do uso de determinadas matérias e normas no teor da decisão. A força jurídica dessa decisão possui efeito *erga omnes*, enfatizando a publicidade nela existente. Além disso coloca em voga, os princípios, e aparatos legais que a norteiam e outros essenciais para que a decisão seja efetiva e válida no mundo jurídico. Outrossim esses entendimentos que o juiz precisa prestar

em sua decisão nada mais são que a ação do Estado em sua função jurisdicional, protegendo direitos ou consolidando-os a fim de regular a sociedade e os conflitos nela existentes. E ainda se vislumbra a importância adicionada a ideia de que a decisão concebe novas formas de ver o Direito de maneira prática, por uma perspectiva normativa diferente da observada no corpo normativo. Espera-se que cada vez mais o Direito sirva de norte para a sociedade resolvendo as divergências e econômicas e sociais da melhor maneira. É sabido que há muito tempo o Direito tem corrido atrás da sociedade regulamentando novos direitos e deveres, posteriormente. E a construção racional de uma decisão irá transpor essas barreiras que impedem o aperfeiçoamento jurídico dos Órgãos Jurisdicionais.

**PALAVRAS - CHAVE:** Decisão Judicial. Interpretação. Argumentação. Fundamentação. Estado.

**JUDICIAL DECISION: YOUR REQUIREMENTS AND THEIR LEGAL RELEVANCE**

**ABSTRACT:** Firstly, the definitions and concepts of the judicial decision, its function, the principles that guide it and how it should be structured in accordance with the prevailing rules are addressed. The Judicial Decision has great legal relevance because it is the enforcement of the rights of the parties, through this act practiced by the magistrate. The construction of his body is systemic and aims at clarity of what has been decided, since it is a decision that has strength in the legal world, so the requirements contained in this decision set, as it were, must be precise.

Interpretation must be performed exquisitely in order to draw from the sources of law the technical and theoretical basis. In addition, the judicial act lacks adequate reasoning and reasoning to unite the points raised, justifying the use of certain matters and rules in the content of the decision. The legal force of this decision has an erga omnes effect, emphasizing the publicity therein. It also puts into practice the principles and legal apparatus that guide it and other essentials for the decision to be effective and valid in the legal world. Moreover, these understandings that the judge must give in his decision are nothing more than the action of the State in its jurisdictional function, protecting rights or consolidating them in order to regulate society and the conflicts that exist in it. And we can see the added importance of the idea that the decision conceives new ways of seeing the Law in a practical way, from a normative perspective different from that observed in the normative body. Increasingly, the law is expected to serve as a guide for society in resolving economic and social divergences in the best way. It is well known that law has long been chasing society regulating new rights and duties afterwards. And the rational construction of a decision will overcome these barriers that hinder the legal improvement of our forums and courts.

**KEYWORDS:** Judicial decision. Interpretation. Argumentation. Rationale. State.

## 1 | INTRODUÇÃO

A argumentação jurídica possui um papel importante no direito que (norteado por relações de conflito) viabiliza a solução de conflitos. Desse modo faz se necessário que o jurista se utilize dos métodos de interpretação existentes para se chegar a um resultado de forma efetiva.

Objetiva-se com este trabalho transpor a ideia una que a Decisão Judicial aparentemente possui, ou seja, evidenciar as funções atípicas dela, como a atuação estatal de prestação jurisdicional, a criação de novas interpretações legais, solução de litígios, e salvaguarda de direitos.

A citação dos princípios para que seja observado como o legislador se preocupou em solidificar este ato processual para que então possa ter força jurídica necessária. Também demonstra que a ação do magistrado de decidir deve ser justificada, e feita com clareza, visando a facilitação do entendimento, pelas partes.

Todas as informações foram inseridas baseadas em referenciais teóricos e bibliográficos, chegando se a conclusão de que, as decisões judiciais, criar entendimentos e qualificam a norma abstrata construída pelo legislador e passa a dar vida ao que anteriormente poderia ser chamado de “letra fria” da lei.

Este escrito fará o leitor compreender algumas funções do Poder Judiciário, atrelando-as a função Estatal.

Por fim demonstrará todos os conteúdos que uma decisão precisa ter para se enquadrar dentro dos padrões legais atribuídos pela Constituição Federal, Novo Código de Processo Civil, e a Doutrina Majoritária.

## **2 | A DECISÃO JUDICIAL**

A prima facie incumbe registrar a legalidade atribuída ao ato jurisdicional conhecido como Decisão Judicial. Ela é a sentença final proferida pelo juízo que dá cabo ao processo, na instância a quo, possuindo força jurídica de coisa julgada.

Essa decisão informa o mundo jurídico, que aquele caso especificamente, já possui uma decisão e que as partes já foram amparadas pelo Estado por meio da atuação jurisdicional.

Nesse diapasão, a atuação dos juízes é realizada por meio da jurisdição conferida a cada magistrado conforme sua competência ou ainda por força de lei ou pela Carta Magna. (MARTINS, 2004, p.131)

Junto com a jurisdição, a função de tutelador de direitos também é atribuída, visando a defesa, o ampardo e a vigilância, concomitante ao dever de refrear lesões e ameaças a estes direitos. (MARTINS, 2004, p.131)

Todos as atribuições dadas ao juiz estão norteadas por princípios Constitucionais, reguladores da atuação jurisdicional. É necessário, portanto em todos os casos a observância destes, e Nelson Juliano afirma:

No exercício de seus poderes jurisdicionais o juiz concretiza o princípio da indeclinabilidade da jurisdição através da integração, da interpretação e da aplicação da lei e se utiliza do princípio da razoabilidade e da equidade para a produção de decisão justa, sem negligenciar o critério da discricionariedade para a descoberta do Direito no caso concreto. (MARTINS, 2004, p.131)

Nesse sentido “A decisão jurídica é aquela capaz de lhes por fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação” (FERRAZ JR.,2003, p.314) quer dizer que a decisão refere-se ao ato final praticado pelo juiz, ela porá fim ao rito que foi iniciado na primeira instância que via de regra não tramitará mais nesta.

Também, cumpre ao juiz, ao interpretar a norma do direito material, dar a ela a resolução mais justa, cumprindo a proposta trazida pelo legislador no corpo legal. (MARTINS, 2004, p.138)

### **2.1 Os Princípios da Decisão Judicial**

O Estado exerce tutela jurisdicional a qual refere-se a assistência, ampardo, defesa e vigilância, assim a sociedade é protegida de lesões e ameaças aos direitos a ela inerentes, essa função cabe aos órgãos jurisdicionais.

O acesso à justiça pressupõe uma ordem “jurídica justa” como trata Nelson Juliano Schaefer Martins, afirmando que é preciso ter uma boa organização judiciária, juízes que se aperfeiçoam constantemente, juízes que saibam quais são os valores sociais, que conhecem os problemas sociais e por fim que acompanham as mutações sociais do mundo contemporâneo.

O Estado confere ao juiz grande poder, porque lhe é atribuído grandes responsabilidades. Cabe a ele assistir toda a sociedade, com suas diferenças, desigualdades e contradições. Possui encargo de ser razoável naquilo que faz buscando o equilíbrio. Mas precisa estar assistido das bases do direito, partindo dessa acepção faz jus:

Os princípios gerais do Direito correspondem aos princípios universais de Direito, ao espírito geral das leis, às normas gerais de universal e constante aplicação "em correspondência com as condições dos fatos constantes e universais. (MARTINS, 2004, p.135)

O processo visa a construção de normas jurídicas ou o complexo dessas para a incorporação e a implementação a norma positivada.

Para se ter uma compreensão adequada do processo é necessário, em primazia, ter conhecimento das normas fundamentais que o regem. Aqui o advento do princípio da legalidade, princípio este que atribui ao juiz a obrigação de reconhecer a norma escrita, ou seja, a Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as convenções, os tratados internacionais e as medidas provisórias.

Como preleciona Freddie Didier Jr. uma parte dessas normas fundamentais, decorre diretamente da Carta Magna, e outra parcela advém das normas infraconstitucionais como as do Código de Processo Civil e este por sua vez reafirma em seu corpo inúmeros princípios constitucionais para a segurança jurídica.

Outro princípio norteador trata-se da indeclinabilidade da jurisdição, Nelson Juliano Schaefer Martins afirma:

O princípio da indeclinabilidade da jurisdição preconizado pelo dispositivo processual é a emanação de dispositivo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e refere-se o ônus-poder que o juiz detém de sentenciar, decidir, e despachar, não se podendo eximir destas tarefas sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. (MARTINS, 2004, pg. 133).

O Estado tem o dever de prestar a jurisdição a sociedade não podendo se eximir de decidir. Qualquer um que vier a açãoar o órgão jurisdicional precisa de uma solução para a sua pretensão.

Conforme Código de Processo Civil em seu artigo 140 (Brasil, 2015) o juiz não se eximirá de decidir, alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Para isso ele deverá aplicar a analogia ou os costumes. A analogia é aplicação de normas jurídicas aplicadas a casos semelhantes, ou seja, não possui norma jurídica específica para o caso, mas o magistrado deve aplicar algo naquele caso por isso, aplica-se norma semelhante para que as partes tenham uma solução legal para o caso concreto. Sobre os costumes aduz Nelson Juliano Schaefer Martins:

o costume foi considerado fonte do Direito em todas as fases da história de Roma e possuía as seguintes características: i) correspondia à repetição de atos ante a crença de sua necessidade jurídica; ii) possuía eficácia semelhante

a de lei eis que tanto quanto as leis produzidas pelo povo o costume era a revelação da vontade popular pela sua prática reiterada. (MARTINS, 2004, pg. 134).

Os costumes também possuem grande valor para o ordenamento normativo brasileiro, pois constitui fonte capaz de colmatar as lacunas nele existente.

Ainda temos os princípios do devido processo legal, a vedação a prova ilícita, são norteadores do processo e serão analisados posteriormente.

A Decisão Judicial é consequência, o produto do processo de maneira formal ela é o título do resultado esperado pelas partes, nela estarão contidos a resolução do litígio, como forma de resposta para os litigantes, seja em primeira, segunda ou terceira instância.

Como dito anteriormente a Decisão Judicial é resposta dada pelo juiz às partes. Ela é a resposta institucional que ocorre por meio da ação do magistrado. Nesse sentido afirma Nelson Juliano Schaefer Martins:

Os poderes jurisdicionais (poderes-fim) correspondem a constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas entre as partes e seus herdeiros e também à condenação, à declaração de relações jurídicas e à execução dos direitos enfim, à declaração ou realização coativa do direito do caso concreto.” (MARTINS, 2004, p.134)

O juiz possui liberdade para atuar desde que sejam observados os princípios. Não é permitida atuação do juiz sem provocação, salvo os casos previstos em lei. O fato de ter que ser chamado ao processo, atende a observância da vedação legal que impede o magistrado de agir de ofício trata-se da isonomia conforme art. 139, inc. I, NCPC, que faz alusão ao princípio da igualdade emanado no caput do art. 5º da Constituição Federal. Além do que, terá o órgão julgador que ser provocado no processo para então praticar atos a ele concernentes, atos esses necessários à tramitação do feito.

Outrossim a imparcialidade do magistrado deve estar sempre presente. O Novo Código de Processo Civil veda a atuação em processos que tenha ascendentes ou descendentes ou que sejam amigos íntimos, são os casos de impedimento e suspeição, nestas hipóteses ficará o magistrado defeso.

Por fim as decisões dos juízes devem se pautar ainda na razoabilidade, para que a produção das decisões se dê de forma justa. O juiz deve aplicar as normas de forma razoável ao processo, sabendo qual norma corresponde ao caso, qual precedente normativo pode ser aplicado para resolução do litígio. Os princípios devem ser sempre vislumbrados, sejam eles, constitucionais ou emanados de leis ordinárias.

## 2.2 Argumentação e Interpretação na Decisão Judicial

Cabe de antemão, vislumbrar algumas nuances quanto a atuação do juiz no processo, qual sua função, bem como os princípios a serem seguidos pelo magistrado a fim de encontrar uma solução jurídica adequada para o processo, de modo que seja esta justa e equânime.

Dessa forma pode-se estruturar um meio de argumentação mais seguro, capaz de transpor uma real ideia do que seja a melhor forma de atuação jurisdicional:

Cabe ao juiz proporcionar aos litigantes um processo justo, mediante a adequada aplicação das regras de Direito material. No exercício dos seus poderes jurisdicionais, de direção e de desenvolvimento do processo, incumbe ao juiz exercer poder coercitivo para a prevenção e repressão dos atos contrários à dignidade da justiça. (MARTINS, 2004, pg. 169)

O juiz precisa encontrar a melhor solução ao conflito, com base naquilo que as partes lhe apresentaram: “Eis que nem o poder do juiz está subordinado à vontade dos interessados, e nem o processo civil se limita a regular os conflitos privados, mas se expande para a solução dos litígios que envolvam interesses públicos e coletivos.” (MARTINS, 2004, pg. 175). É importante destacar que o Estado, por meio do órgão jurisdicional não pode ser utilizado como meio de vingança, como bem pontua o autor ao dizer “regular conflitos”, mas solucionar os litígios de acordo com a lei, de maneira a assegurar direitos.

A vontade do juiz está adstrita às normas que o regem, a Constituição que lhe assiste. Mas também possui certa discricionariedade para atuar:

Lacerda enaltece o papel criador do juiz ao proferir sentenças com julgamento de mérito, pois dispõe de liberdade de pronunciar o Direito segundo as circunstâncias do caso não no sentido de produzir decisões *contra legem*, mas de empregar métodos nobres e inteligentes de hermenêutica como o teleológico e o sistemático. (MARTINS, 2004, pg. 176)

Contempla-se neste ponto, importância de uma boa interpretação e o combate de decisões que se prestem a atender meras reproduções normativas. Observa-se que ao agir dessa forma a decisão desrespeita o sujeito a que ela está sendo destinada. As normas são abstratas, porém aplicadas no mundo real, a casos concretos de grande relevância, nesse sentido cabe a citação:

O processo não está vinculado a valores abstratos e nem autoriza a prática de injustiças por conta dos formalismos. O processo é instrumento a serviço da justiça humana e concreta e não simplesmente meio de preservação dos ritos e das formas.” (MARTINS, 2004, pg.177).

Aplicação pura da lei não leva a uma construção adequada de uma decisão justa à demanda. Por isso o processo hermenêutico do magistrado, extraí da abstração normativa a essência necessária ao embasamento legítimo às suas fundamentações.

Nessa toada afirma Miguel Reale “Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de seu *papel ou função no contexto do diploma legislativo*.” (REALE, 2002, p.290-291)

Uma lei aplicada sozinha é insuficiente para atender as nuances existentes nos muitos processos que adentram o judiciário cotidianamente. A respeito disso pontua Miguel Reale (REALE, 2002):

O ato de julgar não obedece a meras exigências lógico-formais, implicando sempre aplicações valorativas (axiológicas) dos fatos, e, não raro, um processo de interpretação da lei, aplicável ao caso, graças a um trabalho que é antes de "dedução amplificadora". Muitas para julgar a ação o juiz é levado, pela força geral e unitária do ordenamento jurídico, a combinar preceitos legais distintos, chegando a consequências normativas que não se continham à primeira vista, nas proporções criadoramente aproximadas. (REALE, 2002, p.85)

Similarmente, é sabido que a exigência de interpretação faria com que magistrados dedicassem mais tempo a cada um de seus processos para então proferir suas decisões finais, pois a exigência interpretativa, se realmente levada ao pé da letra, resultaria em excelentes teses, por consequência se faz necessário constar o que diz Miguel Reale sobre a argumentação:

Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica de argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciéncia do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita a fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se em suma o valor da retórica, confundida errônea e impiedosamente com o verbalismo dos discursos vazios. (REALE, 2002, p.88-89)

A forma adequada de se argumentar racionalmente, vista por dois aspectos elencados por José Rodrigo:

[...] Qualquer argumentação judicial racional terá sempre um aspecto instrumental – deve ser bem-sucedida em convencer seu interlocutor – e um aspecto não instrumental – qual seja, a pretensão de demonstrar que ela é a melhor solução para o caso à luz do direito posto. (RODRIGUES, 2017, p. 72)

No mesmo sentido do que fora dito por José Rodrigo também a citação de Miguel Reale (Reale, 2002):

O certo é que se vai enriquecendo mais a bibliografia sobre a técnica de usar da palavra e do discurso, não apenas para transmitir ou comunicar algo, mas também para convencer o interlocutor, conquistando-lhe a adesão. (REALE, 200, p.89)

A função do juiz não está adstrita a do legislador em apenas elaborar enunciados e trabalhar para que estes sejam cumpridos, ele é um intérprete, sua missão deve estar calcada em aplicar os enunciados abstratos ao caso concreto. Não é algo tão simples, porque cada quadro possui suas peculiaridades, não é certo apenas dizer o que a lei diz.

## 2.3 Fundamentação na Decisão Judicial

Além disso é dever do Estado Democrático de Direito atender as demandas que a sociedade apresenta e a Constituição Federal é a porta voz, estipulando de forma adequada o que precisa ser observado para se chegar ao melhor resultado.

A Constituição federal (Brasil, 1988) dispõe em seu artigo 93, inc. IX, sobre a Decisão

Judicial e trata que esta deverá ser sempre fundamentada, podendo ser considerada nula.

A obrigatoriedade da fundamentação da decisão, leva o processo para um resultado mais justo, onde o magistrado deve decidir demonstrando os elementos de sua convicção. O texto constitucional coloca essa exigência vedando despotismos, dessa maneira o juiz fica sempre adstrito ao seu cumprimento sob pena de nulidade, além da omissão ser considerada um vício grave à decisão.

Por omissão entende-se lacuna:

O conceito de lacuna entrelaça-se com o conceito de Direito legislado e positivo, de maneira que a referência a “lacuna da lei” conduz a ideia de situação da qual não se consegue retirar, através da interpretação, qualquer resposta para uma questão jurídica determinada. (MARTINS, 2004, p.136)

Como forma de orientação aos magistrados as decisões precisar conter além do que está exposto na norma constitucional a exigência contida no Novo Código de Processo Civil (NCPC) *disciplina in verbis*:

489, § 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Lei 13.105,16 de março de 2015)

Observa-se que a Constituição estabeleceu o requisito de fundamentação, no entanto não continha detalhes expressos do que precisaria conter uma decisão para que pudesse ser considerada fundamentada. Por isso o NCPC contém a reafirmação do requisito, e traz em seu bojo os incisos que expressam o rol necessário.

Assim a mera citação do corpo legal não é considerada suficiente, ela é rasa e a

letra de lei pura não atende por excelência os casos concretos ela precisa ser interpretada e quando o magistrado faz uso desta, deve expor o motivo que levou a citar a norma, e como ela se encaixa no caso em que está decidindo. Hart neste enredo coloca:

Parte-se do princípio de que a regra pretende determinar completamente o resultado jurídico em casos concretos, de forma que qualquer questão jurídica, suscitada em qualquer caso pudesse, simplesmente ser resolvida através do mero apelo aos critérios ou testes fornecidos pela regra. Mas isto constitui um equívoco: a função da regra é determinar apenas as questões gerais que as decisões jurídicas correctas devem satisfazer nos modernos sistemas de direito. (HART,2001, p.320)

Outra razão pela qual a constituinte menciona a fundamentação é a segurança jurídica, que quer dizer a previsibilidade, certeza, ou a ideia de que nada num processo será feito em desconformidade com que existe de princípios, regras, normas, leis e costumes.

Doravante os instrumentos de defesa em face de uma decisão que não atende aos requisitos legais – ou ainda uma decisão em que uma ou ambas as partes do processo não estejam satisfeitas - são os recursos, Fred Didier traz a definição de recurso:

Numa acepção mais técnica e restrita, recurso é o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração. (DIDIER,2016, pg.88).

Ou seja, é o mecanismo processual legítimo para modificar a decisão proferida pelo juízo *a quo* - ou se for o caso de acordo proferido por instância superior que é considerado, um tipo de Decisão Judicial.

Os recursos que disponíveis no NCPC (Brasil, 2015) no artigo 994, são, apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário. Existem muitos outros nas outras esferas do direito, mas somente estes serão usados neste exemplo.

Os recursos além de impugnar as decisões possuem a função de efetivar o princípio do duplo grau de jurisdição, em que a parte passa a ter acesso a instância superior para que estas então atendam a sua demanda, e tenham a possibilidade de ter a decisão do juiz de primeira instância, ser alterada.

As instâncias superiores por sua vez, ao julgar tais recursos irá extrair, Súmulas, Jurisprudências e outros entendimentos jurídicos dos tribunais. Esses entendimentos são norteadores de casos subsequentes.

Contudo nem sempre a decisão será transformada por um recurso, nessas hipóteses, cabe a colocação de Mauro capelletti:

Mas, uma vez que a decisão do juiz, não mais sujeita recurso, torna-se definitiva, adquire autoridade da coisa julgada; e, como diziam pitorescamente os doutores medievais, "res judicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum." Ainda que, por hipótese, errônea de fato ou de direito, a decisão passada em julgado crie a sua própria verdade" e o seu próprio direito; ela facit jus." (CAPELLETTI, 1989, p.27)

Esta posição de Capelletti mostra que em diversos casos as tentativas recursais restaram infrutíferas, e nada mais poderá ser feito, encontrando-se um limite, onde a Decisão Judicial se solidifica e assim permanece.

Todas os aspectos encontrados em uma Decisão Judicial refletem a importância e a relevância de sua estrutura precisar sem tão rígida e tão bem alinhada. Ela demonstra que as partes tiveram oportunidade de serem assistidas pelo Estado pelo exercício do Poder Judiciário, demonstra o parecer do magistrado a respeito dos fatos trazidos, evidencia que a atuação do Judiciário se efetiva ao findar cada processo.

O Estado ora glorificado ora fragilizado, não pode se eximir de amparar aqueles que o demandam, e através da célebre Decisão Judicial o faz celebremente.

### 3 I CONCLUSÃO

Após todos os apontamentos, nota-se que a dita Decisão Judicial detém grande mérito no mundo jurídico. Pode se notar que, por meio da discricionariedade do juiz novos entendimentos têm se firmado norteando os direitos que se insurgem.

A interpretação leva a tese jurídica a um grau mais elevado, evidenciando a técnica necessária de um jurista que atua com afinco em sua jurisdição, comunicando a norma abstrata aos casos que passam pelo crivo do Judiciário.

A argumentação combinada a fundamentação permite que o juiz seja claro naquilo que pretende, afirmando os elementos de sua convicção, solidificando a tese jurídica essencial à resolução do caso.

### REFERÊNCIAS

CAPELLETTI, Mauro. "Juízes Irresponsáveis". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Curso de direito Processual Civil - v. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais". 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 832 p.

HART, Herbert L.A. "O conceito de direito", Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03. Jul. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. “**Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)**”, Rio de Janeiro: FGV, 2013.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. “**Poderes do Juiz no Processo Civil**”. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal** – República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988.

REALE, Miguel. “**Lições Preliminares de Direito**”. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

# CAPÍTULO 21

## O PROCESSO ELETRÔNICO COMO FORMA DE GARANTIA DE DIREITOS

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 10/03/2021

### Márcio Jean Malheiros Mendes

Advogado. Mestrando em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social - UNICRUZ

Pós-graduando em Direito de Família e das Sucessões - LFG  
<http://lattes.cnpq.br/3568583501719928>

### Raquel Lima de Souza

Advogada. Especialista em Direito Público pela Esmafe-RS. Mestranda em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social – UNICRUZ.

<http://lattes.cnpq.br/0571444324224590>

**RESUMO:** A informatização como forma de facilitar o dia a dia das pessoas tem sido uma ferramenta que tem trazido resultados satisfatórios em todos os sentidos. Nesse contexto não poderia ser diferente no Poder Judiciário. A crise que assola essa instituição faz com que a torne descredenciada perante a sociedade e que em razão da morosidade de tramitação das ações a sociedade em geral acaba por padecer. Preve a Constituição Federal Brasileira a razoável duração do processo, entretanto é importante que ferramentas de apoio sejam introduzidas para se possa garantir esse direito. Assim, essa pesquisa busca analisar esse aspecto, utilizando para tanto, método bibliográfico que comprovam a eficácia do processo eletrônico como garantia

de direitos.

**PALAVRAS - CHAVE:** Processo Eletrônico. Garantia de Direitos. Celeridade.

### THE ELECTRONIC PROCESS AS A FORM OF GUARANTEE OF RIGHTS.

**ABSTRACT:** Computerization as a way to facilitate people's daily lives has been a tool that has brought satisfactory results in all senses. In this context, it could not be different in the Judiciary. The crisis that plagues this institution makes it discredited before society and that, due to the lengthy processing of lawsuits, society in general ends up suffering. The Brazilian Federal Constitution provides for a reasonable duration of the process, however it is important that support tools are introduced in order to guarantee this right. Thus, this research seeks to analyze this aspect, using a bibliographic method that proves the effectiveness of the electronic process as a guarantee of rights.

**KEYWORDS:** Electronic Process. Guarantee of Rights. Speed

### INTRODUÇÃO

A informatização como sistema de conexão de dados é um procedimento que tem se tornado indispensável para o bom andamento das relações. Esse sistema também tem chegado ao Poder Judiciário trazendo grandes transformações e mudanças no Direito. Com isso, a agilidade na tramitação das ações passou a ser possível, inicialmente nos Juizados

Especiais, chegando até a Justiça Comum. Por meio disso inicia-se uma nova fase, onde é possível ver o início da aplicação exata dos direitos, tais como, a garantia do devido processo legal em tempo razoável de forma. Essa transformação ainda está em fase inicial e de adaptação tanto dos operadores do direito, advogados quanto da sociedade em geral, mas que certamente é um grande passo para a Constituição Federal de 1988 e leis derivadas.

## METODOLOGIA OU MATERIAL E MÉTODOS

A presente pesquisa utilizou-se de uma metodologia qualitativa bibliográfica. Para tanto, tem-se como apporte obras doutrinárias, artigos científicos, que abordam a evolução do processo eletrônico no Brasil e o seu progresso no decorrer dos anos, buscando-se o esclarecimento acerca da facilidade da população aos seus direitos.

Alia-se com a linha de pesquisa “Constituição, Processo e Democracia” do grupo de pesquisa jurídica do curso de direito, visto que o tema necessita de uma análise mais aprofundada não apenas como proteção aos direitos fundamentais do acesso à justiça, mas também da garantia de observância do acesso à informação.

O acesso a justiça é um direito que abrange a todos e a estes devem estar disponíveis. Entretanto isso nem sempre foi possível de ser cumprido de forma satisfatória, até então.

Vive-se na era do litígio, na qual é muito comum encontrar pessoas com demandas judiciais que por anos se arrastam, muitas inclusive, sem qualquer esperança de ter sua sentença no prazo razoável de 01 (um) ano.

Tanto a forma de tramitação quanto o tempo razoável de um processo encontra-se descrita nas leis vigentes, porém visto a grande demanda e muitas vezes a falta de servidores torna-se inviável o cumprimento destes.

O processo judicial passou por grandes transformações e mudanças, sendo que há pouco tempo passamos a ter a informatização dos seus procedimentos. Aproximadamente em 1991 por meio da Lei 8.245 (Lei do Inquilinato) é que alguns atos começaram a ser admitidos na forma eletrônica, por meio do sistema fac-smile.

Em 2004 por meio de emenda constitucional nº 45 é acrescentando ao artigo 5º da Constituição Federal o dispositivo que vinha para resguardar a tão esperada rapidez do processo administrativo e judicial, vejamos:

*“Art. 5º... LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.*

Assim por este meio restou demonstrado o interesse dos cidadãos a agilidade nas ações e consequentemente um retorno satisfatório aos seus anseios. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos expressa que:

Pelo princípio da razoável duração do processo, as autoridades jurisdicionais (processo judicial) e administrativas (processo administrativo) devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos (BULOS, 2010, p. 686).

A informatização em si é uma ferramenta que facilita o acesso a dados de maneira eficaz e segura e em se tratando de direitos a instauração e padronização deste aos processos judiciais vem de encontro à sociedade, uma vez que torna-se possível o acesso à informações acerca do andamento das demandas, que inclusive tramitam em outros estados. Em relação ao processo eletrônico acrescenta Marcelo Mesquita Silva afirma o seguinte:

O processo eletrônico visa à eliminação do papel na tramitação das mais diversas ações, afastando a tradicional realização de atos mecânicos, repetitivos, como o ato de protocolar uma inicial, a autuação do processo, a numeração de folhas. Acaba a tramitação física dos autos da distribuição para secretaria (ou cartório), desta para o gabinete do promotor ou do magistrado, e a necessidade de cargas dos autos. Facilita a comunicação dos autos processuais com a intimação de advogados e de partes, realizada diretamente no sistema. Agiliza a confecção de mandados, ofícios, publicações, expedição de precatórias, carta de ordem e entre outros.

Outrossim, salienta-se que mesmo que a celeridade seja um destaque do processo eletrônico, ainda assim tal procedimento não está isento da observância do devido processo legal, nesse sentido aborda Fredie Didier Jr “não existe um princípio da celeridade processual. O processo não tem que ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução de caso submetido ao órgão judiciário” (DIDIER JR, 2014, p. 67).

Como toda e qualquer demanda o processo eletrônico também está aliado e deve ter a sua tramitação de acordo com o estabelecido em lei, primando sempre pela preservação do contraditório e ampla defesa, conforme previsto na Constituição Federal, “Artigo 5º, LV.

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Desta forma, é possível perceber que o processo eletrônico é uma medida necessária visto o aumento de demandas e que deve observar em seu andamento a celeridade, mas também a garantia de acesso à justiça e o direito de defesa. Além disso, traz benefícios a médio e em longo prazo a toda a sociedade como a redução do uso de papel, otimização dos espaços públicos, redução de taxas e a rapidez para se ter acesso nos autos.

## **RESULTADOS E DISCUSSÕES**

Por meio de experiências vivenciadas tanto durante a graduação quanto na advocacia do dia a dia é possível perceber que aqueles que possuem um determinado conhecimento acerca de seus direitos tem uma facilidade em tê-los cumpridos o que deixa uma parcela dos cidadãos totalmente desprovidos de informações quando não acompanhados de advogados.

O processo em si trata-se de uma explanação de argumentos de profissionais em busca dos direitos de seus clientes que só podem ter êxito à medida em que é possível haver uma defesa bem fundamentada e nesse ponto quando se trata de autos físicos encontramos dificuldades, tanto pela morosidade dos cartórios e dos gabinetes em despachar, quanto das situações que fogem do controle como processo em carga.

Nesse sentido, é possível perceber que o processo eletrônico acaba com essas barreiras e permitem que o processo flua com mais transparência para as partes e proporcionando a real celeridade do processo.

O interesse pelo tema abordado pelo tema foi despertado quando uma cliente recebeu uma intimação, via correio, e conseguiu ter acesso ao processo eis que se tratava de um processo eletrônico que tramitava na Comarca do Estado do Espírito Santo, e por meio disso teve a oportunidade de defender-se. Ou seja, o processo eletrônico assegura o acesso ao direito dos cidadãos e os mantém informados quanto as demandas envolvendo seus interesses.

O processo de forma eletrônica é uma importante e necessária ferramenta para dar maior agilidade ao procedimento e assim evitar demoras excessivas, mas deve aliar-se a ações de informação aos cidadãos, de sistemas que sejam de fácil compreensão, colaborando com isso traz Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

É o processo compatível com o princípio da celeridade a informatização processual, não só no ideal de acelerar as decisões feitas, respeitando-se a duração razoável do processo, mas também em proveito das solução de ações que se multiplicaram em razão de novas tecnologias que geram novas questões e novos direitos a serem enfrentados pela sociedade como um todo (PINHO, 2012, p.407)

Um pensamento é incontrovertido quando se trata de demandas judiciais e a celeridade, visto que é necessário que haja conscientização das partes e vontade de resolver as diligências, assim, aliando-se essas ações com as informatizações das ações será perfeitamente possível ver a garantia da aplicação dos direitos e deveres dos cidadãos quando a ética falta.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sem sombra de dúvidas o processo eletrônico é um avanço imenso no que tange a aplicabilidade dos princípios constitucionais como duração razoável do processo e da inafastabilidade da jurisdição se tornando estes inerentes ao Poder Judiciário brasileiro e sinônimo de eficiência na resolução de conflitos da sociedade.

Essa informatização ainda esta em processo de instalação, treinamento e disponibilização, tendo inclusive Comarcas que interior que ainda carecem deste sistema, mas em lugares em que este sistema já vigora, como na integralidade do sistema da Justiça Federal e Trabalhista, por exemplo, os processos são findados em tempo satisfatório ratificando assim os benefícios deste.

Essas inovações e mudanças servem para aproximar e facilitar para que a lei seja cumprida em tempo razoável, desta forma, um simples acesso as informações de um processo judicial, que não em segredo de justiça, não podem estar restritas somente aos advogados pois isso afasta o cidadão de seu direito, inclusive de se defender.

Desta forma, conclui-se que o processo eletrônico é um avanço significativo no Poder judiciário Brasileiro ante uma realidade de fartas demandas, e por meio deste é possível garantir o cumprimento da Constituição Federal, bem como o acesso à justiça que é um direito fundamental e que deve estar disponível à todos.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: a Informatização Judicial no Brasil.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.** Código de Processo Civil. Vade Mecum Compacto. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm). Acesso em 14/08/2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 16 ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2014, v.1.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Processo Judicial Eletrônico Nacional.** São Paulo: Milenium, 2012, p.13

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Processo Judicial Eletrônico Nacional.** São Paulo: Milenium, 2012, p.13

# CAPÍTULO 22

## O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A EFICÁCIA DA POLÍTICA DE ATENÇÃO PRIORITÁRIA AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Data de aceite: 01/06/2021

Data de submissão: 07/03/2021

funcionamento dos comitês gestores regionais.

**PALAVRAS - CHAVE:** Poder Judiciário; Governança judicial; Políticas públicas; Eficácia; Democracia.

**Mariana Albuquerque Melo**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Natal – Rio Grande do Norte  
<http://lattes.cnpq.br/6011974303726579>

**Luciano Athayde Chaves**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Natal – Rio Grande do Norte  
<http://lattes.cnpq.br/5567771993934287>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo examinar as características e a eficácia da Política de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, bem como a distribuição participativa do orçamento dos tribunais entre o primeiro e segundo graus, estabelecidas, respectivamente, nas Resoluções nºs 194 e 195, de 2014. Adotando, como recorte, o estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e do Tribunal Regional do Trabalho da 21a. Região, a pesquisa, além da pesquisa bibliográfica e documental, utilizou o instrumento de entrevistas com diversos atores envolvidos no processo organizacional de aplicação das referidas políticas públicas. A partir dos dados e informações coletadas, observou-se uma baixa eficácia da política pública nos dois tribunais, fator relacionado à pouca abertura dos comitês pela alta administração. Logo, a política objeto de estudo depende da adoção de práticas de gestão estratégica pelos tribunais e de efetivo

THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE  
AND THE EFFECTIVENESS OF  
PRIORITY CARE POLICY AT THE FIRST  
LEVEL OF JURISDICTION

**ABSTRACT:** The present work aims to examine how resources and the Policy of Priority Attention to the First Degree of Jurisdiction, as well as the participatory distribution of the budget of courts between the first and the second degrees, respectively, in Resolutions nº 194 and 195, of 2014. Adopting, as a cutout, the case study of the Rio Grande of Norte Court of Justice and the Labor Regional Court of 21st Region, a survey, in addition to bibliographic and documentary research, using the instrument of interviews with various actors involved in the organizational process of applying public policies. Based on the data and information collected, there was a low effectiveness of public policy in both courts, a factor related to the low opening of committees by senior management. Therefore, the policy under study depends on the adoption of strategic management practices by the courts and the effective functioning of the regional management committees.

**KEYWORDS:** Judicial power; Judicial governance; Public policy; Efficiency; Democracy.

## **1 | INTRODUÇÃO**

A Reforma do Poder Judiciário, estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45, institui uma nova estrutura organizativa do modelo judicial brasileiro, com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), enquanto órgão não apenas de controle da magistratura, mas de planejamento do Judiciário. Além disso, incluiu o princípio da duração razoável do processo no como direito fundamental, a fim de acentuar o valor constitucional de uma distribuição de justiça que observe um tolerável tempo para sua consecução.

Conforme dados divulgados pelo Relatório Justiça em Números (CNJ, 2013), dos 92,2 milhões de processos, 82,9 milhões se encontravam no primeiro grau de jurisdição dos tribunais brasileiros, equivalente a 90% da quantidade total. Em 2014, houve o aumento de 28,2 milhões de processos novos, dos quais um percentual de 60% foi destinado ao primeiro grau do Poder Judiciário.

O contexto de sobrecarga do primeiro grau se acentuava pela ausência de investimentos progressivos para amenizar as dificuldades estruturais dos órgãos por onde circulam a maior parte das demandas, mas que carecem, proporcionalmente, de atenção e investimentos por parte dos tribunais. Com base nesse diagnóstico, o CNJ instituiu a política pública judiciária de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, a partir da edição de uma série de resoluções, desde 2014, visando transformar aquela realidade por meio de diversas estratégias, como a redefinição de prioridades orçamentárias, redistribuição de força de trabalho e instituição de estruturas de “governança colaborativa”, para aumentar a participação e o envolvimento de mais atores nas atividades de gestão e planejamento das ações da referida política.

O presente trabalho tem como objetivo examinar as características e a eficácia dessa Política de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau, bem como a da distribuição participativa do orçamento dos tribunais entre o primeiro e segundo graus, estabelecidas, respectivamente, nas Resoluções nºs 194 e 195, de 2014.

Tratando-se de um estudo sobre a eficácia de uma política judicial, isto é, uma investigação centrada nos resultados práticos de medidas administrativas a serem observadas no âmbito de um sistema judicial muito complexo, apoia-se na abordagem estrutural-funcional, descrita por Zaffaroni (1995), que considera que as instituições apresentam funções que implicam algumas diferenças entre o que se “diz” (funções manifestas) e o que se “faz” (funções latentes).

Tendo em vista a dimensão estrutural do Poder Judiciário (CHAVES, 2019; CHAVES, 2020), bem como a necessidade de se examinar a percepção subjetiva dos atores judiciais envolvidos nas discussões locais de implementação da referida política pública, a pesquisa tem como recorte espacial o âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (TRT21), o que viabilizou a proximidade dos instrumentos de pesquisa com as fontes de evidência, e permitiu relacionar variáveis

de contraste entre um tribunal estadual e um tribunal integrante do Judiciário da União, em especial às culturas organizacionais.

A pesquisa foi desenvolvida na modalidade descritiva, conforme a classificação adotada por Gil (2002), porquanto busca estabelecer as relações entre as variáveis das hipóteses levantadas, sendo utilizada a metodologia de estudo de caso de dois tribunais, estratégia de pesquisa abrangente, com base em diversas fontes de evidências (YIN, 2001). As técnicas escolhidas foram a realização de entrevistas semiestruturadas com ex-conselheiros do CNJ e membros dos Comitês de Priorização do TJRN e do TRT21, e a coleta e análise de dados em documentos referentes ao tema.

Na segunda seção, busca-se traçar alguns conceitos e levantamentos bibliográficos acerca da crise do Judiciário e do governo judicial. Na seguinte, analisa-se a função de elaboração de políticas públicas pelo CNJ. A última seção aborda o estudo de caso dos dois tribunais objeto de estudo.

## **2 | PODER JUDICIÁRIO: REFORMA, GOVERNO E GOVERNANÇA JUDICIAL**

A Constituição Federal assegura o acesso à Justiça a todos os brasileiros, pela inafastabilidade da jurisdição, no inciso XXXV, do art. 5º. Não obstante, segundo o Relatório Justiça em Números (CNJ, 2020), ainda é alto o grau de litigiosidade no Brasil, apesar dos esforços das políticas públicas de metas de nivelamento. Trata-se de uma litigiosidade que absorve um volume considerável de recursos públicos e cuja qualidade reflete uma série de distorções, com a reiterada ocorrência dos mesmos temas e controvérsias (CHAVES, 2020).

A ineficiente prestação dos serviços judiciais e o insuficiente acesso à Justiça pela sociedade se relacionam ao fenômeno designado como crise do Poder Judiciário brasileiro (SADEK, 2004; FALCÃO; LENNERTZ; RANGEL, 2009), crise que se articulava com problemas gerenciais do Estado brasileiro. Na década de 1990, o governo brasileiro inicia uma série de reformas administrativas, sendo referência desse processo a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que agregou o princípio da eficiência administrativa no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, a ser observado também pela estrutura judiciária.

Nesse período, não houve discussão propriamente da Reforma do Judiciário, por isso a Reforma Administrativa teve maiores impactos nos demais poderes, em especial no Executivo. Para Nohara (2012), a indiscutibilidade de uma reforma de cunho administrativo no âmbito judicial se justifica pelas especificidades da atividade-fim do Poder Judiciário e seus objetivos, bem como decorre da autonomia do Judiciário enquanto poder estatal na sua própria gestão, e da existência de projetos de alteração da legislação processual voltados a uma tutela mais adequada ao jurisdicionado.

Isso não implica dizer que as tentativas de aproximar o Judiciário de uma gestão pública gerencial não estivessem na agenda. Datam do início da década de 90 os primeiros

projetos no Congresso Nacional em torno de uma reforma judiciária. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, representa o desdobramento desse processo, fruto de mais de uma década de tramitação no Parlamento, concretizando a maior reforma da estrutura organizacional do Judiciário desde a Constituição de 1988. Dentre outros aspectos, a referida Emenda fixou o princípio da duração razoável do processo no rol das garantias fundamentais, além de instituir o Conselho Nacional de Justiça, com desafiadoras atribuições.

A Reforma do Judiciário é marcada por algumas peculiaridades, na medida em que se questionava a efetividade da tutela jurisdicional, sendo seu cerne o aspecto temporal: a adoção do modelo gerencial no Judiciário para dar celeridade aos órgãos judiciários (NOHARA, 2012). Assim, a reforma judiciária buscou responder, ao menos em parte, ao debate da capacidade gerencial do Judiciário de exercer suas atribuições de prestador de serviços públicos, de que se reveste sua função de distribuição de justiça (CHAVES, 2019).

Há, no entanto, questões que precisam ser consideradas quando se examina o Judiciário brasileiro a partir de uma abordagem organizacional, ainda pouco explorada (SANTOS, 1986). Uma delas tem a ver com ampla difusidade ou fragmentação da estrutura judiciária, com mais de 90 tribunais, em uma dualidade complexa de esferas (Federal e Estadual), onde atuam milhares de magistrados, servidores e outros prestadores de serviços (CHAVES, 2020).

De outro lado, as disposições constitucionais reconhecem aos tribunais e juízes alto grau de autonomia, inclusive administrativa, o que acentua o isolamento das práticas de gestão, compreendido na conhecida metáfora que associa o Judiciário a um “arquipélago” de tribunais. O Poder Judiciário se configura um poder fragmentado, com titularidade múltipla e indiferenciada (CHAVES, 2019), e forte “concorrência intrajudicial” (FALCÃO; LENNERTZ; RANGEL, 2009), porquanto vários órgãos possuem semelhantes predicamentos de autonomia, não sendo o CNJ o único centro definidor de política judiciárias.

Por essa razão, a ideia de governo judicial, diante das particularidades do modelo institucional brasileiro, deve considerar sua natureza jurídico-constitucional bifronte: o exercício das autonomias institucionais do Judiciário, por seu conjunto de órgãos, abrange não somente aquelas de ordem político-discretional, como definição de políticas públicas, mas também de cunho administrativo, de índole mais operacional (CHAVES, 2019).

Sucede que não é bastante, como visto, reconhecer que ao Judiciário compete a gestão de suas estruturas para a consecução de suas atribuições de distribuir justiça. O que se reclama, no cenário da administração gerencial, é a qualidade com que essas atividades administrativas são desenvolvidas. É nesse sentido que tem sido incorporada às práticas de gestão a ideia de “governança”, termo apropriado da cultura das corporações privadas e transposto para o setor público, para imprimir uma nova linguagem às novas práticas de gestão que vêm sendo aplicadas, a exemplo da ciência de dados (relatório Justiça em Números e o projeto *Datajud*, ambos do CNJ) e planejamento estratégico dos tribunais.

Assim, a governança judicial, termo ainda sem uma delimitação precisa, corresponde

ao planejamento e controle de atividades de organizações judiciais, de acordo com o gerenciamento dos recursos, capacidades, práticas e métodos de gestão, com vistas a uma melhor eficácia da atividade jurisdicional, tendo por base as regras e princípios da Constituição, legislação, normas gerais e instituições pertinentes. De outro lado, a qualidade da governança judicial pode ser avaliada mediante a adoção de quatro critérios: acesso à Justiça e equidade, efetividade das decisões judiciais, celeridade e transparência com a prestação dos serviços judiciais (AKUTSU; GUIMARÃES, 2015).

Nessa perspectiva, a governança estaria articulada com a ideia de “responsabilidade social” do Judiciário, no sentido de efetivar uma “qualidade de justiça”, para garantir uma jurisdição democrática. Por conseguinte, a prestação do serviço judicial não se resumia aos aspectos quantitativos e gerenciais, mas a uma dimensão mais complexa de accountability judicial, apoiado no tripé “independência, responsabilidade e eficiência”. Esse trinômio se apresenta como elemento fundamental para a legitimação da autonomia do Judiciário, enquanto instituição, bem como para a autonomia decisional dos magistrados, aspectos também construtores da reputação judicial (GAROPA; GINSBURG, 2009).

Assim, a esfera judicial é multifatorial, sendo a administração da justiça formada por um conjunto de decisões de cunho administrativo e executivo, além de planejamento estratégico e de gestão. Os seus protagonistas (juízes e auxiliares) exercem um papel político, fixando as diretrizes e orientações para todas as partes e agentes envolvidos, com resultados impactantes no acesso de toda a sociedade aos serviços públicos inerentes à Justiça.

No entanto, o cenário de fragmentação do Poder Judiciário brasileiro (CHAVES, 2019) constitui um desafio para a concretização da unidade judicial, imprescindível para um todo harmônico e livre de indevidas interferências externas dos outros fatores. Esse problema vem sendo enfrentado pelas políticas judiciais, instituídas pelo CNJ, órgão instituído ao governo judicial brasileiro, e cuja normatividade possui, em tese, eficácia perante todos os tribunais e juízes do país, tema que será aprofundado na próxima seção.

### **3 I O PAPEL DO CNJ ENQUANTO FORMULADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Nas discussões em torno da inserção do Conselho Nacional de Justiça na estrutura do Poder Judiciário, em 2004, a questão da sua dimensão como formulador de políticas públicas ganhou relevo. É emblema desse debate constitucional o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367 (STF, 2005), em cuja decisão foi sublinhado o seu dever jurídico de planejar políticas para aprimorar a organização judiciária.

A discussão tem relação com o Direito, ao enfraquecer a ideia de que este constitui um ramo totalmente dissociado das demais áreas da sociedade, como a gestão, a política, e o funcionamento dos entes públicos e administrativos. Enxergar o Direito enquanto parte de uma dimensão institucional de políticas públicas, e componente de um arranjo

institucional, ao compartilhar tarefas na implementação das políticas públicas juntamente com as demais instituições, implica dizer que as regras de seu funcionamento viabilizam a articulação entre os atores ligados com as políticas públicas (COUTINHO, 2013).

A atribuição do CNJ de formular políticas tem estreita ligação, portanto, com o novo ambiente político e administrativo, que agitou as questões relacionadas com a modernização do Judiciário, na direção de uma gestão mais gerencial e menos tradicional e formalista (SILVA; FLORÊNCIA, 2011), assim como responde às pressões por *accountability*, ou seja, responsabilidade e transparência no setor judiciário, influindo na sua reputação (GAROUPE; GINSBURG, 2008).

Com esse perfil híbrido do governo judicial brasileiro, o CNJ ocupa uma posição de hierarquia quanto aos demais conselhos e tribunais, à exceção do STF. Nada obstante, não se encontram bem definidos os limites entre a atuação do CNJ e o exercício da autonomia dos tribunais, nem quanto aos demais conselhos judiciais, e causa um campo de incerteza das fronteiras de atuação desses órgãos na seara do governo judicial e uma concorrência intrajudicial. Sucedem que esse quadro acaba por sugerir novas zonas de tensão no âmbito das instituições judiciais.

Isso decorre do fato de que a defesa de um centro de planejamento de políticas públicas resultaria na centralização da produção dos programas de ação integrada, com vinculação a todos os corpos judiciais. Não obstante, apesar de sua importância, essa nuance não garante necessariamente a adesão ou efetividade esperada com os programas, tampouco a uniformidade de execução, em um ambiente administrativo dirigido pelos detentores de parcela do próprio Poder (CHAVES, 2019).

Nesse sentido, constitui-se um grande desafio para a democracia assegurar a funcionalidade de um modelo institucional de governo judicial capaz de assegurar a autonomia da Justiça, bem como de estabelecer responsabilidade no desempenho da função jurisdicional, instituindo mecanismos céleres de “responsividade” nos desvios de conduta e dos problemas na prestação judicial. A questão ultrapassa a natureza do controle do órgão competente, seja interno ou externo, ao Judiciário (CHAVES, 2019).

Nada obstante, não se pode negar o papel estratégico a ser exercido pelo CNJ como garantidor da sustentabilidade das políticas públicas nacionais do Poder Judiciário, “sem se perderem em meio à multiplicidade do Judiciário brasileiro” (SILVA; FLORÊNCIO, 2011, p. 132).

O CNJ editou as Resoluções de nºs 194 e 195, privilegiadas neste estudo, prevendo medidas mais consistentes para a priorização do Primeiro Grau de jurisdição, onde tramita a maior parte dos processos, mas que, inversamente, apresenta déficits estruturais progressivamente diagnosticados pela análise de dados do Conselho, sem as devidas ações de nivelamento organizacional pelos tribunais. Diante do propósito de promover mudanças organizacionais nos tribunais, a análise de sua eficácia é útil para identificação da maturidade institucional do modelo de governo judicial no Brasil, mormente quanto ao

grau de efetividade das atribuições do CNJ.

A Resolução nº 194, vigente desde 26 de maio de 2014, institui a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, com o fim de se assegurar uma maior equalização da força de trabalho das instâncias de primeiro grau em relação às de segundo grau. Para tanto, intenta alcançar a proporcionalidade do número de processos distribuídos e analisados por cada uma dessas instâncias, em relação ao número de servidores envolvidos.

Ademais, a Resolução nº 195, do CNJ, de 03 de junho de 2014, implementa alguns aspectos a serem concretizados pelos tribunais no tocante à gestão orçamentária, de modo que os orçamentos sejam distribuídos e equalizados entre os órgãos do primeiro e segundo graus de jurisdição, de acordo com a média de processos judiciais e de casos novos.

Portanto, pode-se perceber o nível do desafio de implementação dessa política junto às dezenas de tribunais, porquanto toca em pelo menos três pontos muito sensíveis das tradições da gestão judiciária: (a) o paradigma da concentração das decisões administrativa nos órgãos de vésperas dos tribunais, como a presidência ou colegiados superiores; (b) critérios objetivos para a gestão de pessoas; e (c) o debate participativo sobre orçamento.

## **4 I A EFICÁCIA DA POLÍTICA DE ATENÇÃO PRIORITÁRIA AO PRIMEIRO GRAU: UM ESTUDO DE CASO**

Parte-se para o estudo de caso de dois tribunais, um do segmento da Justiça Comum e o outro da Justiça do Trabalho, ambos do Rio Grande do Norte. Além da pesquisa documental, foram realizadas entrevistas por videoconferência, como instrumentos de pesquisa que permitissem captar as percepções de importantes atores institucionais envolvidos na aplicação da política, com alguns ex-conselheiros e ex-secretário-geral do CNJ, que participaram ativamente da construção da Política de Priorização ao Primeiro Grau, e com integrantes dos comitês gestores regionais dos dois tribunais.

Na análise documental, foi privilegiado o exame das atas das reuniões dos comitês, instrumentos normativos de instituição do comitê e pedidos de providências apresentados ao CNJ, buscando-se extrair dessas fontes de evidência elementos capazes de indicar o grau de efetividade da política pública no âmbito de cada realidade organizacional.

Dentre as variáveis exploradas nas entrevistas com os ex-conselheiros, elencam-se o contexto histórico judicial na época da aprovação da política, as funções assumidas pelo Conselho ao longo de sua trajetória, e as resistências de implementação da política conforme as peculiaridades de cada segmento de Justiça. As variáveis exploradas nas entrevistas com os integrantes dos comitês regionais foram a periodicidade das reuniões, composição do comitê, melhorias advindas dessa política, democratização interna, equalização da força de trabalho e dos recursos orçamentários entre os graus de jurisdição.

Foram observados alguns entraves no acesso aos dados pela fonte documental e na obtenção das atas das reuniões. No TJRN, não havia nenhuma ata pública desde 2017

no site oficial, enquanto no TRT21, verificou-se insuficiência de atas e atos normativos do funcionamento do comitê no período de 2014 a 2017. Foram verificados dois pedidos de providências ao CNJ, pelas entidades representativas, para que se cumprissem os termos da Resolução nº 219, que é extensão da Política de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau.

A dificuldade de efetivação das políticas públicas de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição, segundo relato de um dos entrevistados, ex-conselheiro do CNJ, concentra-se sobretudo na implementação da referida Resolução nº 219, pela sua natureza executória, no tocante à redistribuição da força de trabalho. Por isso, o exame da eficácia das políticas constantes das Resoluções nºs 194 e 195 não pode se restringir aos aspectos preparatórios, programáticas e principiológicos nelas contidos, já que alguns aspectos mais formais não sofrem tanta resistência para serem cumpridos.

Esse aspecto das Resoluções nºs 194 e 195, que estabelece a obrigação de criação do comitê gestor regional em cada tribunal, foi ressaltado por outro ex-conselheiro do CNJ, como uma faceta de menor resistência. No entanto, seguindo uma certa tradição histórica brasileira, acrescenta o entrevistado que a existência de muitos comitês é meramente *pro forma*, já que somente cumprem requisitos legais e carecem de concretas deliberações e funcionamento.

Sob o aspecto do controle do Conselho, um dos entrevistados explicou a forte correlação entre a fiscalização da implementação das políticas públicas do CNJ pelos tribunais e a gestão e presidência do STF e do CNJ, uma dimensão do problema da descontinuidade de programas e projetos e a grande dependência que o órgão revela do perfil do seu presidente (CHAVES, 2019; PEREIRA, 2019).

Outra dificuldade relatada consiste na redistribuição de cargos e funções e, por conseguinte, distribuição orçamentária, problema evidenciado sobretudo nos tribunais da Justiça Comum, porquanto nela há uma legislação específica para cada tribunal, o que requer a aprovação da Assembleia Legislativa respectiva na criação de cargos. Enquanto na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal há legislação mais homogênea, com os cargos e funções comissionadas pré-definidas, na Justiça Estadual a imagem de arquipélago bem representa a dimensão do problema de fragmentação da organização judicial, em contraste com a ideia de unidade de Justiça, assentada na ADI 3367 (STF, 2005).

#### **4.1 O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte**

Um dos entrevistados do comitê do TJRN explicitou ter como atribuição, enquanto membro do comitê regional, a de solicitar atualização dos estudos referentes ao tribunal, bem como apresentar as demandas dos magistrados e da sociedade, e fazer cumprir as resoluções, sobretudo a de nº 219.

Não obstante não haver unanimidade quanto à voz do comitê e de suas deliberações perante a Administração do TJRN, verificou-se que a alta administração dos tribunais é um fator determinante para a decisão das diretrizes a serem adotadas pelos tribunais, fato que

pode ser confirmado pela baixa quantidade de reuniões realizadas, e pela ausência de atas e regulamentações do comitê. Portanto, as deliberações variam em função da mudança da gestão.

A periodicidade das reuniões do comitê não tem definição prévia. Nesse sentido, um dos entrevistados relatou a determinação das reuniões pelo próprio presidente do comitê, a depender das demandas, situação que, para ele, não prejudica o bom funcionamento. Apesar disso, o fato de não ter havido nenhuma reunião do ano corrente já demonstra o prejuízo dessa sistemática; situação que também foge ao previsto na Resolução nº 194, que impõe um calendário anual, mostrando disparidade entre o plano de validade e o de eficácia dessa política.

A composição e quantidade de membros dos comitês se mostram adequadas na visão dos entrevistados, para os quais há representatividade pelos membros indicados pela associação dos magistrados e pela associação dos servidores. Entretanto, mostrou-se fraca a atuação do comitê, além do que a composição está em desacordo com aquela fixada em resolução do CNJ.

Não foi encontrada nenhuma informação no portal eletrônico institucional acerca da implementação da distribuição de força de trabalho, tampouco dos recursos orçamentários alocados entre os graus de jurisdição. Os entrevistados relataram que o tribunal propôs uma horizontalização ao invés de verticalização da força de trabalho, em um primeiro momento, e, portanto, não foi pactuada nenhuma negociação, pois não se chegou a um consenso.

A democratização interna entre magistrados e servidores nas questões das políticas públicas e o maior envolvimento com resultados institucionais foram verificadas apenas no plano formal, tendo em vista que as propostas do comitê não foram efetivadas, revelando os desafios que essa dimensão da participação encontra no modelo de governo judicial, na linha como apontou Chaves (2019).

De outro lado, na percepção de um dos entrevistados, as deliberações do comitê restaram inócuas, perante as dificuldades de negociação com a Alta Administração do tribunal. Constatou-se, inclusive, a abertura de um Pedido de Providência junto ao CNJ (nº 0005863- 97.2019.2.00.0000), para implementação das disposições da Resolução nº 219.

A realidade crítica permanece, conforme verifica-se nos dados do Painel de Acompanhamento da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, do CNJ: a taxa de congestionamento da primeira instância do TJRN era correspondente a 77,1% em 2014; em 2018, a 77,06%, já em 2015, esse índice atingiu o maior patamar: 86,01%.

## 4.2 O Tribunal Regional do Trabalho da 21a. Região

As atribuições dos membros identificadas pelos entrevistados foram em especial a fiscalização orçamentária e elaboração da peça orçamentária. Esse relato se mostra alinhado com a entrevista de um dos ex-integrantes do CNJ, ao ressaltar que a fiscalização

constitui a principal função do comitê.

Todavia, quanto à periodicidade das reuniões, houve um ponto bastante crítico levantado, de que os encontros ocorrem com finalidade única de chancelar o orçamento. Pelo relato, carecem de discussões as áreas que compõem o orçamento, o que requer maior número de reuniões. Isso evidencia a inefetividade da política orçamentária por parte do comitê deste tribunal.

Em relação a isso, os entrevistados foram uníssonos na percepção de que a alta administração do tribunal tem permitido uma maior abertura ao seu funcionamento, e tem efetivado as deliberações e propostas. No entanto, frente ao baixo número de reuniões e a quase inexistente discussão acerca da distribuição orçamentária, comprovada também pelo teor das atas das reuniões, verifica-se que as deliberações não têm efetivado a equalização de recursos.

No quesito composição do comitê, os entrevistados consideram adequadas a quantidade e representatividade. No entanto, um entrevistado destacou a dificuldade na indicação por parte do tribunal, ao propiciar a nomeação de membros que não se identificam com as atribuições do comitê.

Verificou-se a existência do Procedimento de Controle Administrativo nº 0007559-42.2017.2.00.0000, solicitado junto ao CNJ pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 21ª Região. O acordo proposto pelo comitê trazia uma flexibilização da resolução. Foi homologado um outro acordo, no CNJ, após bastante resistência do tribunal e descumprimento do prazo estabelecido pela Resolução nº 219 do CNJ, contudo os termos do pacto não efetivaram a equalização de pessoal e orçamento nos termos definidos pela política.

## 5 | CONCLUSÃO

O contraste do estudo de caso entre os tribunais, objeto de estudo deste trabalho, permite concluir o enfrentamento de dificuldades e resistências para a efetivação da Política de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau e da distribuição orçamentária e igualitária entre os dois graus de jurisdição.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a existência do comitê se mostrou como meramente *pro forma*, diante da ausência de atas e documentos com medidas efetivas para tais políticas públicas, e da ausência de um desfecho satisfatório do Pedido de Providência apresentado ao CNJ, pela associação dos magistrados, além do fato de ter sido requerido tão somente ao final de 2019.

No Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, apesar da homologação de providências no sentido de combater o descumprimento da Resolução de equalização de orçamento e de força de trabalho, perante o CNJ, após resistência do tribunal em implementá-la, o funcionamento do comitê gestor regional evidencia sua inefetividade no

sentido de promover discussões pertinentes à alocação orçamentária.

Portanto, constatou-se haver algumas discrepâncias entre tais tribunais, de modo que no TJRN a política carece de eficácia, diante da análise das providências solicitadas, ao tempo em que no TRT21, após embates, o acordo previu o implemento progressivo de poucas melhorias, apesar de ter sido evidenciada a necessidade de atuação concreta do comitê. O estudo confirmou o cenário nacional de grandes resistências, sobretudo na Justiça Comum, mas também na Justiça do Trabalho, com alto congestionamento do primeiro grau.

## REFERÊNCIAS

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. **Revista de Administração Pública**, v. 49, n. 4, p. 937- 958, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso, 13 de abril de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 05 março 2021.

CHAVES, Luciano Athayde. **O arquipélago da Justiça: o modelo do governo judicial no Brasil e o controle da magistratura**. Tese de doutorado, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil, 2019.

CHAVES, Luciano Athayde. Quanto custa a justiça? Uma análise econômica da litigiosidade no poder judiciário brasileiro. **Revista do Conselho Nacional de Justiça**, v. 4, n. 1, p. 132-144, jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/57>. Acesso em 05 março 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2014** (ano-base 2013). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 05 março 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020** (ano-base 2019). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 05 março 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 194, de 26 de maio de 2014**. Institui a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônica / Conselho Nacional de Justiça, nº 92, p. 2, de 28 maio 2014. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2020>. Acesso em: 07 março 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 195, de 03 de junho de 2014**. Dispõe sobre a distribuição de orçamento nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2014. Diário da Justiça Eletrônica / Conselho Nacional de Justiça, nº 97, p. 2, de 04 junho 2014. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2022>. Acesso em: 07 março 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 219, de 26 de abril de 2016**. Dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônica / Conselho Nacional de Justiça, nº 67, p. 65-92, de 27 abril 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2274>. Acesso em: 07 março 2021.

COUTINHO, Diego Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013.

FALCÃO, Joaquim; LENNERTZ, Marcelo; RANGEL, Tânia Abrão. O controle da administração judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, v. 250, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4138/2921>. Acesso em 07 março 2021.

GAROUPE, Nuno; GINSBURG, Tom. **Judicial Audiences and Reputation: Perspectives from Comparative Law**. Columbia Journal of Transnational Law, p. 451 - 490, nov. 2009. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2440&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2440&context=journal_articles). Acesso em 07 março 2021.

GAROUPE, Nuno; GINSBURG, Tom. The Comparative Law and Economics of Judicial Councils. **Berkeley Journal of International Law** (BJIL), 2008, Illinois Law & Economics Research Paper n. LE08-036. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1299887>. Acesso em 05 março 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, João Carlos Murta. Descontinuidade na Administração Judiciária. Análise das Iniciativas do CNJ na Execução Penal. **Anais do ENAJUS - Encontro de Administração da Justiça**, 2019.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001>. Acesso em 07 março 2021.

SADEK, Maria Tereza. CNJ: impactos no judiciário e na sociedade. Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. **Revista dos tribunais**, São Paulo, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p. 11-44, 1986. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em 07 março 2021.

SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. Políticas judiciárias no Brasil: o judiciário como formulador de políticas públicas. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 62, n. 2, p. 119-136, abril/jun. 2011.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2 ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

# CAPÍTULO 23

## O ABISMO ENTRE OS TRIBUNAIS E A UNIVERSIDADE

Data de aceite: 01/06/2021

**Pedro Patel Coan**

Advogado (OAB/SC 36036, OAB/TO 768-E), formado no curso de Direito pela UFT – Universidade Federal do Tocantins, mestrando do PPGD – Programa de Pós-Graduação em Direito, pela UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense

Artigo apresentado ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos, Sociedade e Estado, da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Como requisito para obtenção da aprovação da disciplina Direito, políticas públicas e inclusão socioeconômica, sob orientação do Professor Doutor Dr. Yduan de Oliveira May.

**RESUMO:** No Brasil a distância entre os tribunais e as universidades são enormes. Parece que um afasta a existência do outro, negando-se mutuamente. É urgente que essa distância seja afastada e haja uma harmonização entre a prática e ciências do direito. A evolução da nação passa pela miscigenação entre os operadores do mundo prático do direito e o seu aperfeiçoamento profissional das academias.

**PALAVRAS - CHAVE:** tribunais; universidades; prática forense versus conhecimento acadêmico.

**ABSTRACT:** In Brazil, the distance between courts and universities is enormous. It seems that one distances the existence of the other, denying each other. It is urgent that this distance be

removed and there is a harmonization between the practice and sciences of law. The evolution of the nation involves miscegenation between operators in the practical world of law and their professional improvement in academies.

**KEYWORDS:** Courts; universities; forensic practice versus academic knowledge.

Subo no ombro de gigantes e vejo as sombras do que ELACURIA viu e digo que é inegável que o conhecimento produzido nas academias (principalmente no que tange as Ciências Jurídicas) quando enclausurado nas “torres de marfim”, se tornam inócuo ao progresso da humanidade.

Digo, ungido por ELLACURIA, que a maior interação transformadora entre o homem e o mundo se dá no âmbito da práxis. Da prática. A ciência útil a um desiderato. É claro que as teorias que não alcancem uma praticidade imediata funcionam como elementos determinantes na história da nossa evolução, como aqui o farão.

Consciente de que a ilha de Utopia, de Thomas More, nos ensina que a ilha – mesmo que não exista de verdade – é para o naufrago o porto seguro que lhe faz brotar as últimas forças de sua centelha divina é que embarcamos desse caleidoscópio de paixões e ódios (para uns uma mas morra, para outros uma colônia de férias) que o sistema prisional brasileiro.

Pois bem; ou mal, e de mãos dadas com

utopia positivista, Nós o Povo Brasileiro – pelo tão, a Nós, estranho – princípio democrático, instituímos ( e continuamos a tentar instituir) um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, com a solução pacífica dos conflitos.

Erigimos, como fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Nossos objetivos enquanto Povo é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento de todos, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como vemos a construção de nosso preâmbulo constitucional e os seus primeiros artigos são os versos e as prosas de um sonho intenso, um raio vívido de amor e de esperança... Entre outras mil, és tu Brasil!

O “São Google”, quando perguntado “o que é trabalho?”, nos responde que é o “conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim, qual seja uma sociedade justa igualitária, fraterna, *et cetera*...

Para garantir esses fins a utopia positivista constitucional reza que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais uma série de direitos, mais especificamente 34 incisos, alocados no artigo 7º da Constituição de 88, entre os quais o “salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”, um “ piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”, a “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável, a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”...

Verdadeiros direitos sociais trabalhistas que fariam inveja a qualquer país de “primeiro mundo”, “São Marx” sentiria orgulho de nós, nossas leis e de nosso ópio, com a lei sendo uma alucinação nunca vista pelas franjas da sociedade.

É interessante que até a mais antiga e retrógada lei conhecida nesse planeta, a Lei de Talião, (“dente por dente, olho por olho”) é mais humanizante que o sistema prisional “moderno”. Se utilizássemos a lógica da lei de talião, só aplicaríamos a violência contra quem aplicou a violência... Correto? Não! Quase 70% dos nossos presos estão enjaulados ( o que é uma prisão; senão uma gaiola para humanos?) por crimes cometidos sem violência e a grave ameaça, qual seja o tráfico de drogas...

Uma visão que permeio o pensamento crítico nos faz ver a dor para além das chibatas e das algemas...

Até mesmo na menor e mais frágil das naus, se navegamos – ainda que com pouco vento e em mares calmos – pelos mares da Criminologia Crítica (CC) veremos o quanto cruel é o sistema de controle social, com fortes raízes na opressão dos crimes patrimoniais (mesmo quando ausente a violência) e na – já perdida – guerra as drogas.

Aí, então, me deparo com a Lei de Execuções Penais, que tem todo o capítulo III dedicado ao trabalho do preso. O trabalho é colocado como um dever social e condição da dignidade humana, tendo como desiderato a educação e a produtividade, aplicando-se à organização e os métodos do trabalho, bem como as precauções relativas à segurança e à higiene...

O pensamento punitivista, com todo o seu ranço de ódio e crueldade usurpa do preso o direito fundamental ao trabalho digno, negando-lhe o maior símbolo do valor social do trabalho, a condição de trabalhador tutelado pela CLT-Consolidação da Leis do Trabalho, a CTPS –Carteira de trabalho e Previdência Social se esvazia e nesse sentido é o artigo 28, §2<sup>a</sup>, da LEP, *ipsis litteris*: “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

“OK”, tudo bem, ainda estamos na regra do jogo, afinal é máxima do Direito que “*lex specialis derogat legi generali*”. E a Lei de Execuções Penais é uma lei especial dada a um tipo de cidadão em condições especiais, qual seja, estar recluso, ser um cativo do Estado.

Agora vamos aos absurdos que tornam a nossa Constituição uma letra morta, a inexistência de força normativa da constituição, a LEP diz que (artigo 29) “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo.”.

Ora, como a LEP viola preceitos constitucionais inerentes a condição do trabalho digno? E os tais “valores sociais do trabalho”?

Nesse contexto, o direito e garantia fundamental ao salário mínimo é enterrado em cova rasa.

O trabalho do brasileiro preso é posto num limbo, onde a constituição não é aplicada. É como se dentro de nossas cadeias a Constituição não valesse (será que é por isso que o PCC e o Comando Vermelho “mandam” nessas instituições? Fica a provocação).

Como o produto das nossas prisões será útil a sociedade se a ilusão de conseguir galgar o sucesso social NUNCA lhe é conhecida! O condenado entra no sistema prisional – para em tese – se ressocializar, trabalha e sai de lá sem saber o que o trabalho “honesto” pode lhe oferecer. A pessoa simplesmente não aprende o que o trabalho pode lhe dar...

Como os valores sociais do trabalho e da dignidade humana serão “aprendidos” pelos reclusos se quando eles estão em total submissão ao Estado o próprio Estado lhes nega aquilo que é da substância do Estado, a Constituição.

O preso se torna um brasileiro de “segunda classe”, um brasileiro que “só vale”

%), onde 25% da pessoa é um escravo, é um trabalhador brasileiro, desenvolvendo suas atividades em solo brasileiro onde o seu direito fundamental ao salário mínimo é violentado.

Michele Alexander em seu livro “A Nova Segregação”, traz paralelos entre o sistema jurídico discriminatório quanto aos negros, na terra da liberdade, os Estados Unidos da América (um tipo de *apartheid*, tal qual se realizou na África do Sul). Nos Estados Unidos foi denominado de sistema *Jim Crow*. Em suma síntese e guardada a devida particularidade de cada regime, tem-se o *apartheid = Jim Crow*.

Ambos os sistemas, com base na raça, produziram um discriminação legalizada. Era permitido um ser humano subjugar outro ser humano, tendo, como motivo determinante a cor da pele. É a profecia de Thomas Hobbes! o Homem é o lobo do próprio homem...

Hoje – em qualquer lugar minimamente civilizado – qualquer ato de racismo é combatido, para que um dia, quando finalmente evoluirmos, consigamos extinguir esse ranço de burrice (sim, burrice, conforme Darwin ensina desde o Século XIX, quanto maior a variabilidade genética maior a probabilidade de termos indivíduos mais aptos a se adaptar aos novos tempos, quanto mais misturarmos as raças melhor será, viva a miscigenação racial).

Todavia ainda não evoluímos, o ranço de preconceito e ódio brota como pus dos furúnculos da sociedade.

Ao menos a isso a utopia positivista se presta. Não temos leis de discriminação legalizada.

Mas a lei é o ópio e se tem uma coisa que Nós – Seres (quiçá) Humanos – somos bons é em reinventar novas formas de violência. Ao homem não é dado o direito de enjaular outro homem. Só o Estado pode prender você. Então a esse ente, todo poderoso, onipresente e onisciente, é dado o direito de lhe enjaular.

E na jaula o homem vira coisa do Estado, que lhe torma a liberdade e lhe escraviza a força de trabalho.

¼ da força de trabalho do preso é “roubada” pelo Estado, e dessa forma os prisioneiros são vendidos como força de trabalho. Façamos um recorte do nascimento do *Jim Crow*, quando os presos:

Eram encarados, quase literalmente, como escravos do Estado. A Décima Terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos aboliu a escravidão, mas permitiu um exceção importante: a escravidão permanecia apropriada como punição por um crime. Em decisão histórica dada no auge da Redenção sulista, no caso *Ruffi versus União Federal*, a Suprema Corte da Virgínia afastou qualquer dúvida a respeito de os condenados serem criminalmente distingüíveis dos escravos perante a lei:

*Por um tempo, durante o serviço na penitenciária, [o condenado] está em estado de servidão penal ao Estado. Ele Perdeu com seu crime não apenas sua liberdade, mas todos os seus direitos pessoais exceto aqueles que a legislação em sua humanidade lhe concede. Ele é, durante esse período, um escravo*

*do Estado Sua Civilidade está morta; e suas posses, se ele tiver alguma, são administradas como as de um homem morto.*

Pelo exposto, não há como uma pessoa posta nas franjas da sociedade, que nunca conheceu os benefícios do trabalho honesto ser reeducada a querer sair do mundo do crime se os seus direitos fundamentais ao trabalho digno são usurpadas, principalmente o direito fundamental ao salário mínimo.

## REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. **Reforma trabalhista:** 'foi um equívoco alguém um dia dizer que lei ia criar empregos', diz presidente do ST. 2019. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48839718>. acessado em 30 de julho de 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A criminologia crítica na América Latina e no Brasil: em busca da utopia adormecida. In FAGUNDES, Lucas Machado e LEAL Jackson da Silva (orgs.). **Direitos humanos na América Latina.** Organização Jackson da Silva Leal, Lugas Machado Fagundes. Curitiba: Multideia, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia.** 2008.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de política.** Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1995;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacomposta.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomposta.htm)>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).** Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>>. Acesso em: 29 setembro 2018.

\_\_\_\_\_. *Resolução 217 III, 10 de dezembro 1948. Declaração Universal dos Direitos do Homem/Assembleia Geral das Nações Unidas.* Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social.** Rio de Janeiro: Forense, 1983;

CALVI, Pedro. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão.** 2018. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcерario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. acessado em 23 de julho de 2019.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho do GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luiz Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CNJ, agência de notícias. **Cármén** Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. 2016. <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. acessado em 23 de julho de 2019.

CNJ, agência de notícias. **Cidadania nos presídios**. 2019. <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. acessado em 23 de julho de 2019.

DARDOR, Pierre. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Angela Yvonne. **Estarão as prisões obsoletas?**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2018;

FARIELLO, Luiza. **Tráfico de drogas é o crime mais cometido pelos menores infratores**. 2016. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84034-trafico-de-drogas-e-o-crime-mais-cometido-pelos-menores-infratores>. acessado em 23 de julho de 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira**. 2018. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. acessado em 23 de julho de 2019.

REUBEN, Anthony. **1% da população global detém mesma riqueza dos 99% restantes, diz estudo**. 2016. [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160118\\_riqueza\\_estudo\\_oxfam\\_fn](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160118_riqueza_estudo_oxfam_fn). acessado em 30 de julho de 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.

WIKIPEDIA. **Organização Internacional do Trabalho**. 2019. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_Internacional\\_do\\_Trabalho](https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Internacional_do_Trabalho). acessado em 30 de julho de 2019.

XIII EMENDA. direção de Ava DuVernay. USA. NETFLIX. 2016.

OLHOS QUE CONDENAM. direção de Ava DuVernay. USA. NETFLIX. 2019

# CAPÍTULO 24

## A NECESSIDADE DE EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS EM RELAÇÃO AOS AGRICULTORES FAMILIARES - O CASO DO KOCHKÄSE, NO VALE DO ITAJAÍ (SC)

Data de aceite: 01/06/2021

### **Odacira Nunes**

Advogada, mestre em Desenvolvimento Regional na FURB  
<http://lattes.cnpq.br/37344199108324>

### **Marilda Checcucci Gonçalves da Silva**

Professora e pesquisadora do PPGDR da FURB e coordenadora do Núcleo de Pesquisas do CNPq Patrimônio Cultural, Memória, Identidade e Desenvolvimento Regional  
<http://lattes.cnpq.br/1411273954746730>

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo verificar a adequação e eficácia da lei em relação aos agricultores familiares, analisando o caso do Kochkäse no Vale do Itajaí, SC, por intermédio de análise bibliográfica, etnográfica e documental. O queijo Kochkäse, artesanalmente produzido por agricultores familiares do Vale do Itajaí, SC, com leite cru, de acordo com o método tradicional transmitido pelos ancestrais germânicos, não pode ser comercializado ante a proibição legal. A lei não respeita a condição sociocultural do agricultor familiar e não contempla o modo de saber fazer. Falta à norma jurídica a eficácia e adequação à realidade do agricultor familiar. A antropologia do direito vem em auxílio, objetivando acabar com a lacuna existente, tentando adaptar a lei à verdadeira situação sociocultural do agricultor familiar.

**PALAVRAS - CHAVE:** Eficácia e Adequação da Lei; Kochkäse: Agricultores Familiares; Vale do Itajaí - Santa Catarina.

### THE NEED FOR EFFECTIVENESS AND ADEQUACY OF LEGAL STANDARDS IN RELATION TO FAMILY FARMERS - THE CASE OF KOCHKÄSE IN ITAJAÍ VALLEY(SC)

**ABSTRACT:** This article aims to verify the adequacy and effectiveness of the law in relation to family farmers, analyzing the case of Kochkäse in Vale do Itajaí, SC, through bibliographic, ethnographic and documentary analysis. Kochkäse cheese, handcrafted by family farmers in the Vale do Itajaí, SC, with raw milk, according to the traditional method transmitted by Germanic ancestors, cannot be marketed under the legal prohibition. The law does not respect the socio-cultural condition of the family farmer and doesn't contemplate the way of knowing how to do it. The legal standard lacks the effectiveness and adequacy to the reality of the family farmer. The anthropology of law comes to the aid, aiming to close the existing gap, trying to adapt the law to the true socio-cultural situation of the family farmer.

**KEYWORDS:** Effectiveness and Adequacy of the Law; Kochkäse: Family Farmers; Vale do Itajaí - Santa Catarina.

### **INTRODUÇÃO**

O objetivo deste artigo é analisar a adequação e eficácia da lei que rege a produção e comercialização do queijo *Kochkäse*, face à consideração dos aspectos socioculturais presentes no contexto de sua produção por parte dos agricultores familiares, do Vale do

Itajaí, Santa Catarina, por intermédio de análise bibliográfica, etnográfica e documental.

Considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural, conforme disposto no artigo 3º, da Lei 11.326 de 24 de julho de 2006, aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais; II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; III - tenha renda familiar predominantemente originada de atividades econômicas vinculadas ao próprio estabelecimento ou empreendimento; IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família (BRASIL, 2006).

Segundo dados do Censo Agropecuário de 2006, fornecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, 84,4% do total dos estabelecimentos agropecuários brasileiros pertencem a grupos familiares. São aproximadamente 4,4 milhões de estabelecimentos, sendo que a metade deles está na Região Nordeste. De acordo com o estudo, a agricultura familiar constitui a base econômica de 90% dos municípios brasileiros com até 20 mil habitantes; responde por 35% do produto interno bruto nacional; e absorve 40% da população economicamente ativa do país. Ainda segundo o Censo, a agricultura familiar produz 87% da mandioca, 70% do feijão, 46% do milho, 38% do café, 34% do arroz e 21% do trigo do Brasil. Na pecuária, é responsável por 60% da produção de leite, além de 59% do rebanho suíno, 50% das aves e 30% dos bovinos do país (SECRETARIA ESPECIAL DE AGRICULTURA FAMILIAR E DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO, 2016).

No sul do país, estabelecimentos familiares ocupam 90,5% dos estabelecimentos totais, 43,8% da área e respondem por 57% do valor bruto da produção. Além da característica econômica, a agricultura familiar apresenta ainda uma grande capacidade de distribuição de renda, quer seja pela remuneração da própria atividade quer seja pela capacidade de geração de trabalho, em que contribui com 76,9% do pessoal ocupado nas atividades agropecuárias do país (ABDALA, SANTOS, 2007).

A localização e a implantação de novas atividades econômicas numa região podem elevar os seus níveis de produção, de renda e de emprego (HADDAD, 1989). A concepção de desenvolvimento regional passa obrigatoriamente por aspectos de geração e distribuição de riquezas, valorização do capital humano e socialização da produção. A atividade econômica constitui um fator social promotor de desenvolvimento, uma vez que confere ao trabalhador a autoestima, a capacidade de consumo e possibilidade de satisfação de necessidades complementares, principalmente a educação. Assim a Pequena Produção Rural e a Agricultura Familiar estão diretamente associadas ao desenvolvimento regional (NAVARRO, 2001).

Há, sobretudo, a questão cultural, em que o agricultor tem um forte vínculo e uma relação de afetividade com a terra, em razão da tradição familiar. A agricultura familiar em uma perspectiva de produção para o mercado não significa em si uma modernização no plano dos valores, ou seja, o agricultor pode produzir para o mercado com o intuito de se

manter no campo observando a terra como um patrimônio da família, sendo assim, esse agricultor está ligado a terra na medida em que ela expressa o valor família (WOORTMANN, 1990).

A grande questão é que o agricultor familiar enfrenta várias dificuldades para registrar seus produtos e legalizar suas atividades. Há pouca informação quanto às exigências das normas sanitárias e quase nenhum capital para adequar seus estabelecimentos às exigências legais. A legislação referente à produção e comercialização de alimentos pelo agricultor familiar, no Brasil, é ampla. Observa-se, todavia, séria dificuldade da adequação da lei à realidade social dos receptores destas normas jurídicas, impedindo sua eficácia - situação claramente visualizada no caso do Kochkäse.

No Vale do Itajaí, e em outras localidades de Santa Catarina (em pelo menos 16 Municípios), há cerca de 160 anos, centenas de famílias e pequenos produtores rurais produzem o Kochkäse, queijo típico tradicional de origem germânica, cuja receita e modo de fazer foram trazidos pelos primeiros colonizadores da região (SILVA, 2014). Essas famílias o utilizam como fonte de renda e subsistência, contribuindo para a permanência dessas pessoas no meio rural. Ademais, com o assalariamento de membros dessas famílias na indústria que se instalou na região, houve um total declínio da bacia leiteira devido ao fato do produtor não dispor mais de tempo para cuidar do gado leiteiro, sendo a produção do Kochkäse e sua comercialização a garantia da sua continuidade (SILVA, 2014) permite que um número maior de agricultores se mantenha no campo, impedindo a migração desses agricultores para as cidades e garantindo a segurança alimentar. Esta saída vem promovendo o inchamento irregular das cidades, com elevado nível de desemprego.

Ocorre que, por ser produzido a partir de leite cru e comercializado tão logo esteja pronto, o Kochkäse está à margem da legislação, muito embora tenha sido reconhecido na cidade de Blumenau como patrimônio cultural imaterial do Município (Lei Municipal de n. 8192/2015). A lei proíbe sua comercialização, o que motivou estudos junto aos produtores locais para resolver à problemática, além de estabelecer sua característica singular, e seu modo de fazer único (SILVA, 2014), diferenciando-o dos demais queijos artesanais. Além da grande importância econômica, a produção do Kochkäse de forma artesanal tem um forte apelo histórico e cultural que se reflete diretamente no turismo da região.

A possibilidade de legalização da comercialização na região do Vale do Itajaí, a um passo da certificação geográfica do referido queijo, representa, sem dúvida, significativo incremento ao turismo. A pasteurização do leite, a fim de atender exigências que se distanciam da realidade do agricultor familiar, é a decretação da impossibilidade de trabalho do homem do campo.

A preservação do saber-fazer contribui largamente para o desenvolvimento sustentável do Vale do Itajaí, porquanto valoriza a matéria prima (o leite) e agrega valor à produção, preservando os recursos naturais, já que há, até mesmo, economia energética. Nos últimos anos, no Brasil, há um esforço concentrado, desde o Governo Federal, os

Governos Estaduais e Municipais, além de órgãos de assistência técnica, universidades e ONGs, para a valorização dos produtos artesanais, sendo o queijo um dos que mais tem recebido atenção. Considerando que a produção e comercialização do queijo artesanal Kochkäse, produto típico do Vale do Itajaí, respeitando o seu modo originário de fazer, é de extrema importância para a Região do Vale do Itajaí (SC), visando o desenvolvimento regional em todos os seus aspectos (culturais, econômicos, turísticos e ambientais), a lei deve atender o anseio da população. Neste sentido, o estudo sociocultural é fundamental para a adequação e eficácia da legislação aplicada ao agricultor familiar. Sob este aspecto está sendo de grande valia a discussão trazida pela Antropologia Jurídica.

### **O direito dos agricultores é um fenômeno inerente a eles**

Direito é um fenômeno de origem natural que está diretamente associado ao relacionamento de seres vivos com interesses conflitantes. Estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem (BOBBIO, 1995). Ocorre que há cerca de 12 mil anos, a espécie humana inicia um ciclo evolutivo contínuo rumo à construção das primeiras civilizações, tornando a vida mais sedentária, em que aos poucos os homens vão deixando de colher alimentos para produzi-los. O desenvolvimento da agricultura e a domesticação dos animais fixam os homens no território, gerando um crescimento demográfico dos grupos, aumentando a complexidade da vida. Há quase 7 (sete) mil anos surgem os primeiros vestígios da escrita. O sedentarismo e o crescimento demográfico somado funcionaram como catalisadores de conflitos, ocorrendo a primeira explosão de conflituosidade social de nossa espécie (AGUIAR; MACIEL, 2007).

Em seguida, esses grupos criam aldeias que viram cidades, logo surgindo também os primeiros Estados, com a finalidade primordial de manter o controle social. Os governantes de algumas cidades expandem seus domínios, conquistando outras e formando grandes impérios. O direito adquire papel fundamental, estabelecendo regras que reconhecem a propriedade privada, consagrando as diferenças sociais, regulando os contratos e permitindo a sucessão de bens. Nos impérios, as regras jurídicas delimitam os direitos dos conquistados e, principalmente, seus deveres, como o pagamento de tributos (PEDROSA, 2006).

Entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio, a lei surgiu naturalmente como parte da religião (COULANGES, 2002). O Direito, em sua gênese, possuía aspectos que o assinalavam como algo estagnado, sendo que aos “operadores do direito” era vedada a utilização de meios e instrumentos que possibilitassem uma inovação no ordenamento, com a finalidade de ajustá-lo à realidade. Entretanto, ao longo da história, diante das necessidades sociais que se apresentaram o Direito, composto pelo conjunto de leis, evoluiu a fim de atender as modificações sociais.

Durante este processo evolutivo, uma das características que mais se destaca é a

mutabilidade resultante da relação de interdependência mantida com a sociedade, refletida pelo brocardo jurídico “ubi societas, ibi jus” (onde está a sociedade, está o Direito). A sociedade, portanto, passa a ser elemento determinante da legislação, em substituição à religião, estabelecendo quais características devem estar implícitas na redação das normas, acrescendo uma valoração de sentimentos ao texto das leis. Isso é fundamental, para que o binômio Direito-sociedade possa manter a harmonia indispensável para a paz social e, por conseguinte, tutelar bens indisponíveis de crucial importância (COULANGES, 2002).

O direito, surgido na pré-história, adquire novos contornos neste início da história. Da necessidade de codificar o direito nasce a lei. A Lei (do verbo latino *ligare*, que significa “aquilo que liga”, ou *legere*, que significa “aquel que se lê”) é o conjunto de normas e escritas, baseadas na experiência das relações humanas, que servem para ligar os fatos ou os acontecimentos ao direito, em ordem à paz social (de modo a garantir ou mostrar os direitos das partes, e, assim, atingir a igualdade e a liberdade entre os cidadãos) (MONTEIRO, 2003).

A lei, em sentido jurídico, é um texto oficial, que abarca um conjunto de normas, ditadas pelo poder constituído (Poder Legislativo), que integra a organização do Estado, e sua elaboração é disciplinada por norma constitucional, derivada do poder originário (todo poder emana do povo) e o Estado garante sua execução compulsória (coativa). Grande é a importância da lei no Estado de Direito (DINIZ, 1999). Mas, antes de tudo, a lei

é um resultado da realidade social. Ela emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinados a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações, o complexo de seus conceitos éticos e finalísticos (MIRANDA ROSA apud HERKENNHOFF, 1993 p.20).

O direito de manter vivo e preservar o modo de saber-fazer tradicional e originariamente trazido pelos ancestrais germânicos do agricultor familiar do Vale do Itajaí é inerente ao mesmo. A codificação deste direito, transformando-o em lei que harmonize e conte com os anseios do agricultor familiar preservando sua condição sociocultural é o desafio a ser vencido, com o estudo da antropologia do direito e com um processo legislativo em consonância com as necessidades do grupo destinatário da lei.

## **Da importância do processo legislativo para a criação de normas adequadas e eficazes**

Processo Legislativo “é o conjunto de atos realizados pelos órgãos legislativos, visando à formação das leis constitucionais, complementares, resoluções e decretos legislativos” (SILVA, 2013, p.528). A expressão processo legislativo “compreende o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) realizados pelos órgãos competentes na produção das leis e outras espécies normativas indicadas

diretamente pela Constituição” (PAULO, 2007, p. 277). Esse conjunto de atos são as fases do processo legislativo.

Segundo o jurista Alexandre de Moraes, a expressão “processo legislativo” tem dois significados: um jurídico e outro sociológico. Juridicamente, trata-se do conjunto coordenado de disposições que regem o procedimento a ser seguido pelo órgão competente na produção das leis e atos normativos que derivam imediatamente da Constituição. Sob o ponto de vista sociológico, define-o como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercerem sua tarefa. Portanto, o processo legislativo não se limita a seguir o procedimento de elaboração da norma, mas também de identificar a necessidade de sua elaboração e, diríamos mais, mensurar o seu impacto na realidade fática. Estes últimos aspectos são ainda muito pouco estudados no Brasil, apesar de sua grande relevância (MORAES, 2016).

Assim, não basta apenas a legalidade do procedimento de elaboração das normas e o controle de constitucionalidade. É preciso ir além disto: é necessário verificar se o ato legislativo era adequado e, em sendo, em que medida atendeu o escopo buscado, onde falhou e o porquê da falha. De nada adianta a edição de inúmeras leis se estas não têm condições fáticas de serem operacionalizadas ou não despertam o cumprimento espontâneo por parte do cidadão. Em suma, o ordenamento jurídico não se contenta mais com a simples edição de normas, mas a edição de normas com qualidade. Entenda-se a qualidade como a lei que é adequada ao escopo buscado pelo legislador, de modo que é capaz de atender uma necessidade social e que tenha condições de ser empiricamente aplicada de forma eficaz (URBANO, 2014).

“Antes de redigir a lei, é preciso pensá-la” (DELLEY, 2004, p.101). Segundo Delley (2004), para que se legisle com qualidade, satisfazendo a necessidade social identificada de forma eficiente, o procedimento legislativo deve ser dividido em etapas: a) definição do problema; b) determinação dos objetivos; c) estabelecimento de cenários alternativos; d) escolha das soluções; e) avaliação prospectiva; f) execução; e g) avaliação retrospectiva. Todas essas etapas interagem entre si e devem ser pensadas conjuntamente e não de maneira isolada e indiferente às demais. A identificação do problema é o fato social que leva o Congresso a legislar. A partir de demandas e reivindicações de grupos sociais que são veiculadas pela sociedade civil organizada, indivíduos com notoriedade, partidos políticos ou a mídia, formula-se um problema que chega ao legislador. Acontece que, essa etapa não é tão simples como parece, uma vez que se deve considerar que os diversos grupos de interesses possuem representações mais ou menos disparem entre si. “A participação popular se insere como questão típica do pensamento problemático” (SOARES, 2003, p.29).

A participação popular também é imperiosa para a aceitação e cumprimento da lei, uma vez que propicia um maior fluxo de informações para o legislador, criando espaço de discussão privilegiado (SOARES, 2003).

Algumas reivindicações de grupos sociais podem chegar ou não, com mais ou menos intensidade, ao Legislador, e outras tantas demandas, principalmente aquelas relacionadas com fatos científicos e da natureza, podem levar muito tempo para serem identificadas. O autor Peter Noll, em 1973, mencionado por Jean-Daniel Delley, na obra *Gesetzgebungslehre*, propôs a criação de um órgão interno aos Parlamentos, que teria por tarefa detectar e avaliar as necessidades sociais, mesmo que ainda não formuladas por um grupo de interesses (tais como aquelas relacionadas com fenômenos da natureza), que demandariam atuação do Poder Legislativo, com intervenção regulatória. Órgãos dessa espécie existem nos Estados Unidos e na União Europeia (DELLEY, 2004). O Direito possui uma dimensão cultural e exatamente por essa razão deve-se instituir meios para “conhecer as necessidades da sociedade sobre a qual atua” (SOARES, 2003, p.56).

O distanciamento entre o aparato estatal responsável por legislar e a população exclui o acesso daquele a um “rico e potencial repertório de normas” (SOARES, 2003, p. 29). Órgãos dessa natureza têm, portanto, por escopo explorar esse rico repertório de possíveis normas que precisam ser editadas para atender a determinadas demandas sociais. Às vezes o legislador é levado a atuar sem antes previamente identificar o problema que exija a sua ação, mas atua mais por uma questão de entender que a legislação está obsoleta. Atuar, nessa situação, sem amparo de uma avaliação da eficácia da lei e sem saber das reais necessidades sociais, pode acarretar problemas, o que será objeto de estudo das leis em particular. (DELLEY, 2004). O que efetivamente tem que ocorrer é a distinção entre a descrição (ser) e a avaliação (dever-ser), ou seja, um confronto entre a situação atual e a situação ideal que se almeja, baseado nos valores perseguidos pela sociedade (KELSEN, 1979).

O Decreto Federal 9.191 de 1º de dezembro de 2017, estabelece as normas e as diretrizes para a elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Em seu anexo, a referida Lei traz “questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo”, tais como: porque e quando a lei é necessária, como torná-la efetiva, o que a lei pode assegurar de fato, até onde o legislador pode ir e como elaborar a lei. Tratam-se de perguntas bastante complexas que transcendem a seara jurídica e integram outros campos do saber. O modelo de questionário foi inspirado pelo jurista alemão Klaus Meßerschmidt (MESSERSCHMIDT, 2008). Seria muito importante que o Poder Legislativo Federal Brasileiro, efetivamente observasse o referido “anexo” à lei mencionada, com suas respectivas adaptações, tendo em vista que atualmente não existe protocolo ou normatização a seguir na identificação de problemas que gerarão impulsos legislativos.

Dentro da etapa de identificação do problema que originará a lei é necessário também verificar suas causas e se elas podem ser resolvidas por outros meios, que não dependem de uma intervenção normativa do Parlamento. Em suma, a identificação do

problema consiste: (i) no impulso que chama o interesse do legislador e que deve ser relativizado ao longo de sua análise, para verificar que não existe problema ou ainda deixar-se aberta a opção de não se intervir, buscando-se soluções alternativas; (ii) o legislador é autônomo para formular seu entendimento a respeito do problema, devendo levar em conta as pressões e reivindicações de grupos como parte de um contexto maior; (iii) a análise do problema não se limita à matéria posta a seu alcance, deve-se verificar se é necessária uma intervenção maior, para abranger o contexto daquela questão, inclusive, verificando se já existem leis ou outros atos normativos a respeito do assunto e como estes estão sendo aplicados (DELLEY, 2004).

Gilmar Ferreira Mendes afirma que,

embora a atividade legislativa seja relevante e, praticamente, não encontre limites para a edição de normas, ela é norteada pelo princípio da necessidade e, portanto, possui caráter subsidiário. A promulgação de leis supérfluas ou iterativas, no seu entender, seria verdadeiro abuso do poder de legislar. (MENDES, 2007, p.3).

Identificado o problema é preciso traçar uma estratégia de ação para atender aos objetivos daí decorrentes. Por se tratar o processo legislativo de instrumento para atingir fins, é muito importante definir quais os objetivos que se quer alcançar com o ato normativo, pois “o Direito não existe em si mesmo, mas em função da perseguição de certas finalidades” (DELLEY, 2004, p.116). Para que isso ocorra, o legislador deve ter muito claro qual a situação desejável. Não é tarefa fácil traçar o cenário ideal, pois muitos interesses em conflito estão envolvidos em cada situação. O que pode parecer a melhor hipótese para um grupo pode não o sé-la para outro. Os fins para os quais a lei deverá ser editada transcendem a ótica particularista para partir para uma visão de Estado e de interesse público. Cabe ao legislador ponderar tais situações na elaboração do ato normativo, verificando quando a medida é necessária, formulando um verdadeiro sistema de objetos e fins e a relação de interdependência entre eles (DELLEY, 2004).

O legislador, em relação à sociedade, deve observar o princípio da celeridade, pois os acontecimentos da vida social são mais rápidos que o acompanhamento que é feito deles pelo Poder Público. Em virtude disso, seria desejável que o Poder Legislativo dispusesse de instrumentos mais céleres para acompanhar as mudanças, tais quais a adoção de legislações experimentais, dados e métodos estatísticos ou métodos de simulação da lei antes de implantá-la (DELLEY, 2004). Depois de editada a norma, é preciso que o Poder Legislativo acompanhe sua execução, sua implementação e avalie de forma crítica, com o tempo, se os objetivos colimados estão sendo cumpridos e a lei aproxima-se de sua finalidade, o que não tem ocorrido no Brasil (DELLEY, 2004).

A avaliação retrospectiva da lei envolve também a aceitação da lei por aqueles que constituem seus alvos. É função do Parlamento verificar se as pessoas às quais dirigem as disposições legais estão, de qual maneira, agindo em conformidade com suas prescrições.

Se não o estiverem, é preciso verificar quais medidas estão sendo adotadas para alterar essa situação (campanhas educativas, medidas coercitivas, etc.) e o porquê do problema. Ulrich Karpen aponta que para a boa implementação da lei é necessário que as pessoas a conheçam, a compreendam e ainda que lhe sejam “leais”. Esta última circunstância diz respeito à vontade de as pessoas seguirem as regras impostas (KARPEN, 1999).

É imperioso que o legislador faça controle do impacto efetivo da lei na sociedade, para verificar se ela atende aos objetivos propostos com vistas a atingir o fim para o qual foi criada. Entretanto, para contemplar as necessidades sociais, a lei deve ter eficácia e adequação. A eficácia se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (Anerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento (REALE, 2002). Já a adequação é capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador (adequação interna) ou quando os objetivos do legislador e os resultados obtidos através da aplicação da norma são avaliados segundo critérios de “justiça” (adequação externa). Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicitar a necessidade de adequação da técnica às diferenças de direito substancial (MARINONI, 2003).

Atualmente, tem se percebido que criar normas que não tenham efetividade, só se destina ao aumento de legislação inócuia que enfraquece o poder legislativo. Sobre o tema, menciona Luís Roberto Barroso:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremendo-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania (BARROSO, 2006, p. 76).

A eficácia e a adequação da lei dependem especialmente de um estudo da condição sociocultural dos destinatários da lei.

## A necessidade da aplicação da antropologia jurídica e o estudo da questão sociocultural da lei para a criação de normas adequadas e eficazes

“Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus” (ULPIANO, Corpus Iuris Civilis). Onde existe o homem, há sociedade; onde existe sociedade, há Direito. A fim de materializar o direito nasce a lei. A lei é a instrumentalização do Direito. Para sua criação, a lei passa pelo processo legislativo. Porém, o processo legislativo considera as questões socioculturais do receptor da lei? A Antropologia do Direito busca identificar, classificar e analisar as formas como se organiza o “campo” jurídico. A Antropologia do Direito se ocupa das regras executáveis, ou seja, o aspecto legal ou normativo das sociedades, abrangendo também a questão da justiça, como elementos que interagem na organização social e cultural, formulando e discutindo os fatores culturais e sociais que os operadores do direito desenvolvem durante os processos legais (ALVES, 2012). A antropologia do direito avançou com a pesquisa de campo proposta pelos cientistas que puseram de lado discussões teóricas sem base na observação e sistematização de dados empíricos (DAVIS, 1973).

O jurista alemão Rudolf Von Ihering (1818-1892), doutor pela Universidade de Berlin, convidado para lecionar em Leipzig e em Heidelberg, proferiu conferência em Viena, na Áustria, em 1872, sob o título de *A Luta pela Direito- Der Kampf um's Recht*, em que defendia a busca pela “mens legis”, ou seja, procurar o pensamento da lei na alma do seu autor (SOSA WAGNER, 2005). A antropologia do direito contribui para a compreensão da mens legis. Entretanto, nem sempre a “alma da lei” está em consonância com a cultura e com as necessidades dos destinatários das leis.

Dentro do processo legislativo brasileiro, ao se propor uma lei, através de um projeto, este é submetido às Comissões Parlamentares, permanentes ou temporárias, que estudam os dados, antecedentes, circunstâncias e conveniência do projeto, que irá orientar o Plenário na apreciação da matéria. Basicamente, as comissões parlamentares têm funções legislativas e fiscalizadoras, no sentido de verificar se a propositura da lei não é inconstitucional. Entretanto, mesmo havendo discussões sobre os temas objeto das leis nas casas legislativas, não se verifica um estudo sociocultural do ambiente que recepcionará a lei. Este fato faz com que a lei em vigor não seja adequada e muito menos eficaz em diversas situações sociais.

A sociedade brasileira é complexa, verificando-se uma nítida separação entre o Estado, que impõe normas sofisticadas e divorciadas do cotidiano dos cidadãos, e a sociedade que as recebe com a obrigação de cumprí-las.

Enquanto o jurista privilegia o exame de princípios gerais para avaliar aqueles que melhor iluminam a causa em questão, de modo a viabilizar uma solução imparcial, ou seja, não arbitrária, o antropólogo procura esmiuçar os sentidos das práticas e dos saberes locais, indagando se a singularidade da situação etnográfica pesquisada tem algo a nos dizer sobre o universal, em favor de uma interpretação não etnocêntrica e, portanto, também não arbitrária.

(...)

Nessa direção, os trabalhos antropológicos podem se tornar fonte de inspiração e apoio para os operadores em diferentes frentes, entre os quais os direitos do consumidor e de outras “minorias” dependentes de noções de cidadania e de arquitetura político-institucional republicana mais condizentes com as transformações do mundo globalizado, em que o respeito à diferença se consolidou (OLIVEIRA, GROSSI, RIBEIRO, 2012, p. 12).

A antropóloga Margarida Maria Moura (1988), ao tratar sobre os camponeses, menciona como exemplo o sentido da herança, e o quanto difere da concepção legalista do direito civil. A herança da terra para o camponês visa garantir a continuação da agricultura familiar:

O entrelaçamento tenso de dois códigos, o civil e o local, não é o resultado de um passado que insiste em coexistir com um presente e, sim, a evidência de que heranças camponesas podem forçar uma lógica própria, ao mesmo tempo que códigos nacionais tentam impor, mais ou menos violentamente, suas próprias regras do jogo pela História afora. É neste sentido que se pode afirmar que o campesinato não é a sobrevivência de um passado; ele não deve ser visto como produto de uma evolução mal conduzida e mal acabada (MOURA, 1988, p.54).

Sobre o distanciamento da lei em relação à cultura dos camponeses, segue a ilustre autora:

O caráter de obrigação e de lei está ligado à natureza prescritiva que certas exigências assumem pela força do código civil, de regulamentações de entidades federais, estaduais e municipais. Mas o caráter negativo da frase também reflete a ideologia que emana do mercado livre de compra e venda de terra, o qual predomina na sociedade brasileira desde a regulamentação da lei de terras de 1850, consequência e condição da lógica capitalista.

As leis parecem sempre colocar os camponeses entre dois fogos, ou, em situações mais críticas de opressão, no fogo. A força da lei está no cerne de constantes conflitos entre o campesinato e as classes ou o sistema que o subordina de alguma forma, seja convivência conflitiva de antigos códigos costumeiros que regulam a existência camponesa na família, no trabalho e na terra e que ficam em aberta contradição com os códigos nacionais, seja pela constante procura de novas saídas para pressões sofridas pela vigência de leis do Estado ou de concepções divergentes do que seja o direito e a justiça. Nas regras de herança ficou patente este descompasso permanente, mas há outros planos de sua vida social em que está se exprime com muita clareza (MOURA, 2018, p.56).

No Vale do Itajaí, região de Colonização Alemã, é possível vislumbrar o distanciamento da lei em relação à situação sociocultural dos agricultores com muita clareza. A professora Giralda Seyferth discorre sobre o tema:

Na maior parte dos casos, a propriedade dos pais ficava com um dos filhos (geralmente o mais moço) que tinha a obrigação de cuidar dos pais quando estes atingissem idade mais avançada. Essa alternativa – chamada Minorat – manteve a estrutura familiar do camponês alemão. Também essa alternativa de herança fazia com que toda a poupança dos pais revertesse em compra de novas terras, a fim de garantir uma propriedade para os demais filhos. Uma variação desse sistema é a compra da propriedade paterna por um dos filhos, que paga aos irmãos o valor da parcela correspondente a cada um. Esse arranjo foi em decorrência da legislação brasileira que determinava a partilha, no espólio, entre todos os filhos de um casal (SEYFERTH, 1974, p.81).

De acordo com Frédéric Bastiat, escritor austríaco, “a missão da lei não é oprimir pessoas ou despojá-las de suas propriedades, ainda que seja para fins filantrópicos. Seu objetivo é proteger as pessoas e a propriedade” (BASTIAT, 1987, p. 53). A proteção à pessoa, ao cidadão, prevê o respeito que se deve ter por sua cultura e forma de interagir em sociedade. A vida cultural neste caso deve ser entendida como o conjunto de práticas e atitudes que têm uma incidência sobre a capacidade do homem de se expressar, de se situar no mundo, de criar seu entorno e de se comunicar. Na dimensão antropológica, a cultura se produz através da interação social dos indivíduos, que elaboram seus modos de pensar e sentir constroem seus valores, manejam suas identidades e diferenças e estabelecem suas rotinas (DE CERTEAU, 1994).

Todo esse cenário acima descrito influi de forma direta na aplicação da norma jurídica. O desenvolvimento da economia no Vale do Itajaí (SC), por exemplo, obedeceu a dinâmica interna própria (HERING, 1987), porém a lei não deu atenção à característica peculiar dos queijeiros artesanais, agricultores familiares da região.

A pesquisa da condição antropológica e o estudo sociocultural dessa situação é fundamental para a adequação e eficácia da legislação aplicada ao agricultor familiar.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É preciso ter a amplitude e compreensão dos problemas enfrentados pelos Agricultores Familiares, tarefa desempenhada pela antropologia, quanto à produção e comercialização de produtos artesanais, em especial aquele vivenciado em relação ao Kochkäse, no Vale do Itajaí, para identificar no processo legislativo, a lacuna a ser suprida, na tentativa de harmonização da legislação aplicada ao tema, a fim de que se torne eficaz e adequada às necessidades dos agricultores familiares, preservando, sobretudo, o modo de saber fazer, impedindo o inchaço das cidades e incentivando o crescimento da bacia leiteira e a produção de alimentos ecologicamente correta.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo M. Ensaio & Notas. **Objetos da antropologia jurídica**, 2012. Disponível em: <https://ensaiosenotas.com/2012/11/19/objetos-da-antropologia-juridica/>. Acessado em 03 mar.2019

ARANTES, Antonio A. "Patrimônio Cultural". In: **A de Antropologia & Direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Coordenação geral de Antônio Carlos de Souza Lima. Rio de Janeiro: Brasília, 2012

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar. abr. mai. 2007

BARROSO, Luís Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2.ed. v. 3, p. 76.

BASTIAT, Fréderic. **A lei**. Rio de Janeiro, José Olympio: Instituto Liberal. 1987, p.53.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. SP. Ícone 1995. p. 63.

BRASIL. **Manual de Redação**. Brasília: Câmara dos Deputados. 2004.

BRASIL. **Lei Federal 11.326, de 24 de julho de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm). Acessado em:03 mar.2019.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: Estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e Roma. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Curitiba: Hemus, 2002.

DAVIS, Shelton Davis. **Antropologia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

DE CERTEAU, M. de. **A invenção do cotidiano**. Petrópolis, Rio de Janeiro, Vozes, 1994.

DEFLEM, Mathew. Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition. Cambridge: Cambridge University, 2008. Press. doi:10.1017/CBO9780511815546.

DELLEY, Jean-Daniel. **Pensar as leis**. Introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan. jun. 2004, 101-143 p.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 42-43.

HERING, Maria Luiza Renaux. **Colonização e Indústria no Vale do Itajaí**: o Modelo Catarinense de Desenvolvimento. Blumenau: Editora da FURB, 1987.

KARPEN, Ulrich. **Less quantity-more quality**. Some comparative aspects of science and art of legislation in European countries. In: MORAND, Charles-Albert (Org.). *Légistique formelle et matérielle*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille-PUAM, 1999, p. 319-330.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 304.

MENDES, Gilmar Ferreira; et al. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set. out. nov., 2007, p.3.

MESSERSCHMIDT, Klaus. **Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik: Entwicklungstendenzen der Legisprudenz**. Zeitschrift für das Juristische Studium, mar. 2008. Disponível em: [www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com). Acessado em: 10 mar. 2019

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 10. ed. São Paulo: Hucitec, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 1 : parte geral. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. - São Paulo: Saraiva, 2003.

MOURA, Margarida Maria. **Camponeses**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1988, p.54-56.

OLIVEIRA, Luís Roberto; GROSSI, Miriam Pillar; RIBEIRO, Gustavo Lins. Apresentação. In: **A de Antropologia & Direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Coordenação geral de Antônio Carlos de Souza Lima. Rio de Janeiro: Brasília, 2012, p.12.

PAULO, Vicente. Aulas de direito constitucional. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 26. ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

SCHIOCHET, Valmor; STOCK, Andrei, PIONTKEWICZ, Simone Caroline. **Programas Governamentais e Manutenção da Agricultura Familiar**: O Território Rural do Alto Vale do Itajaí. Revista NECAT, Ano 6, n. 11, Jan-Jun de 2017.

SECRETARIA ESPECIAL DE AGRICULTURA FAMILIAR E DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO. **Agricultura Familiar**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/o-que-%C3%A9-agricultura-familiar>. Acesso em: 21 nov. 2018.

SEYFERTH, Giralda. **A Colonização Alemã no Vale do Itajaí-Mirim – Um estudo de desenvolvimento econômico**. Porto Alegre: Movimento, 1974.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Marilda Checcucci Gonçalves da. **Comida boa para pensar**: a alimentação de imigração alemã em Blumenau (SC). In: Alícia Norma González de Castells, Jeana Laura da Cunha Santos. (Org.). Patrimônio cultural e seus campos. 1ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2014, v. 1, p. 113-214.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação**: Produção e Conhecimento da Lei na Idade Tecnológica. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 29.

SOSA WAGNER, Francisco. **Maestros Alemanes del Derecho** Público. Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 143.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. **Processo Legislativo e qualidade das leis**: Análise de três casos brasileiros. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 1, n. 1, 2014, p.123-157.

WOORTMANN, K. **Com parente não se neguceia**. O campesinato como ordem moral. Brasília: Editora Universitária de Brasília: Tempo Brasileiro, 1990. (Anuário Antropológico/87).

# CAPÍTULO 25

## EMPRESA SIMPLES DE CRÉDITO – INOVAÇÃO NO MERCADO DE CRÉDITO

Data de aceite: 01/06/2021

Data da submissão: 05/05/2021

### Rafael Monteiro Teixeira

Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Doutorando pela Universidade Estadual Paulista – Unesp Botucatu – São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/8731544180050503>

### Laura Donato Dallaqua

Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Botucatu, Graduada em Administração de empresas pela Instituição UNICESUMAR Botucatu – São Paulo  
<http://lattes.cnpq.br/6300211390433432>

**RESUMO:** Ao organizar a ordem econômica e financeira de acordo com o modelo capitalista, o legislador constitucional estabeleceu a livre iniciativa como fundamento da república no artigo 1º, IV e como princípio da atividade econômica no artigo 170. Como bem explicita Fabio Coelho Ulhoa, a livre iniciativa se estende por condições fundamentais para o desempenho eficaz do modo de produção capitalista, quais sejam, a necessidade da existência de empresas privadas para que a sociedade tenha acesso aos bens e serviços de que necessita para sobreviver, a busca do lucro como principal motivação para os particulares e a necessidade de proteção jurídica para o investimento privado. Não obstante as disposições constitucionais acerca do incentivo às atividades econômicas particulares, os

empreendedores enfrentam notórias dificuldades na obtenção de crédito, especialmente quando estão no início de suas atividades. Nesse cenário é fundamental a divulgação e ampliação do conhecimento dos empreendedores acerca da Empresa Simples de Crédito regulada pela Lei Complementar 167/19. Referida empresa atua exclusivamente no município de sua sede, bem como nos municípios limítrofes, tem por escopo operações de concessão de crédito, financiamentos e descontos de títulos de crédito, cujos valores e taxas remuneratórias são livremente pactuadas entre as partes, visando oferecer melhores condições negociais do que as encontradas no sistema bancário tradicionais. Referidas operações são efetuadas com recursos próprios e destinadas a atender um público específico, descrito de forma taxativa no dispositivo legal, os microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pela Lei complementar 123/2006. Assim, verifica-se que a Empresa Simples de Crédito é uma ferramenta muito importante para que os empreendedores tenham linhas de créditos mais acessíveis e desburocratizadas, viabilizando investimentos em inovação, ampliação e desenvolvimento de suas atividades.

**PALAVRAS - CHAVE:** Empresa Simples de Crédito, Micro e pequenas empresas; Inovação no mercado de crédito; Direito Empresarial.

SIMPLE CREDIT COMPANY -  
INNOVATION IN THE CREDIT MARKET

**ABSTRACT:** When organizing the economic

and financial order according to the capitalist model, the constitutional legislator established free initiative as the foundation of the republic in article 1, IV and as a principle of economic activity in article 170. As Fabio Coelho Ulhoa clearly explains, the free initiative extends to fundamental conditions for the effective performance of the capitalist mode of production, namely, the necessity for private companies so that society has access to the goods and services it needs to survive, the pursuit of profit as the main motivation for individuals and the need for legal protection for private investment. Notwithstanding the constitutional provisions regarding the incentive to private economic activities, entrepreneurs face notable difficulties in obtaining credit, especially when they are at the beginning of their activities. In this scenario, it is essential to disseminate and expand the knowledge of entrepreneurs about the Simple Credit Company regulated by Complementary Law 167/19. The referred company operates exclusively in the municipality where it is headquartered, as well as in neighboring municipalities, its scope is operations for granting credit, financing and discounting credit titles, whose remuneration values and rates are freely agreed between the parties, aiming to offer better business conditions than those found in the traditional banking system. These Companies are carried out with their own resources and aimed at serving a specific audience, described in a definitive manner in the legal provision, individual microentrepreneurs, microenterprises and small businesses, as defined by complementary Law 123/2006. Thusly, it appears that the Simple Credit Company is a very important tool for entrepreneurs to have more accessible and less bureaucratic credit lines, enabling investments in innovation, expansion and development of their activities.

**KEYWORDS:** Simple Credit Company, Micro and small companies; Credit market innovation; Business Law.

## INTRODUÇÃO

Ao organizar a ordem econômica e financeira de acordo com o modelo capitalista, o legislador constitucional estabeleceu a livre iniciativa como fundamento da república no artigo 1º, IV e como princípio da atividade econômica no artigo 170.

Como bem explicita Coelho, a livre iniciativa se estende por condições fundamentais para o desempenho eficaz do modo de produção capitalista, quais sejam, a necessidade da existência de empresas privadas para que a sociedade tenha acesso aos bens e serviços de que necessita para sobreviver, a busca do lucro como principal motivação para os particulares e a necessidade de proteção jurídica para o investimento privado.

Para atingir o objeto específico deste estudo é fundamental destacar a atenção dispensada pela Lei Maior aos pequenos empresários. O artigo 170, IX da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ainda na esteira de disposições constitucionais que favoreçam as pequenas empresas que atuem em território nacional, verifica-se o conteúdo do artigo 145, III, d, que assim dispõe:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Em complemento a preocupação constitucional com o desenvolvimento das pequenas empresas, vale lembrar das disposições contidas no artigo 179 da Constituição Federal:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Dante desse cenário e buscando a efetivação das disposições constitucionais de apoio às pequenas empresas, não são raros os esforços legislativos infraconstitucionais para o fomento desse setor da economia, sendo lícito lembrar, a título de exemplo, das normas inseridas pela Lei Complementar 123/2006, cujos benefícios são experimentados por inúmeras empresas e empresários no Brasil.

A preocupação do Estado com as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte se justifica, pois sua importância no cenário econômico brasileiro é evidente e, corroborando essa afirmativa, recente levantamento realizado pelo Sebrae aponta que elas representam 98,5% do total de empresas privadas no Brasil, respondem por 27% do PIB nacional e por 54% dos empregos formais.

Esta breve introdução tem por escopo demonstrar a importância das microempresas e empresas de pequeno porte para o desenvolvimento econômico do país e a relevância

jurídica que lhe emprestou o legislador constitucional e infraconstitucional.

## A Lei Complementar 167/2019

A Lei complementar 167/2019 cuja vigência teve início em 24 de abril de 2019 dispõe sobre a empresa simples de crédito, altera dispositivos da Lei de lavagem de dinheiro e a Lei que disciplina o regime jurídico diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte.

## A Empresa Simples de Crédito – ESC Definição e Características

O artigo 1º da LC 167/19 definiu a Empresa Simples de Crédito (ESC) como aquela de âmbito municipal ou distrital, com atuação exclusiva no município de sua sede, bem como nos municípios limítrofes, destinada a operações de crédito de empréstimo, financiamentos e descontos de títulos de crédito.

Referidas operações só podem ser efetuadas com recursos próprios e são destinadas a atender um público específico, descrito de forma taxativa no dispositivo legal, os microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pela Lei complementar 123/2006.

Fundamental destacar que o descumprimento das disposições acima transcritas configura crime, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, ou seja, o desvio de finalidade na condução da ESC, a utilização de recursos não próprios ou a contratação com empresas e empresários não definidos na norma, poderá ensejar sanções penais significativas, além de eventual reparação civil pelos prejuízos decorrentes da operação irregular.

## Forma legalmente exigida

Para iniciar uma atividade nesse segmento, o interessado deverá constituir uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, nos termos do artigo 980-A do Código Civil, constituir-se como empresário individual ou sociedade limitada, cujos titulares sejam pessoas naturais, com objeto social específico para atender às operações de crédito acima descritas.

Importante salientar, que a pessoa natural titular de uma Empresa Simples de Crédito só poderá constituir uma única empresa dessa natureza em todo território nacional sendo-lhe vedada a abertura de filiais.

## Nome empresarial e Capital

O nome empresarial deverá constar expressamente a expressão “Empresa Simples de Crédito”, sendo vedada a utilização de qualquer elemento indicativo de atividades exclusivas de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a funcionar, a exemplo da expressão “banco”.

O capital da Empresa Simples de Crédito, bem como eventuais aumentos, serão realizados em moeda nacional e as operações por ela praticadas deverão ter como limite o

capital efetivamente realizado, ou seja, a ESC não poderá emprestar, financiar ou descontar títulos cuja soma seja superior ao seu capital.

Em caso de descumprimento da regra acima descrita, como por exemplo, firmar contrato de empréstimo com valor superior ao seu capital, o titular da ESC fica sujeito a sanção penal máximo de quatro anos de reclusão.

### **Remuneração e procedimento de operação**

Algumas condições bem definidas na Lei devem ser observadas nas operações da ESC, pois sua remuneração deve decorrer exclusivamente de juros remuneratórios, sendo vedada a cobrança de quaisquer outros encargos, taxas ou tarifas.

Os contratos de empréstimo, financiamento ou desconto deverão ser formalizados em instrumentos próprios, devendo uma via ser entregue ao microempreendedor individual, à microempresa ou empresa de pequeno porte contratante de operação.

Todos os valores relativos aos contratos firmados deverão ser debitados e creditados em conta de depósito de titularidade da Empresa Simples de Crédito e do empresário ou da empresa contratante.

A cobrança de encargos não previstos na Lei, a ausência de formalização dos contratos em instrumentos próprios e a movimentação dos recursos em contas diversas ensejarão o titular da ESC às sanções penais que variam de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

Importante ferramenta oferecida pela Lei é a possibilidade da ESC utilizar-se do instituto da alienação fiduciária em garantia nos empréstimos, financiamentos e descontos que realizar. Tal fato viabiliza a cobrança de juros mais baixos na medida em que oferece maior segurança no recebimento dos valores despendidos.

A validade das operações realizadas pela ESC está condicionada ao registro delas em entidade autorizada pelo Banco Central ou pela Comissão de Valores Mobiliários, cuja competência é estabelecida no artigo 28 da Lei 12.810/13.

Referido dispositivo confere competência ao Banco Central e à CVM para autorizar e supervisionar o exercício da atividade de registro de ativos financeiros e de valores mobiliários, bem como para estabelecer as condições para o exercício da atividade prevista de autorização e supervisão inicialmente descritas.

### **Juros e sujeição da legislação empresarial**

Com relação aos juros praticados pelas operações de crédito firmadas pela ESC o legislador definiu como inaplicáveis os limites estabelecidos pela Lei de Usura, bem como os decorrentes do Código Civil.

Assim, as operações de empréstimo, financiamento e desconto realizadas pelas Empresas Simples de Crédito ficarão limitadas apenas as oscilações de mercado, do mesmo modo que as operações habitualmente existentes no país. Tal fato confere a ESC ampla liberdade na contratação dos juros remuneratórios, viabilizando um cenário de ampla

concorrência, o que certamente, favorecerá os destinatários desses recursos financeiros.

Por se tratar de atividade indiscutivelmente empresarial, o legislador conferiu de forma expressa à ESC os benefícios da legislação pertinente, afirmando sua sujeição à Lei 11.101/05 que trata da recuperação judicial, extrajudicial e da falência.

### **Deveres da Empresa Simples de Crédito**

Constitui dever inafastável da ESC a regular escrituração digital de suas operações, de acordo com a legislação comercial e fiscal, cuja transmissão dos dados deve ocorrer pelo Sistema Público de Escrituração Digital (Sped).

A ESC deve ainda, manter cadastro com a identificação completa de seus clientes, registrar todas as transações que realizar, adotar procedimentos que permitam o cumprimento de determinações oriundas das autoridades competentes.

### **Restrições de operação**

Não obstante as inúmeras facilidades conferidas pelo legislador, naturalmente algumas restrições foram estabelecidas e a ESC não pode captar recursos em nome próprio ou em nome de terceiros, está proibida de contratar com o poder público na condição de credora e sua receita bruta anual não poderá exceder o limite previsto na LC 123/2006 para as empresas de pequeno porte.

Por fim registre-se que a ESC não poderá se valer do regime simplificado de recolhimento de impostos instituído pela LC 123/2006, ou seja, não poderá optar pelo reconhecidamente útil simples nacional.

## **CONCLUSÃO**

Diane do exposto, conclui-se que a Empresa Simples de Crédito constitui importante ferramenta para o desenvolvimento econômico do país, considerando a facilidade de sua constituição e operação.

Ademais, a atividade financeira conferida aos particulares pela Constituição federal deve ser estimulada pelo poder público e a Lei Complementar 167/2019 cumpre essa função adequadamente, na medida em que proporciona novas formas de acesso ao crédito ao permitir o surgimento de inúmeras novas empresas no setor.

Certamente pessoas com capital aplicado em outros seguimentos migração para a ESC, visando aumentar seus rendimentos mediante a oferta de seus recursos financeiros no mercado empresarial.

A clareza dos dispositivos que regulam a matéria também é fator positivo de impacto, já que referidas relações serão estabelecidas de forma transparente e sob um conjunto de regras que não permite diversas interpretações trazendo segurança jurídica para as operações da ESC.

Registre-se que apenas a impossibilidade da ESC valer-se do regime simplificado de recolhimento de impostos, o simples nacional, configura pequeno entrave para o amplo

desenvolvimento destas atividades, no entanto, não revelam poder incapacitante da norma.

Nesse contexto, conclui-se que a Lei Complementar 167/2019 constitui elemento importantíssimo para a disseminação do crédito, verificando-se em seu conteúdo a flagrante possibilidade de construção de textos legais claros e úteis ao desenvolvimento econômico do país.

## REFERÊNCIAS

Coelho, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial – Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacomilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm). Acesso em 02 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 167 de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp167.htm). Acesso em: 02 de abril de 2019.

SEBRAE. **Perfil das ME e EPP. 2018**. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas empresas – Sebrae. Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf>. Acesso em 02/04/2019

# CAPÍTULO 26

## EUTANÁSIA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 01/06/2021

**Marina Quio Vieira**

Universidade Internacional Três Fronteiras-  
UITF Uninter  
Cidade do Leste- PY

**Caroline Silva de Araujo Lima**

Faculdade Dinâmica Vale do Piranga- FADIP  
Ponte Nova- MG

**Esley Ruas Alkimin**

Faculdade Unidas do Nortes de Minas-  
FUNORTE  
Montes Claros- MG

**Lucas Oliveira Rezende Carvalho**

Universidade Presidente Antônio Carlos-  
UNIPAC  
Juiz de Fora- MG

**Luiza Oliveira de Macedo**

Instituto Master de Ensino Presidente Antônio  
Carlos- IMEPAC  
Araguari- MG

**Letícia Gomes Souto Maior**

Centro Universitário de João Pessoa- UNIPE  
João Pessoa- Paraíba

**Erika Soares Rocha**

Universidade Presidente Antônio Carlos-  
UNIPAC  
Juiz de Fora- MG

**Flávio Soares Rocha**

Universidade Presidente Antônio Carlos-  
UNIPAC  
Juiz de Fora- MG

**Ana Beatriz Rocha Cavalcanti**

Centro Universitário de João Pessoa- UNIPE  
João Pessoa- Paraíba

**Luiza Bomtempo Araújo**

Faculdade de Minas- FAMINAS  
Belo Horizonte-MG

**Brenda dos Santos Herdi**

Universidade Presidente Antônio Carlos-  
UNIPAC  
Juiz de Fora- MG

**Iasmin Klein**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul-  
UFRGS  
Lajeado- RS

**RESUMO:** A palavra Eutanásia é derivada do vocábulo grego composto de “eu” (bom, verdadeiro) e “thanatos” (morte), que significa “boa morte”, “morte doce”, ou seja, uma morte tranquila, sem grandes sofrimentos. Sendo assim, no decorrer do presente artigo será analisada a legalidade da eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, como o Conselho Federal de Medicina trata as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, analisando, ainda, a Resolução nº 1995/2012, que dispõe sobre esse assunto. A morte é um assunto assustador para muitos, o ser humano sempre temeu o desconhecido e, por esse motivo, criou-se uma cultura de manter a vida apesar de qualquer coisa, até mesmo quando ela deixa de valer à pena e sua dignidade é

perdida, aumentando ainda mais a necessidade de regulamentação a respeito das diretrivas antecipadas de vontade.

**PALAVRAS - CHAVE:** Eutanásia, Direito a Morrer, Direito à Saúde.

**ABSTRACT:** The word Euthanasia is derived from the Greek word composed of “eu” (good, true) and “thanatos” (death), meaning “good death”, “sweet death”, that is, a peaceful death, without great suffering. Thus, throughout this article we will analyze the legality of euthanasia in light of the Brazilian legal system, especially how the Federal Council of Medicine deals with patients’ advance directive of will, also analyzing Resolution No. 1995/2012, which provides on this subject. Death is a frightening subject for many, human beings have always feared the unknown and, for this reason, a culture of maintaining life despite anything has been created, even when it is no longer worthwhile and dignity is lost, further increasing the need for regulation regarding advance directive.

**KEYWORDS:** Euthanasia, Right to Die, Right to Health.

## 1 | INTRODUÇÃO

Segundo Francisco de Quevedo<sup>1</sup>: “Feliz serás e sábio terás sido se a morte, quando vier, não te puder tirar senão a vida”. À vista dessa passagem, é que a morte assombra grande parte das sociedades e, nos últimos anos, a eutanásia tem sido pauta de discussões nos mais diversos cenários, sendo esses debates derivados de relações interpessoais, profissionais, religiosas e/ou políticas, em razão da conotação polêmica que é atribuída à palavra “eutanásia”, por se referir ao fim da vida, envolvendo divergências de opiniões desde a sua origem, com esquecimento na moral, dignidade humana, ética médica e sofrimento do paciente.

À propósito, a palavra Eutanásia é derivada do vocábulo grego composto de “eu” (bom, verdadeiro) e “thanatos” (morte), que significa “boa morte”, “morte doce”, ou seja, uma morte tranquila, sem grandes sofrimentos. Em outros dizeres, eutanásia seria proporcionar a alguém uma morte rápida e indolor, por meio de um ato intencional a fim de aliviar o sofrimento causado por doenças ou anomalias em quadros irreversíveis.

Sendo assim, no decorrer do presente artigo será analisada a legalidade da eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, como o Conselho Federal de Medicina trata as diretrivas antecipadas de vontade dos pacientes, analisando, ainda, a Resolução nº 1995/2012, que dispõe sobre esse assunto.

## 2 | O QUE É EUTANÁSIA

A medicina é uma das práticas humanas que colocam o profissional diante de seus mais íntimos conflitos, ou seja, em poucas atividades o indivíduo encontra-se tão incisivamente sujeito às pressões, de várias ordens e ao desgaste profissional e emocional

---

<sup>1</sup> QUEVEDO, de Francisco. *La cuna y la sepultura: Doctrina moral*. Editora Cátedra, 2008. Universidade de Michigan.

(Machado, 1997).<sup>2</sup>

Dessa forma, tem-se que a medicina confronta permanentemente indagações provocadas pela dor e pela morte, em suas diversas faces, sendo a eutanásia uma prática que coloca em xeque a autonomia do paciente em momentos que o mesmo não é capaz de expressar sua vontade.

De acordo com Fernando Capez, eutanásia seria uma boa morte, conforme conceito descrito a seguir:

*[...] significa boa morte. [...] Consiste em pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento. Troca-se, a pedido do ofendido, um doloroso prolongamento de sua existência por uma cessação imediata da vida, encurtando sua aflição física.” (2003, p.34)<sup>3</sup>*

Ademais, existem outros procedimentos relacionados diretamente a ideia de eutanásia, como a distanásia, que seria a “má morte”, ou seja, é o oposto da eutanásia, tida pela medicina como o adiamento da morte de um paciente em fase terminal, condicionando-lhe uma morte morosa e dolorosa. Lado outro, a ortotanásia é a morte natural, no momento certo, sem adiantamentos ou atrasos, descrita como a promoção de uma morte sem que sejam realizados tratamentos inúteis, invasivos ou artificiais, mas apenas respeitando o decurso natural da vida do paciente.

Assim, a ortotanásia é a prática de cuidados paliativos, ou seja, é um tratamento que mantém a qualidade de vida do paciente e da sua família, em casos de doenças graves e incuráveis, auxiliando apenas no controle dos sintomas, sejam eles físicos, psicológicos e/ou sociais.

Importante destacar que além da distanásia e da ortotanásia, existem outras classificações de eutanásia que definem a maneira como será realizada a possível antecipação da morte. Uma delas é a eutanásia ativa voluntária, que consiste na administração de medicamentos ou na realização de procedimentos com o intuito de levar o paciente à morte, após o seu consentimento. Já a eutanásia ativa involuntária, seria a administração de medicamentos ou realização de procedimentos a fim de induzir o paciente à morte, em situação não houve consentimento prévio, sendo esta, uma prática ilegal, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, ao analisar o conceito de eutanásia e ortotanásia, é perceptível que as duas práticas possuem em comum a intenção de não prolongar o sofrimento do paciente no final da sua vida. No entanto, a eutanásia, à vista do conceito exposto por Fernando Capez, pode ser enquadrada na previsão legal de homicídio, auxílio ao homicídio ou ainda como uma conduta atípica.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe a previsão legal de homicídio privilegiado,

2 Machado MH 1997. *Os médicos no Brasil. Um retrato da realidade*. Fiocruz, Rio de Janeiro.

3 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

tipificada pelo artigo 121, § 1º, do Código Penal brasileiro, que considera crime a conduta motivada por piedade ou compaixão em relação ao doente, se enquadrando a eutanásia nessa tipificação. Já na ortotanásia, não há comissão ou omissão do sujeito ativo, uma vez que a prática consiste em deixar a doença terminal acontecer naturalmente, sem nenhum tipo de intervenção de terceiros com procedimento médicos ou tecnologias que ultrapassem os cuidados básicos.

### 3 I EUTANÁSIA E O ORDENAMENTO PÁTRIO

Tendo em vista, a ausência de legislação expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre a eutanásia, a Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina, emitiu em 9 de agosto de 2012 a Resolução sob o nº 1.995<sup>4</sup>, que estabelece diretrizes antecipadas de vontade, considerando a necessidade de regulamentação sobre esse tema, no contexto da ética médica brasileira.

Não obstante, a Constituição Federal brasileira prevê em seu artigo 5º o direito à vida:

*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 (...)*

Sendo assim, o ordenamento jurídico pátrio consagra em sua carta magna o direito à vida como um direito inviolável, de modo que, práticas como a eutanásia, que dizem respeito a intervenção médica no final da vida humana, contrariam o texto constitucional, caso seja aplicado qualquer tipo de intervenção no final da vida humana, interrompendo ou permitindo o decurso natural da morte. Logo, é de entendimento geral na doutrina brasileira, como já exposto, que a prática da eutanásia deve ter a pena tipificada pelo artigo 121 do Código Penal Brasileiro, considerando o § 1º do dispositivo mencionado, chamado de homicídio privilegiado, valendo a pena a transcrição do entendimento do autor Eduardo Luiz Santos Cabette:

*Qualquer pessoa pode ser vítima de homicídio, conforme acima mencionado, inclusive não importando o grau de vitalidade. Tanto o ser humano saudável como o moribundo podem ser vítimas de homicídio. No atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro a chamada “eutanásia” configura crime de homicídio. O máximo que pode ocorrer em casos que tais é o reconhecimento de uma redução de pena devido à configuração do chamado “homicídio privilegiado” (art. 121, §1º, CP). (CABETTE, 2012, p. 10).*

Desse modo, é importante entender e refletir sobre o tratamento destinado à eutanásia na legislação brasileira, uma vez que inexiste legislação específica sobre o

---

4\_\_\_\_\_Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). Acesso em 01 de março de 2021.

assunto e o projeto de lei existente que visa regulamentar o tema não possui perspectiva para entrar em vigor.

A falta de discussão sobre o tema é, para muitos estudiosos, um descaso do nosso ordenamento jurídico, pois se trata de um tema importante, que vem cada dia mais sendo discutido pelos meios midiáticos e, portanto, precisa de legislação específica, não podendo continuar sendo enquadrada no artigo de homicídio, pois, evidentemente, trata-se de condutas motivadas por causas distintas, carecendo de um avanço por parte do direito penal brasileiro.

Nessa toada, a resolução nº 1.995/2012 estabeleceu diretivas antecipadas de vontade, que seria uma espécie de testamento vital, segundo o qual o paciente expressaria sua vontade previamente, caso não seja de seu interesse prosseguir com a utilização de recursos da medicina para atrasar a sua morte, evitando maiores sofrimentos.

A justificativa elencada pelo Conselho Federal de Medicina para elaboração dessa Resolução partiu, inicialmente, da dificuldade do paciente em se comunicar no fim da vida, de modo que, as decisões médicas cruciais, são tomadas com base na participação de outras pessoas ligadas ao paciente, tendo em vista sua incapacidade de comunicação, gerando diversas consequências, pois estas pessoas podem não conhecer as vontades do indivíduo e, consequentemente, desrespeitá-las, ferindo assim, a autonomia privada.

Além disso, segundo a mencionada Resolução do Conselho Federal de Medicina<sup>5</sup>, muitos pacientes consideraram bem-vinda a oportunidade de discutir antecipadamente suas vontades de cuidados e tratamentos a serem adotados ou não, quando chegarem em pontos cruciais no final da vida, bem como, o documento de elaboração sobre diretivas antecipadas seria uma forma de atender a vontade do paciente, evitando tomadas de decisões equivocadas por parte dos profissionais da medicina.

## 4 | DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (DAV)

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual é espécie o testamento vital, que é um documento com o objetivo de proteger a autonomia privada do indivíduo em escolher a permissão da morte, ou não, caso seja necessário, conforme expõe o artigo de Luciana Dadalto, Unai Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco<sup>6</sup>:

"O testamento vital tem origem nos Estados Unidos da América (EUA), precisamente em 1969, quando Luis Kutner propôs a adoção do living will, conhecido no Brasil como testamento vital – documento que serviria para proteger o direito individual a permitir a morte<sup>7</sup>. Em outras palavras, o testamento vital proposto por Kutner partia do princípio de que o paciente tem

5 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1995/2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 01 de março de 2021.

6 DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro.** Rev. bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 463-76

7 Kutner L. Due process of euthanasia: the living will, a proposal. Indiana Law J. 1969;44:539-54

o direito de se recusar a ser submetido a tratamento médico cujo objetivo seja, estritamente, prolongar-lhe a vida, quando seu estado clínico for irreversível ou estiver em estado vegetativo sem possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecido atualmente como estado vegetativo persistente (EVP)<sup>8</sup>

Ainda, segundo o artigo 1º da resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, o testamento vital seria o documento apto a definir as diretivas antecipas de vontade:

*Art. 1º - Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber, no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.*

Dessa forma, o cerne das decisões antecipadas de vontade são as decisões sobre o fim da vida. Como exposto, no Brasil é ausente legislação expressa tratando da eutanásia e das diretivas antecipadas de vontade, sendo a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, um marco para o avanço da discussão a respeito desse tema.

Logo, as DAV são instrumentos de autodeclaração dos pacientes, com o objetivo único e exclusivo de nortear as decisões da equipe médica, seguindo um modelo de autonomia baseado nos direitos dos pacientes.

Segundo Rui Nunes<sup>9</sup>, o objetivo da medicina em relação aos doentes deve ultrapassar o tratamento do organismo físico, consagrando a reabilitação e integração da pessoa, respeitando acima de tudo, sua vontade e bem estar:

*O objetivo da medicina deve ser não apenas o de tratar o organismo físico, enquanto variação de um arquétipo de normalidade, mas, essencialmente, reabilitar e integrar a pessoa que se encontra e que se declara doente. E, cada vez mais – embora o diagnóstico de determinada doença seja uma questão médica e a integração social da pessoa doente, principalmente na terminalidade da vida, seja uma questão não médica – é um imperativo fundamental que a medicina se interesse de igual forma por todos esses problemas. (NUNES RUI, 2016, pág. 65)*

Assim, na busca pelo melhor tratamento e pelo ponto comum entre a autonomia privada e o direito à vida, a legalização do testamento vital não é apenas um importante passo para a afirmação do direito inalienável à autodeterminação das pessoas. É uma vitória das sociedades democráticas e plurais que defendem o ideal de que a cidadania se exerce com um profundo sentido ético de responsabilidade. É, portanto, uma conquista civilizacional. (NUNES, RUI. 2016)

---

8 Jennett B, Plum F. Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name. Lancet. 1972;1(7.753):734-7

9 NUNES, Rui. Diretivas antecipadas de vontade. Brasília, DF: CFM. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

## 5 | CONCLUSÃO

Em face ao exposto, conclui-se que, apesar de grandes polêmicas envolvendo o assunto, é um tema que esbarra em dogmas morais e religiosos e, além disso, no Brasil, não há legislação que legalize ou, ao menos, regulamente a prática. É interessante lembrar que o termo eutanásia diz respeito apenas ao procedimento que provocam a morte do paciente, sendo a ortotanásia, a distanásia práticas diferentes, o que deixa mais evidente a necessidade de legislação sobre o assunto.

Nessa toada, têm-se que é majoritário a premissa de que não se deve utilizar de meios crueis contra a vida do paciente, mesmo que em fase terminal, para que este finde seu sofrimento físico e psíquico, sendo essa uma prática tipificada no Código Penal.

Sendo assim, é patente a sensibilidade do presente tema, necessitando cada vez mais de reflexões sociais e posicionamento jurídico quanto à eutanásia. Além disso, é preciso fazer com que a sociedade reflita sobre o assunto para que, seja desmistificado o instituto da eutanásia e comece a enxergá-lo como a melhor saída em alguns casos, tendo em vista que o direito à vida é intransferível, competindo apenas a seu titular a escolha de diretrizes antecipadas de vontade.

A morte é um assunto assustador para muitos, o ser humano sempre temeu o desconhecido e, por esse motivo, criou-se uma cultura de manter a vida apesar de qualquer coisa, até mesmo quando ela deixa de valer à pena e sua dignidade é perdida, aumentando ainda mais a necessidade de regulamentação a respeito das diretrizes antecipadas de vontade.

Por fim, a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina foi um marco para o avanço das discussões sobre a eutanásia, buscando consagrar a razoabilidade no caso concreto e a autonomia privada do paciente, respeitando códigos e a Constituição Federal vigente, no que couber.

Assim, conclui-se que o tema carece de regulamentação, devendo acima de tudo ser respeitada a vontade do paciente, familiares ou representantes legais que detenham a informação sobre a diretriz antecipada de vontade, buscando a Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina quando inexistir as hipóteses anteriores de expressão de vontade, até que as diretrizes se tornem protocolo obrigatório dos pacientes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

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

CABETTE, E.L.S. **Direito penal: parte especial I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução nº 1.931/2009-2010**. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20660:codic-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20660:codic-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122). Acesso em 01 de março de 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf). Acesso em 01 de março de 2021.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Driceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. Rev. bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 463-76

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Eutanásia – Aspectos Jurídicos. Revista Bioética – Conselho Federal de Medicina**. São Paulo, 2009. Disponível em: [http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/299/438](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/299/438). Acesso em 01 de março de 2021.

JENNETT B, PLUM F. **Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name**. Lancet. 1972;1(7.753):734-7

KUTNER, L. **Due process of euthanasia: the living will, a proposal**. Indiana Law J. 1969; 44:539-54

MACHADO, Maria Helena. **Os médicos no Brasil**. Um retrato da realidade. Fiocruz, Rio de Janeiro, 1997.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016.

QUEVEDO, de Francisco. **La cuna y la sepultura: Doctrina moral**. Editora Cátedra, 2008. Original Universidade de Michigan.

## **SOBRE O ORGANIZADOR**

**ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS** - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocritica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista ad hoc de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

## **ÍNDICE REMISSIVO**

### **A**

Agências Reguladoras 7, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161

Agricultores Familiares 5, 9, 313, 324

Aposentadoria Especial 5, 8, 224, 225, 226, 233, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263

### **C**

Ciências Jurídicas 2, 5, 12, 13, 28, 30, 75, 223, 277, 307

Combate a corrupção 5, 7, 78

Compliance 5, 7, 78, 79, 81, 82, 84, 87, 88, 89, 90, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145

Conselho Nacional de Justiça 5, 9, 48, 117, 266, 267, 269, 270, 275, 276, 277, 295, 296, 298, 299, 305, 306

### **D**

Decisão Judicial 5, 8, 101, 119, 126, 279, 280, 281, 283, 285, 286, 287, 288

Direito 5, 6, 7, 1, 2, 4, 6, 8, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 39, 40, 42, 44, 46, 47, 56, 62, 74, 75, 76, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 107, 108, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 169, 170, 180, 182, 183, 184, 185, 188, 189, 195, 196, 199, 201, 204, 214, 217, 222, 223, 224, 225, 226, 233, 234, 236, 241, 242, 244, 245, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 261, 262, 263, 268, 269, 270, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 299, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 316, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 328, 334, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343

Drogas 5, 6, 14, 20, 21, 36, 37, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 308, 309, 312

### **E**

Efetividade 2, 5, 79, 100, 140, 144, 266, 269, 276, 298, 299, 300, 301, 321, 325, 326

Empresa Simples de Crédito 5, 9, 328, 331, 332, 333, 334

Eutanásia 5, 9, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 342

### **F**

Feminicídio 5, 6, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 73

Fundamentação 2, 5, 98, 108, 136, 241, 279, 285, 286, 287, 288

## J

Juiz Facilitador 5, 8, 265

## P

Pacote Anticrime 5, 6, 1, 2, 7, 9, 11, 13

Participação 2, 5, 33, 38, 61, 113, 141, 145, 153, 174, 179, 235, 267, 271, 272, 274, 296, 303, 318, 339

Penal 5, 6, 7, 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 32, 34, 37, 39, 45, 46, 48, 49, 50, 71, 73, 74, 75, 76, 86, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 130, 131, 193, 194, 200, 269, 275, 278, 306, 310, 312, 332, 337, 338, 339, 341, 342

Perspectiva Abolicionista 6, 23, 26

Pornografia de vingança 5, 6, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76

## R

Reforma da Previdência 5, 241, 246, 247, 248

Refugiados 8, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201

## S

Serviço Eletrônico 7, 162

## T

Trabalho Escravo 191, 192, 193, 198, 201

Tribunais 5, 9, 22, 35, 55, 87, 88, 89, 110, 111, 116, 117, 139, 142, 143, 145, 161, 219, 224, 226, 244, 251, 252, 258, 259, 261, 267, 268, 277, 278, 287, 288, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 304, 305, 306, 307, 334

Tributação 7, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182

## U

Universidades 5, 307, 316

## V

Violência contra a Mulher 5, 6, 28, 29, 31, 32, 33, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 54, 55, 67, 69, 72, 73, 74, 75, 77

Violência de Gênero 5, 6, 28, 43, 48, 55, 67, 73, 76

# CIÊNCIAS JURÍDICAS:

Fundamentação, participação e efetividade

2



# CIÊNCIAS JURÍDICAS:

Fundamentação, participação e efetividade

2

